

ANTONIO CARLOS FERNANDES DECCACHE

Dos efeitos da falência sobre a arbitragem

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Doutor Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo

2020

ANTONIO CARLOS FERNANDES DECCACHE

Dos efeitos da falência sobre a arbitragem

Tese apresentada à Banca Examinadora de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Comercial (DCO), sob a orientação do Professor Doutor Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa.

Versão corrigida em 9 de julho de 2020. A versão original, em formato eletrônico (PDF) encontra-se disponível na CPG da Unidade.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo

2020

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Deccache, Antonio Carlos Fernandes

Dos efeitos da falência sobre a arbitragem ;
Antonio Carlos Fernandes Deccache ; orientador
Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa -- São Paulo, 2020.
302 p.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em
Direito Comercial) - Faculdade de Direito,
Universidade de São Paulo, 2020.

1. Falência. 2. Arbitragem. 3. Convenção de
arbitragem. 4. Procedimento arbitral. 5. Sentença
arbitral. I. Verçosa, Haroldo Malheiros Duclerc,
orient. II. Título.

TERMO DE APROVAÇÃO

Nome: DECCACHE, Antonio Carlos Fernandes.

Título: Dos efeitos da falência sobre a arbitragem.

Tese apresentada à Banca Examinadora de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Comercial (DCO), sob a orientação do Professor Doutor Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa.

Data de aprovação: ___/___/___

Banca examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

RESUMO

DECCACHE, Antonio Carlos Fernandes. **Dos efeitos da falência sobre a arbitragem**. 2020. 302 f. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2020.

Esta tese analisa os efeitos da falência sobre a arbitragem. A falência constitui um regime complexo, formado por regras materiais e processuais, criado para lidar com o problema da insolvência empresarial. Tem natureza de execução coletiva, reunindo todos os credores do falido e todos os seus bens, que devem ser liquidados a fim de pagar os credores. Para a consecução dos seus objetivos, a decretação da falência opera efeitos diretos sobre a pessoa do devedor, seus bens, seus contratos e seus processos. O processo falimentar realiza-se mediante procedimento administrado pelo Poder Judiciário, centralizado, público, com a finalidade de lidar com os diversos interesses envolvidos. Diversamente, a arbitragem é meio privado de solução de controvérsias pelo qual partes capazes elegem um terceiro, da sua confiança, para resolver litígio versando sobre direitos patrimoniais disponíveis. Tem natureza jurisdicional e caracteriza-se por constituir alternativa privada, rápida, flexível e especializada de dirimir demandas que admitem transação. Seu procedimento tem natureza de processo de conhecimento, terminando com a prolação de sentença, e constitui processo descentralizado, privado, usualmente sigiloso, no qual as partes têm ampla liberdade para definir as regras materiais e processuais aplicáveis. Enquanto a falência constitui sistema que visa lidar com interesses de ordem pública — sendo, portanto, controlado pelo Estado, centralizado, público e coletivo —, a arbitragem pauta-se na autonomia da vontade, na descentralização do sistema de resolução de litígios, lida com interesses privados e é usualmente sigilosa. Considerando as relevantes diferenças entre os dois institutos, questiona-se em que condições a falência e a arbitragem podem coexistir. O que se propõe neste trabalho é, portanto, analisar quais são os efeitos que a falência opera sobre a arbitragem e como esses efeitos impactam na convivência entre os dois institutos. Para tanto, este estudo organiza-se em duas partes: parte I, na qual são apresentadas noções introdutórias da falência e da arbitragem, que servem para assentar as premissas utilizadas na análise; e parte II, na qual são analisados os efeitos propriamente ditos da falência sobre a arbitragem. A parte I está dividida em dois capítulos, nos quais se trata, sucessivamente, da falência e da arbitragem. Já a parte II está dividida em três capítulos, nos quais se trata, sucessivamente: (i) dos efeitos da falência sobre a convenção de arbitragem; (ii) dos efeitos da falência sobre o procedimento arbitral; e (iii) dos efeitos da falência sobre a sentença arbitral. Ao final, conclui-se que, apesar de a falência operar efeitos sobre alguns aspectos da arbitragem, impondo-lhe limites no contexto falimentar, isso não as torna incompatíveis. Aduz-se que a falência não invalida a convenção arbitral celebrada antes da falência, nem impede sua celebração pelo administrador, que, entretanto, depende de autorização judicial. Comprova-se, também, que o advento da falência não atrai nem suspende os procedimentos arbitrais, mas impõe condições para que o processo possa se desenvolver. Por fim, evidencia-se que a sentença arbitral, uma vez proferida, deve ser submetida a verificação no processo falimentar.

Palavras-chave: Falência. Arbitragem. Convenção de arbitragem. Procedimento arbitral. Sentença arbitral.

ABSTRACT

DECCACHE, Antonio Carlos Fernandes. **The effects of bankruptcy on arbitration**. 2020. 302 pp. Thesis (Doctorate in Commercial Law) – Law School of Universidade de São Paulo. São Paulo, 2020.

This thesis analyses the effects of bankruptcy on arbitration. Bankruptcy is a complex regime, consisting of material and procedural rules, created to deal with the problem of corporate insolvency. Its nature is one of collective execution, congregating all the creditors of the bankrupt company and all its assets, which are to be liquidated in order to repay the creditors. To achieve its objectives, the decree of bankruptcy has a direct effect on the person of the debtor, its assets, its contacts and its processes. The bankruptcy process is administered by the courts, is centralized, public, and aimed at dealing with the various interests involved. On the other hand, arbitration is a private means of dispute resolution by which capable parties elect a third party, in whom they have confidence, to resolve litigation relating to available property rights. It is judicial in nature and its task is to provide a private, quick, flexible and specialized alternative to settle disputes that are subject to transaction. It has cognitive nature, ends with the rendering of an award, and the process is decentralized, private and usually confidential, with the parties being largely free to define the material and the procedural rules that will apply. While bankruptcy is a system intended to deal with interests of public order — and is therefore controlled by the State, centralized, public and collective —, arbitration is based on party autonomy and decentralization of the dispute resolution system, concerns private interests and is usually confidential. Taking into account the major differences between the two institutions, one may question under what conditions bankruptcy and arbitration could coexist. What I propose in this essay, then, is to identify the effects that bankruptcy has on arbitration, and how these effects impact the way the two institutions coexist. For this I have divided the study into two parts: part I, where I present introductory notions of bankruptcy and arbitration, which will serve to establish the premises used in the analysis; and part II, in which I analyze the actual effects of bankruptcy on arbitration. Part I is divided into two chapters, one each for bankruptcy and arbitration. Part II, in turn, is divided into three chapters, as follows: (i) the effects of bankruptcy on the arbitration agreement; (ii) the effects of bankruptcy on the arbitration proceeding; and (iii) the effects of bankruptcy on the arbitration award. At the end, I reach the conclusion that, although bankruptcy affects certain aspects of arbitration, imposing limits on it in the context of the bankruptcy, this does not make them incompatible. I argue that bankruptcy does not invalidate an arbitration agreement signed before the bankruptcy, or prevent a trustee from executing such an agreement, which, however, requires court approval. I also demonstrate that bankruptcy does not attract or suspend arbitration proceedings, but imposes conditions on the way the proceedings work. Lastly, I show that the arbitration award, once issued, must be submitted to verification in the bankruptcy process.

Keywords: Bankruptcy. Arbitration. Arbitration Agreement. Arbitration Proceeding. Arbitration Award.

RIASSUNTO

DECCACHE, Antonio Carlos Fernandes. **Degli effetti del fallimento sull'arbitrato** 2020. 302 f. Tesi (Dottorato in Diritto Commerciale) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di San Paolo). São Paulo, 2020.

La presente tesi analizza gli effetti del fallimento sull'arbitrato. Il fallimento costituisce un regime complesso formato da regole materiali e processuali, creato per trattare il problema dell'insolvenza aziendale. Ha la natura di esecuzione collettiva, riunendo tutti i creditori del fallito e tutti i suoi beni, che devono essere liquidati al fine di pagare i creditori. Per il compimento dei suoi obiettivi, la dichiarazione di fallimento opera effetti diretti sulla persona del debitore, sui suoi beni, sui suoi contratti e sui suoi processi. La procedura fallimentare si svolge tramite una procedura amministrata dal Potere Giudiziario centralizzata, pubblica, con la finalità di trattare i diversi interessi delle parti coinvolte. Diversamente, l'arbitrato è un mezzo privato di soluzione di controversie per il quale le parti capaci scelgono un terzo della loro fiducia per risolvere una lite che ha come oggetto dei diritti patrimoniali disponibili. Di natura giurisdizionale, è caratterizzato dall'essere un'alternativa privata, veloce, flessibile e specializzata per risolvere questioni che ammettono transazioni. Il suo procedimento ha la natura di un processo di cognizione, finendo con la pronuncia di una sentenza, e costituisce un processo decentralizzato, privato, usualmente confidenziale, nel quale le parti hanno un'ampia libertà per definire le regole materiali e processuali applicabili. Mentre il fallimento costituisce un sistema che ha come obiettivo gestire gli interessi di ordine pubblico — essendo, quindi, controllato dallo Stato, centralizzato, pubblico e collettivo —, l'arbitrato si fonda sull'autonomia della volontà, sulla decentralizzazione del sistema di risoluzione delle liti, gestisce degli interessi privati ed è usualmente confidenziale. Considerando le rilevanti differenze tra i due istituti, ci si domanda in quali condizioni il fallimento e l'arbitrato possano coesistere. Quello che si propone in questo studio è dunque di analizzare quali siano gli effetti che il fallimento opera sull'arbitrato e gli impatti di tali effetti sulla convivenza tra i due istituti. Per farlo, il presente studio si organizza in due parti: parte I, nella quale sono presentate delle nozioni introduttive sul fallimento e sull'arbitrato che servono per stabilire le premesse utilizzate nell'analisi; e parte II, nella quale si analizzano gli effetti veri e propri del fallimento sull'arbitrato. La parte I è divisa in due capitoli, nei quali si tratta, successivamente, del fallimento e dell'arbitrato. Già la parte II è divisa in tre capitoli, nei quali si tratta, successivamente: (i) degli effetti del fallimento sulla convenzione di arbitrato; (ii) degli effetti del fallimento sulla procedura arbitrale; e (iii) degli effetti del fallimento sulla sentenza arbitrale. Alla fine, si conclude che, nonostante il fallimento abbia degli effetti su alcuni aspetti dell'arbitrato, imponendogli dei limiti nel contesto fallimentare, questo non li rende incompatibili. Si adduce che il fallimento non invalida la convenzione arbitrale conclusa prima del fallimento né impedisce la sua conclusione da parte dell'curatore, il che, tuttavia, dipende dall'autorizzazione giudiziale. Si attesta anche che l'avvento del fallimento non attrae né sospende i procedimenti arbitrali, ma impone condizioni per lo svolgimento del processo. Infine, si evidenzia che la sentenza arbitrale, una volta emessa, deve essere sottoposta a verifica nel processo fallimentare.

Parole chiave: Fallimento. Arbitrato. Convenzione di arbitrato. Procedimento arbitrale. Sentenza arbitrale.

LISTA DE ABREVIATURAS

CC	Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002)
CCEE	Câmara de Comercialização de Energia Elétrica
CCI	Câmara de Comércio Internacional
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015)
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
EIRELI	Empresa Individual de Responsabilidade Limitada
LARB	Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996)
LREF	Lei de Recuperação de Empresas e Falência (Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005)
LSA	Lei das Sociedades por Ação (Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976)
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJDF	Tribunal de Justiça do Distrito Federal
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
CTN	Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
PARTE I – NOÇÕES INTRODUTÓRIAS DOS INSTITUTOS DA FALÊNCIA E DA ARBITRAGEM	21
1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS DA FALÊNCIA RELEVANTES PARA A TESE PROPOSTA	23
1 Conceito, objetivos, alguns personagens e a natureza jurídica da falência	23
1.1.1 Conceito	23
1.1.2 Objetivos	24
1.1.3 Alguns personagens: o falido, a massa falida, o administrador judicial e o comitê de credores	25
1.1.4 Natureza jurídica	28
1.2 Princípios norteadores relevantes para a tese proposta	31
1.2.1 Paridade entre os credores (<i>par conditio creditorium</i>)	32
1.2.2 Unidade e universalidade do juízo falimentar	33
1.2.3 Celeridade e economia processual	34
1.2.4 Viabilidade e maximização do valor dos ativos do falido	35
1.2.5 Publicidade do processo	36
1.3 Os efeitos da falência sobre a pessoa, os bens, os contratos e os processos do falido	37
1.3.1 Dos efeitos da falência sobre a pessoa e os bens do falido	38
1.3.2 Dos efeitos da falência sobre os contratos do falido	46
1.3.3 Dos efeitos da falência sobre os processos do falido	48
1.3.3.1 <i>Vis attractiva</i> , universalidade e indivisibilidade do juízo falimentar	48
1.3.3.2 Suspensão das ações e execuções e dos correspondentes prazos prescricionais	51
1.4 Aspectos relevantes do processo falimentar	53
1.4.1 Fase pré-falimentar	54
1.4.2 Fase falimentar	57
1.4.2.1 Verificação de créditos	57
1.4.2.2 Arrecadação e realização do ativo	61
1.5 Aspectos relevantes do encerramento da falência	64
2 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS DA ARBITRAGEM RELEVANTES PARA A TESE PROPOSTA	67
2.1 Conceito e natureza jurídica da arbitragem	67
2.2 Princípios norteadores relevantes para a tese proposta	72
2.2.1 Do princípio da autonomia da vontade	73
2.2.2 Do princípio da autonomia da cláusula compromissória	74
2.2.3 Do princípio <i>Kompetenz-Kompetenz</i>	75
2.2.4 Do princípio do devido processo legal	78
2.3 A convenção de arbitragem	82
2.3.1 Conceito e modalidades	82
2.3.2 A natureza jurídica da convenção de arbitragem	85
2.3.3 Arbitrabilidade subjetiva e objetiva	90
2.3.3.1 Arbitrabilidade subjetiva	90
2.3.3.2 Arbitrabilidade objetiva	92
2.3.4 Dos efeitos da convenção de arbitragem	93
2.4 Aspectos relevantes do procedimento arbitral	95

2.4.1	Confidencialidade	96
2.4.2	Das custas, das despesas e dos honorários de sucumbência no procedimento arbitral	100
2.5	Aspectos relevantes da sentença arbitral.....	105
PARTE II – DOS EFEITOS DA FALÊNCIA SOBRE A ARBITRAGEM		111
3	DOS EFEITOS DA FALÊNCIA SOBRE A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM ..	113
3.1.	Dos efeitos da falência sobre a pessoa e os bens do falido e seu impacto na convenção de arbitragem	113
3.1.1.	A convenção de arbitragem firmada pelo falido antes do decreto de quebra é válida e eficaz.....	114
3.1.1.1	O decreto de falência não torna o falido incapaz	118
3.1.1.1.1	O equívoco da jurisprudência	125
3.1.1.2	O decreto de falência não torna os bens do falido indisponíveis	130
3.1.1.2.1	O acerto da jurisprudência	133
3.1.2	A convenção de arbitragem firmada pelo falido depois do decreto de quebra é válida, mas ineficaz.....	134
3.1.2.1	A convenção de arbitragem firmada pelo falido após o decreto de quebra é válida, mas ineficaz.....	135
3.1.2.2	A ineficácia da convenção de arbitragem firmada pelo falido após o decreto de quebra é relativa, não absoluta	140
3.1.3	A convenção de arbitragem firmada pelo administrador judicial depois do decreto de quebra é válida, mas depende de autorização judicial.....	142
3.1.3.1	A convenção de arbitragem firmada pelo administrador judicial depois do decreto de quebra é válida.....	143
3.1.3.2	O administrador deve obter autorização judicial para firmar a convenção de arbitragem.....	148
3.2	Dos efeitos da falência sobre os contratos do falido e seu impacto na convenção de arbitragem	150
3.2.1	A submissão da convenção de arbitragem à regra do art. 117 da LREF deve ser analisada de forma autônoma e independente.....	151
3.2.2	A convenção de arbitragem não se submete à regra do art. 117 da LREF porque não tem natureza de contrato bilateral	154
3.2.3	A convenção de arbitragem não se submete à regra do art. 117 da LREF porque produz efeitos imediatos	159
4	DOS EFEITOS DA FALÊNCIA SOBRE O PROCEDIMENTO ARBITRAL	165
4.1	Dos efeitos da <i>vis attractiva</i> do juízo falimentar sobre o procedimento arbitral .	165
4.1.1	As arbitragens não são atraídas para o juízo falimentar porque têm natureza cognitiva.....	166
4.1.1.1	Dois exceções relevantes.....	174
4.1.2	O administrador judicial, agindo em nome próprio, deve substituir o falido nos procedimentos arbitrais, sob pena de nulidade	183
4.1.2.1	Não há sub-rogação na convenção de arbitragem.....	187
4.1.3	O falido tem legitimidade para intervir como assistente nos procedimentos arbitrais.....	189
4.2	Dos efeitos da regra de suspensão dos processos na falência sobre o procedimento arbitral	195
4.2.1	As arbitragens não são suspensas com o decreto de quebra do falido porque têm natureza cognitiva	197

4.2.2 O árbitro tem competência para decidir sobre pedido de reserva do art. 6º, § 3º, da LREF, mas sua decisão pode ser recusada pelo juízo falimentar em casos excepcionais.....	203
4.3 Dos efeitos da falência sobre a confidencialidade do procedimento arbitral	206
4.3.1 As arbitragens envolvendo os bens e direitos do falido mantêm-se privadas, mas o falido e o administrador judicial têm o dever de prestar, na falência, as informações necessárias para o desenvolvimento do processo falimentar	207
4.3.2 A sentença arbitral se tornará pública no contexto do processo falimentar..	214
4.4 Dos efeitos da falência sobre as custas, as despesas e os honorários de sucumbência do procedimento arbitral	216
4.4.1 O administrador judicial está obrigado a pagar as custas arbitrais, mas a falta de recursos para fazê-lo pode tornar a convenção de arbitragem inexecutável	217
4.4.1.1 Necessária mitigação do efeito negativo da convenção de arbitragem..	221
4.4.1.2 Necessária mitigação do efeito negativo do princípio <i>Kompetenz-Kompetenz</i>	228
4.4.2 Afora casos excepcionais, o administrador judicial deve pedir autorização do juízo falimentar para realizar o pagamento das custas arbitrais	231
4.4.3 O tratamento das custas, despesas e honorários de sucumbência arbitrais na falência.....	233
5 DOS EFEITOS DA FALÊNCIA SOBRE A SENTENÇA ARBITRAL	237
5.1 Os créditos representados por sentença arbitral devem submeter-se ao processo de verificação de créditos na falência.....	237
5.2 O conteúdo da impugnação no caso de crédito representado por sentença arbitral	240
CONSIDERAÇÕES FINAIS	249
REFERÊNCIAS.....	269

INTRODUÇÃO

Esta tese analisa os efeitos da falência sobre a arbitragem.

A falência constitui um regime complexo, formado por regras materiais e processuais, criado para lidar com o problema da insolvência empresarial. Por meio da falência, procede-se à liquidação organizada dos ativos do devedor para o pagamento dos seus credores de acordo com a ordem legal. Os objetivos do instituto são o pagamento dos credores, respeitada a máxima da *par conditio creditorum*, e o saneamento do mercado, com a exclusão das empresas inviáveis e alocação mais eficiente dos recursos em outros lugares, buscando-se contribuir para a melhora do crédito em geral. Congrega a falência, pois, além de interesses privados, interesses de ordem pública. A falência tem natureza de execução coletiva, assim reunindo todos os credores do falido e todos os seus bens e direitos, os quais devem ser liquidados e seu produto repartido nos termos da lei. Para dar consecução aos seus objetivos, a decretação da falência opera efeitos diretos sobre a pessoa do devedor, seus bens, seus contratos e seus processos. É o caso, por exemplo, da inabilitação para o exercício da atividade empresarial; da perda, pelo falido, do poder de administração e de disposição dos bens submetidos ao concurso; da prerrogativa garantida ao administrador judicial de resolver os contratos bilaterais firmados, mas ainda não executados, pelo falido; da regra que determina a atração das ações envolvendo os bens e direitos do falido para o juízo falimentar; da regra que estabelece a suspensão de todas as ações e execuções contra o devedor; e também da regra que torna obrigatória a submissão de todos os créditos contra o falido à processo de verificação perante o juízo falimentar. A falência se realiza por meio de procedimento administrado pelo Poder Judiciário, centralizado, público, com a finalidade de lidar com os diversos interesses envolvidos. Encerra-se com a prolação de sentença, o que não implica *per se* na extinção das obrigações falido, nem da sua personalidade jurídica, que sobrevivem ao processo falimentar.

Saindo do regime falimentar e entrando no arbitral, pode-se afirmar que a arbitragem é meio privado de solução de controvérsias, por meio do qual partes capazes elegem um terceiro, da sua confiança, para resolver litígio versando sobre direitos patrimoniais disponíveis. Tem natureza jurisdicional e caracteriza-se por constituir alternativa privada, rápida, flexível e especializada de dirimir demandas que em geral admitem transação. A arbitragem apoia-se sempre na vontade das partes. Só aqueles que escolheram decidir seus conflitos pela via arbitral têm o dever de se submeter a ela. A arbitragem se contrata por

meio do negócio jurídico do tipo “convenção arbitral”. Para que seja tida como válida e produza efeitos, a convenção de arbitragem deve respeitar requisitos fixados em lei. Deve necessariamente ser firmada por partes capazes e só pode versar sobre direitos patrimoniais disponíveis. Uma vez contratada, a arbitragem é vinculativa para as partes, produz efeitos desde a contratação e afasta a jurisdição do Poder Judiciário para dirimir o mérito da controvérsia. O procedimento arbitral tem natureza de processo de conhecimento, terminando com a prolação de sentença. Trata-se de procedimento descentralizado, privado, usualmente sigiloso, no qual as partes têm ampla liberdade para definir as regras materiais e processuais aplicáveis. A arbitragem se encerra com a prolação da sentença arbitral, que não se sujeita a recurso e tem força de título judicial.

Dessa breve descrição dos institutos da falência e da arbitragem, depreende-se que, enquanto a falência constitui sistema que visa lidar com interesses de ordem pública, sendo, por isso, controlado pelo Estado, de natureza centralizada, pública e coletiva; por seu turno, a arbitragem pauta-se na autonomia da vontade, na descentralização do sistema de resolução de litígios, lida com interesses privados, e é usualmente sigilosa. Aparentemente, portanto, a relação entre a falência e a arbitragem

[...] apresenta um conflito de extremos quase polares: a política da falência exerce uma atração inexorável em direção à centralização, enquanto a política de arbitragem defende uma abordagem descentralizada em direção à resolução de controvérsias.¹

O aparente conflito faz surgir uma série de indagações. Imagine-se, por exemplo, a hipótese de empresa que, após firmar convenção de arbitragem, cai em insolvência e tem a sua falência decretada. Nesse caso, cabe questionar se o advento da quebra afeta a capacidade do falido e/ou a disponibilidade sobre seus bens, invalidando a convenção de arbitragem. Ademais, ainda se pergunta: seria o caso de aplicar a regra que permite ao administrador denunciar os contratos bilaterais, autorizando-o a resolver o pacto arbitral? Considere-se, agora, situação diversa, na qual o falido, ignorando a decretação da falência, venha a firmar convenção de arbitragem versando sobre os bens e direitos submetidos ao concurso. Seria, nesse cenário, a cláusula arbitral inválida? E o administrador judicial? Poderia ele, no exercício das suas atividades no curso da falência, firmar cláusula arbitral? Haveria necessidade de obter autorização judicial? Ademais, avenge-se a ocorrência de, no

¹ Tradução livre de: “[...] presents a conflict of near polar extremes: bankruptcy policy exerts an inexorable pull towards centralization while arbitration policy advocates a decentralized approach towards dispute resolution.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **In re United States Lines**, 197 F.3d 631, 2d Cir., 1999).

curso de um procedimento de arbitragem, vir uma das partes a ter sua falência decretada. Nesse caso, o processo arbitral deve ser atraído para o juízo falimentar ou suspenso por força da quebra? Em caso negativo, como se dividem as competências entre o tribunal arbitral e o juízo falimentar? Qual seria o papel do administrador na arbitragem? Deve o Ministério Público participar do processo arbitral? Deve o sigilo do procedimento ceder considerando a natureza pública e coletiva da falência? E como funciona o pagamento das custas e despesas da arbitragem se o falido não tiver recursos para suportá-los? Por fim, mencione-se ainda a circunstância de, antes ou depois da decretação da falência, vir ser proferida uma sentença arbitral envolvendo os bens e direitos do falido. Nesse caso, deve a sentença ser apresentada no processo falimentar? Como funciona o processo de habilitação e classificação do respectivo crédito no quadro geral de credores?

Enfim, são todas hipóteses corriqueiras, que levantam perguntas relevantes para entender a relação entre a falência e a arbitragem, que ainda aguardam respostas satisfatórias.

No contexto internacional, a tensão aqui apresentada já foi objeto de vários estudos doutrinários, havendo, ademais, farta jurisprudência estatal versando sobre o tema.² Como

² ANCEL, Pascal. Arbitrage et procedures collectives. **Revue de l'Arbitrage**, v. 1983, p. 255-279; BACCAGLINI, Laura. **Fallimento e arbitrato rituale: profili di interrelazione e autonomia tra i due procedimenti**. Trento: Università degli Studi di Trento, 2018, p. 15; BADEL, Françoise. Faillite et Arbitrage International. **ASA Bulletin**. Kluwer Law International, v. 25. n. 1, p. 36-47, 2007; BERSSET, Dominique; LÉVY, Laurent. Faillite et arbitrage. **ASA Bulletin**. Kluwer Law International, v. 16, n. 4, p. 664-680, 1998; BOVE, Mauro. **Arbitrato e fallimento**. 2012. Disponível em: <http://www.judicium.it/arbitrato-e-fallimento>. Acesso em: 08 dez. 2019; CANALE, Guido. Capitolo XV: Clausola arbitrale. In: CAGNASSO, Oreste; PANZANI, Luciano. **Crisi di impresa e procedure concorsuali**: t. 1. Turim: Utet, 2016, p. 1.563-1.590, p. 1568; CASTAGNOLA, Angelo. Procedimento arbitral, lodo e fallimento. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, n. 3, p. 821-835, 2016, p. 821; FOUCHARD, Philippe. Arbitrage et faillite. **Revue de l'Arbitrage**, v. 1998, n. 3, p. 471-494, 1998; GASIOROWSKI, Kuba; KOS, Rafal. **Elektrim case comes to an end**, 23 jul. 2015. Disponível em: <https://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Arbitration-ADR/Poland/Kubas-Kos-Gakowski/Elektrim-case-era-comes-to-an-end?redir=1>. Acesso em: 25 nov. 2019; KIRGIS, Paul. Arbitration, Bankruptcy and Public Policy: A Contractarian Analysis. **American Bankruptcy Institute Law Review**, v. 17, n. 2, p. 503-549, 2009; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Os efeitos da insolvência sobre os processos de arbitragem internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 43, p. 297-305, out./dez. 2014; LIEBSCHER, Christoph. Insolvency and Arbitrability. In: MISTELIS, Loukas A.; BREKOUKAKIS, Stravos (ed.). **Arbitrability: International and Comparative Perspectives**. The Hague: Kluwer Law International; Kluwer Law International, 2009. International Arbitration Law Library, v. 19, cap. 9, p. 165-178; MANTILLA-SERRANO, Fernando. International Arbitration and Insolvency Proceedings. **Arbitration International**. Londres, v. 11, n. 1, p. 51-74, 1995; NAEGELI, Georg. Chapter III: The Award and the Courts: Bankruptcy and Arbitration: What Should Prevail? The Impact of Bankruptcy on Pending Arbitral Proceedings. **Austrian Yearbook on International Arbitration**, v. 2010, p. 193-207, 2010; NITROLA, Marina. Arbitrato e Fallimento. **I Contratti**, n. 8-9, 2012, p. 756-759, p. 759; RESNICK, Alan. The Enforceability of Arbitration Clauses in Bankruptcy. **American Bankruptcy Institute Law Review**, v. 15, p. 183-221, 2007; ROSELL, José; PRAGER, Harvey. International Arbitration and Bankruptcy: United States, France and the ICC. **Journal of International Arbitration**. Kluwer Law International, v. 18, n. 4, p. 417-434, 2001; VORBURGER, Simon. **International Arbitration and Cross-Border Insolvency: Comparative Perspectives**. The Hague: Kluwer International, 2014; VOSER, Nathalie; GEORGE, Anya. Insolvency and Arbitration: Swiss Supreme Court revisits its Vivendi vs. Elektrim decision. **Kluwer Arbitration Blog**, 05 dez. 2012. Disponível em:

se verá neste trabalho, entretanto, as soluções adotadas nos diversos países variam com grande frequência, mostrando que a questão está longe de estar pacificada no cenário internacional. A situação não é muito diferente no Brasil. Apesar de haver alguns estudos e julgados sobre o assunto,³ aqueles que se propuseram a tratar do tema o fizeram exclusivamente a partir da lógica do instituto da arbitragem, sem aprofundar nos fundamentos do direito comercial, notadamente do direito falimentar, chegando a conclusões que sempre prestigiam a manutenção da arbitragem em detrimento da falência. Além disso, não há, até o momento, uma única tese no direito brasileiro que se proponha a analisar a

<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2012/12/05/insolvency-and-arbitration-swiss-supreme-court-revisits-its-vivendi-vs-elektrim-decision>. Acesso em: 22 nov. 2009; WAGNER, Philipp. Insolvency and Arbitration: A Pleading for International Insolvency Law. **5 Disp. Rsol. Int'l 189**, 2011. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/disreint5&div=20&id=&page=>. Acesso em: 5 jan. 2020; ZUCCONI GALLI FONSECA, Elena. Ancora su arbitrato rituale e fallimento. **Rivista Dell'Arbitrato**, n. 1, p. 1-27, 2014, p. 1.

³ ALVES, Rafael Francisco; VERONESE, Ligia Espolaor. Arbitragem e empresas em crise: o acesso à Justiça e o cumprimento da convenção de arbitragem em vista da incapacidade financeira de uma das partes. **Revista do Advogado**, v. 36, n. 131, p. 176-187, out. 2016; ARMELIN, Donaldo. A arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 4, n. 13, abr./jun. 2007; BALBINO, Inês. A arbitrabilidade do Direito Falimentar. In: LEMES, Selma M. Ferreira; BALBINO, Inês (coord.). **Arbitragem: temas contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 199-219; BENETI, Giovana. Arbitragem e empresas em crise: o problema da arbitrabilidade objetiva. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, v. 5, n. 1, p. 879-917, 2019; CORREA, Raphael Nehin. Arbitragem e Insolvência. In: PEREIRA LIMA, Flávio; MIRANDA, Daniel Calhman de et al. **Arbitragem no Brasil**. São Paulo: Imprensa Régia, 2010, p. 81-95; FARIA, Luis Cláudio Furtado; COZER, Felipe Rodrigues. A arbitragem e a recuperação judicial em um estudo sobre a conveniência e possíveis conflitos entre os institutos. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: RT, v 7, n. 31, p. 251-261, out./dez. 2011; FONTES, Marcos Rolim Fernandes. A arbitragem e a decretação da falência no curso do procedimento arbitral. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 23, p. 297-311, jan./jun. 2009; GRION, Renato Stephan; PAIVA, Luiz Fernando Valente de; ANDRADE SILVA, Guilherme Piccardi de. A arbitragem no contexto das recuperações judiciais e extrajudiciais e das falências. In: CAMPOS MELO, Leonardo de; BENEDEZI, Renato Rezende. **A reforma da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 83-114; LIMA, Bernardo. Decurso simultâneo de processo falimentar e procedimento arbitral. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, v. 9, jul./set. 2018; MORAES, Felipe Ferreira Machado. **A utilização da arbitragem por empresas em falência**. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2014; RECHSTEINER, Beat Walter. Efeitos jurídicos da decretação da falência e da concessão da recuperação judicial em relação à arbitragem no direito brasileiro. In: LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro A. Batista (coord.). **Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 351-371; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. Arbitragem e insolvência. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 6, n. 20, jan./mar. 2009, p. 25-52; VALENÇA FILHO, Cláudio de Melo. **A arbitragem em juízo**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015; VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins et al. Financiamento de terceiros e arbitragem no processo concursal. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 16, n. 61, p. 36-62, 2019; VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins. Arbitragem, insolvência e o dilema da publicidade. **Revista de Processo**, v. 292, p. 399-432, 2019; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A cláusula compromissória e o art. 117, *caput*, da lei de recuperação de empresas e falência. **Migalhas**, 9 jan. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI318070,61044-A+clausula+compromissoria+e+o+art+117+caput+da+lei+de+recuperacao+de>. Acesso em: 10 jan. 2020; VIEIRA, Maíra de Melo. A obrigatoriedade da cláusula compromissória em caso de litígios envolvendo empresas sujeitas a processos de falência ou recuperação. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: RT, v. 7, n. 28, jan./mar. 2011.

possibilidade de coexistência entre os institutos da falência e da arbitragem, não tendo tampouco o legislador pátrio despertado sua atenção para o assunto.

Pode-se dizer, portanto, que o tema ainda carece de uma análise mais aprofundada, principalmente à luz do direito falimentar, em que se ofereçam respostas adequadas para as diversas questões que a coexistência entre a falência e a arbitragem suscitam.

Nesse sentido, o que se propõe no presente trabalho é precisamente analisar quais são os efeitos que a falência opera sobre a arbitragem e como esses efeitos impactam na possibilidade da convivência entre os dois institutos.

Nesta tese, parte-se da hipótese de que a falência opera efeitos diretos sobre a arbitragem, impondo-lhe limites no contexto falimentar, mas que essa restrição não torna inviável a utilização. Mais especificamente, parte-se da proposição de que a falência não invalida a convenção arbitral celebrada antes da falência; não atrai nem suspende os procedimentos arbitrais em curso; mas impede a execução individualizada da sentença arbitral, a qual deve sujeitar-se ao processo concursal. Por outro lado, propõe-se também que nem a celebração da convenção de arbitragem, nem o desenvolvimento do procedimento arbitral, nem mesmo a prolação da sentença, viola a *par conditio creditorium*, objetivo máximo do sistema falimentar.

Para testar essas hipóteses de pesquisa, organizou-se o estudo em duas partes:

(i) Parte I, na qual se planeja apresentar algumas noções introdutórias da falência e da arbitragem relevantes para a tese proposta, que servirão para assentar as premissas e os fundamentos que serão utilizados na análise que seguirá; e

(ii) Parte II, na qual se pretende analisar os efeitos propriamente ditos da falência sobre a arbitragem, respondendo às questões suscitadas e testando as hipóteses levantadas nesta introdução.

A parte I consistirá na apresentação de algumas noções introdutórias sobre os institutos da falência e da arbitragem relevantes para a tese proposta. A apresentação será dividida em dois capítulos, nos quais se tratará, sucessivamente, da falência e da arbitragem. No capítulo 1, que versará sobre a falência, pretende-se apresentar seu conceito, natureza jurídica e alguns princípios norteadores, passar pelos efeitos que da quebra sobre a pessoa, os bens, os contratos e os processos do falido, e sobre alguns aspectos relevantes do processo falimentar, compreendendo, inclusive, o encerramento da falência. O trajeto empreendido

segue lógica consignada tanto pela própria dicção da legislação falimentar quanto pela doutrina. No capítulo 2, por sua vez, que versará sobre a arbitragem, pretende-se seguir a mesma ordem de apresentação: conceito, natureza jurídica e alguns princípios norteadores, bem como pelos principais aspectos da convenção de arbitragem, do procedimento e da sentença arbitral.

A parte II, a seu turno, consistirá na análise propriamente dita dos efeitos da falência sobre a arbitragem. Esta análise será dividida em três capítulos, nos quais se tratará, sequencialmente: (i) dos efeitos da falência sobre a convenção de arbitragem; (ii) dos efeitos da falência sobre o procedimento arbitral; e (iii) dos efeitos da falência sobre a sentença arbitral.

Em primeiro lugar, a falência opera efeitos diretos sobre a pessoa, os bens e os contratos do devedor, inabilitando-o para o exercício da atividade empresarial, retirando-lhe o poder de administrar e dispor dos seus bens, e desapossando-o deles; além de garantir ao administrador judicial o direito de eleger se pretende ou não cumprir os contratos bilaterais ainda não executados. A arbitragem, por sua vez, que é contratada por meio do negócio jurídico do tipo convenção de arbitragem, também está submetida aos efeitos da lei falimentar. Diante disso, no capítulo 3, o objetivo principal será o de entender como os efeitos da falência sobre a pessoa, os bens e os contratos do devedor impactam na validade e na eficácia da convenção de arbitragem firmada antes da quebra e na possibilidade de se firmar o pacto arbitral no curso do processo falimentar. Ademais, também se buscará entender se a cláusula arbitral está submetida à regra que autoriza ao administrador judicial denunciar os contratos bilaterais não executados pelo devedor. Para tanto, o capítulo 3 será dividido em duas seções, nas quais se analisarão dois pontos principais: (i) os efeitos da falência sobre a pessoa e os bens do devedor e seu impacto na convenção de arbitragem; e (ii) os efeitos da falência sobre os contratos do devedor e seu impacto na convenção de arbitragem.

Em segundo lugar, a falência opera efeitos diretos sobre os processos do falido, provocando a atração de todas as ações envolvendo os bens (*vis attractiva*), interesses e negócios do falido para o juízo universal; a retirada da legitimidade processual do falido para participar dos processos relacionados à falência; e a suspensão de todas as ações e execuções em trâmite contra o devedor. Por outro lado, a arbitragem tem natureza jurisdicional, desenvolvendo-se por meio de processo de conhecimento, o qual, por sua vez, termina com a prolação de sentença, que ostenta força de título judicial. O que se pretende analisar no capítulo 4, portanto, é como os efeitos da falência sobre os processos do devedor impactam

no desenvolvimento do procedimento arbitral, atraindo ou suspendendo os processos, além de outras questões correlatas, tais como: a manutenção da confidencialidade no curso da falência e o dever do administrador em arcar com as custas e despesas da arbitragem apesar do estado de insolvência. Para tanto, será efetuada uma divisão em quatro seções, nas quais se pretende analisar: (i) os efeitos da *vis attractiva* do juízo falimentar sobre o procedimento arbitral; (ii) os efeitos da regra de suspensão dos processos na falência sobre o procedimento arbitral; (iii) os efeitos da falência sobre a confidencialidade do procedimento arbitral; e (iv) os efeitos da falência sobre as custas, as despesas e os honorários de sucumbência arbitrais.

Em terceiro lugar, a falência ainda determina que todos os credores do falido convirjam para o processo falimentar para habilitarem seus créditos a fim de recebê-los de acordo com a ordem legal. Nesse cenário, pretende-se analisar no capítulo 5 se, proferida a sentença arbitral: (i) deve esta se submeter a procedimento de verificação de créditos perante o juízo falimentar; e (ii) em caso positivo, qual o conteúdo da impugnação que os participantes do processo falimentar podem apresentar.

Nas considerações finais, pretende-se organizar os resultados colhidos, testando-se as hipóteses de pesquisa, com o objetivo de apresentar respostas fundamentadas para as indagações colocadas. Ao final, serão formuladas três proposições objetivas, com a finalidade de contribuir para o debate em torno da utilização da arbitragem por empresas em crise no Brasil.

Entende-se que o trabalho é relevante do ponto de vista prático porque resolve uma série de discussões sobre a possibilidade de convivência entre os institutos da falência e da arbitragem, conferindo maior previsibilidade e segurança jurídica para o sistema jurídico brasileiro. Não se pode olvidar o fato de que, desde as respectivas edições, tanto a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 (“Lei de Arbitragem” ou “LARB”) quanto a Lei de Recuperação de Empresas e Falências (“LREF”) vêm tendo inegável sucesso, com larga utilização no cenário nacional. É, com efeito, cada vez maior o número de empresas que adotam a arbitragem como forma de resolução de litígios,⁴ como também é relevante o

⁴ Em pesquisa recente, Lemes (LEMES, Selma M. Ferreira. **Arbitragem em números e valores**: Pesquisa de Arbitragem em Número e Valores: 2010-2017. 2018. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/publicacoes.asp?linguagem=Portugu%EA&secao=Publica%E7%F5es&subsecao=T%F3picos&acao=Consulta&especificacao=Artigos>. Acesso em: 05 jan. 2020) analisa as informações divulgadas por seis das mais respeitadas das câmaras de arbitragem no Brasil, para concluir que, de 2010 a 2017, houve aumento de mais de 114% no número de procedimentos de arbitragem iniciados: em 2010 era de 128 e em 2017 passou para 275 novas arbitragens. Além disso, os valores envolvidos, que eram de R\$ 2,8 bilhões em 2010, passaram para R\$ 26,30 bilhões em 2017, o que demonstra que eles aumentaram mais que nove vezes no período.

número de empresas que recorrem ao sistema falimentar.⁵ Por consequência, a interação entre os dois institutos é, também, cada vez mais frequente, como, aliás, comprova o crescente número de precedentes versando sobre o tema nos anos recentes. Ao responder às questões surgidas da coexistência entre a falência e a arbitragem, esta tese pretende contribuir para aumentar a segurança jurídica e a previsibilidade no mundo empresarial, reduzindo os custos de transação e colaborando, na ponta, para o próprio desenvolvimento econômico e social.

De modo similar, entende-se também que o trabalho é relevante do ponto de vista dogmático e efetivamente contribui para o aperfeiçoamento da ciência jurídica visto que preenche uma lacuna, verificada na atualidade, no que concerne ao estudo dos efeitos da falência sobre a arbitragem e da possibilidade de coexistência entre os dois institutos. Com efeito, passados mais de vinte anos desde a edição da Lei de Arbitragem, pode-se dizer que existe número substancial de trabalhos acadêmicos que se debruçam sobre os fundamentos do instituto e suas principais características. São, entretanto, ainda escassos os trabalhos acadêmicos que procuram avançar no estudo da arbitragem para entender em que condições se desenvolve a convivência do instituto com outras áreas do Direito. É, pois, precisamente neste contexto em que se insere o presente trabalho: procura-se suprir uma lacuna atualmente existente na academia brasileira, oferecendo-se respostas fundamentadas às questões surgidas no contexto da relação entre a arbitragem e a falência, contribuindo para o avanço do campo de estudo que pretende entender como a arbitragem se relaciona com outros institutos legais.

Por fim, é necessário advertir para as limitações do objeto desta tese. Em primeiro lugar, a pesquisa pretende analisar os impactos da falência sobre a arbitragem no contexto brasileiro, mas não se preocupa com a análise do tema sob o enfoque da arbitragem internacional⁶ ou da falência transacional, que envolve outras questões, como a escolha da

⁵ De acordo com o Indicador Serasa Experian de Falências e Recuperações, o número de falências requeridas nos primeiros nove meses de 2019 é de nada menos que 1.100 ocorrências. (SERASA EXPERIAN. **Indicadores econômicos.** Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/amplie-seus-conhecimentos/indicadores-economicos>. Acesso em: 05 jan. 2020).

⁶ Há, de fato, dissensão na doutrina sobre se a LARB distinguiu arbitragem interna de arbitragem internacional. Enquanto parte da doutrina opina no sentido de que a distinção foi feita, ainda que indiretamente, no parágrafo único do art. 34 da referida lei, adotando-se o critério geográfico para determinar a nacionalidade da arbitragem, outra parte entende que a LARB adotou sistema monista, sem distinguir as arbitragens nacionais das internacionais (VERÇOSA, Fabiane. Arbitragem interna v. Arbitragem internacional: Breves contornos da distinção e sua repercussão no ordenamento jurídico brasileiro face ao princípio da autonomia da vontade. In: TIBÚRCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (org.). **O Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 421-449, p. 423-428). Por sua vez, para os que entendem ter a LARB adotado o sistema monista, sem distinguir a arbitragem nacional da

lei aplicável, e demanda análise independente. Sem prejuízo, no curso do trabalho se recorrerá, em sede estrangeira, tanto à doutrina quanto à jurisprudência arbitral e estatal, com a finalidade de trazer novos elementos para a discussão. Foram colhidos excertos doutrinários e jurisprudenciais, principalmente, da França, da Itália, da Inglaterra, dos Estados Unidos da América, da Alemanha e de Portugal, porque tratam-se de países com tradição consolidada no contexto da arbitragem, nos quais já houve oportunidade de debater a questão da inter-relação desse instituto com a falência. Em segundo lugar, a pesquisa analisa os impactos da falência sobre a arbitragem, mas não examina a mesma questão no contexto da recuperação judicial, extrajudicial e das liquidações extrajudiciais. Estes assuntos, afinal, submetem-se a lógica e a regras próprias, as quais também demandam análise destacada. E em terceiro lugar, o trabalho se ocupa da correlação específica entre a arbitragem e a falência, mas não cuida dos casos de insolvência individual, que não é regida, no Direito brasileiro, pela LREF, mas pelo Código Civil, merecendo, do mesmo modo, estudo autônomo.

Com essas considerações preliminares, passa-se ao trabalho.

internacional, há ainda divisão sobre qual seria o melhor critério a ser empregado para classificar a nacionalidade da arbitragem. Como reporta Verçosa, alguns autores adotam o chamado “critério jurídico”, elegendo como internacional qualquer arbitragem que “tenha contato com mais de um ordenamento jurídico, sendo certo que tal contato pode consistir no fato de as partes litigantes pertencerem a Estados diversos — seja como cidadãos ou como residentes — ou no fato de a relação controversa desenrolar-se no território de Estados distintos, por exemplo” (VERÇOSA, Fabiane. Op. cit., p. 428). Outros, de seu turno, preferem o chamado “critério econômico”, por meio do qual reputar-se-á internacional qualquer arbitragem em que “estão em jogo os interesses do comércio internacional” (FRANÇA. Código de Processo Civil, art. 1492). E, como se não bastasse, há ainda aqueles que adotam os critérios jurídico e econômico cumulativa ou alternativamente (VERÇOSA, Fabiane. Op. cit., p. 428-435). Sem pretender ingressar na interessante discussão acerca do melhor critério para definir a nacionalidade de uma arbitragem no Direito brasileiro, é importante registrar que esta tese se ocupa das arbitragens que, simultaneamente, (i) decorram de convenções de arbitragem sujeitas à lei brasileira; (ii) elejam a lei brasileira para regular os aspectos processuais do procedimento; e (iii) tenham sede no Brasil, com sentença a ser proferida dentro do território nacional.

PARTE I – NOÇÕES INTRODUTÓRIAS DOS INSTITUTOS DA FALÊNCIA E DA ARBITRAGEM

Nesta primeira parte da tese, pretende-se realizar uma exposição introdutória dos institutos da falência e da arbitragem, elegendo as premissas e os fundamentos que servirão de base para a análise a ser desenvolvida na Parte II. Inicia-se, no Capítulo 1, pela análise do instituto da falência, passando pelo seu conceito, seus objetivos, sua natureza jurídica, alguns de seus princípios norteadores, pelos efeitos que a falência opera sobre a pessoa, os bens, os contratos e os processos do falido, e pelo processo falimentar. Na sequência, se avança para o Capítulo 2, no qual, seguindo a mesma ordem de apresentação do Capítulo 1, serão abordados o conceito da arbitragem, sua natureza jurídica, alguns princípios norteadores, bem como determinados aspectos relevantes para a tese proposta relacionados à convenção de arbitragem, ao procedimento e à sentença arbitral.

1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS DA FALÊNCIA RELEVANTES PARA A TESE PROPOSTA

Neste primeiro capítulo, pretende-se tratar do instituto da falência. Para tanto, será efetuada uma divisão em cinco seções, nas quais se tratará, em ordem lógica, (i) do conceito, dos objetivos, de alguns personagens e da natureza jurídica da falência; (ii) de alguns princípios norteadores do instituto; (iii) dos efeitos que a falência opera sobre a pessoa, os bens, os contratos e os processos do falido; (iv) do processo falimentar; e (v) do encerramento da falência.

1 Conceito, objetivos, alguns personagens e a natureza jurídica da falência

1.1.1 Conceito

Do latim *fallere* (= faltar, enganar⁷), a palavra “falência” transmite a ideia de não cumprimento de obrigações.⁸ Diz-se que o vocábulo tem dois significados: um econômico e outro jurídico.⁹ Sob a ótica econômica, a falência é o estado de fato do devedor que não tem condições de arcar com as suas dívidas no vencimento destas. Sob a ótica jurídica, por sua vez, é o complexo de regras materiais e processuais que formam um regime criado para lidar com o problema das empresas falidas.¹⁰ Por meio deste regime, procede-se à liquidação

⁷ Cf. DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. Atualização de Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 603-604; e REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. São Paulo: Saraiva, 1978, v. 1, p. 3.

⁸ Negrão analisa nos seguintes termos o conceito da “falência”: “A ideia, portanto, de omissão está implícita em seu significado jurídico, referindo-se ao não cumprimento das obrigações financeiras por parte do devedor.” (NEGRÃO, Ricardo. **Curso de Direito Comercial e de Empresa**: v. 3. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 36).

⁹ Sampaio de Lacerda (SAMPAIO DE LACERDA, J. C. **Manual de Direito Falimentar**. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 27), por sua vez, explica que a falência também pode ser vista sob dois aspectos, um estático e outro dinâmico. Segundo a acepção estática, falência é o estado do devedor que não tem condições de pagar débito líquido, certo e exigível. Sob a acepção dinâmica, por seu turno, falência é o processo de execução coletiva por meio do qual os bens do devedor insolvente serão liquidados para pagamento dos credores.

¹⁰ Ver, a respeito, Carvalho de Mendonça: “Apreciada sob o ponto de vista rigorosamente econômico, a falência é o efeito da função anormal do crédito. Ela designa a situação daquele que, tendo recebido uma prestação, não dispõe de valores realizáveis suficientes para satisfazer, no momento exato, a contraprestação a que se obrigou. Falta com o prometido, não cumpre a palavra quem se encontra nessa posição. [...] As normas de direito material, processual e penal, que disciplinam esse fenômeno econômico em utilidade pública para a defesa do crédito, constituem o instituto da falência sob o ponto de vista jurídico.” (CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. **Tratado de Direito Comercial brasileiro**: v. 7. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946, p. 7-8).

organizada dos ativos do devedor para pagamento dos seus credores de acordo com a ordem da Lei.

1.1.2 Objetivos

Acerca dos objetivos, pode-se afirmar que a primeira finalidade da falência é a satisfação dos credores, respeitado o tratamento paritário entre eles, dando efetividade ao princípio da *par conditio creditorum*.¹¹ A ideia é substituir a lógica de *prior in tempore potior in jure* (ou seja, de que, em tradução livre, “o primeiro no tempo prefere no direito”), que, nos casos de insolvência do devedor, cria situação de injustiça em que os credores mais rápidos são pagos na íntegra, nada sobrando para os demais. Ao adotar-se outra lógica, de tratamento paritário dos credores em condições similares, permite-se o pagamento dos créditos de forma organizada, proporcional e de acordo com as preferências legais, o que é flagrantemente mais justo.¹²

Contudo, o respeito ao tratamento paritário entre os credores não é o único objetivo da falência. O instituto também pretende alcançar uma segunda finalidade: sanear o mercado, com a exclusão das empresas inviáveis e a realocação mais eficiente dos recursos, visando proteger, em última análise, o crédito em geral.¹³ O sistema visa, pois, “limpar” do mercado as empresas inviáveis com a crença de que isso terá impacto positivo para o desenvolvimento.¹⁴

Por fim, note-se ainda que, com o advento da LREF em 2005, a falência também passou a ter a finalidade expressa de “preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa” (LREF, art. 75). Isso quer dizer que, além dos objetivos históricos comumente citados, a partir de 2005 a falência visa também à preservação e otimização da utilização produtiva dos ativos da empresa, para, na

¹¹ SAMPAIO DE LACERDA, J. C. Op. cit., p. 30-31.

¹² SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**: teoria e prática na Lei 11.101/2005. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2018, p. 572.

¹³ PENTEADO, Mauro Rodrigues. Disposições preliminares. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de (coord.); PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**: Lei 11.101/2005: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 57-129, p. 81-83.

¹⁴ Sobre a função protetiva do crédito que a falência ostenta, ver Carvalho de Mendonça (CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. Op. cit., v. 7, p. 18): “Procurando proteger o crédito, alma do comércio e órgão essencial à função da hodierna sociedade com os processos de produção e de organização da grande indústria, a falência propõe-se a pôr em prática lógica e economicamente, o princípio básico do direito obrigacional: os bens do devedor são a garantia comum dos credores, salvo as preferências legítimas.”

ponta, melhorar os retornos não só para os credores, mas para os demais *stakeholders* em geral.¹⁵

Na medida em que os objetivos da falência transcendem os interesses privados das partes diretamente envolvidas no processo, afirma-se, com razão, que a falência congrega interesses de ordem pública.¹⁶

1.1.3 Alguns personagens: o falido, a massa falida, o administrador judicial e o comitê de credores

Discutidos o conceito e os objetivos da falência, é necessário prosseguir para tratar dos personagens que nela atuam. Assim, passa-se, a seguir, a tecer algumas observações sobre os principais atores do processo falimentar: o falido, a massa falida, o administrador judicial e o comitê de credores.

Inicialmente, vale definir a figura do falido. Segundo demarca Sacramone (2018, p. 384), o falido é “o empresário devedor, sujeito de obrigações não adimplidas e cuja falência foi decretada”. O falido pode ser: (i) o empresário individual de responsabilidade ilimitada; (ii) a empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI; (iii) as sociedades empresárias; bem como (iv) os sócios de responsabilidade ilimitada de sociedade falida. O conceito de falido não inclui, portanto, nos casos de pessoa jurídica, os administradores e sócios/acionistas. Sobre estes, vale anotar que a exclusão ocorre desde que não tenham responsabilidade ilimitada.¹⁷

Delimitado o falido, deve-se definir a massa falida. Esta é o complexo de direitos e obrigações do falido separados do seu patrimônio e destinados pela lei para atender aos objetivos da LREF. A massa falida é, nessa medida, o próprio patrimônio do falido,¹⁸

¹⁵ TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; PUGLIESI, Adriana V. A falência: noções gerais. In: CARVALHOSA, Modesto (coord.). **Tratado de Direito Empresarial**: v. 5: recuperação judicial e falência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, cap. 9, p. 261-282, p. 266-269.

¹⁶ REQUIÃO, Rubens. Op. cit., v. 1, p. 22-23.

¹⁷ Ver, no mesmo sentido, Sacramone: “Os administradores da pessoa jurídica falida, seus liquidantes e sócios ou acionistas, desde que não tenham responsabilidade ilimitada pelas obrigações sociais, não serão considerados falidos e poderão exercer sua atividade empresarial regularmente, assim como participar de outras sociedades, mesmo depois da quebra. Os efeitos da sentença de falência impostos aos falidos não podem ser a eles estendidos, como a inabilitação e a arrecadação de seus bens.” (SACRAMONE, Marcelo. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 384).

¹⁸ Confira-se: “A massa falida não é outra coisa, repetimos, senão o patrimônio do falido submetido a um novo regime legal. Enquanto, como administrador, mantinha o falido, dentro da lei, o equilíbrio das relações jurídicas patrimoniais, não era lícito a nenhum credor, sob qualquer pretexto, intervir em seus negócios, para averiguar o estado dos mesmos, a situação real do patrimônio. Positivada, porém, a falência desse patrimônio por sinais exteriores, atos, ou fatos previstos na lei, a consequência lógica e jurídica da declaração da falência havia de

submetido a um regime legal especial, afetado para o fim de pagar os credores. Como ressalta Carvalho de Mendonça,¹⁹ entretanto, a massa falida não constitui uma nova pessoa jurídica “pois não é uma associação voluntária e livre, mas uma organização fortuita, criada pela necessidade, protegida, organizada e disciplinada pela lei [...]”. A massa falida — deve-se dizer — não se confunde com o falido: este, como visto, é o devedor, cuja falência foi decretada; aquela é a parcela do seu patrimônio, separada e destinada para o concurso.²⁰

O administrador judicial, por seu turno, de acordo com o disposto no art. 99, IX, da LREF, é figura nomeada pelo juízo falimentar para desempenhar as atividades prescritas no art. 22 da LREF. Conforme reporta Miranda Valverde,²¹ a doutrina discutiu a natureza jurídica do administrador judicial. Em linhas gerais, três perspectivas diferentes surgiram: alguns o viam como representante dos interesses dos credores ou da massa de credores, como Carvalho de Mendonça²² e Ramella;²³ outros, do devedor, proprietário dos bens que formam

ser para o falido a perda do direito de administrar o seu patrimônio, porquanto neste não figuram somente os seus bens, mas igualmente bens, valores, interesses de terceiros, um parte mesmo, diremos, do patrimônio dos credores, que o falido não soube, ou não conseguiu acautelar. Esse patrimônio, restrito aos direitos e obrigações compreendidos na falência, constitui a massa falida, pelo que, é evidente, nesta se hão de encontrar todos os elementos daquele, elementos que autorizam e justificam as medidas legais tendentes a assegurar a equitativa liquidação do patrimônio do devedor.” (MIRANDA VALVERDE, Trajano de. **Comentários à Lei de Falências**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Forense, 1999, v. 1, p. 284). No mesmo sentido, vale conferir também Requião: “De nossa parte aderimos à corrente que define a massa falida objetiva como um patrimônio separado. Do patrimônio do devedor falido, desde a declaração de sua falência pela sentença, se destacam todos os seus bens penhoráveis de acervo de bens impenhoráveis, dos quais, pode ele livremente dispor. E não se diga que essa concepção moderna é *contra legem*. Em prol dessa teoria, milita — note-se bem — o texto do art. 40 da Lei de Falências, que declara que ‘desde o momento da abertura da falência ou da decretação do sequestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens e deles dispor’. Esse patrimônio passa a ser administrado pelo síndico, em proveito do pagamento dos credores. É a massa falida, portanto, um patrimônio separado, afetado a um determinado fim, especificamente destinado pela Lei de Falências ao pagamento igualitário dos credores (cf. Lição de Candian, n. 132, supra).” (REQUIÃO, Rubens. Op. cit., v. 1, p. 152).

¹⁹ CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. Op. cit., v. 7, p. 371-372.

²⁰ Ver, a respeito da diferenciação entre o falido e a massa falida: “A massa falida não se confunde com a pessoa do falido, ou seja, o devedor contra quem foi proferida sentença de quebra empresarial. Nesse passo, a nomeação do síndico visa a preservar, sobretudo, a comunhão de interesses dos credores (massa falida subjetiva), mas não os interesses do falido, os quais, no mais das vezes, são conflitantes com os interesses da massa.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 702.835/PR**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 16 set. 2010).

²¹ MIRANDA VALVERDE, Trajano de. Op. cit., v. 1, p. 441. Ver também, sobre a discussão travada na doutrina acerca da natureza jurídica do administrador judicial, Bessone (BESSONE, Darcy. **Instituições de Direito Falimentar**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 111-112); e Bezerra Filho (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo**. 9. ed, rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 101).

²² Para Carvalho de Mendonça, o administrador judicial seria “órgão da massa de credores” (CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. **Tratado de Direito Comercial brasileiro**: v. 8. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947, p. 31-32).

²³ Para Ramella, o administrador judicial também seria um “órgão jurídico da massa de credores”: “O curador não é nem um funcionário público nem um mero representante do devedor ou dos credores ou da massa em liquidação, mas, sim, um órgão jurídico da massa dos credores em sua unidade e, portanto, dos possíveis credores atuais ou futuros.” Tradução livre de: “*Il curatore no è nè un pubblico ufficiale, nè un mero rappresentante del debitore o dei creditori o della massa in liquidazione, ma un giuridico organo della massa dei creditori nella sua unità e quindi dei possibili creditori attuali o futuri.*” (RAMELLA, Agostino. **Trattato del fallimento**: v. 1. Milano: Societa Editrice Libreria, 1903, v. 1, p. 261).

a massa falida (ver relato de Ferrara²⁴); e, ainda outros, como representante de ambos — credores e devedor.²⁵ Prevalece atualmente, contudo, a visão de que o administrador não é representante, mas “órgão criado pela lei para auxiliar a justiça na realização do seu objetivo”.²⁶ Age, portanto, em nome próprio para cumprir as finalidades da lei, e responde pelas perdas que causar por dolo ou culpa (LREF, art. 32).

Na falência, as atribuições do administrador judicial são muitas e de naturezas variadas, indo desde o exame da escrituração do devedor (LREF, art. 22, III, “b”) e prestação de informações aos envolvidos no processo (LREF, art. 22, I, “b”), passando pela prática de atos necessários à realização do ativo e ao pagamento dos credores (LREF, art. 22, III, “i”), de atos conservatórios de direitos e ações (LREF, art. 22, III, “l”), pela representação da massa em juízo (LREF, art. 22, III, “n”), e culminando na prestação de contas para permitir o encerramento do processo falimentar (LREF, art. 22, III, “r”).

²⁴ FERRARA, Francesco. **Il Fallimento**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1974, p. 257. Valendo notar, no entanto, que o autor, de sua parte, defendia que o administrador judicial “[...] não substitui ninguém, mas exerce uma função pública no âmbito da administração da justiça, função que consiste na efetivação de todos os elementos utilizáveis com a finalidade de atender aos credores do falido.” Tradução livre de: “[...] *non sostituisce nessuno, ma esercita una funzione pubblica nell’ambito dell’amministrazione della giustizia, funzione consistente nella realizzazione di tutti gli elementi utilizzabili ai fini del soddisfacimento dei creditori del fallito.*” (Ibidem, p. 258).

²⁵ Confira-se: “Desde a organização inicial da falência, figuram os seus órgãos de administração e representação, e aparecendo a massa na dupla qualidade de representante do falido e dos credores (n. 362 do 7º volume), assim, também, se apresentam os síndicos e liquidatários.” (CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. Op. cit., v. 8, p. 30-31).

²⁶ MIRANDA VALVERDE, Trajano de. Op. cit., v. 1, p. 446-447. No mesmo sentido, vale conferir ainda a explicação de Bessone: “Ele é, sim, um órgão do juízo falimentar, que, se é provido *ad hoc*, nem por isto perde tal condição. Atua no interesse do resultado visado pela lei, ou pelo Estado, no procedimento falimentar, que tem finalidade própria e superior aos interesses individuais dos credores ou do falido.” (BESSONE, Darcy. **Instituições...** Op. cit., p. 112). Ver, também, Requião: “No direito brasileiro os juristas também não coincidem nas suas concepções: Carvalho de Mendonça o considera órgão da massa dos credores, enquanto Otávio Mendes exclui a conceituação como mandatário comum, considerando-o um mandatário judicial; Miranda Valverde nele vê um órgão ou agente auxiliar da justiça, criado a bem do interesse público e para a consecução da finalidade do processo da falência. Para esse jurista, age ele por direito próprio e em seu nome, no cumprimento dos deveres que a lei lhe impõe. Exerce as funções de um cargo especialmente criado pela lei que organiza o processo judicial de execução falimentar. Não é, entretanto, um funcionário público, embora seja a este equiparado para os efeitos penais. Assim também pensamos.” (REQUIÃO, Rubens. Op. cit., v. 1, p. 213). Ver, ainda, na jurisprudência: “A parte agravante se insurgiu contra a decisão que o destituiu do encargo de Administrador Judicial em processo de Recuperação Judicial, cuja função é de auxiliar do Juízo tanto no procedimento de Recuperação Judicial, onde atua como fiscal, quanto no processo falimentar, onde exerce papel fundamental na arrecadação dos bens, com a finalidade de realização do ativo.” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 70045459880**. Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, 5ª C. C., j. 14 dez. 2011). Por fim, vale notar que, no direito italiano, Satta já afirmava entendimento similar: “Se reconhecermos a validade desses conceitos, não pode haver hesitação em qualificar o ofício do curador como um ofício público, não no sentido de que se possa considerar a sua como uma administração pública, pois ele cumpre interesses que dizem respeito à empresa insolvente, mas no sentido de que não podemos associar a sua figura, como já se fez tantas vezes, à de um representante do devedor ou dos credores.” Tradução livre de: “*Se si riconosce la validità di questi concetti, no vi può essere esitazione a qualificare quello del curatore come un ufficio pubblico, no nel senso che la sua possa considerarsi una pubblica amministrazione, poichè egli assolve agli interessi, che fanno capo all’impresa insolvente, ma nel senso che non può ricondursi la sua figura, come tante volte si è fatto, a quella di un rappresentante vuoi del debitore, vuoi dei creditori.*” (SATTA, Salvatore. **Diritto Fallimentare**. Padova: CEDAM, 1974, p. 96).

Por fim, cabe ainda tratar do comitê de credores. O comitê de credores, diferentemente dos outros personagens citados, é órgão facultativo, de função fiscalizatória, com atribuições expressamente previstas no art. 27 e em outros dispositivos esparsos²⁷ da LREF. Essencialmente, esse comitê deve fiscalizar as atividades do administrador judicial, bem como se manifestar sobre assuntos de interesse dos credores, a exemplo do valor dos honorários para a contratação de advogados pelo administrador (LREF, art. 22, III, “n”) e dos casos de venda antecipada de bens perecíveis (LREF, art. 113). O comitê de credores deve ser formado por representantes de todas as classes de credores (LREF, art. 26). A falta de qualquer delas, entretanto, não impede a sua constituição (LREF, art. 26, § 1º). As deliberações do comitê de credores serão tomadas, dada a sua natureza colegiada, por maioria de votos, nos termos do § 1º do art. 27 da LREF. Em caso de não alcance de maioria (LREF, art. 27, § 2º), ou mesmo quando o comitê de credores não for constituído (LREF, art. 28), o assunto será resolvido pelo administrador judicial, ou, na incompatibilidade deste,²⁸ pelo juízo universal.

Definidos o conceito, os objetivos e os principais personagens da falência, passa-se a cuidar da sua natureza jurídica.

1.1.4 Natureza jurídica

Ao analisar a natureza jurídica da falência, deve-se, inicialmente, distinguir a ação pré-falimentar – de natureza constitutiva,²⁹ que culmina com a decretação da falência – do processo falimentar que se inicia a partir desta sentença, a execução coletiva propriamente dita.³⁰ É o último – do processo que se inicia com a sentença de decretação da falência – que constitui objeto de estudo nesta tese.

²⁷ Ver, por exemplo, o disposto no art. 22, III, “n”, da LREF: “Art. 22. Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe: [...] III – na falência: [...] n) representar a massa falida em juízo, contratando, se necessário, advogado, cujos honorários serão previamente ajustados e aprovados pelo Comitê de Credores;”.

²⁸ Por exemplo, se a deliberação versar sobre pedido de afastamento do administrador.

²⁹ Miranda Valverde, sem olvidar do caráter declaratório da sentença que decreta a falência, na medida em que reconhece um estado preexistente de fato, que é o estado de falência do falido, afirma a natureza constitutiva do instituto, já que inaugura um novo estado jurídico, “o de falência, previsto e regulado na lei, valendo *erga omnes*.” (MIRANDA VALVERDE, Trajano de. Op. cit., v. 1, p. 178). No mesmo sentido, afirmando a natureza constitutiva da sentença falimentar: FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 14, p. 282.

³⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. 28, p. 64.

Não há consenso na doutrina a respeito da natureza jurídica da falência.³¹ As posições apontam tanto para a sua natureza processual quanto material. Há, também, aqueles que afirmam ter a falência natureza híbrida, congregando regras processuais e materiais, sem prevalência de umas sobre as outras.

Dentre os que sustentam a natureza processual do instituto, destacam-se Theodoro Júnior³² e Requião,³³ para quem a falência se constituiria em processo de execução coletiva, com peculiaridades, tais como a ausência de título executivo e a possibilidade de requerimento pelo próprio devedor.³⁴ Simionato,³⁵ de seu turno, afirma que a falência é o instituto jurídico de direito material que confere o *status* jurídico de “falido” ao devedor.³⁶ Por fim, com relação aos que sustentam a natureza híbrida do instituto, pode-se citar Campinho,³⁷ que defende que “coexistem regras de fundo e de forma, não havendo que se falar na prevalência do caráter material ou do processual do instituto, pois a feição híbrida lhe é peculiar”;³⁸ e Batalha e Batalha,³⁹ que afirmam que “A falência constitui instituto de direito processual e de direito substancial, posto que, ao aspecto fundamental da execução

³¹ Para um estudo profundo sobre a natureza jurídica da falência, ver: D’Avack. Na visão do referido autor, contudo, a natureza da falência é eminentemente pública e administrativa (D’AVACK, Carlo. **La natura giuridica del fallimento**. Pádua: CEDAM, 1940, p. 210-212).

³² Confira-se: “A falência, embora regulada por lei que trata de relevantes temas de direito material, é sobretudo um remédio processual concebido para enfrentar grave problema da insolvência do devedor, quando esta afeta não o interesse individual de um ou outro credor, mas atinge o universo todo dos credores do inadimplente, gerando um abalo social, pela impossibilidade de satisfação completa de todos eles.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Alguns aspectos processuais da nova Lei de Falências. **RDCPC**, n. 39, jan./fev. 2006, p. 86).

³³ Confira-se: “Sendo o procedimento falimentar, no consenso dos juristas, por definição uma execução concursal, não resta dúvida de que nos deparamos no arcabouço de seu sistema com regras evidentemente processualísticas; mas não podemos, porém, deixar de reconhecer que, de permeio com o procedimento, existem inúmeras e fundamentais regras de direito substancial, que disciplinam, por exemplo, os efeitos jurídicos da abertura da falência, os direitos e deveres do falido e dos credores, as atribuições do síndico, a classificação dos privilégios e outras tantas normas de direito substancial. Sem essas regras, de nada valeria o arcabouço processual do instituto da falência.” (REQUIÃO, Rubens. Op. cit., v. 1, p. 23).

³⁴ No Direito italiano, vale conferir a opinião de Bonelli, para quem “Por isso, na falência, a parte do direito material é essencialmente subordinada à processual e conexa com ela.” Tradução livre de: “*La parte di diritto materiale è perciò nel fallimento essenzialmente subordinata alla procedurale e connessa con questa.*” (BONELLI, Gustavo. **Del fallimento**. Milano: Dotto Francesco Vallardi, 1938, v. 1, p. 3).

³⁵ SIMIONATO, Frederico A. Monte. **Tratado de Direito Falimentar**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 253.

³⁶ O autor representa parcela minoritária da doutrina, que, na atualidade, vê prevalência da natureza híbrida ou processual da falência. De fato, como reporta Ferrara (FERRARA, Francesco. Op. cit., p. 64-65), no passado imprimia-se maior ênfase ao aspecto material do direito falimentar. Com o desenvolvimento da ciência processual, contudo, o aspecto processual do instituto passou a ganhar espaço, colocando-se em pé de igualdade ou, para alguns, sobrepondo-se ao seu aspecto material. O próprio Ferrara, após historiar a discussão sobre a natureza jurídica da falência, adere à ideia de que a natureza processual do instituto prevalece sobre a sua natureza material (Ibidem, p. 65).

³⁷ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 8.

³⁸ Alternativamente, há ainda quem proclame a autonomia do direito falimentar, dado que o instituto congrega regras de vários campos do direito, “não se confundindo, todavia, com nenhum deles em particular.” (ALVARES, Walter T. **Direito falimentar**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Sugestões Literária, 1968, v. 1, p. 5).

³⁹ BATALHA, Wilson de Souza Campos; BATALHA, Sílvia Marina Labate. **Falências e concordatas: comentários à lei de falências: doutrina, legislação, jurisprudência**. São Paulo: LTr, 1991, p. 57.

coletiva, se associam litígios de natureza substancial e reflexos nas relações jurídicas envolvidas no processo falimentar”.

A nosso ver, a falência efetivamente congrega regras de direito processual e de direito material, não se podendo afirmar a preponderância das primeiras sobre as segundas. Trata-se de um conjunto de normas, que formam um sistema unitário, interligado, em que as regras processuais dependem das regras materiais para terem eficácia, e vice-versa, visando lidar com a situação da insolvência empresarial.⁴⁰ Por isso, inclusive, Carvalho de Mendonça⁴¹ afirma, confirmando a tese híbrida, que, na falência, “O direito material está tão preso ao processual, como no corpo humano a carne aderente aos ossos”.

Registre-se, contudo, que a discussão sobre a natureza jurídica da falência não se esgota aqui, isto é, com a definição sobre sua natureza híbrida. Como reporta Pacheco,⁴² no que concerne ao aspecto processual do instituto, discute-se ainda sobre se esse processo teria caráter executivo, de conhecimento, de jurisdição voluntária, cautelar ou administrativo.

De nossa parte, o entendimento é de que, apesar de todas as teorias arroladas representarem facetas do processo falimentar,⁴³ predomina, quanto à natureza jurídica, o aspecto de execução coletiva. Por meio desta, reúnem-se todos os credores do falido no juízo universal, com a finalidade de realizar o respectivo patrimônio e dividir o produto da liquidação de forma paritária, respeitadas as preferências legais.⁴⁴

Na presente tese adota-se, portanto, a posição de que a falência tem, sob a ótica processual, natureza de execução coletiva.⁴⁵

⁴⁰ Cf. MIRANDA VALVERDE, Trajano de. Op. cit., v. 1, p. 6: “[a falência] é o complexo de regras jurídicas, técnicas ou construtivas, que definem e regulam uma situação especial, de ordem econômica, a falência.”

⁴¹ CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. Op. cit., v. 7, p. 29.

⁴² PACHECO, José da Silva. **Processo de falência e concordata**: comentários à lei de falência: doutrina, prática e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 30-31.

⁴³ Pacheco (Ibidem, p. 30-31) indica que, vista sob a ótica processual, a falência efetivamente tem características de jurisdição voluntária (por exemplo, no caso da autofalência), cautelar (porque visa fazer valer a máxima de que o patrimônio do devedor é a garantia dos seus credores, impedindo a dissipação do patrimônio do devedor) e administrativa (porque o juízo falimentar, no mais das vezes, não exerce função propriamente judicante, mas de feição administrativa).

⁴⁴ PENTEADO, Mauro Rodrigues. Disposições preliminares. Op. cit., p. 81-83. Do mesmo modo, pensa a maior parte da doutrina nacional, conforme se lê das lições de: CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. Op. cit., v. 7, p. 19; FERREIRA, Waldemar. **Instituições de Direito Comercial**. Freitas Bastos, 1946, v. 4, p. 69; BESSONE, Darcy. **Instituições...** Op. cit., p. 21-23; MIRANDA VALVERDE, Trajano de. Op. cit., v. 1, p. 8; SAMPAIO DE LACERDA, J. C. Op. cit., p. 31; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. 27, p. 103; PACHECO, José da Silva. Op. cit., p. 31; TEPEDINO, Ricardo. Comentários aos arts. 105-137. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles; ABRÃO, Carlos Henrique (coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 236-429, p. 356-357; e CAMPINHO, Sérgio. **Falência...** Op. cit., p. 8-9.

⁴⁵ Cabe observar, de acordo com a lição de Bessone (BESSONE, Darcy. **Instituições...** Op. cit., p. 21-23), que a falência, como execução coletiva, não pode ser confundida com uma soma de ações executivas individuais contra o devedor: “é procedimento orgânico e pré-ordenado, tem em vista, principalmente, assegurar o

1.2 Princípios norteadores relevantes para a tese proposta

Ainda com a finalidade de apresentar o instituto em análise, e criando-se as bases para a discussão que se desenvolverá na Parte II do trabalho, passa-se, a seguir, a tratar de alguns princípios norteadores do processo falimentar.

A doutrina não é unânime ao indicar os princípios que informam o instituto da falência. Alguns autores preferem uma lista mais longa, como: Peruzzo dos Santos,⁴⁶ que enumera os princípios da igualdade entre os credores, da celeridade, da publicidade, da preservação da empresa, da viabilidade e da maximização do valor dos ativos do falido; Fazzio Júnior,⁴⁷ que inclui os princípios da viabilidade da empresa, da relevância dos interesses dos credores, da publicidade dos procedimentos, da *par conditio creditorium*, da maximização de ativos e da preservação da empresa; e Scalzilli, Spinelli e Tellechea,⁴⁸ que indicam os princípios da *par conditio creditorium*, da unidade, indivisibilidade e universalidade do juízo falimentar, da economia e celeridade processual e da preservação e maximização do patrimônio da massa. Outros, de seu turno, optam por uma lista mais reduzida, como Tomazzette,⁴⁹ que defende serem princípios específicos do instituto da falência somente os da *par conditio creditorium* e da economia e celeridade processual.

Apesar da diversidade de opiniões, alguns princípios reincidem nas diversas manifestações doutrinárias sobre o assunto. São eles os cinco seguintes: (i) igualdade entre os credores (*par conditio creditorium*); (ii) universalidade e unidade do juízo falimentar; (iii) economia e celeridade processual; (iv) viabilidade e maximização do valor dos ativos do falido; e (v) publicidade do processo. Passa-se a tratar de cada um deles adiante.

funcionamento do princípio da *par conditio creditorium*, isto é, o que a lei quer dizer é que, caracterizado o estado de falência, tudo se organize e ordene no sentido de serem os credores convertidos em uma coletividade, para serem tratados com igualdade. Esse resultado somente se pode obter excluindo-se as ações individuais, nunca as somando.” Trata-se, efetivamente, de uma execução coletiva, em que os credores são “convertidos em uma coletividade”, e não da soma de execuções individuais.

⁴⁶ SANTOS, Elenise Peruzzo dos. Os princípios clássicos e atuais da lei de falências e recuperação de empresas. In: BATTELO, Sílvio Javier. **Principais controvérsias na nova lei de falências**. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 13-36.

⁴⁷ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de Direito Comercial**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 487-489.

⁴⁸ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. Op. cit., p. 565.

⁴⁹ TOMAZZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**: v. 3: falência e recuperação de empresas. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 303-308.

1.2.1 Paridade entre os credores (*par conditio creditorium*)

A máxima da *par conditio creditorium* é o princípio clássico⁵⁰ do direito falimentar e se confunde com o próprio objetivo da falência.⁵¹ Por meio dele, assegura-se que os credores do falido serão tratados de forma paritária.

Como reporta Bessone,⁵² no direito romano vigia o princípio *pior in tempore potior in jure*, segundo o qual os credores mais diligentes do devedor insolvente deveriam ser premiados com o recebimento dos créditos na íntegra, deixando os demais (aqueles que não foram suficientemente rápidos) sem ativos para cobrir a totalidade dos seus créditos. Posteriormente, o princípio romano foi substituído pela ideia de que credores do devedor insolvente em condições similares devem ser tratados de forma paritária, não se podendo discriminar aqueles que, às vezes, por acidente do destino,⁵³ chegaram com atraso ao patrimônio do devedor. Exclui-se, assim, a sistemática da *pior in tempore potior in jure*, instalando-se a lógica da *par conditio creditorium*, que visa ao tratamento paritário e à satisfação proporcional dos credores na falência.⁵⁴

Desse modo, pelo princípio da *par conditio creditorium*, os credores do devedor insolvente que estejam em posições similares devem ser tratados de forma isonômica, vedando-se a vantagem pessoal de qualquer um deles em detrimento dos demais.

Dada a sua importância, o referido princípio permeia toda a LREF e está inscrito, de forma direta ou indireta, em diversos dispositivos. Assim, a título de exemplo, o art. 6 (que

⁵⁰ Segundo Batalha e Batalha, “O princípio fundamental é assegurar a igualdade dos credores, salvo quanto aos seus privilégios legais” (BATALHA, Wilson de Souza Campos; BATALHA, Silvia Marina Labate. Op. cit., p. 61).

⁵¹ Ver, a respeito da *par conditio creditorium*: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado...** Op. cit., t. 27, p. 83-86; SAMPAIO DE LACERDA, J. C. Op. cit., p. 303-302; e REQUIÃO, Rubens. Op. cit., v. 1, p. 21-23.

⁵² BESSONE, Darcy. **Instituições...** Op. cit., p. 23.

⁵³ É exemplo o caso em que o processo atrasa por conta da morosidade de um cartório judicial, sem culpa da parte.

⁵⁴ Tomazzette (TOMAZZETTE, Marlon. Op. cit., v. 3, p. 305) desenvolve a dinâmica desse princípio, ao afirmar o seguinte: “A falência, ao instituir uma execução coletiva, tenta afastar essa desigualdade, impondo um tratamento igualitário entre os credores. Esse tratamento igualitário não significa que todos os credores terão o mesmo tratamento, mas que os credores em situação igual terão o mesmo tratamento e os credores em situação desigual terão tratamento desigual. [...] Fala-se em aplicação da *par conditio creditorium*, no sentido de que todos os credores terão direitos iguais no processo de falência, ressalvadas as preferências estabelecidas pela legislação. Do mesmo modo, todos os credores suportarão os prejuízos decorrentes da falência do devedor. Não há um nivelamento entre os credores, mas um tratamento adequado às peculiaridades de cada um, buscando alcançar, na medida do possível, o tratamento mais justo dos credores diante da crise.” No mesmo sentido, Mello Franco e Sztajn: “É regra meio, não regra fim, que tem por finalidade a satisfação proporcional dos credores, excluindo o princípio *prior in tempore potior in jure*, sendo, no caso, regra absoluta.” (MELLO FRANCO, Vera Helena; SZTAJN, Rachel. **Falência e recuperação da empresa em crise: comparação com as posições do direito europeu**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 8).

determina a suspensão de todas as ações e execuções contra o falido), o art. 76 (que institui a universalidade do juízo falimentar), o art. 77 (que determina o vencimento antecipado de todas as obrigações do falido), o art. 83 (que institui a ordem de classificação dos créditos) e o art. 126 (que autoriza o juízo falimentar a decidir sobre as relações patrimoniais não reguladas na LREF, mas lhe impõe o ônus de respeitar a igualdade entre os credores), todos visando, na ponta, dar efetividade à lógica da *par conditio creditorum*.

1.2.2 Unidade e universalidade do juízo falimentar

O segundo princípio a ser abordado é o da unidade e universalidade do juízo falimentar, previsto no art. 76 da LREF, com a seguinte redação: “O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo”.

Trata-se de princípio que visa dar efeito à *par conditio creditorum*, possibilitando o tratamento paritário dos credores, ao mesmo tempo que evita a prolação de decisões conflitantes. Garante-se, pois, a estabilidade do sistema falimentar.⁵⁵

Diz-se que o juízo da falência é universal porque a ele se submetem todos os bens do devedor e todos os interesses dos seus credores.⁵⁶ A universalidade, por sua vez, pressupõe a unidade do juízo falimentar. Pela unidade, o juízo falimentar é o único competente para conhecer de todas as ações relacionadas com os interesses da massa falida, excluídas as

⁵⁵ SACRAMONE, Marcelo. Op. cit., p. 307-308. Nesse sentido, expressa Zanini: “Como já dizia Vivante, o juízo da falência é único e universal, visando a igualdade de tratamento de todos os credores, e abrangência de todos os bens do falido. De fato, restaria seriamente comprometida a observância da *par conditio creditorum* caso não se pudesse reunir, num só juízo, a totalidade dos credores do falido, a começar pela elevada probabilidade de se proferirem decisões diversas e até mesmo contraditórias para credores de igual posição. Esta é a função primordial a que serve a unicidade e universalidade do juízo falencial.” (ZANINI, Carlos Klein. Comentários ao art. 76. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de (coord.); PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005**: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 340-344, p. 341). Também, na mesma linha, anotam Almeida e Ramalho o seguinte: “A ideia de um juízo universal decorre da necessidade de se centralizar todas as demandas que versarem sobre o devedor, pois através de um juízo universal é possível garantir o tratamento equitativo dos credores, em conformidade com os termos e ordem de preferência legais estabelecidos na lei de falência e, ao mesmo tempo, evitar que juízos profiram decisões conflitantes que possam a vir de encontro aos atos de liquidação praticados na falência. Além disso, o artigo 76 da lei de falência que trata do juízo universal já traz as hipóteses que o excepcionam: as causas em que o autor figurar como autor e aquelas não reguladas nesta lei.” (ALMEIDA, José Gabriel Lopes Pires Assis de; RAMALHO, Matheus Sousa. A compatibilidade da Arbitragem com a falência e a recuperação judicial. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 24.: “Direito Privado, Formas de Resolução de Controvérsias e Direitos Fundamentais”. Belo Horizonte, UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara, 2015, p. 117-144, p. 136).

⁵⁶ TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; PUGLIESI, Adriana V. Op. cit., p. 270-271.

exceções previstas em lei.⁵⁷ Impede-se, com isso, a possibilidade de ser decretada mais de uma falência do mesmo devedor,⁵⁸ e facilita-se a compreensão, pelo juízo falimentar, da real situação do falido. Enquanto a unidade tem cunho processual e volta-se para a concentração das ações envolvendo os interesses da massa no juízo falimentar, a universalidade tem natureza substancial e direciona-se para os bens do falido e para os interesses dos seus credores.

Por isso, Carvalho de Mendonça⁵⁹ afirma acertadamente que:

O juízo da falência é um mar onde se precipitam todos os rios. Nele concorrem todos os credores, embora de foro privilegiado; nele se arrecadam todos os bens do devedor; nele se discutem e resolvem todas as ações e reclamações sobre bens, interesses e negócios da massa falida, qualquer que seja o valor, pela forma por que a lei determina; nele se verificam e classificam os créditos; nele se partilha o produto dos bens do devedor comum entre os credores, respeitadas as legítimas preferências; nele prestam contas os síndicos e liquidatários; etc.

Como a própria lei enumera, contudo, existem certas exceções a essa regra. São elas as causas trabalhistas, as fiscais e aquelas não reguladas na LREF em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo (LREF, art. 76), além das ações que demandarem quantia ilíquida (LREF, art. 6º, § 1º). Cada uma destas exceções será analisada na seção 1.3.4.1, abaixo, quando se abordar os efeitos da falência sobre os processos do falido.

1.2.3 Celeridade e economia processual

A celeridade e a economia processual também permeiam todo o processo falimentar. De fato, se o efeito do tempo nos processos judiciais constitui preocupação do legislador constituinte ao reconhecer a necessidade de um direito fundamental à adequada duração do processo (art. 5, LXXVIII, CF/1988),⁶⁰ pode-se afirmar que, na falência, o tempo é ainda mais relevante na medida em que, insolvente o devedor, a demora no andamento do feito tende a causar a deterioração do seu patrimônio, com perda adicional de valor. Desse risco decorre que a celeridade e a economia processual são princípios que devem orientar o

⁵⁷ TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; PUGLIESI, Adriana V. Op. cit., p. 270-271.

⁵⁸ MIRANDA VALVERDE, Trajano de. Op. cit., v. 1, p. 136.

⁵⁹ CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. Op. cit., v. 7, p. 259-260.

⁶⁰ “Art. 5. [...] LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

processo falimentar, tal como expressamente previsto no art. 75 da LREF.⁶¹ Deve o juízo falimentar, nesse sentido, pautar-se por conduzir o processo da forma mais ágil,⁶² com os menores custos, onerando o mínimo possível as partes envolvidas.⁶³

1.2.4 Viabilidade e maximização do valor dos ativos do falido

Ademais, deve-se ainda destacar o princípio da maximização do valor dos ativos do falido. Trata-se, em matéria de falência, de inovação da LREF, que consta do *caput* do seu art. 75, dispondo que “A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva de bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis da empresa.”

O dispositivo reflete o reconhecimento pelo legislador de que os ativos da empresa falida podem gerar mais valor para os credores e demais *stakeholders* se preservados reunidos, em funcionamento, como um *going-concern*,⁶⁴ do que se vendidos separadamente.⁶⁵

⁶¹ “Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa. Parágrafo único. O processo de falência atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual.”

⁶² Para ler sobre o princípio da celeridade processual no contexto do processo civil ordinário, ver: NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 311-318; TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, Jose Rogério. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 99-107; e CRUZ E TUCCI, Jose Rogério. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 85-89.

⁶³ Até porque, como afirma Coutore, “O processo, que é um meio, não pode exigir uma despesa maior do que o valor dos bens em discussão, que são o fim. Uma proporção necessária entre o fim e os meios deve presidir a economia do processo.” Tradução livre de: “*El proceso, que es un medio, no puede exigir un dispendio superior al valor de los bienes que están en debate, que son el fin. Una necesaria proporción entre el fin y los medios debe presidir la economía del proceso.*” (COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 189)

⁶⁴ Para uma discussão sobre o conceito de *going concern*, ver: JACKSON, Thomas. **The Logic and Limits of Bankruptcy Law**. Cambridge, Mas.: Harvard University, 1986. Por sua vez, sobre a manutenção da fonte produtora na falência, ver Pugliesi: “Diante disso, é evidente que a falência deverá representar uma solução de pagamento aos credores (sob a óptica da satisfação de seu crédito), mas não apenas isso; poderá constituir-se como alternativa de preservação da atividade econômica; já que, sem dúvida, esse é um dos fundamentos da lei brasileira. Busca-se, na falência, a tutela dos interesses que gravitam em torno da própria cadeia produtiva a benefício do tráfico mercantil. Finalmente, para o devedor, a falência constitui meio de obtenção da extinção de suas obrigações, conforme art. 158 da lei.” (PUGLIESI, Adriana Valéria. **Direito Falimentar e preservação da empresa**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 277).

⁶⁵ Cf. TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; PUGLIESI, Adriana V. Op. cit., p. 269-270. No mesmo sentido, é a afirmação de Tomazzette: “Há, portanto, um objetivo mais específico na falência, no sentido da maximização do valor dos recursos produtivos do devedor. Essa maximização atenderá aos interesses dos credores, na medida em que permitirá a obtenção de mais recursos e, consequentemente, o pagamento de mais credores. De outro lado, essa maximização poderá permitir a continuação da atividade com outro sujeito. Não se busca apenas a eliminação de empresas arruinadas, mas sim a otimização dos recursos produtivos com a possível

Com base nessa ideia de manutenção dos ativos, por exemplo, o art. 140 da LREF estabelece que, para realização do ativo, deve-se priorizar a tentativa de alienação dos bens do falido em bloco para, somente em caso de impossibilidade, vendê-los separados. No mesmo sentido, pode-se apontar para a previsão que garante a venda dos ativos sem sucessão de responsabilidade (LREF, art. 141, II) bem como para aquela que permite que o juiz determine a continuidade das atividades do falido no curso do processo falimentar (LREF, art. 99, XI).

1.2.5 Publicidade do processo

Por fim, vale tratar do princípio da publicidade no processo falimentar. Como forma de assegurar aos jurisdicionados exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa, e, também, para permitir a fiscalização, pela sociedade civil, da atividade exercida pelos juízes estatais, a Constituição Federal, nos seus arts. 5, LX,⁶⁶ e 93, IX,⁶⁷ exige que todos os julgamentos do Poder Judiciário sejam públicos e fundamentados, o que é reiterado nos arts. 11⁶⁸ e 189⁶⁹ do Código de Processo Civil – CPC, salvo quando o interesse público ou social demandar o contrário.

No direito brasileiro, portanto, a regra é da publicidade dos atos judiciais, podendo-se, eventualmente, mitigar essa publicidade em caso de relevante interesse.⁷⁰ O processo falimentar, como processo judicial que é, não escapa à referida regra e submete-se também

continuação da atividade com outros sujeitos. [...] Outrossim, devem-se liquidar os bens do devedor, a fim de pagar os credores e permitir que eles sejam aproveitados em melhores condições. Nada impede que a atividade continue, mas com outro sujeito [...].” (TOMAZZETTE, Marlon. Op. cit., v. 3, p. 303).

⁶⁶ “Art. 5. [...] LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;”.

⁶⁷ “Art. 93. [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;”.

⁶⁸ “Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público.”

⁶⁹ “Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos: I - em que o exija o interesse público ou social; II - que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes; III - em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade; IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo. § 1º O direito de consultar os autos de processo que tramite em segredo de justiça e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e aos seus procuradores. § 2º O terceiro que demonstrar interesse jurídico pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e de partilha resultantes de divórcio ou separação.”

⁷⁰ Cf. AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1, p. 282-283.

ao princípio da publicidade. Ocorre que, no caso da falência, que tem natureza de execução coletiva, e que visa efetivar a máxima da *par conditio creditorum*, bem como sanear o mercado, a publicidade torna-se ainda mais importante para que todos os envolvidos tenham conhecimento dos atos praticados no processo, permitindo-lhes o exercício dos seus direitos.⁷¹

Essa ideia de publicidade do processo permeia toda a legislação falimentar. Veja-se o disposto⁷² nos quatro exemplos adiante, todos da LREF: (i) no art. 99, parágrafo único, conforme o qual, em caso de sentença de quebra, será publicado um edital contendo a íntegra da sentença falimentar e a relação de credores preparada pelo devedor, a fim de convocar todos os interessados para participarem do processo; (ii) no art. 7, § 2º, conforme o qual o administrador judicial fará publicar por edital a sua relação de credores; (iii) no art. 18, parágrafo único, conforme o qual o quadro geral de credores também deverá ser publicado por edital para conhecimento geral; e (iv) no art. 142, conforme o qual a alienação de quaisquer bens do falido deverá ser precedida de publicação de anúncio em jornal de grande circulação.

São estes, pois, os princípios que regem o processo falimentar. Devidamente identificados, cumpre analisar, a seguir, por sua importância para a tese proposta, os efeitos que a falência opera sobre a pessoa, os bens, os contratos e processos do falido.

1.3 Os efeitos da falência sobre a pessoa, os bens, os contratos e os processos do falido

O decreto de quebra opera efeitos diretos sobre a pessoa do falido, seus bens, contratos e processos.⁷³ Passa-se a tratar de cada um destes efeitos, começando pelos mais concretos, que incidem diretamente sobre a pessoa e os bens do falido, e seguindo-se daí para os mais abstratos, relativos aos contratos e processos do devedor.

⁷¹ Cf. PEREIRA, Thomaz Henrique Junqueira de Andrade. **Princípios do direito falimentar e recuperacional brasileiro**. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009, p. 48-49.

⁷² Cf. *Ibidem*, p. 48-49.

⁷³ Esses não são, todavia, os únicos efeitos que a falência produz. Também os direitos dos credores são diretamente impactados pela quebra, determinando a LREF, no art. 77, o vencimento antecipado de todas as dívidas do falido, com o abatimento proporcional dos juros e a conversão de todos os créditos em moeda estrangeira para moeda nacional; e, no art. 124, a suspensão da fluência dos juros vencidos após a quebra. Ver, a respeito destes efeitos da falência: CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Op. cit.*, v. 7, p. 384; p. 392; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, t. 28, p. 288; SZTAJN, Rachel. *Comentários ao art. 50*. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de (coord.); PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 231-247, p. 246; BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação...** *Op. cit.*, p. 286-287; e TEPEDINO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 390. Porque, todavia, esses efeitos da falência não impactam diretamente no instituto da arbitragem, eles não serão abordados de forma individualizada nesta tese.

1.3.1 Dos efeitos da falência sobre a pessoa e os bens do falido

A falência opera efeitos diretos sobre a pessoa e os bens do falido. Nesse sentido, os arts. 102⁷⁴ e 103⁷⁵ da LREF preveem que, a partir da decretação da quebra, o falido torna-se inabilitado para exercer atividade empresarial e perde o poder de administrar e dispor dos seus bens. Pode o falido, no entanto, fiscalizar a administração da falência e requerer o que for de direito na defesa dos seus interesses.

A primeira restrição imposta pela LREF à pessoa do falido é a da inabilitação para a prática da atividade empresarial — terminologia precisa. “Atividade”, nas corretas palavras de Comparato e Salomão Filho,⁷⁶ constitui “uma série de atos tendentes ao mesmo escopo”. A atividade é disciplinada por regime jurídico próprio e não se confunde com os atos individuais que a constituem.⁷⁷ Atividade empresarial, por sua vez, é aquela que se depreende da análise do disposto no art. 966 do Código Civil,⁷⁸ definida como toda atividade de natureza econômica organizada exercida profissionalmente para a produção ou circulação de bens e serviços.

De acordo com a lei falimentar, portanto, a partir da decretação da falência, o falido torna-se inabilitado para exercer qualquer atividade econômica organizada de forma profissional para a produção ou para a circulação de bens e serviços.⁷⁹

⁷⁴ “Art. 102. O falido fica inabilitado para exercer qualquer atividade empresarial a partir da decretação da falência e até a sentença que extingue suas obrigações, respeitado o disposto no § 1º do art. 181 desta Lei. Parágrafo único. Findo o período de inabilitação, o falido poderá requerer ao juiz da falência que proceda à respectiva anotação em seu registro.”

⁷⁵ “Art. 103. Desde a decretação da falência ou do sequestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor. Parágrafo único. O falido poderá, contudo, fiscalizar a administração da falência, requerer as providências necessárias para a conservação de seus direitos ou dos bens arrecadados e intervir nos processos em que a massa falida seja parte ou interessada, requerendo o que for de direito e interpondo os recursos cabíveis.”

⁷⁶ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 105.

⁷⁷ Confira-se: “O conceito básico do moderno direito comercial é o de atividade empresarial, substituindo a velha noção de ato de comércio. Atividade é uma série de atos tendentes ao mesmo escopo. Ela engloba tanto atos ou negócios jurídicos, quanto simples atos materiais. Não há, portanto, como confundir atividade com ato ou negócio jurídico. A capacidade para a prática de atos difere da capacidade para o exercício de uma atividade. Aquela pode ser absoluta ou relativa; esta é sempre absoluta. Não há pessoas relativamente capazes para o exercício de uma profissão.” (Ibidem, p. 105).

⁷⁸ “Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.”

⁷⁹ Cf. SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. Op. cit., p. 647; e AQUINO, Diva Carvalho de. Dos efeitos da decretação da falência em relação aos bens e pessoas do devedor e administradores. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). **Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 383-414, p. 384-385.

A proibição não quer dizer, obviamente, que o falido não possa exercer nenhuma profissão. Muito pelo contrário, afora a restrição à atividade empresarial, o falido está livre para praticar qualquer atividade.⁸⁰

Se, nada obstante a vedação, o falido exerce atividade empresarial, atua de forma irregular, respondendo com seus bens pessoais pelas obrigações contraídas (Código Civil, art. 973⁸¹). Essa consequência, entretanto, não afeta a validade de qualquer ato individual praticado pelo falido.⁸² A validade e a eficácia dos atos jurídicos por ele praticados deverão ser analisadas de acordo com os respectivos requisitos e fatores de validade e eficácia, não influenciando, no exame, a presença da inabilitação.⁸³

Além da inabilitação para a atividade empresarial, o falido também perde o poder de administrar e dispor dos seus bens. Ou, como adequadamente define Bernardes de Mello,⁸⁴ perde a legitimação para administrar e dispor da parcela do seu patrimônio⁸⁵ submetida ao concurso falimentar. A legitimação para dispor diz com a relação entre, de um lado, o agente e, de outro, o bem ou direito que ele pretende regular. Para que tenha legitimidade, o agente deve estar em posição de ser o sujeito da relação jurídica que pretende tutelar.⁸⁶ No caso da

⁸⁰ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. Op. cit., p. 648.

⁸¹ “Art. 973. A pessoa legalmente impedida de exercer atividade própria de empresário, se a exercer, responderá pelas obrigações contraídas.”

⁸² Confira-se: “Por outro lado, o regime da validade dos atos isolados difere do da atividade: no primeiro caso, distingue-se a nulidade da anulabilidade; no segundo, fala-se, mais propriamente, em regularidade ou irregularidade” (COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 105).

⁸³ Ou, como expressa Pontes de Miranda: “Os negócios jurídicos e atos jurídicos *strictu sensu* praticados pelas pessoas a que se proíbe comerciar, ditas incompatíveis com a profissionalidade da mercancia, são válidos, salvo se, além da regra jurídica sobre incompatibilidade (regra jurídica do lado da outra profissão), há a regra jurídica de direito comercial sobre validade, ou se a profissão é comercial e o que se proíbe é outra espécie de profissão comercial. [...]” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., t. 28, p. 80).

⁸⁴ BERNARDES DE MELLO, Marcos. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 33)

⁸⁵ Sobre o conceito de “patrimônio”, ver Marcondes: “Não obstante a multiplicidade e variedade de concepções intermediárias, desdobradas entre esses extremos, nelas é possível colher elementos de comum aceitação, adequados ao conceito estrutural de patrimônio: 1º) conjunto de relações jurídicas; 2º) apreciáveis economicamente; 3º) coligadas entre si, por pertinentes a uma pessoa. Admitidos na doutrina dos diversos ordenamentos (Planiol-Ripert, Colin-Capitant, Jossierand, Barassi, Messineo, Biondi, Fadda e Bensa; Dernburg; Cunha Gonçalves) tais elementos configuram a noção de patrimônio no ensinamento dos juristas brasileiros, assim resumido por Clóvis Beviláqua: ‘Parece melhor fundamentada a opinião dos que consideram o complexo das relações jurídicas de uma pessoa, que tiverem valor econômico.’” (MARCONDES, Sylvio. **Questões de Direito Mercantil**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 125).

⁸⁶ Sobre o conceito de legitimação, ver Betti, definindo-a “como sendo a competência da parte para obter ou reconhecer os efeitos jurídicos da regulamentação dos interesses que teve em vista: competência resultante de uma específica posição do sujeito a respeito dos interesses que se trata de regular. Portanto, um dos pontos nodais à legitimação consiste na indagação da relação existente entre o indivíduo e o negócio jurídico que pretende realizar.” (BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, t. 2, p. 31). De forma similar, confira-se Bernardes de Mello: “A capacidade de agir não se confunde com a legitimação, apesar de se tratar, em ambas as espécies, de aptidão subjetiva para a prática de atos jurídicos. É que, enquanto a capacidade constitui um estado pessoal relacionado ao poder de, pessoalmente, exercer os direitos e praticar os atos da vida civil, a legitimação consiste em uma posição do

falência, o que ocorre é a perda do poder de administração e disposição, isto é, a perda da legitimidade para praticar atos jurídicos sobre os bens e os direitos submetidos ao concurso.

Essa legitimidade, por força do disposto na LREF, transfere-se para o administrador judicial, que deve exercê-la nos limites dos requisitos legais e de acordo com estes, sob fiscalização judicial e do comitê de credores.

Por fim, com o decreto de falência, também ocorre o “desapossamento direto”⁸⁷ do falido com relação aos bens e direitos sujeitos à falência.⁸⁸ O desapossamento objetiva permitir que os bens do falido possam ser arrecadados para liquidação e pagamento, ao mesmo tempo que evita que o falido dissipe seu patrimônio em detrimento dos credores.⁸⁹

Esse desapossamento, como bem explica Carvalho de Mendonça,⁹⁰ compreende todos os bens do falido, incluindo “bens móveis e imóveis, corpóreos e incorpóreos, que

sujeito relativamente ao objeto do direito, que se traduz, em geral, na titularidade do direito, posição esta que tem como conteúdo o poder de disposição, bem assim o poder de aquisição. Excepcionalmente, a legitimação pode decorrer de atribuição do sistema jurídico a terceiro que não seja o titular do direito. A doutrina civilística tradicional costuma usar a expressão poder de disposição para designar a legitimação, embora com impropriedade por não definir o fenômeno em toda a sua abrangente complexidade. Na verdade, conforme já é possível constatar da simples menção das espécies, a legitimação não se limita (a) ao poder de dispor em sentido estrito, pois se refere, também, (b) ao poder de adquirir e (c) ao de endividar-se, aos quais Von Tuhr denomina de poder passivo de disposição.” BERNARDES DE MELLO, Marcos. **Teoria do fato jurídico:** plano da validade. Op. cit., p. 33). E, ainda, Serpa Lopes: “Contudo, no campo dos negócios jurídicos, encontramos muitas situações em que certas pessoas, por força de determinadas circunstâncias, se encontram privadas do gozo do direito de praticar um ato jurídico. E esta privação do gozo de um direito tanto pode ser no sentido ativo como no sentido passivo, isto é, tanto a pessoa pode estar privada do poder de dispor como tolhida no direito de adquirir. Às vezes, dá-se o encontro das duas situações, como a proibição do testador casado de dispor em favor de sua concubina. Pretende-se, então, que, nessas hipóteses, não se trate de uma incapacidade especial de gozo, senão de um problema de legitimação: saber se uma pessoa, em face de uma determinada relação jurídica, tem capacidade para estabelecê-la, num ou noutro sentido. Está neste caso, por exemplo, a venda de coisa alheia. Porque a coisa não pertence ao vendedor, falta-lhe título legítimo para poder dela dispor. Isto, que se denomina capacidade de gozo, passou a ser chamado, modernamente, legitimação, fenômeno não recente, referente Carnelutti, mas que, nada obstante, permaneceu na penumbra por largo tempo, confundido com a capacidade de gozo. Carnelutti traça, então, a diferença entre a capacidade – depende de uma qualidade, quer dizer, de um modo de ser do sujeito em si, enquanto que a legitimação resulta de uma posição sua, isto é, de um modo de ser seu em relação com os demais.” (SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil:** v. 1: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989, p. 269).

⁸⁷ O desapossamento falimentar, como explica Satta, guarda algum paralelismo — com a particularidade de que atinge todo o patrimônio do falido desde o momento da decretação da falência — com o penhoramento da execução singular: “No entanto, seria um exagero em sentido oposto negar que o desapossamento tenha correspondência na execução singular. Dado que, de fato, tanto a execução singular quanto a falência são ordenadas para o atendimento dos credores, é óbvio que para ambas se devam apresentar exigências comuns. Isso explica por que sempre se instituiu um paralelismo entre penhora e o desapossamento, entre o art. 42 e o art. 2913 do Código Civil.” Tradução livre de: “*Sarebbe tuttavia una esagerazione in senso opposto negare che lo spossessamento non abbia riscontri nella esecuzione singolare. Poiché infatti tanto ‘esecuzione singolare quanto il fallimento sono ordinati ala soddisfazione dei creditori, à ovvio che per entrambe si debbano presentare comuni esigenze. Questo spiega perché si è sempre istituito un paralelismo fra pignoramento e spossessamento, tra l’art. 42 e l’art. 2913 cod. civ.*” (SATTA, Salvatore. **Dirrito...** Op. cit., p. 105).

⁸⁸ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. Op. cit., p. 654-666.

⁸⁹ SACRAMONE, Marcelo. Op. cit., p. 386.

⁹⁰ CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. Op. cit., v. 7, p. 448.

representam para os credores valor objetivo de troca e são realizáveis em dinheiro [...], inclusive direitos e ações, existentes na época da sua declaração e os adquiridos durante ela”. Naturalmente, devem ser observadas as exceções legais.⁹¹

Ainda sobre o desapossamento, é relevante registrar que esse ocorre de direito desde o momento da decretação da falência e, posteriormente, de fato, mediante a efetiva arrecadação dos bens do falido pelo administrador judicial.⁹²

Não se trata, todavia, de expropriação, conservando o falido a propriedade dos bens, até que sejam liquidados no processo falimentar,⁹³ mas perde a posse direta desses bens, que

⁹¹ O art. 108, § 4º, da LREF prevê que: “Não serão arrecadados os bens absolutamente impenhoráveis”. O art. 833 do CPC, por sua vez, contém uma relação dos bens reputados impenhoráveis: “Art. 833. São impenhoráveis: I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução; II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida; III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor; IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º; V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado; VI - o seguro de vida; VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas; VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família; IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social; X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos; XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei; XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra.”

⁹² SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. Op. cit., p. 654-666.

⁹³ Confira-se que, no Direito italiano, o falido também não perde a propriedade dos seus bens, mas apenas o poder de dispor dos mesmos, que passa para o administrador judicial: “[...] é oportuno, de fato, esclarecer que a falência não incide absolutamente sobre a titularidade ou a propriedade dos bens assimilados à massa, mas somente sobre a sua disponibilidade, que passa do devedor, que a perde, por força da invocação do art. 42 da Lei de Falências, ao curador, que a adquire, nos termos no art. 31 da Lei de Falências, segundo o qual este órgão do procedimento tem a administração do patrimônio falimentar e efetua todas as operações de sua competência, sob a vigilância do juiz delegado e do comitê de credores. Tanto é verdade que, uma vez encerrada a falência, os bens residuais da liquidação concursal devem ser restituídos ao devedor, o qual retorna “in bonis”, como se usa dizer na praxe judiciária.” Tradução livre de: “[...] è opportuno infatti precisare che il fallimento non incide affatto sulla titolarità o proprietà dei beni acquisiti alla massa, ma soltanto sulla loro disponibilità, che passa dal debitore, il quale perde in forza del chiamato disposto dell’art. 42 l. fall., al curatore, che l’acquista a norma dell’art. 31 l. fall., secondo cui tale organo della procedura ha l’amministrazione del patrimonio fallimentare e compie tutte le operazioni di sua competenza, sotto la vigilanza del giudice delegato e del comitato dei creditori. Tant’è vero che, una volta chiuso il fallimento, i beni residuanti dalla liquidazione concorsuale devono essere restituiti al debitore, il quale torna appunto “in bonis” come si usa significare nella prassi giudiziaria.” (GENOVIVA, Pietro. Gli effetti patrimoniali e personali del fallimento per il fallito. In: FAUCEGLIA, G.; PANZANI, L... **Fallimento e altre procedure concorsuali**, v. 1. UTET, 2009, p. 443-477, grifo nosso). No mesmo sentido, conferir ainda Vella: “Com a transação do poder de administração e gestão sob responsabilidade do órgão falimentar, ex art. 31, equiparável à Ersetzung do ordenamento alemão, tem-se, portanto, uma espécie de suspensão temporária do falido do exercício dos direitos de conteúdo patrimonial, sem nenhuma transferência da titularidade dos bens, dos quais o falido permanece *in pectore* o proprietário, como parece evidente se considerarmos que: os seus atos dispositivos não são inválidos, mas, sim, inoponíveis à massa; os atos legalmente efetuados pelo órgão falimentar incidem diretamente sobre o seu patrimônio, também em caso de revogação da falência; as formalidades relativas às vendas falimentares são efetuadas “contra” o falido, mas não o procedimento; o eventual resíduo ativo da liquidação falimentar lhe é restituído.” Tradução livre de: “*Con la transazione del*

passa, por força de lei, para o administrador judicial. A opinião é compartilhada de forma pacífica por grande parte daqueles que se propuseram a escrever sobre o tema, tanto na vigência do Decreto-Lei n. 7.661/1945 quanto da atual LREF, como se depreende, por exemplo, das lições de Tarrega,⁹⁴ Mello Franco,⁹⁵ Campinho,⁹⁶ Scalzilli, Spinelli e

potere di amministrazione e gestione in capo all'organo fallimentare, ex art. 31, equiparabile alla Ersetzung dell'ordinamento tedesco, si ha dunque solo una sorta di sospensione temporanea del fallito all'esercizio dei diritti a contenuto patrimoniale, senza alcun trasferimento della titolarità dei beni, dei quale rimani in pectore il proprietario il fallito, come appare evidente se si considera che: i suoi atti dispositivi non sono invalidi bensì inopponibili alla massa; gli atti legalmente compiuti dal organi fall. Incidono direttamente sul suo patrimonio, anche in caso di revoca del fall.; le formalità relative alle vendite fallimentari vengono eseguite "contro" il fallito, non già la procedura; l'eventuale residuo attivo all'esito della liquidazione fall. Gli va restituito."

VELLA, Paola. Art. 42 l.f. In: FERRO, Massimo. **La legge Fallimentare commentario teorico-pratico**. Padova: CEDAM, 2014, p. 582-600, p. 583, grifo nosso. Já era essa, aliás, a orientação na Itália desde Navarrini (NAVARRINI, Umberto. **Trattato di Diritto Fallimentare**: v. 1. Bologna: Nicola Zanchelli, 1934, p. 194).

⁹⁴ Confira-se: “O devedor perde o direito de dispor e de administrar os bens, dos quais é desapossado desde o momento da decretação da falência. A titularidade dos bens não se transfere automaticamente para a massa, só muda com a alienação do bem, para a realização do ativo. Explica-se o desapossamento, entre outras teorias, em razão do separar patrimonial – porque o patrimônio é destinado à satisfação dos credores existentes no momento da declaração da quebra. Assim, o devedor não pode dele dispor nem afetá-lo com novas obrigações enquanto durar o vínculo. A massa falida não é titular dos bens integrantes do patrimônio do devedor, sobretudo porque não tem ela personalidade jurídica. A massa congrega interesses decorrentes das diversas relações jurídicas e torna possível a administração e a disposição dos bens. [...] O falido, mesmo desapossado de seus bens, conserva o direito de fiscalizar a administração da massa e requerer as medidas para a sua defesa. Pode intervir como assistente e interpor os recursos cabíveis. Justifica-se por que a titularidade de direitos preserva o devedor, a quem caberá o saldo remanescente, se houver.” (TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. Comentários aos artigos 102 ao 104. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (coord.). **Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 456-463, p. 458-459).

⁹⁵ Confira-se: “Todos os bens penhoráveis do falido e dos sócios solidários da sociedade falida, na sua posse ou na posse de terceiros, quer presentes, quer futuros (adquiridos durante o decorrer do procedimento falimentar), serão arrecadados. [...] Cuida-se, contudo, como mencionado retro, de mero desapossamento (direto) e não de expropriação. O falido não perde a propriedade de seus bens, apenas não pode mais deles dispor e gozar, posto que, privado da sua administração, não pode mais perceber-lhes os frutos.” (MELLO FRANCO, Vera Helena de. Comentários ao art. 103. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de (coord.); PITOMBO, Antônio Sérgio A. De Moraes (coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**: Lei 11.101/2005: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 419-421, p. 420).

⁹⁶ Confira-se: “A partir da decretação da falência o devedor perde o direito de livremente administrar os seus bens e deles dispor (artigo 103). Inclusive, como se viu, na própria sentença, o juiz deverá, explicitando o princípio, expressamente proibir a prática de qualquer ato de disposição ou de oneração dos bens do falido (artigo 99, inciso VI). [...] A infração ao dispositivo levará à invalidação do ato, face à evidente nulidade. [...] O desapossamento dos bens do falido dá origem à massa falida objetiva. Serão eles arrecadados pelo administrador judicial, que os administrará, até que sejam liquidados. O falido permanece como proprietário dos bens, perdendo, entretanto, os direitos de diretamente possuí-los, administrá-los e de livre disposição. O fenômeno verifica-se por força de lei, constituindo-se o patrimônio arrecadado em um patrimônio separado do falido, afetado ao pagamento de seus credores.” (CAMPINHO, Sérgio. **Falência**... Op. cit., p. 335-336).

Tellechea,⁹⁷ Waldemar Ferreira,⁹⁸ Requião,⁹⁹ Miranda Valverde,¹⁰⁰ Bessone¹⁰¹ e Sampaio de Lacerda.¹⁰²

⁹⁷ Confira-se: “Outro efeito relevante que emana da decretação da falência é a imediata perda, por parte do falido, do direito de administrar e dispor de seus bens, os quais passarão à massa falida, como se houvesse um penhoramento geral de seu patrimônio. Ocorre a perda da administração e da disponibilidade, não da propriedade dos bens. O direito do falido sobre o seu patrimônio é paralisado, não extinto, de maneira que da falência não decorre uma separação patrimonial, mas tão-somente uma destinação do patrimônio à liquidação – o que pode gerar efeitos como a interrupção do prazo de usucapião de imóvel da massa falida por terceiros. Esse efeito jurídico denomina-se desapossamento. Em razão dele, o falido perde a posse direta de seus bens, transferindo-a ao administrador judicial, cuja tomada é levada a cabo pela arrecadação. Na verdade, a sentença falimentar proclama o desapossamento de direito; porém, ao desapossamento de direito, deve seguir-se o desapossamento de fato, que se dá somente com a efetiva arrecadação dos bens. [...] A construção em torno do instituto se funda na ideia de que é preciso paralisar os direitos de administração e de disposição do falido sobre o seu patrimônio, já que este passará a compor a massa falida objetiva – que nada mais é do que o próprio patrimônio do falido submetido a outro regime legal –, para que o administrador judicial possa liquidá-lo em prol da comunidade de credores (massa falida subjetiva). [...] O escopo é evitar a venda dos ativos fora do processo falimentar, garantindo aos credores que os bens não serão liquidados de forma precipitada e a preço aviltante, ou que o falido assumira novas obrigações, possibilidade, em certa medida, também tolhida por meio da inabilitação anteriormente estudada. Busca-se, então, a preservação e a otimização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, nos termos do art. 75, caput, da LREF; tanto isso é verdade que o desapossamento não acarreta, necessariamente, a paralisação das atividades (LREF, arts. 99, XI, e 109). Em razão disso, uma vez decretada a quebra, o falido não pode, por exemplo, firmar contratos, adquirir bens, contratar sociedade, subscrever ou adquirir quotas ou ações de sociedades novas ou já existentes. Embora possa ser administrador de sociedades – caso não reste condenado por crime falimentar –, não pode realizar qualquer acordo com os credores, ou entregar bens, ainda que para cumprimento de ordem judicial em ação promovida por credor. [...] O desapossamento não ocasiona a automática perda da propriedade dos bens do falido, pois não se trata de expropriação. O que se dá, na verdade, é a perda da posse direta dos bens para o administrador judicial e dos poderes de administrar e dispor de seu patrimônio, continuando o devedor com a posse indireta. [...] O desapossamento é um desdobramento natural da formação da massa falida, que não ocasiona a incapacidade do falido, nem a sua interdição ou perda de direitos políticos. Seu efeito processual atinge o patrimônio e não a pessoa do falido. [...] Além da perda da administração e da disponibilidade do seu patrimônio, perde o falido, também, a legitimação processual, isto é, a capacidade de estar em juízo na defesa de seu patrimônio. Eis outra consequência do desapossamento. Em razão disso, a massa falida, representada pelo administrador judicial, sucede o falido nas ações pendentes ou futuras referentes a relações de direito patrimonial relacionadas à falência, inclusive, quando for o caso, em processos arbitrais, pois o falido perde sua capacidade de agir (LREF, arts. 22, III, ‘c’, e ‘n’, e 76, parágrafo único; e CPC/2015, art. 75, V), uma vez que poderia influir por meio de processos, em seu patrimônio.” (SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. Op. cit., p. 654-666).

⁹⁸ Confira-se: “Não perde o falido, todavia, a propriedade de seus bens. Conserva-a. Desloca-se das suas para as mãos do síndico a posse deles e o direito de administrá-los, como depositário legal, que deles se torna, ainda mesmo quando os ponha sob custódia de pessoa de sua confiança e escolha. Deixando-se surpreender pela quebra, que poderia ter evitado, por previsível, demonstrou o falido, imperícia no gerir seu próprio patrimônio. [...] Eis em que consiste o desapossamento dos bens do falido. Arrecadam-se. Não se expropriam. Depositam-se. Trata-se de medida de segurança e de garantia, como diligência e medida executória. Não mais do que isso. Tanto que, concedida concordata, eles lhe voltam à posse, para que os administre. [...]” (FERREIRA, Waldemar. **Tratado...** Op. cit., v. 14, p. 472-473).

⁹⁹ Confira-se: “Desde o momento da abertura da falência, que ocorre no momento em que a sentença declaratória é proferida pelo juiz, que indicará a hora da declaração da falência (art. 14, parágrafo único, II), ou da decretação do sequestro (art. 12, §4º), o devedor falido é desapossado de seus bens, perdendo o direito de administrá-los e de deles dispor. A garantia que seu patrimônio constitui para os seus credores começa então a ser realizada. Os bens são arrecadados pelo síndico, que os conserva e administra durante o período de informação da falência, em cujo decurso se configura definitivamente a massa falida que legitimamente concorre ao produto proveniente da venda dos bens arrecadados.” (REQUIÃO, Rubens. Op. cit., v. 1, p. 149-150).

¹⁰⁰ Confira-se: “Tirando-se ao falido o direito de administrar seus bens e deles dispor, perde ele a posse direta de tais bens, que passa para o síndico, e cuja tomada se faz pela arrecadação, que equivale, assim, à penhora

Diverge a doutrina, contudo, quanto à natureza do desapossamento. De um lado, há aqueles que identificam o instituto com a penhora dos bens do executado no curso de execução singular. Segundo Requião,¹⁰³ todavia, essa teoria não parece correta já que, no

das execuções singulares. O síndico, como o inventariante no espólio, é que fica com a posse corporal e a administração dos bens, competindo-lhe dispor do ativo do patrimônio do falido, pelo modo e forma determinados na lei. [...] Tanto vale dizer que os primeiros constituem a garantia dos segundos, como que os segundos oneram, ou gravam, os primeiros. O essencial é salientar que ambos esses elementos fazem parte de um mesmo patrimônio, que se separa desde o dia da abertura da falência, do seu dono, para constituir um patrimônio autônomo – a massa falida – disciplinado pelas regras que tendem a solucionar a nova situação jurídica. [...] A perda do direito de administrar esse patrimônio e dele dispor surge, portanto, como uma consequência normal, lógica e jurídica, da execução forçada, a que fica submetida, com a declaração da falência, a universalidade dos bens do falido, que se destinam ao pagamento das obrigações que os oneram. O caráter executivo do processo de falência justifica, amplamente, o desapossamento, que sofre o devedor, do patrimônio compreendido nos limites da lei, que organiza o concurso de credores dentro das normas gerais do processo das execuções forçadas. [...] Perdendo a administração dos seus bens e a disponibilidade deles, nenhum ato poderá mais o devedor praticar com referência aos bens, interesses, direitos e obrigações compreendidos na falência. A sanção civil para o caso de violação do preceito proibitivo é a nulidade absoluta, de pleno direito, do ato. [...]” (MIRANDA VALVERDE, Trajano de. Op. cit., v. 1, p. 278-285).

¹⁰¹ Confira-se: “O fenômeno a ser destacado, agora, é o da instantaneidade do salto do direito, ou mesmo do poder de governar o próprio patrimônio, para a eliminação, virtualmente total, de tal governo. Realmente, o devedor, no momento mesmo em que a declaração de falência passa a produzir efeitos, é atingido por uma espécie de óbito. Física e biologicamente, permanece vivo, ainda que psiquicamente combatido. Mas, comercial e patrimonialmente, desaparece da cena, onde, no momento anterior, tudo podia, no atinente à sua situação patrimonial. [...] O estado (de direito) de falência produz efeitos tanto sobre os bens quanto sobre as relações jurídicas do falido com terceiros. [...] A arrecadação ocasiona, desde logo, o desapossamento do falido, isto é, a perda da posse dos livros, documentos e bens, que passam para a posse da justiça, através do síndico. Como corolário da perda da posse, perde o falido também a administração do seu patrimônio, que igualmente é transferido ao síndico. Perde ainda o poder de dispor (*ius abutendi*) dos bens arrecadados.” (BESSONE, Darcy. **Instituições**... Op. cit., p. 92-93).

¹⁰² Confira-se: “Desde, portanto, o momento da abertura da falência o devedor perde o direito de administrar os seus bens e deles dispor (art. 40). Dá-se, assim, o desapossamento do falido, justificando Thaller não só por estabelecer um ponto fixo para base das operações da liquidação, como também porque o devedor que chega a esse estado, seja por imperícia culpa ou inabilidade, deve ser afastado prontamente da direção de seus bens, pois sem isso o restante se dissiparia. Essa consequência da sentença declaratória decorre, como vimos, da própria lei e, por isso, ninguém pode impedir: nem o juiz, nem o síndico, nem os credores, quaisquer que sejam os motivos. Excepcionalmente a lei permite ao falido a guarda de imóveis e mercadorias (art. 72). [...] VII – A da garantia pignoratícia, desenvolvida por Bolaffio, Navarrini, Provinciali, considera os bens como garantia dos credores, constituindo verdadeiro penhor legal a fim de satisfazer os credores em razão dos respectivos créditos; o direito de crédito transforma-se com a falência no direito do dividendo, isto é, no direito de perceber uma quota proporcional do penhor comum. Os credores se reúnem independentemente de sua vontade e formam uma *communio incidens pignoratitia*. Como consequência dessa teoria, explica Bolaffio, resulta que a propriedade dos bens permanece com o falido e o desapossamento não o afasta de um dos co-interessados pois a falência produz entre credores e devedor uma comunhão de interesses que surge com a sentença declaratória. A sentença declaratória produz, portanto, efeitos idênticos ao da penhora na execução singular, conforme anotamos anteriormente. O desapossamento, afirma Brunetti, constitui um conjunto de restrições legais ao direito de dispor do devedor falido e, portanto, ao direito de execução sobre seus bens. Mas é um efeito jurídico da quebra, diz Satanowsky, sobre a pessoa do devedor, se bem que com consequências imediatas sobre o patrimônio; mas de forma alguma é efeito patrimonial direto. Na realidade, a teoria mais tranquila é a que explica tratar-se, na hipótese, de particular e enérgica aplicação do princípio da responsabilidade patrimonial, afirma De Semo, pela qual o devedor responde pelo cumprimento das obrigações com todos os seus bens presentes e futuros e os credores têm igual direito de serem satisfeitos, salvo motivo de legítima prelação. E, por isso, tendo em vista os interesses coletivos que o processo concursal se propõe proteger, o falido é desapossado ope legis de seu patrimônio, sendo entregue a sua administração e liquidação ao órgão competente, para garantia da realização dos fins do próprio instituto falimentar. [...]” (SAMPAIO DE LACERDA, J. C. Op. cit., p. 111-114).

¹⁰³ REQUIÃO, Rubens. Op. cit., v. 1, 149-151.

direito processual moderno, a penhora constitui, em favor do primeiro exequente, verdadeiro direito real sobre a coisa, o que confronta diretamente com o princípio fundamental do sistema falimentar do tratamento paritário dos credores. Outra teoria, prossegue Requião,¹⁰⁴ anuncia que o falido perderia a propriedade dos bens, “sem sua transferência para outro sujeito”. Essa ideia, contudo, também não parece correta para o jurista, pois tornaria necessário reconhecer, na massa falida, personalidade jurídica, o que foi abandonado no direito moderno. O professor então adere à teoria de Candian, que procura explicar o fenômeno do desapossamento com a criação de um “patrimônio separado”, com direitos e obrigações próprios, mas ainda pertencente ao devedor.¹⁰⁵

Mais recentemente, Mello Franco,¹⁰⁶ com apoio em Miranda Valverde, e Scalzilli, Spinelli e Tellechea¹⁰⁷ tornaram a defender a ideia, com a qual concorda-se nesta tese, de que haveria uma “destinação” desse patrimônio à liquidação, tal como ocorre nos casos dos regimes de “patrimônio de afetação”.¹⁰⁸

¹⁰⁴ REQUIÃO, Rubens. Op. cit., v. 1, 149-151.

¹⁰⁵ Diz Requião: “Para explicar esse fenômeno, que resulta na destinação exclusiva do produto dos bens arrecadados ao pagamento dos credores concursais, Candian, adjetivando-o de ‘imponente fenômeno’ no qual culmina o instituto da execução forçada – apela para a teoria do patrimônio separado. Lança mão de longa lição de jurista italiano cuja lição transcreve, reconhecendo que o único critério seguro para determinar a existência do patrimônio separado é a responsabilidade por débitos. Patrimônio separado, prossegue, é aquele patrimônio que tem débitos próprios, no qual se localizam as obrigações e responsabilidades que dele nascem, e que não sofre os efeitos de obrigações diversas do sujeito do patrimônio. Em mão do mesmo titular se encontram duas esferas jurídicas separadas: o patrimônio geral da pessoa e um outro centro patrimonial com próprios direitos e obrigações, ao qual o outro sucumbe. Esse é o tratamento verdadeiramente essencial do instituto: outros efeitos não são constantes, e podem encontrar-se ainda em outra figura jurídica. E termina: ‘Constitui um patrimônio separado a massa falida. A declaração de falência de fato cinde o patrimônio do falido em suas massas: de uma parte o patrimônio do falido capaz de execução, compreendidos os bens que lhes acresçam durante o estado de falência; de outra o patrimônio impenhorável’ (Il processo di fallimento, ns. 46 e segs.). Devemos então concluir, com a lição adotada por Candian, que o desapossamento ocorre por força da lei, o que constitui o patrimônio do falido em patrimônio comercial separado, afeto ao pagamento de seus credores.” (Ibidem, v. 1, 1978, p. 149-151).

¹⁰⁶ Confira-se: “Os bens, assim arrecadados, vão formar (como já mencionado) a massa falida objetiva, a qual, na visão de Miranda Valverde, constitui um patrimônio autônomo, assim compreendido como o complexo de direitos e obrigações destinados, pela lei, a atender uma determinada finalidade. Ou como explicita: é o patrimônio do devedor “[...] sob o novo tratamento ou regime jurídico [...]” e este entendimento coaduna-se com as novas tendências, posto que, por mais de uma vez, a Lei menciona a possibilidade da existência de massas patrimoniais com destinação específica; assim ocorre, v.g., na norma do art. 994 do CC, quando se fala em patrimônio especial; no art. 10, II, da Lei 9.514/1997, a reportar-se diretamente à figura do patrimônio separado e, inclusive, à sua liquidação (inc. V), e do que, ainda, é exemplo a Lei 10.931, de 02 de agosto de 2004, dispondo expressamente sobre o patrimônio de afetação.” (MELLO FRANCO, Vera Helena de. Comentários... Op. cit., p. 420).

¹⁰⁷ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. Op. cit., p. 654-666.

¹⁰⁸ “Afetação”, segundo definição de Gomes, “Consiste numa restrição pela qual determinados bens se dispõem, para servir a fim desejado, limitando-se, por este modo, a ação dos credores.” (GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19. ed. rev., atual e aum. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 183).

Esse é, efetivamente, o melhor entendimento. A parcela do patrimônio do devedor submetida ao concurso universal permanece na propriedade dele, mas é segregada do remanescente, com a finalidade de fazer frente ao passivo que será reunido na falência. Não há, aqui, uma penhora dos bens propriamente ditos, nem a perda da propriedade, mas somente uma “separação” de parte do patrimônio do falido, que ganha destinação autônoma para cumprir os objetivos da lei.¹⁰⁹

1.3.2 Dos efeitos da falência sobre os contratos do falido

A falência também opera efeitos diretos sobre os contratos do falido. Prescreve o art. 117 da LREF,¹¹⁰ nessa linha, que os contratos bilaterais não se resolvem com a falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial, se isso for benéfico para a massa, mediante autorização do comitê de credores.¹¹¹ A regra, efetivamente, retira do contratante

¹⁰⁹ Essa é a mesma posição defendida por Ferrara Junior e Borgioli, sob a égide do Direito italiano, como se depreende do excerto transcrito a seguir: “De acordo com a doutrina mais confiável e mais difundida entre os estudiosos do Direito Privado, o desapossamento de bens do devedor deve ser explicado como um fenômeno de separação do patrimônio. A partir do momento da declaração de falência, separa-se o patrimônio do falido, o qual constitui a garantia comum dos credores, do seu patrimônio pessoal, e o primeiro é destinado ao atendimento dos credores existentes. A separação, aliás, seria uma consequência da destinação: justamente por ser destinado ao atendimento dos credores existentes, este patrimônio é separado do restante do patrimônio do devedor, e, embora permaneça sob a titularidade do mesmo, o patrimônio está sujeito somente às modificações jurídicas que são compatíveis com a destinação que lhe é conferida. [...] Justamente porque o patrimônio é destinado ao atendimento dos credores existentes no momento da declaração de falência, se explica não apenas como o devedor não pode fazer uso dele, mas também como não pode afetá-lo com novas obrigações enquanto durar o vínculo de destinação.” Tradução livre de: “*Secondo la dottrina più autorevole e più diffusa tra i privatisti lo spossamento del debitore deve spiegarsi come un fenomeno di separazione del patrimonio. Dal momento della dichiarazione di fallimento si viene a separare il patrimonio del fallito che costituisce la garanzia comune dei creditori da quello che è il suo patrimonio personale, ed il primo viene destinato al soddisfacimento dei creditori esistenti. La separazione anzi sarebbe una conseguenza della destinazione: appunto perché il patrimonio viene destinato al soddisfacimento dei creditori esistenti, esso viene a separarsi dal restante patrimonio del debitore, e, pur restando nella titolarità del medesimo, il patrimonio è soggetto solo a quelle modificazioni giuridiche che sono compatibili con la destinazione impressagli. [...] Appunto perché il patrimonio è destinato al soddisfacimento dei creditori esistenti al momento della dichiarazione di fallimento si spiega non solo come il debitore non possa disporne, ma altresì come non possa affettarlo con nuove obbligazioni, s'intende finché dura il vincolo di destinazione.*” (FERRARA JUNIOR, Francesco; BORGIOI, Alessandro. **Il Fallimento**. 5. ed. Milano: Giuffrè, 1995, p. 317).

¹¹⁰ “Art. 117. Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê. § 1º O contratante pode interpelar o administrador judicial, no prazo de até 90 (noventa) dias, contado da assinatura do termo de sua nomeação, para que, dentro de 10 (dez) dias, declare se cumpre ou não o contrato. § 2º A declaração negativa ou o silêncio do administrador judicial confere ao contraente o direito à indenização, cujo valor, apurado em processo ordinário, constituirá crédito quirografário.”

¹¹¹ Registre-se que esse não é o único efeito que a falência provoca sobre os contratos do falido. Também os arts. 118 e 119 da LREF contemplam regramento específico para o caso dos contratos unilaterais e alguns negócios jurídicos especificamente nomeados na lei. Por sua importância reduzida para esta tese, esses efeitos da falência previstos nos arts. 118 e 119 da LREF não serão analisados individualizadamente, sendo mencionados no trabalho apenas quando se afigurarem relevantes.

não falido o direito de exigir do falido o cumprimento da obrigação. A única opção restante é notificar o administrador judicial para que diga se pretende ou não cumprir o contrato. Se o administrador judicial se manifesta pela não execução do contrato, ou se perde o prazo para manifestação, imediatamente resolve-se o negócio.¹¹²

Para que o administrador judicial possa lançar mão da regra prevista no art. 117 da LREF, deve cumprir requisitos. Assim, é preciso evidenciar que o cumprimento do contrato irá reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou que se afigura necessário à manutenção e preservação de seus ativos.¹¹³ É também necessário, em qualquer caso, a obtenção de autorização do comitê de credores.¹¹⁴ Quanto ao primeiro requisito, caberá ao administrador judicial avaliar a existência de benefício para a massa, mas deve ele tomar cuidado ao assim proceder para evitar responsabilização pessoal por atos culposos e dolosos.¹¹⁵ Quanto ao segundo requisito, a ideia é de que os credores do falido, que têm inegável interesse em ver o seu patrimônio aumentado para fazer frente ao pagamento dos seus respectivos créditos, possam opinar sobre a conveniência ou não de dar cumprimento ao contrato.¹¹⁶

Se o administrador judicial decidir lançar mão da prerrogativa legal de cumprir o contrato, pode exigir da contraparte o cumprimento integral da sua prestação, mas está obrigado a cumprir igualmente com a sua parte.¹¹⁷ Se, de modo diverso, decide não cumprir

¹¹² MIRANDA VALVERDE, Trajano de. Op. cit., v. 1, p. 298.

¹¹³ Criticando o critério eleito pela LREF para que o administrador possa eleger cumprir ou não o contrato nos termos do art. 117 da LREF, vale notar a opinião de Tepedino: “Diversamente do que dispunha o art. 43 da LF revogada, o qual permitia ao então síndico executar o contrato ‘se achar de conveniência para a massa’, o dispositivo em foco saiu-se com um critério arrevesado: cumprir-se-ão os ajustes se isso ‘reduzir ou evitar o aumento do passivo ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos’. Melhor andou o legislador de 1945, pois o que se deve visar é mesmo algo mais genérico: a conveniência da massa, a qual se traduz na obtenção do maior dividendo para os credores, sem se desgarrar, hoje em dia, da finalidade enunciada no art. 75 da lei. Desse modo, a continuidade do contrato pode ser conveniente por razões diversas das imaginadas pelo dispositivo, que inovou uma fórmula presente no nosso ordenamento desde antes do Decreto-Lei n. 7.661.” (TEPEDINO, Ricardo. Op. cit., p. 362).

¹¹⁴ FRONTINI, Paulo Salvador. Comentários aos arts. 115-128. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antonio Sérgio A. e Moraes (coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 434-468, p. 442-443.

¹¹⁵ SAMPAIO DE LACERDA, J. C. Op. cit., p. 179.

¹¹⁶ Como, entretanto, na prática, o Comitê de Credores raramente tem sido instituído, opina a doutrina, na linha do disposto no art. 28 da LREF, que a falta de autorização do Comitê de Credores (seja porque ele não foi instituído, seja porque negou injustificadamente sua autorização) pode ser suprida por decisão judicial (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Capítulo XVIII – Os efeitos da decretação da falência sobre as obrigações do devedor – Exame dos arts. 119 a 128 da Lei 11.101/2005. In: CARVALHOSA, Modesto (coord.). **Tratado de Direito Empresarial**, v. 5: recuperação judicial e falência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 411-412).

¹¹⁷ Permite-se, todavia, ao contratante não falido exigir, nos termos do art. 477 do Código Civil, que o falido cumpra antes com a sua prestação ou apresente garantia suficiente de satisfazê-la (CAMPINHO, Sérgio. Op. cit., p. 360-361).

o pacto, há resolução automática¹¹⁸, ficando as partes liberadas das obrigações assumidas, mas o falido responde pelas perdas e danos que causar¹¹⁹ a serem apurados em processo ordinário (LREF, art. 117, § 2º).

1.3.3 Dos efeitos da falência sobre os processos do falido

Por fim, a falência também opera efeitos diretos sobre os processos do devedor. Os principais efeitos processuais são a atração de todas as demandas envolvendo os bens, interesses e negócios do falido para o juízo falimentar, bem como a suspensão das ações e execuções movidas contra o devedor, com a correspondente suspensão dos respectivos prazos prescricionais. Passa-se, a seguir, a tratar de cada um deles, iniciando-se pela *vis attractiva* e prosseguindo-se para a regra de suspensão.

1.3.3.1 *Vis attractiva*, universalidade e indivisibilidade do juízo falimentar

O art. 76 da LREF¹²⁰ prevê que o juízo da falência é indivisível e competente para conhecer de todas as ações envolvendo os bens, interesses e negócios do falido, com algumas exceções. Além disso, nos termos do § 1º do mesmo dispositivo, todas as ações, inclusive as excetuadas da regra, deverão prosseguir com o administrador judicial, sob pena de nulidade do processo. A ideia, como supramencionado, é de garantir o tratamento igualitário aos credores, evitando, ainda, a prolação de decisões conflitantes.

Como a própria lei enumera, contudo, existem certas exceções a essa regra. São elas as causas trabalhistas, as fiscais e aquelas não reguladas na LREF em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo.

¹¹⁸ Ver, a respeito, Mello Franco e Sztajn: “Cumpridas as formalidades dos §§1º e 2º [do art. 117 da LREF], tem-se a resolução automática do contrato. Tem lugar aqui a extinção anormal do contrato, vale dizer, o contrato extingue-se sem que tenha sido executado completamente.” (MELLO FRANCO, Vera Helena; SZTAJN, Rachel. Op. cit., p. 145).

¹¹⁹ MIRANDA VALVERDE, Trajano de. Op. cit., v. 1, p. 272-276.

¹²⁰ “Art. 76. O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo. Parágrafo único. Todas as ações, inclusive as excetuadas no caput deste artigo, terão prosseguimento com o administrador judicial, que deverá ser intimado para representar a massa falida, sob pena de nulidade do processo.”

As reclamações trabalhistas, por força do disposto no art. 114 da Constituição Federal,¹²¹ reproduzido no art. 6, § 2º, da LREF,¹²² tramitarão regularmente no juízo trabalhista até a apuração do crédito.¹²³ Além disso, conforme entendimento jurisprudencial consolidado,¹²⁴ uma vez declarado na justiça especializada, o crédito deve ser apresentado no juízo falimentar para recebimento conforme a ordem de preferência legal.

As execuções fiscais seguem sorte similar à das ações trabalhistas. Seguindo o disposto no art. 187 do Código Tributário Nacional,¹²⁵ o entendimento é de que, como o crédito fiscal não se submete ao concurso, a ação e a execução seguirão normalmente perante a justiça especializada, sem sofrer a atração do juízo falimentar.¹²⁶ Além disso, o Superior Tribunal de Justiça¹²⁷ entende que o produto da execução deve ser transferido para o juízo falimentar para observância da ordem de preferência legal.

Por fim, há ainda o caso das ações não reguladas na LREF em que o falido figure como autor ou litisconsorte ativo. A ideia é de que seria inconveniente, nessas hipóteses, obrigar o falido a demandar contra terceiros dentro do juízo falimentar, pois isso acabaria por retardar o andamento do processo por conta do assoberbamento do juízo universal. Nesses casos, portanto, as demandas também seguirão correndo no juízo competente a ser

¹²¹ “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;”

¹²² “Art. 6º [...] § 2º É permitido pleitear, perante o administrador judicial, habilitação, exclusão ou modificação de créditos derivados da relação de trabalho, mas as ações de natureza trabalhista, inclusive as impugnações a que se refere o art. 8º desta Lei, serão processadas perante a justiça especializada até a apuração do respectivo crédito, que será inscrito no quadro-geral de credores pelo valor determinado em sentença.”

¹²³ Ver, a respeito: “A opção do legislador infraconstitucional foi manter o regime anterior de execução dos créditos trabalhistas pelo juízo universal da falência, sem prejuízo da competência da Justiça Laboral quanto ao julgamento do processo de conhecimento.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 583.955-9/RJ**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, j. 28 maio 2009, grifos nossos).

¹²⁴ Ver, a esse respeito: “O STF firmou entendimento no sentido de que, decretada a falência, a execução do crédito trabalhista deve ser processada perante o Juízo falimentar, sendo necessária a sua habilitação no juízo universal.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Conflito de Competência n. 7.116/SP**. Rel. Min. Ellen Gracie, Plenário, j. 07 ago. 200,2 grifos nossos); e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 584.049/RJ**. Rel. Min. Eros Grau, 2ª T., j. 08 ago. 2006.

¹²⁵ “Art. 187. A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento.”

¹²⁶ SACRAMONE, Marcelo. Op. cit., p. 309. O ente público, contudo, não está obrigado a ajuizar a execução fiscal, podendo eleger entre a execução e a habilitação no processo falimentar. Ver, a respeito: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 713.217/RS**. Rel. Min. Vasco Della Giustina, 3ª T., j. 19 nov. 2009.

¹²⁷ Ver, a respeito: “O produto arrecadado com a alienação de bem penhorado em Execução Fiscal, antes da decretação da quebra, deve ser entregue ao juízo universal da falência.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 914.712/PR**. Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., j. 09 nov. 2010); BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 188.148/RS**. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Corte Especial, j. 19 dez. 2001; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.013.252/RS**. Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., j. 19 nov. 2009.

definido de acordo com as regras gerais de competência do Código de Processo Civil,¹²⁸ devendo os bens e direitos daí decorrentes ser arrecadados para a massa.

A análise, contudo, não se encerra por aqui. Afora as ações expressamente referidas no art. 76 da LREF, afigura-se indispensável a leitura desse dispositivo em conjunto com o art. 6º, § 1º, da mesma lei, que prescreve que “Terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida”. A leitura combinada de ambos os artigos denota que as ações que demandarem quantia ilíquida também não serão atraídas pelo juízo falimentar e continuarão a tramitar nos respectivos juízos até a apuração definitiva do montante devido.¹²⁹

Em resumo, portanto, estão excluídas da universalidade do juízo falimentar as ações trabalhistas, as fiscais, as não reguladas na LREF em que o falido figure como autor ou litisconsorte ativo,¹³⁰ e, ainda, as ações em que se demande quantia ilíquida.

Em todos os casos, na forma determinada no parágrafo único do art. 76 da LREF, o administrador judicial deve ser intimado para substituir o falido como parte no processo, sob

¹²⁸ ZANINI, Carlos Klein. Op. cit., p. 341. No mesmo sentido, vale conferir Abrão: “Abrindo brecha, foi mais longe o legislador por se reportar às causas não disciplinadas no texto, nas quais o falido figura como autor ou litisconsorte ativo, que se processam não vinculadas ao juízo universal. [...] As demandas propostas pela massa terão curso no juízo universal e indivisível, porém se o falido for o autor, ou figurar como litisconsorte ativo, nessas hipóteses não há perpetuação jurisdicional, sendo livre a competência para efeito de distribuição da causa.” (ABRÃO, Carlos Henrique. Comentários ao art. 70 ao 104. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles; ABRÃO, Carlos Henrique (coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 209-335, p. 237).

¹²⁹ Ver, a respeito, Scalzilli, Spinelli e Tellechea: “Para as ações que demandarem quantia ilíquida não prevalece o princípio da universalidade (LREF, art. 6º, §1º), sendo que pouco importa se ajuizadas antes ou depois da decretação da quebra; respeitam-se, assim, as regras gerais de competência, inclusive se também for parte algum ente público ou caso as ações tramitem no exterior, como visto no Capítulo 5, item 2.1. Entretanto, tão logo seja apurado o montante líquido, o credor deve habilitá-lo junto ao juízo falimentar, sem prejuízo de formular previamente, no juízo de origem, pedido de reserva da importância que estimar devida, nos termos do §3º do art. 6º da LREF.” (SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. Op. cit., p. 569). No mesmo sentido, ver: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.643.873/SP**. Rel. Min. Og Fernandes, 1ª S., j. 13 dez. 2017; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.643.856/SP**. Rel. Min. Og Fernandes, 1ª S., j. 13 dez. 2017; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.355.386/SP**. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª T., j. 23 set. 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.471.615/SP**. Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª T., j. 16 set. 2014; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência n. 122.869/GO**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 2ª S., j. 22 out. 2014. Esse entendimento assentou-se no STJ, sob a forma do Enunciado n. 4 da edição n. 37 da “Jurisprudência em Teses”, publicado pelo STJ em 24 jun. 2015. Em sentido contrário, todavia, vale notar a opinião de Zanini, para quem “A Lei dispõe que terá apenas prosseguimento a ação, não se aplicando, por conseguinte, naqueles casos cuja a ação, tendo por objeto quantia ilíquida, venha a ser ajuizada após ter sido decretada a falência, situação na qual estará sujeita à força atrativa do juízo falencial.” (ZANINI, Carlos Klein. Op. cit., p. 343). Nisso, o doutrinador foi acompanhando por julgado de 2016 do Tribunal de Justiça de São Paulo (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2063864-22.2016.8.26.0000**. Rel. Des. Aroldo Viotti, 11ª Câmara de Direito Público, j. 12 abr. 2016).

¹³⁰ As ações reguladas pela LREF, todavia, são atraídas pelo juízo universal. São elas as seguintes: a própria ação que culminará com o decreto de falência (LREF, art. 3º), a impugnação de crédito (LREF, art. 8), a ação de responsabilidade dos administradores do falido (LREF, art. 82), a ação de restituição (LREF, art. 85), a ação declaratória de ineficácia (LREF, art. 129) e a ação revocatória (LREF, art. 130).

pena de nulidade.¹³¹ O falido, por conta da perda do poder de administrar e dispor dos seus bens, perde também a *legitimidade processual* para figurar nos correspondentes processos.¹³² O administrador judicial, por força de disposição expressa de lei, substitui processualmente o falido, que, no entanto, conserva interesse para intervir em todos os feitos na condição de assistente.

Analisada a força atrativa do juízo falimentar, passa-se ao próximo efeito da falência sobre os processos do falido, que consiste na suspensão de todas as ações e execuções relacionadas ao concurso, com a correspondente suspensão dos prazos prescricionais respectivos.

1.3.3.2 Suspensão das ações e execuções e dos correspondentes prazos prescricionais

O art. 6º da LREF¹³³ prevê que com o decreto de falência suspendem-se todas as ações e execuções contra o devedor. A finalidade da regra é, como anuncia Campinho (2012,

¹³¹ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. Op. cit., p. 570. Ver, a respeito: “I. No caso sub judice restou demonstrado que os procedimentos de cobrança e intimação para apresentação de defesa não foram dirigidos à Massa Falida, na pessoa do Síndico, que efetivamente representava a empresa nas ocasiões, o que fere os princípios do contraditório e da ampla defesa. II. Com a decretação da falência da empresa a sua representação passou a ser exercida pelo síndico, hoje intitulado administrador judicial, não dispondo mais os outrora representantes legais de poderes de representação, administração e gerência. III. Dessarte, a intimação administrativa deveria ter sido dirigida ao administrador da massa falida para que gerasse validamente os seus efeitos legais” (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação n. 5041848-93.2011.404.7000/PR**. Rel. Des. Marga Inge Barth Tessler, 3ª T., j. 23 out. 2013).

¹³² Cf. Batalha e Batalha: “Não prevalece o rigor do antigo brocardo — *decoctor pro mortuis habetur*. A perda da legitimação processual, ativa e passiva é consequência da perda da possibilidade de dispor de seus bens (MAZZOCCA, p. 206), permanecendo a legitimação processual a respeito dos bens e direitos pessoais, dos bem impenhoráveis, e em todas as atividades processuais em que o falido tenha interesses contrapostos à massa falida.” (BATALHA, Wilson de Souza Campos; BATALHA, Silvia Marina Labate. Op. cit., p. 272). No mesmo sentido, sob a ótica do direito italiano, Satta: “O art. 43 dispõe que nas controvérsias, também em curso, relativas a relações de direito patrimonial do falido abrangidas pela falência, está em julgamento o curador. Esta disposição é um corolário do desapossamento do qual já falamos. É evidente que a substituição do devedor na administração da empresa só pode ter como consequência a transferência para a responsabilidade do curador também da legitimação processual no que diz respeito às relações sobre as quais a administração é exercida.” Tradução livre de: “*L’art. 43 dispone che nelle controversie, anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale del fallito compresi nel fallimento sta in giudizio il curatore. Questa disposizione è un corollario dello spossessamento di cui abbiamo parlato. È evidente che la sostituzione del debitore nell’amministrazione dell’impresa non può che avere come logica conseguenza il trasferimento in capo al curatore anche della legittimazione processuale in ordine ai rapporti sui quali si esercita l’amministrazione.*” (SATTA, Salvatore. **Dirrito...** Op. cit., p. 126-127).

¹³³ “Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário. § 1º Terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida. [...] § 3º O juiz competente para as ações referidas nos §§ 1º e 2º deste artigo poderá determinar a reserva da importância que estimar devida na recuperação judicial ou na falência, e, uma vez reconhecido líquido o direito, será o crédito incluído na classe própria.”

p. 354),¹³⁴ garantir a universalidade do concurso falimentar e a igualdade de tratamento dos credores, dando aplicação ao disposto no art. 115 da LREF.^{135, 136} Dada a sua finalidade, essa regra se aplica tanto às ações em curso quanto às ações que poderiam ser iniciadas após o advento do decreto falimentar.¹³⁷

¹³⁴ Confira-se: “Com o mesmo intento de garantir a unidade e a universalidade do concurso falimentar, bem como a igualdade de tratamento dos credores, é que se impõe a suspensão, a partir da decretação da falência, de todas as ações e execuções individuais dos credores em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares dos sócios de responsabilidade solidária e ilimitada (artigos 99 inciso V, e 6º). A *vis attractiva* do processo falimentar garante a sua universalidade e indivisibilidade, propiciando que os credores a ele concorram, ainda que seus títulos não estejam vencidos, como se viu no item anterior. Com as providências do vencimento antecipado das obrigações do devedor falido e com a suspensão das ações e execuções individuais dos credores é que se consegue preservar a unidade da massa de credores, assegurando-se a *par conditio creditorum*, princípio mãe a inspirar todo e qualquer procedimento concursal, implicando o acerto adequado do passivo falimentar.” (CAMPINHO, Sérgio. **Falência**... Op. cit., p. 354).

¹³⁵ “Art. 115. A decretação da falência sujeita todos os credores, que somente poderão exercer os seus direitos sobre os bens do falido e do sócio ilimitadamente responsável na forma que esta Lei prescrever”.

¹³⁶ PENTEADO, Mauro Rodrigues. Disposições comuns à recuperação judicial e à falência. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de (coord.); PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 131-143, p. 137. É o que explica, também, Toledo: “Paralelamente à suspensão do curso da prescrição, suspendem-se igualmente as ações e execuções contra o devedor, tanto na falência quanto na recuperação judicial. O caráter concursal desses regimes explica a suspensão, uma vez que os credores, de um modo geral, são chamados a participar dos processos e devem ter tratamento equânime.” (TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. **Comentários aos arts. 1-34**. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles; ABRÃO, Carlos Henrique (coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 2-93, p. 21). Cite-se ainda Scalzilli, Spinelli e Tellechea: “Na condição de procedimento ordenado de execução coletiva (liquidação do ativo para pagamento dos credores, com observância das preferências legais), descartam-se as execuções individuais, que podem levar a um resultado indesejado: a satisfação de alguns credores em detrimento de outros pelo simples fato de que algumas execuções são ajuizadas antes de outras ou porque apresentam uma tramitação mais célere.” (SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. Op. cit., p. 216). E, sob a égide da lei antiga, também dividia a mesma opinião Miranda Valverde: “A regra do artigo precedente é um corolário do princípio consagrado no art. 39, pelo qual a falência compreende todos os bens do devedor comum, inclusive direitos e ações, tanto os existentes na época de sua declaração, com os que forem adquiridos no curso do processo. Se todos os credores, ressalvadas as exceções legais (n. 163), comerciais ou civis, do devedor comum devem concorrer no juízo da falência, alegando e provando os seus direitos, pois que nesse juízo se forma e se concentra a massa falida, compreende-se o cerceamento que, individualmente, sofrem os credores no exercício do direito, que antes da falência tinham, de acionar e executar singularmente o devedor. A lei, a bem da coletividade dos credores, impede o prosseguimento das ações ou execuções, iniciadas antes da abertura da falência, sobre bens e interesses relativos à massa falida, inclusive, por força do que dispõe o art. 5, as dos credores particulares do sócio solidário da sociedade falida. Também estes, conforme preceitua o art. 82, terão que se habilitar na falência da sociedade.” (MIRANDA VALVERDE, Trajano de. Op. cit., v. 1, p. 214-215). E, ainda, Sampaio de Lacerda: “O exercício da execução singular é incompatível com a falência (*Concursus sistit processos*). Não é concebível que concomitantemente se processem a falência e as ações individuais contra o devedor comum, uma vez que declarada a falência dos credores devem ser satisfeitos com base no princípio da *par conditio*, em face de se tratar de uma execução coletiva em que todos os credores devem permanecer no mesmo pé de igualdade. Substituem-se, pois, as ações individuais pela coletiva.” (SAMPAIO DE LACERDA, J. C. Op. cit., p. 191-192).

¹³⁷ Confira-se: “[...] A suspensão das ações e execuções, prescrita pelo art. 24 da lei, abrange não só os procedimentos já iniciados, como também os que poderiam ser propostos individualmente depois de decretada a falência: ‘A suspensão, em sentido lato, é o fechamento temporário e provisório de uma atividade já iniciada; em sentido restrito, significa remeter a um tempo sucessivo o início de uma atividade; ou, com outras palavras, impedir pro tempore o início de uma atividade, enviando-a a um momento ulterior’.” (ABRÃO, Nelson. **Os credores na falência**. 2. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Universitária de Direito, 1998, p. 29-30)

Registre-se que a referida regra determina a suspensão das ações e execuções, não a sua extinção. Assim, como explica Carvalho de Mendonça,¹³⁸ (i) se, por um lado, o crédito for reconhecido na falência, estes credores passarão a fazer parte da massa; mas (ii) se, por outro lado, o crédito não for reconhecido, encerrado o processo falimentar, poderão os credores prosseguir¹³⁹ com suas ações contra o devedor.¹⁴⁰

A regra de suspensão, todavia, como determina a lei, não atinge a totalidade das ações e execuções movidas contra o falido. A lei excepciona, além das ações trabalhistas e fiscais,¹⁴¹ as chamadas “ações que demandem quantias ilíquidas”. Estas devem prosseguir nos respectivos juízos em que estiverem se processando, garantindo-se, ainda, aos referidos juízos o poder de determinar a reserva da importância devida na falência para futura inclusão no quadro geral de credores (LREF, art. 6º, § 3º).

Por fim, suspenso o curso das ações e execuções, suspendem-se também os correspondentes prazos prescricionais — visto que não se pode falar em inércia nessa situação —, que só voltarão a correr com o encerramento do processo falimentar.¹⁴²

Esgotados o tratamento dos efeitos da falência sobre os processos do falido, faz-se necessário cuidar ainda do processo falimentar.

1.4 Aspectos relevantes do processo falimentar

O processo falimentar divide-se em duas fases: a chamada fase pré-falimentar e a fase falimentar propriamente dita. Esta tese se preocupa com a fase falimentar propriamente dita, que será analisada a seguir. De todo modo, com a finalidade de assentar algumas premissas, será abordada também, ainda que brevemente, a fase pré-falimentar.

¹³⁸ CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. Op. cit., v. 7, p. 379-380.

¹³⁹ Cf. SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. Op. cit., p. 989-990.

¹⁴⁰ Por isso, inclusive, conclui o jurista que “a declaração da falência do devedor não extingue o direito individual do credor, suspende simplesmente o seu exercício até que seja encerrada a falência” (CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. Op. cit., v. 7, p. 379-380).

¹⁴¹ O racional desenvolvido na seção 1.3.3.1, acima, para justificar a não atração das demandas trabalhistas e fiscais para o juízo universal aplica-se inteiramente para justificar a não suspensão dessas mesmas demandas após o decreto de falência.

¹⁴² Ver, a respeito, Penteado (PENTEADO, Mauro Rodrigues. Disposições comuns... Op. cit., p. 136); e Toledo (TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. Comentários... Op. cit., p. 20), ambos ressaltando que o prazo prescricional se suspende, não se interrompe.

1.4.1 Fase pré-falimentar

A chamada “fase pré-falimentar” tem natureza de ação de conhecimento, em que as partes irão discutir o estado patrimonial do devedor, seguindo-se sentença de decretação ou não da falência.

O art. 97 da LREF estabelece por quem o pedido de falência pode ser realizado: (i) pelo proprietário do negócio (autofalência), situação em que deve comprovar a presença dos requisitos listados no art. 105 da lei falimentar;¹⁴³ (ii) por cônjuge sobrevivente, herdeiro ou inventariante do devedor; (iii) por quotista/acionista da sociedade em crise; ou, ainda, (iv) pelos credores do devedor. Nas duas primeiras hipóteses, o juiz pode, depois de analisar o pedido, declarar de imediato a falência por sentença. Nas duas últimas, há a necessidade de citação da empresa com abertura de prazo para defesa.¹⁴⁴

Como meio de defesa, o devedor pode apresentar pedido de recuperação judicial,¹⁴⁵ comprovação de falsidade do título, prescrição, nulidade de obrigação/título, pagamento da dívida, vício em protesto ou em seu instrumento, bem como qualquer outro fato extintivo ou suspensivo da obrigação.¹⁴⁶ Pode, ainda, realizar o depósito do valor correspondente ao total do crédito apresentado na demanda, acrescendo a esse valor correção monetária, juros e honorários advocatícios,¹⁴⁷ caso em que, ainda que se julgue como procedente a ação, a falência não será decretada.

¹⁴³ “Art. 105. O devedor em crise econômico-financeira que julgue não atender aos requisitos para pleitear sua recuperação judicial deverá requerer ao juízo sua falência, expondo as razões da impossibilidade de prosseguimento da atividade empresarial, acompanhadas dos seguintes documentos: I – demonstrações contábeis referentes aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de: a) balanço patrimonial; b) demonstração de resultados acumulados; c) demonstração do resultado desde o último exercício social; d) relatório do fluxo de caixa; II – relação nominal dos credores, indicando endereço, importância, natureza e classificação dos respectivos créditos; III – relação dos bens e direitos que compõem o ativo, com a respectiva estimativa de valor e documentos comprobatórios de propriedade; IV – prova da condição de empresário, contrato social ou estatuto em vigor ou, se não houver, a indicação de todos os sócios, seus endereços e a relação de seus bens pessoais; V – os livros obrigatórios e documentos contábeis que lhe forem exigidos por lei; VI – relação de seus administradores nos últimos 5 (cinco) anos, com os respectivos endereços, suas funções e participação societária.” (Lei n. 11.101/2005)

¹⁴⁴ “Art. 98. Citado, o devedor poderá apresentar contestação no prazo de 10 (dez) dias.” (Lei n. 11.101/2005)

¹⁴⁵ “Art. 95. Dentro do prazo de contestação, o devedor poderá pleitear sua recuperação judicial.” (Lei n. 11.101/2005)

¹⁴⁶ “Art. 96. A falência requerida com base no art. 94, inciso I do caput, desta Lei, não será decretada se o requerido provar: I – falsidade de título; II – prescrição; III – nulidade de obrigação ou de título; IV – pagamento da dívida; V – qualquer outro fato que extinga ou suspenda obrigação ou não legitime a cobrança de título; VI – vício em protesto ou em seu instrumento; VII – apresentação de pedido de recuperação judicial no prazo da contestação, observados os requisitos do art. 51 desta Lei; VIII – cessação das atividades empresariais mais de 2 (dois) anos antes do pedido de falência, comprovada por documento hábil do Registro Público de Empresas, o qual não prevalecerá contra prova de exercício posterior ao ato registrado.” (Lei n. 11.101/2005)

¹⁴⁷ “Art. 98. [...] Parágrafo único. Nos pedidos baseados nos incisos I e II do caput do art. 94 desta Lei, o

O processo iniciado por credor segue o trâmite processual normal de um processo de conhecimento (petição inicial, contestação, réplica, instrução probatória, oitiva do Ministério Público e sentença), com exceção da prerrogativa garantida ao devedor de, uma vez citado, promover o depósito elisivo da dívida ou o pedido incidental de recuperação judicial. Já o procedimento começado pelo próprio devedor é ainda mais simples: inicia-se com a petição do próprio devedor; parte da doutrina entende que se deve abrir prazo para oposição dos demais sócios da empresa autofalida ou dos seus credores (mas essa fase não consta na LREF);¹⁴⁸ ouve-se o membro do Ministério Público; e profere-se sentença.

Nos casos dos processos iniciados por credor do falido, a LREF estabelece, em seu art. 94, um sistema de presunções de insolvência¹⁴⁹ que autorizam a decretação da falência.¹⁵⁰ Nos incisos I e II, há a previsão das modalidades de impontualidade e de

devedor poderá, no prazo da contestação, depositar o valor correspondente ao total do crédito, acrescido de correção monetária, juros e honorários advocatícios, hipótese em que a falência não será decretada e, caso julgado procedente o pedido de falência, o juiz ordenará o levantamento do valor pelo autor.” (Lei n. 11.101/2005)

¹⁴⁸ Sob a égide do Decreto-Lei n. 7.661/1945, vale conferir a opinião de Requião: “Tem-se indagado se à confissão de insolvência do devedor os credores se podem opor. Os conflitos de interesses e as situações peculiares, de que tão pródiga é a atividade comercial, podem levar o devedor a pedir a decretação de sua autofalência, sem que delineada perfeitamente esteja a sua insolvência. Nesse caso, pensamos que seria possível aos credores, intervindo no pedido do devedor, informarem ao juiz, deduzindo suas provas e razões, que o devedor pode perfeitamente pagar seus credores. Ao juiz caberia, então, indeferir o pedido da falência, pela confissão do devedor.” (REQUIÃO, Rubens. Op. cit., v. 1, p. 88). E, sob a égide da LREF, comunga da mesma opinião Tepedino: “De igual modo, credores do requerente podem comparecer aos autos para manifestar sua oposição ao pedido, e aqui com mais razão, visto que, na falência, eles serão partes do processo.” (TEPEDINO, Ricardo. Op. cit., p. 341). Aparentemente contra a possibilidade de os credores se insurgirem contra o pedido de autofalência, parece ser a opinião de Negrão, para quem “Os fundamentos jurídicos da sentença de quebra serão unicamente a constatação de obediência à forma legal e a confissão do devedor, no sentido de lhe ser impossível prosseguir sua atividade empresarial.” (NEGRÃO, Ricardo. Op. cit., p. 26). Por fim, também os sócios dissidentes, segundo opinião de Tepedino, têm o direito de se opor ao pedido de autofalência: “No direito anterior havia expressa autorização para que os sócios dissidentes da autofalência pudessem impugná-la em juízo (art. 82, § 1º, in fine). A falta de disposição nesse sentido na LRE não os inibe de deduzirem oposição, pois que evidente seu interesse jurídico em intervir no processo instaurado pelo requerimento, inclusive para os acionistas da sociedade por ações, que não podem ser privados da defesa de seus interesses no aguardo de uma assembleia cuja realização pode ocorrer já com a quebra declarada.” (TEPEDINO, Ricardo. Op. cit., p. 341).

¹⁴⁹ Cf. Scalzilli, Spinelli e Tellechea: “A LREF erigiu um verdadeiro sistema de presunções jurídicas de insolvência, geradas pela ocorrência de fatos previamente descritos pelo legislador, os quais são considerados a base jurídica (suporte fático) para a decretação da falência de um devedor (preceito). A saber: a. Impontualidade (art. 94, I); b. Execução frustrada (art. 94, II); c. Atos de falência (art. 94, III). A incidência de um dos suportes fáticos (subsunção do fato à regra) faz presumir a insolvência do devedor e, se tal presunção relativa não for derrubada ao longo do processo falimentar, transforma-se em certeza, ainda que meramente formal (certeza aparente), garantindo-se ao magistrado poder suficiente para exarar o decreto falimentar e as consequências jurídicas daí decorrentes (preceito da regra).” (SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. Op. cit., p. 575-576).

¹⁵⁰ “Art. 94. Será decretada a falência do devedor que: I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência; II – executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal; III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial: a) procede à

presunção de falência por existência de execução frustrada ajuizada contra si, ao passo que os atos elencados no art. 94, III, inc. “a” a “g”, da LREF, são considerados “atos falimentares”, ensejando a decretação da falência e, ao mesmo tempo, afigurando-se ineficazes para a massa.

Uma vez decretada a falência, fixa-se o seu termo legal, que não pode retroagir por mais de 90 (noventa) dias contados a partir do pedido de falência ou do primeiro protesto judicial. O termo legal visa possibilitar a investigação dos atos do falido dentro do período suspeito. Afinal, a deterioração das condições de uma companhia comumente não ocorre de forma abrupta, mas, sim, paulatina; portanto, os atos praticados às vésperas da quebra podem ser considerados suspeitos e, assim, merecem ser investigados pelo juízo falimentar.¹⁵¹

Além do termo legal, a sentença que decreta a falência também tratará, nos termos do art. 99 da LREF, de outros assuntos fundamentais. Assim, cuidará do prazo que será concedido para apresentar as habilitações de crédito, da nomeação do administrador judicial, da determinação sobre a continuação ou não das atividades do falido, da convocação de assembleia geral de credores para que constituam o comitê de credores e, ainda, da determinação de outras diligências necessárias para proteger os interesses das partes envolvidas.¹⁵²

liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos; b) 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; c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo; d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor; e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo; f) 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; g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial.” (Lei n. 11.101/2005)

¹⁵¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Parecer para cervejaria Petrópolis**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-cervejaria-petropolis-bva.pdf>. 2015. Acesso em: 23 ago. 2019, p. 6. Carvalho de Mendonça trata da relevância de fixação desse termo legal de falência: “A fixação deste termo é tão importante como a própria declaração da falência. Trata-se de reconhecer a ocasião exata em que as dificuldades, ou o procedimento incorreto do devedor começaram a perturbar os seus negócios e a depositar neles o germen da falência, influenciando diretamente nas relações dos credores entre si e também entre terceiros.” (CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. Op. cit., v. 7, p. 337).

¹⁵² “Art. 99. A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações: I – conterá a síntese do pedido, a identificação do falido e os nomes dos que forem a esse tempo seus administradores; II – fixará o termo legal da falência, sem poder retrotraí-lo por mais de 90 (noventa) dias contados do pedido de falência, do pedido de recuperação judicial ou do 1º (primeiro) protesto por falta de pagamento, excluindo-se, para esta finalidade, os protestos que tenham sido cancelados; III – ordenará ao falido que apresente, no prazo máximo de 5 (cinco) dias, relação nominal dos credores, indicando endereço, importância, natureza e classificação dos respectivos créditos, se esta já não se encontrar nos autos, sob pena de desobediência; IV – explicitará o prazo para as habilitações de crédito, observado o disposto no § 1º do art. 7º desta Lei; V – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o falido, ressalvadas as hipóteses previstas nos §§ 1º e 2º do art. 6º desta

Esboçada a fase pré-falimentar, cumpre examinar a etapa seguinte, que interessa mais diretamente a esta tese.

1.4.2 Fase falimentar

A chamada “fase falimentar” se inaugura com a sentença de quebra e tem natureza de execução universal coletiva. Nesse estágio, todos os bens do devedor serão arrecadados, avaliados e alienados, utilizando-se o produto dessa alienação para pagamento dos credores, de acordo com a ordem legal.

Diferentemente da fase pré-falimentar, cujo procedimento varia a depender do modo de deflagração, a fase falimentar é sempre igual em termos procedimentais: os créditos serão verificados e incluídos no quadro geral de credores, e os bens e direitos do falido serão arrecadados e alienados para pagamento dos mesmos. A fase falimentar pode, ainda, ser dividida em duas subfases: a fase de verificação de créditos e a fase de arrecadação/realização dos ativos. Não se trata de fases sucessivas, no entanto; correm simultaneamente, formando, em conjunto, o processo de falência.

1.4.2.1 Verificação de créditos

Nessa fase, pretende-se averiguar quais são efetivamente os créditos existentes contra o falido, para o fim de formação do quadro geral de credores.

Lei; 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; VII – determinará as diligências necessárias para salvaguardar os interesses das partes envolvidas, podendo ordenar a prisão preventiva do falido ou de seus administradores quando requerida com fundamento em provas da prática de crime definido nesta Lei; VIII – ordenará ao Registro Público de Empresas que proceda à anotação da falência no registro do devedor, para que conste a expressão “Falido”, a data da decretação da falência e a inabilitação de que trata o art. 102 desta Lei; IX – nomeará o administrador judicial, que desempenhará suas funções na forma do inciso III do *caput* do art. 22 desta Lei sem prejuízo do disposto na alínea *a* do inciso II do *caput* do art. 35 desta Lei; X – determinará a expedição de ofícios aos órgãos e repartições públicas e outras entidades para que informem a existência de bens e direitos do falido; XI – pronunciar-se-á a respeito da continuação provisória das atividades do falido com o administrador judicial ou da lacração dos estabelecimentos, observado o disposto no art. 109 desta Lei; XII – determinará, quando entender conveniente, a convocação da assembléia-geral de credores para a constituição de Comitê de Credores, podendo ainda autorizar a manutenção do Comitê eventualmente em funcionamento na recuperação judicial quando da decretação da falência; XIII – ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento, para que tomem conhecimento da falência. Parágrafo único. O juiz ordenará a publicação de edital contendo a íntegra da decisão que decreta a falência e a relação de credores.” (Lei n. 11.101/2005)

De acordo com a LREF, a verificação de créditos se divide em dois momentos: o primeiro, administrativo; e o segundo, contencioso.

A fase administrativa se processa sob a direção do administrador judicial. Nela, os credores que não estiverem na lista inicial apresentada pelo falido ou que estiverem listados por valor equivocado devem apresentar suas respectivas habilitações de crédito diretamente para o administrador judicial. Este, por sua vez, de posse dos documentos comerciais e contábeis do devedor, preparará uma segunda relação de credores, a qual fará publicar para conhecimento geral (LREF, art. 7º).¹⁵³

A partir da publicação dessa segunda relação de credores, nos termos do art. 8 da LREF,¹⁵⁴ poderão, no prazo de dez dias,¹⁵⁵ apresentar impugnação contra a relação de credores: o comitê de credores; qualquer credor; o devedor ou seus sócios; ou, ainda, o Ministério Público. Na impugnação, poderão fazer constar a ausência de algum crédito ou, ainda, eventual manifestação contra a legitimidade, importância ou classificação de crédito constante da relação.

Se, por um lado, o crédito não for impugnado, determina o art. 15, I, da LREF, a inclusão no quadro geral de credores, não cabendo ao juízo *ex officio* indeferir a inclusão de créditos não impugnados.¹⁵⁶

¹⁵³ “Art. 7º A verificação dos créditos será realizada pelo administrador judicial, com base nos livros contábeis e documentos comerciais e fiscais do devedor e nos documentos que lhe forem apresentados pelos credores, podendo contar com o auxílio de profissionais ou empresas especializadas. § 1º Publicado o edital previsto no art. 52, § 1º, ou no parágrafo único do art. 99 desta Lei, os credores terão o prazo de 15 (quinze) dias para apresentar ao administrador judicial suas habilitações ou suas divergências quanto aos créditos relacionados. § 2º O administrador judicial, com base nas informações e documentos colhidos na forma do *caput* e do § 1º deste artigo, fará publicar edital contendo a relação de credores no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, contado do fim do prazo do § 1º deste artigo, devendo indicar o local, o horário e o prazo comum em que as pessoas indicadas no art. 8º desta Lei terão acesso aos documentos que fundamentaram a elaboração dessa relação.” (Lei n. 11.101/2005)

¹⁵⁴ “Art. 8º No prazo de 10 (dez) dias, contado da publicação da relação referida no art. 7º, § 2º, desta Lei, o Comitê, qualquer credor, o devedor ou seus sócios ou o Ministério Público podem apresentar ao juiz impugnação contra a relação de credores, apontando a ausência de qualquer crédito ou manifestando-se contra a legitimidade, importância ou classificação de crédito relacionado. Parágrafo único. Autuada em separado, a impugnação será processada nos termos dos arts. 13 a 15 desta Lei.” (Lei n. 11.101/2005)

¹⁵⁵ Em caso de perda do prazo previsto no art. 8 da LREF para apresentação de impugnação, o Tribunal de Justiça de São Paulo tem julgado: (i) autorizando sua apresentação como “impugnação retardatária” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 994.09.283624-0**. Rel. Des. Pereira Calças, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, j. 02 mar. 2010); bem como (ii) remetendo as partes para o procedimento ordinário previsto no art. 19 da LREF para retificação do quadro geral de credores (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 994.09.277325-4**. Rel. Des. Lino Machado, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, j. 14 set. 2010).

¹⁵⁶ Ver, a respeito, Tavares Guerreiro, defendendo a posição de que sob a LREF, diferente da lei falimentar antiga (Decreto-Lei n. 7.661/1945), o juízo falimentar não pode decretar *ex officio* a exclusão de nenhum crédito não impugnado (TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. Da verificação de créditos. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antonio Sérgio A. e Moraes (coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**: Lei 11.101/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 144-162, p. 157-158).

Se, por outro lado, o crédito for impugnado, então se instaura a fase contenciosa da verificação de créditos. Nesse momento, os interessados irão produzir provas; e o juízo falimentar, proferir sentença, determinando a inclusão ou não do respectivo crédito no quadro geral de credores, inclusive com a respectiva classificação (LREF, art. 83).

A fase contenciosa tem natureza jurisdicional, nela sendo proferida sentença com eficácia de coisa julgada, com a finalidade de tornar definitivo o passivo do devedor.^{157, 158}

Os credores que não promoverem sua habilitação de crédito no prazo legal têm, ainda, o direito de apresentar a chamada “habilitação retardatária” (LREF, art. 10) até a homologação do quadro geral de credores pelo juízo falimentar. Essa alternativa, contudo, padece de algumas restrições. São estas: a perda do direito de votar nas assembleias de credores, “salvo se, na data da realização da assembleia-geral, já houver sido homologado o quadro-geral de credores contendo o crédito retardatário” (LREF, art. 10, § 1º); a perda do direito aos rateios já distribuídos (LREF, art. 10, § 3º), podendo-se, contudo, requerer ao juiz, no curso da habilitação, a reserva dos valores que lhe seriam destinados nos pagamentos que se realizarem no período (LREF, art. 10, § 4º); a obrigação de pagar as custas relativas à habilitação (LREF, art. 10, § 3º); e a privação dos “acessórios” do crédito no interregno entre o término do prazo e a data do pedido de habilitação (LREF, art. 10, § 3º).¹⁵⁹

Com base na segunda relação de credores, e nas decisões proferidas nas impugnações de crédito, o administrador judicial irá consolidar o quadro geral de credores, o qual, por sua vez, definirá tanto os créditos admitidos na falência quanto a ordem de preferência de recebimento (LREF, art. 18). Esse quadro será posteriormente submetido à homologação judicial e publicado na imprensa oficial para conhecimento geral.

Em tese, uma vez publicado, esse quadro de credores é imutável.¹⁶⁰ Nos termos do art. 19 da LREF, entretanto, o administrador judicial, o comitê de credores, qualquer credor

¹⁵⁷ TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. Op. cit., p. 144. Sobre a natureza contenciosa da impugnação de crédito, ver: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 512.922-4/0-00**. Rel. Des. Romeu Ricupero, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, j. 31 out. 2007.

¹⁵⁸ Nos termos do art. 17 da LREF, essa decisão é recorrível por meio de agravo de instrumento. Ver, também, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 219.866/SP**. Rel. Min. João Otávio Noronha, 3ª T., j. 15 mar. 2016.

¹⁵⁹ Para garantir, nos casos de habilitações retardatárias, o direito dos legitimados pelo art. 8º da LREF de impugnarem os créditos submetidos à habilitação retardatária, Campinho sugere que: “Recebida a petição pelo juiz, abrir-se-á oportunidade para os legitimados, no prazo de dez dias, impugnarem a pretensão, publicandose edital para as respectivas ciências, a custa do credor habilitante, da qual se conta o respectivo prazo. Não fica, assim, imune ao procedimento de verificação, posto não poder gozar de vantagem em relação àqueles credores tempestivamente habilitados, cumprindo adaptar as regras dos artigos 8º e seguintes para a situação em questão.” (CAMPINHO, Sérgio. **Falência...** Op. cit., p. 119).

¹⁶⁰ Confira-se a posição de Miranda Valverde: “Essa inclusão no quadro geral de credores equivale a verdadeira sentença executiva, pois que, encerrada a falência, o título hábil para a execução do devedor pelo saldo é a

ou o representante do Ministério Público poderá, por meio de procedimento ordinário (a chamada “ação rescisória”),¹⁶¹ pedir a exclusão, outra classificação ou a retificação de qualquer crédito, nos casos de descoberta¹⁶² de falsidade, dolo, simulação, fraude, erro essencial ou, ainda, de documentos ignorados na época do julgamento do crédito ou da inclusão no quadro geral.¹⁶³

É competente para conhecer da ação rescisória o próprio juízo falimentar, que determinou a inclusão do crédito no quadro geral de credores; ou, se o crédito foi apurado em ação própria (como é o caso dos créditos derivados de relação do trabalho ou daqueles ilíquidos quando da decretação da falência), o juízo que originalmente conheceu do pedido (LREF, art. 6º, §3º).¹⁶⁴

Com relação ao conteúdo, Carvalho de Mendonça¹⁶⁵ afirma que “A ação de revisão deve versar sobre matéria que pode servir de fundamento à impugnação dos créditos, nos termos explicados em os ns. 764 e segs., supra. Não teria objeto se fosse aplicada a outros

certidão de inclusão do crédito na falência (art. 133). E tanto tinha a inclusão definitiva do crédito no quadro geral o valor de um caso julgado, que, para excluir o credor, era necessário, como hoje também é, nos casos de descoberta de falsidade, dolo, simulação, erros essenciais de fato e documentos ignorados na época da verificação, a proposição de ação rescisória (art. 99), que Carvalho de Mendonça chama de ação de revisão.” (MIRANDA VALVERDE, Trajano de. Op. cit., v. 2, p. 103).

¹⁶¹ Sobre a natureza da ação prevista no art. 19 da LREF, ver: Toledo: “Trata-se efetivamente de ação rescisória, uma vez que visa rescindir sentença em que se determinou a inclusão de crédito ou se julgou impugnação.” (TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. Comentários... Op. cit., p. 50). Não se deve confundir a ação revisional ou rescisória prevista no art. 19 da LREF com a ação revocatória do art. 130 do mesmo diploma. Como explica Carvalho de Mendonça, enquanto “Na ação revocatória alveja-se especialmente o ato jurídico de disposição prejudicial à massa, realizado antes da declaração da falência, por isso são réus os terceiros que por efeito desse ato foram pagos, garantidos ou beneficiados, façam ou não parte da massa creditória (art. 59, parágrafo único); na ação de revisão ataca-se diretamente o credor admitido na massa ou graduado indevidamente, para que seja excluído da associação creditória, ou classificado no posto que a lei determina.” (CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. Op. cit., v. 8, p. 209).

¹⁶² Para Miranda Valverde, “Esses motivos estão em relação com fatos preexistentes à admissão do crédito e que deveriam obstar, se conhecidos, à sua inclusão na falência. Por isso usa a lei do termo ‘descoberta’, tradução, aliás, de scoperta, da legislação originária.” (MIRANDA VALVERDE, Trajano de. Op. cit., v. 2, p. 111). Do mesmo modo, confira-se a opinião de Tavares Guerreiro: “Os motivos que podem ensejar a ação são necessariamente contemporâneos ou anteriores à formação do Quadro-Geral de Credores, muito embora sua revelação somente se dê a posteriori, com a descoberta de vícios (falsidade, dolo, simulação, fraude, erro essencial) ou de documentos ignorados à época do julgamento do crédito ou da impugnação, ou de sua inclusão no Quadro-Geral de Credores.” (TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. Op. cit., p. 160-161).

¹⁶³ A ideia da lei, nas palavras de Carvalho de Mendonça, foi a seguinte: “A lei não quis consagrar a mentira e a deslealdade, nem garantir o triunfo da má-fé e da fraude, nem acobertar o erro essencial de fato. Atos contra os quais se possa por qualquer das pechas que ficam apontadas jamais criaram títulos válidos em prejuízo de outrem. Procedem-se esta revisão por meio de um remédio especial, que chamaremos ação de revisão do processo da verificação ou da classificação, ou, mais brevemente, ação de revisão. Esta ação substitui a de nulidade, fundada em dolo ou fraude. O seu escopo é evitar que atos falsos, fraudulentos, ou dolosos se considerem consumados. Ela é à válvula de segurança contra as frequentes maquinações nos processos de falência.” (CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. Op. cit., v. 8, p. 205-206).

¹⁶⁴ Confira-se: “Excepcionalmente, se o ato judicial que se pretende rescindir ocorreu em ação na qual se demandou quantia ilíquida ou em ação de natureza trabalhista, e, portanto, fora do juízo concursal, a competência será do juízo originário.” (TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. Comentários... Op. cit., p. 52).

¹⁶⁵ CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. Op. cit., v. 8, p. 210.

fins; seria até um absurdo.” Assim, pode-se pleitear na ação de revisão a exclusão de credor ilegitimamente admitido, além da correção da classificação e do valor de qualquer crédito.¹⁶⁶ Além disso, nos termos do art. 10, § 6º, da LREF, pode-se pedir também, para aqueles que não habilitaram seus créditos, a retificação do quadro geral, com a inclusão do respectivo crédito na relação final de credores.¹⁶⁷

Por fim, registre-se que nem todos os credores do falido precisam submeter seus créditos ao processo de verificação. Assim, estão excluídos do processo: (i) os créditos extraconcursais, que, por surgirem após a decretação da falência, não fazem parte do concurso falimentar nos termos do art. 84 da LREF, sendo classificados como despesas da massa; (ii) os créditos tributários, que, por força do disposto no art. 187 do Código Tributário Nacional – CTN, combinado com o disposto no art. 29 da Lei n. 6.830/1980, não se submetem à habilitação;¹⁶⁸ e (iii) os créditos trabalhistas, cujos credores podem até optar por habilitar seus créditos na falência, mas cujas impugnações deverão ser discutidas na justiça especializada por força do disposto no art. 6, § 2º, da LREF.¹⁶⁹

À fase de verificação de créditos, soma-se, ainda, a de arrecadação e realização do ativo, de que se tratará adiante.

1.4.2.2 Arrecadação e realização do ativo

Reafirme-se que a chamada fase de arrecadação e realização do ativo ocorre em sincronia com a fase de verificação de créditos. Na fase aqui abordada, todos os bens do

¹⁶⁶ Como esclarece Miranda Valverde, o julgamento de procedência da ação gera a consequência de restituir as partes ao primitivo estado, devendo, por conta disso, o credor excluído ou reclassificado por ação de revisão restituir à massa os valores indevidamente recebidos (MIRANDA VALVERDE, Trajano de. Op. cit., v. 2, p. 113). Essa também é a posição de Tavares Guerreiro, para quem: “Parece fora de dúvida quem uma vez ajuizada a rescisória, possa o juiz determinar que o titular do crédito restitua, à conta da administração da falência ou recuperação judicial, os valores que porventura já tenha recebido, em rateios efetuados.” (TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. Op. cit., p. 161).

¹⁶⁷ Note-se, nesse sentido, a opinião de Campinho: “Após a homologação do quadro-geral de credores não será mais admitida a habilitação retardatária como um incidente ao processo de recuperação ou de falência. Mas ao credor é assegurado o direito de, por ação própria, obedecido, no que couber, o procedimento ordinário previsto na legislação processual civil, requerer ao juízo a retificação do quadro-geral de credores para a inclusão do respectivo crédito. Deverá, neste caso, ter ciência do feito, para que possam oferecer suas impugnações, os credores, o comitê de credores, se houver, o devedor e sendo ele sociedade empresária, os seus sócios e o representante do Ministério Público.” (CAMPINHO, Sérgio. **Falência**... Op. cit., p. 120).

¹⁶⁸ Como visto na seção 13.3.1, acima, contudo, o efetivo pagamento do crédito ocorrerá dentro do processo falimentar.

¹⁶⁹ Como visto na seção 1.3.3.1, acima, contudo, o efetivo pagamento do crédito ocorrerá dentro do processo falimentar.

falido submetidos ao concurso serão arrecadados,¹⁷⁰ salvo aqueles de natureza alimentar, os de família, os inalienáveis, as pensões e outros patrimônios impenhoráveis.¹⁷¹

Logo após a arrecadação dos bens, é iniciada a realização do ativo, que consiste na sua alienação, sob diversas modalidades, seguindo ordem de preferência definida no art. 140 da LREF. Se possível, opta-se pela alienação da empresa completa, em atenção ao princípio da maximização do valor dos ativos.¹⁷² Caso essa alienação única não ocorra, passa-se para a tentativa de alienação da empresa com a venda isolada de unidades produtivas/filiais ou, em seguida, a alienação em bloco dos bens que integram cada estabelecimento do devedor. Somente nos casos em que nada disso for factível é que ocorrerá a alienação dos bens individualmente considerados.

Pode ocorrer, entretanto, de, dentre esses bens arrecadados, existirem alguns de propriedade de terceiros, mas que se encontram em poder do devedor na data de decretação de falência.¹⁷³ Como forma de proteger os titulares desses bens, a LREF contempla a possibilidade de formulação de pedido de restituição (LREF, art. 85 e ss.). O pedido de restituição suspende a disponibilidade da coisa para o processo falimentar até que haja o trânsito em julgado de decisão sobre a questão.¹⁷⁴ Se o pedido de restituição for procedente,

¹⁷⁰ Inclusive os bens dos sócios ilimitadamente responsáveis (LREF, art. 81).

¹⁷¹ Registre-se que, de acordo com o art. 108 da LREF, o falido pode acompanhar a arrecadação e avaliação de seus bens.

¹⁷² Confira-se que, no Direito italiano, a ideia de valorizar os ativos do falido para melhorar os retornos para os credores também está presente, como expressa, por exemplo, Pacchi: “O falido permanece *in pectore* o proprietário dos bens, e isso está ligado à potencialidade da falência como instrumento direcionado ao atendimento dos credores de um empresário insolvente por meio da liquidação dos bens. Isso não significa, porém, que o curador deva necessariamente vender os bens no estado em que se encontram na data da falência e sem tentar um aproveitamento prévio deles. Com a reforma, a atividade de liquidação — embora orientada sempre para o melhor atendimento dos credores — teve uma ampliação de perspectiva, podendo abranger todas as operações destinadas à valorização dos bens em função de uma realocação do complexo produtivo no mercado por meio de uma transferência unitária (também graças a operações extraordinárias) que se torna hoje desejada até mesmo pelos próprios credores.” Tradução livre de: “*Il fallito rimane in pectore il proprietario dei beni e ciò si ricollega alla potenzialità del fallimento, quale strumento deputato al soddisfacimento dei creditori di un imprenditore insolvente attraverso la liquidazione dei beni. Ciò non significa, però, che il curatore debba necessariamente vendere i beni nello stato in cui si trovano alla data del fallimento e senza tentare un loro previo sfruttamento. Con la riforma l’attività di liquidazione – se pur orientata sempre al miglior soddisfacimento dei creditori – ha avuto un ampliamento di prospettiva potendo comprendere tutte quelle operazioni volte alla valorizzazione dei cespiti in funzione di un ricollocamento sul mercato del complesso produttivo attraverso un trasferimento unitario (anche grazie ad operazioni straordinarie) che diviene oggi auspicato perfino dagli stessi creditori.*” (PACCHI, Stefania. Degli Effetti Del Fallimento. In: NIGRO, Alessandro; SANDULLI, Michele; SANTORO, Vittorio. **La Legge Fallimentare Dopo La Riforma**: t. 1: artt. 1-83 bis. Torino: G. Giappichelli, 2010, p. 571-586, p. 576, grifo nosso).

¹⁷³ É o caso, entre outros, dos bens que sejam objetos de contratos de comodato, locação, leasing e alienação fiduciária em garantia.

¹⁷⁴ “Art. 91. O pedido de restituição suspende a disponibilidade da coisa até o trânsito em julgado. Parágrafo único. Quando diversos requerentes houverem de ser satisfeitos em dinheiro e não existir saldo suficiente para o pagamento integral, far-se-á rateio proporcional entre eles.” (Lei n. 11.101/2005).

caso o bem ainda não tenha sido alienado, este será restituído ao seu proprietário; caso contrário, haverá a restituição em dinheiro.

Após a realização das restituições e a consolidação do quadro geral de credores, ocorrerá a destinação das importâncias para pagamento dos credores. Para isso, deverão ser atendidas tanto a classificação quanto a ordem,¹⁷⁵ tal como estabelecido nos critérios elencados pelo art. 83 da LREF.¹⁷⁶

Atente-se que é possível que haja reserva de importâncias. Se assim ocorrer, os valores relativos às reservas ficarão depositados até o julgamento definitivo do crédito; e, no caso de não ser este finalmente reconhecido, no todo ou em parte, os recursos depositados serão suplementarmente rateados entre os credores remanescentes.¹⁷⁷ Existe, ainda, a possibilidade de alguns credores não realizarem o levantamento dos valores dos rateios nos prazos determinados pelo juízo, caso em que os recursos remanescentes também são redistribuídos em rateio suplementar com os demais credores.¹⁷⁸

Além disso, vale notar que, ao final do pagamento de todos os credores, pode – a hipótese é remota, mas não impossível – haver saldo na massa falida. Se essa situação for verificada, o falido será reconstituído dos valores remanescentes.¹⁷⁹

Concluída a realização de todo o ativo e após a distribuição entre os credores, o administrador judicial deverá apresentar a sua prestação de contas ao juízo universal no prazo máximo de 30 (trinta) dias (LREF, art. 154). Essas contas deverão ser acompanhadas pelos respectivos documentos comprobatórios, cujo apensamento à falência se faz obrigatório para tornar pública a informação aos interessados (LREF, art. 154, § 1º). Feito o apensamento, as partes interessadas terão até dez dias para realizar qualquer impugnação (LREF, art. 154, § 2º). Transcorrido este prazo, o Ministério Público será intimado para

¹⁷⁵ Lembre-se que, entre todos os créditos, os trabalhistas de natureza estritamente salarial dos últimos três meses anteriores à decretação de falência possuem prioridade frente aos demais e deverão, por força do art. 151 da LREF ser pagos “tão logo haja disponibilidade em caixa”.

¹⁷⁶ “Art. 149. Realizadas as restituições, pagos os créditos extraconcursais, na forma do art. 84 desta Lei, e consolidado o quadro-geral de credores, as importâncias recebidas com a realização do ativo serão destinadas ao pagamento dos credores, atendendo à classificação prevista no art. 83 desta Lei, respeitados os demais dispositivos desta Lei e as decisões judiciais que determinam reserva de importâncias.” (Lei n. 11.101/2005).

¹⁷⁷ “Art. 149. [...] § 1º Havendo reserva de importâncias, os valores a ela relativos ficarão depositados até o julgamento definitivo do crédito e, no caso de não ser este finalmente reconhecido, no todo ou em parte, os recursos depositados serão objeto de rateio suplementar entre os credores remanescentes.” (Lei n. 11.101/2005).

¹⁷⁸ “Art. 149. [...] § 2º Os credores que não procederem, no prazo fixado pelo juiz, ao levantamento dos valores que lhes couberam em rateio serão intimados a fazê-lo no prazo de 60 (sessenta) dias, após o qual os recursos serão objeto de rateio suplementar entre os credores remanescentes.” (Lei n. 11.101/2005).

¹⁷⁹ “Art. 153. Pagos todos os credores, o saldo, se houver, será entregue ao falido.” (Lei n. 11.101/2005).

manifestar-se; e o juiz, em seguida, julgará as contas por sentença, que poderá ser atacada por apelação (LREF, art. 154, §§ 3º, 4º, 5º, e 6º).

É digno de registro que, se rejeitadas as contas do administrador judicial, este poderá ser responsabilizado, podendo-se determinar desde a indisponibilidade de seus bens até o sequestro deles, para indenizar a massa falida.

Após o julgamento das contas, o administrador terá prazo de dez dias para apresentar relatório final da falência. No relatório deverão ser indicados: o valor total do ativo; o produto de sua realização; o passivo; e os pagamentos feitos aos credores. Não poderão ser omitidas, ainda, no relatório, as responsabilidades remanescentes do falido.¹⁸⁰

Esses, em resumo, os aspectos do processo falimentar que são relevantes para a tese proposta. Delimitados os principais aspectos do processo concursal, passa-se adiante a cuidar do encerramento da falência.

1.5 Aspectos relevantes do encerramento da falência

Por fim, deve-se discorrer brevemente sobre o encerramento do processo falimentar. De saída, note-se que o encerramento da falência ocorrerá apenas após a apresentação do relatório final do administrador judicial (LREF, art. 155). Será então proferida sentença pelo juiz, que será publicada por edital. Não ocorrendo apelação da sentença, esta transitará em julgado, reiniciando-se, a partir da publicação, a contagem do prazo prescricional relativo às obrigações do falido.

As obrigações do falido, por seu turno, serão extintas sempre que ocorrer uma destas hipóteses: (i) o pagamento de todos os créditos; ou (ii) a realização de todo o ativo e o pagamento de mais de 50% dos créditos quirografários; ou (iii) o decurso do prazo prescricional de cinco anos se o falido não for condenado em crime previsto na Lei de Falência, e de dez anos se tiver sido condenado, a contar do encerramento da falência (LREF, art. 158). Se qualquer dessas hipóteses for verificada, o falido poderá requerer ao juízo da falência que suas obrigações sejam declaradas extintas por sentença (LREF, art. 159). Da mesma forma, o sócio de responsabilidade ilimitada também poderá requerer que seja declarada por sentença a extinção de suas obrigações na falência (LREF, art. 160).

¹⁸⁰ “Art. 155. Julgadas as contas do administrador judicial, ele apresentará o relatório final da falência no prazo de 10 (dez) dias, indicando o valor do ativo e o do produto de sua realização, o valor do passivo e o dos pagamentos feitos aos credores, e especificará justificadamente as responsabilidades com que continuará o falido.” (Lei n. 11.101/2005).

A extinção da falência não importa, todavia, na extinção da personalidade jurídica do falido. Este, após o encerramento da falência, “pode prosseguir no comércio a requerimento do falido e deferimento do juízo [...]”.¹⁸¹ Não se olvida que os arts. 1.044, 1.051, I, 1.087 do Código Civil – CC, e 206, II, “c”, da Lei das S/A – LSA, preveem que a falência é causa de dissolução da sociedade. Nada obstante, confrontando esses dispositivos com outros artigos da LREF, principalmente aqueles que prescrevem que as obrigações não adimplidas na falência subsistem ao processo e que o falido, mesmo após o encerramento da falência, tem legitimidade para pleitear a extinção das suas obrigações, não há como negar a efetiva sobrevivência da personalidade jurídica do falido, mesmo após o término do processo falimentar.¹⁸²

Com essas considerações, encerra-se o capítulo 1 desta tese, no qual se procurou apresentar algumas noções introdutórias sobre o instituto da falência para definir as premissas que servirão de base para a discussão que seguirá. No capítulo 2, a seguir, serão também apresentadas algumas noções introdutórias do instituto da arbitragem.

¹⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 883.802/DF**. Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 27 abr. 2010. Ver, no mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.126.521/MT**. Rel. p/ acórdão Min. João Otávio Noronha, 3ª T., j. 17 mar. 2015; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.265.548/SC**. Rel. p/ acórdão Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 25 jun. 2019.

¹⁸² Ver, nesse sentido: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; PUGLIESI, Adriana V. Op. cit., v. 5, p. 501-502.

2 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS DA ARBITRAGEM RELEVANTES PARA A TESE PROPOSTA

Neste segundo capítulo, pretende-se tratar do instituto da arbitragem. Para tanto, será efetuada uma divisão em cinco seções, nas quais se tratará, seguindo a mesma ordem de apresentação proposta no Capítulo 1, (i) do conceito e da natureza jurídica da arbitragem; (ii) de alguns princípios norteadores do instituto; (iii) da convenção de arbitragem; (iv) do procedimento arbitral; e (v) da sentença arbitral.

2.1 Conceito e natureza jurídica da arbitragem

Arbitragem é meio privado de solução de controvérsias, pelo qual partes capazes elegem terceiro, da confiança delas, para resolver litígio relativo a direitos patrimoniais disponíveis, que proferirá sentença com eficácia de título judicial.¹⁸³

São atualmente três as correntes que se dedicam a definir a natureza jurídica da arbitragem: a contratual, a jurisdicional e a mista.¹⁸⁴

A corrente contratual, ou privatista, entende que a arbitragem tem natureza de contrato.¹⁸⁵ Para os defensores desta posição, as partes podem submeter seus conflitos à arbitragem mediante a celebração de convenção de arbitragem, o que ressalta a natureza consensual do instituto. Além disso, partindo de uma visão mais estreita de jurisdição, defendem que o árbitro não pode exercer atividade jurisdicional própria, reservada ao Estado-juiz, dono do monopólio da distribuição de justiça e do uso da força.¹⁸⁶ Por fim, notam que a sentença arbitral depende da atuação do Poder Judiciário para ser executada,

¹⁸³ “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.” (Lei n. 9.307/1996)

¹⁸⁴ Não se olvida da posição daqueles que defendem a natureza “pública, mas não jurisdicional” da arbitragem (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**: Lei n. 9.307/96. 3. ed. rev. amp. atual. Rio de Janeiro. Lumen Iures, 2002, p. 11-15) e “autônoma” (MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. **Arbitragem**: lex mercatória e Direito estatal. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2010, p. 122). Dada, entretanto, a baixa adesão da doutrina às referidas teorias e dada, ainda, a posição adotada nesta tese — a de defender a natureza jurisdicional da arbitragem —, os posicionamentos teóricos não serão analisados individualizadamente.

¹⁸⁵ Ver, por todos, Chiovenda (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 1. Campinas, SP: Bookseller, 1998, v. 1, p. 105). No Direito brasileiro, essa posição tinha mais adeptos antes da edição da LARB, que veio a reforçar o caráter jurisdicional da arbitragem.

¹⁸⁶ Cf. CARREIRA ALVIM, J. E. **Direito arbitral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 37-41.

não havendo a coercibilidade que se encontra nos atos estatais, não podendo, desse modo, a arbitragem ostentar natureza jurisdicional, mas, sim, contratual.¹⁸⁷

A corrente jurisdicional, ou publicista, por sua vez, defende que a arbitragem é uma forma de exercício da jurisdição, extraordinária, é verdade, mas jurisdicional, sendo certo que sua base convencional não desfigura sua natureza.¹⁸⁸ Os arts. 31 da LARB e 515, VII, do CPC¹⁸⁹ revestem a sentença arbitral da força de título executivo judicial,¹⁹⁰ enquanto o art. 18 da LARB¹⁹¹ reconhece o árbitro como juiz de fato e de direito, e o art. 17 da LARB¹⁹² equipara a figura à do funcionário público para fins penais. Esses textos normativos evidenciam que a atividade praticada pelo árbitro, apesar de nascer de negócio jurídico, efetivamente é do tipo “distribuição de justiça”, portanto, de inegável natureza jurisdicional.¹⁹³

Por fim, ainda há quem defenda a corrente mista, reconhecendo incompletudes tanto na corrente contratual quanto na corrente jurisdicional, que se restringem a enxergar aspectos parciais do instituto da arbitragem.¹⁹⁴ Para esses teóricos, não há dúvida de que o árbitro, ao atuar na solução de conflitos, efetivamente pratica atividade de distribuição de justiça, isto

¹⁸⁷ Cf. STEIN, Raquel. **Arbitrabilidade no Direito Societário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 51; e TELLECHEA, Rodrigo. **Sociedades anônimas fechadas: direitos individuais dos acionistas e cláusula compromissória estatutária superveniente**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 448.

¹⁸⁸ Ver, a respeito: THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 3. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 3, p. 327-328; CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 26; MARTINS, Pedro A. Batista. Apontamentos sobre a arbitragem no Brasil. **Revista do Advogado**. São Paulo, n. 51, p. 36-45, out. 1997, p. 36-45; CARREIRA ALVIM, J. E. **Direito...** Op. cit., p. 46; e DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 41.

¹⁸⁹ “Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: [...] II - a sentença arbitral”; (Lei n. 13.105/2015)

¹⁹⁰ Cf. Carmona: “O art. 31 determina que a decisão final dos árbitros produzirá os mesmos efeitos da sentença estatal, constituindo a sentença condenatória título executivo que, embora oriundo do Poder Judiciário, assume categoria de judicial. O legislador optou, assim, por adotar a tese da jurisdicionalidade da arbitragem, pondo termo à atividade homologatória do juiz estatal, fato de emperramento da arbitragem.” (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. Op. cit., p. 26).

¹⁹¹ “Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.” (Lei n. 9.307/1996).

¹⁹² “Art. 17. Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.” (Lei n. 9.307/1996).

¹⁹³ Verçosa, apesar de ressaltar que a teoria jurisdicional se adequa melhor às “tendências mais modernas da arbitragem”, ressalta, entretanto, que não se pode negar a “preponderância da natureza contratual na fase da celebração da convenção de arbitragem e durante todo o procedimento arbitral.” (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (org.). **Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307/1996**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 242).

¹⁹⁴ Ver, a respeito: CRETELLA NETO, José. **Curso de Arbitragem: arbitragem comercial, arbitragem internacional, lei brasileira de arbitragem, instituições internacionais de arbitragem, Convenções internacionais sobre arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 15; e LEMES, Selma M. Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 60-61.

é, verdadeira atividade jurisdicional. No entanto, como a arbitragem só pode versar sobre direitos patrimoniais disponíveis; como a submissão a ela decorre da vontade das partes; e como as sentenças arbitrais dependem da atuação do Estado-juiz para serem executadas; não se pode negar o caráter contratual do instituto. Ambas as naturezas coexistiriam para essa corrente, sem a prevalência de uma sobre a outra.¹⁹⁵

Nesta tese, adota-se a corrente que defende a natureza jurisdicional da arbitragem. A nosso ver, não se pode confundir a natureza jurídica da arbitragem com a natureza jurídica da convenção de arbitragem. Esta, base para a instauração da arbitragem, tem inegável natureza de negócio jurídico e dela se tratará em seção subsequente. Aquela, apesar de nascer de negócio, é verdadeira atividade de distribuição de justiça,¹⁹⁶ ostentando, portanto, natureza jurisdicional.¹⁹⁷

E, uma vez assentada a natureza jurisdicional da arbitragem, resta ainda saber quais componentes da jurisdição são garantidos aos árbitros no exercício da sua atividade. Segundo Carmona,¹⁹⁸ com apoio em Saredo, seriam cinco os componentes da jurisdição:

[...] a *notio*, que corresponderia à faculdade de conhecer de uma causa; a *vocatio*, que seria a faculdade de fazer investir no juízo todos aqueles cuja presença seria útil à justiça e ao conhecimento da verdade; a *coertio*, direito de fazer-se respeitar, de reprimir as ofensas que lhe forem feitas no exercício de suas funções; o *iudicium*, direito de julgar e pronunciar sentenças; e a *executio*, direito de tornar obrigatória e coativa, em nome do poder soberano, a obediência às próprias ordens e decisões [...].¹⁹⁹

¹⁹⁵ Cf. Stein: “As conclusões dos adeptos desta corrente tendem a afirmar que a natureza jurídica da arbitragem e a essência da função exercida pelo árbitro são indissociáveis, visto que ‘não se pode entender arbitragem sem árbitro, assim como não existe árbitro sem um compromisso arbitral e uma demanda entre as partes.’” (STEIN, Raquel. Op. cit., p. 59).

¹⁹⁶ Carmona responde ao argumento de que o árbitro não poderia exercer atividade jurisdicional porque o monopólio da jurisdição é do Estado-juiz da seguinte forma: “Certamente continuarão a surgir críticas, especialmente de processualistas ortodoxos que não conseguem ver atividade processual — e muito menos jurisdicional — fora do âmbito da tutela estatal estrita. Para rebater tal ideia tacanha de jurisdição, não há lição mais concisa e direta que a de Giovanni Verde: ‘[A] experiência tumultuosa destes últimos quarenta anos nos demonstra que a imagem do Estado onipotente e centralizador é um mito, que não pode (e talvez não mereça) ser cultivado. Deste mito faz parte a ideia que a justiça deva ser administrada em via exclusiva pelos seus juízes.’” (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. Op. cit., p. 26).

¹⁹⁷ Registre-se que o STJ tem posição pacífica no sentido de acolher a tese da natureza jurisdicional da arbitragem, como se vê, exemplificadamente e entre tantos, dos seguintes julgados: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência n. 139.519/RJ**. Rel. p/ acórdão Min. Regina Helena Costa, 1ª S., j. 11 out. 2017; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência n. 111.230/DF**. Rel. Min. Nancy Andrighi, 2ª S., j. 08 maio 2013; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência n. 146.939/PA**. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 2ª S., j. 23 nov. 2016; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência n. 113.260/SP**. Rel. Min. Nancy Andrighi, 2ª S., j. 08 set. 2010. Para conhecer, contudo, um trabalho partindo da natureza contratual da arbitragem, para dar ao instituto tratamento diferenciado na falência, ver: KIRGIS, Paul. Op. cit.

¹⁹⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. Op. cit., p. 318.

¹⁹⁹ Em sentido similar é a lição de Frederico Marques, citando Zanzucchi, para quem “tríplice é o conteúdo da

Os juízes estatais detêm a totalidade desses poderes, exercendo, em toda a sua plenitude, a jurisdição. No caso da arbitragem, entretanto, comumente se diz²⁰⁰ que os árbitros — apesar de gozarem regularmente dos componentes da *notio*, da *vocatio* e da *judicium* —, não dispõem dos componentes da *coertio* e da *executio*. A atividade dos árbitros, assim, limita-se ao conhecimento da causa e ao julgamento desta, sem poder fazer uso da força para executar sua decisão.

A afirmação, contudo, não está inteiramente correta. De acordo com divisão proposta por Chiovenda,²⁰¹ para fazer prevalecer sua vontade, o Estado se utiliza (i) dos chamados meios de coação que se destinam a “influir sobre a vontade do obrigado para que se determine a prestar o que deve”; e (ii) dos chamados meios de sub-rogação, que objetivam “fazer conseguir para o credor o bem que tem direito independentemente de participação e, portanto, da vontade obrigado”.²⁰² Os árbitros, apesar de não poderem valer-se dos meios de sub-rogação que visam substituir a vontade do obrigado,²⁰³ podem efetivamente lançar mãos dos meios de coação que se destinam a influir sobre a vontade do obrigado, tal como a fixação de *astreintes* e a utilização das inferências negativas.²⁰⁴

jurisdição: a) faculdade de decisão; b) faculdade de coação; c) faculdade de documentação”. E prossegue o referido autor: “A faculdade decisória abrange a *notio* e o *judicium* dos juristas clássicos, compreendendo, assim, o poder que tem o juiz de aplicar o direito objetivo para decidir a pretensão e também para resolver sobre os pressupostos da relação processual e sobre as condições da ação. A faculdade coercitiva abrange os atos de coação e de execução (a *coertitio* e o *imperium*) para tornar efetivo todo e qualquer pronunciamento do juiz. A faculdade de documentação tem por fim dar autenticidade aos atos que se realizam perante os órgãos jurisdicionais, ou por parte destes.” (MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas, SP: Millennium, 2000, v. 1, p. 279).

²⁰⁰ Ver, por exemplo, Tellechea (TELLECHEA, Rodrigo. Op. cit., p. 450-451); e Figueira Junior: “O que o árbitro ou tribunal arbitral não detém é o poder de *imperium*, na exata medida em que o sistema não lhe autoriza o uso da força para executar esta ou aquela providência, seja interinal ou definitiva. Nesse particular, seus poderes são limitados e não se comparam aos poderes conferidos ao juiz togado.” (FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Arbitragem**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 120).

²⁰¹ CHIOVENDA, Giuseppe. Op. cit., v. 1, p. 349-350.

²⁰² Theodoro Junior (reproduz a mesma divisão: “Para fazer imperar a ordem jurídica, o Estado utiliza de meios de coação e meios de sub-rogação. No primeiro caso, temos a multa e a prisão, que são sanções de caráter intimidativo e de força indireta para assegurar a observância das regras de direito. No conceito do direito processual civil, os meios de coação não integram o quadro das medidas executivas propriamente ditas, muito embora uma parte da doutrina costume apelidá-los de execução indireta. No segundo caso — meio de sub-rogação — temos a atuação do Estado, como substituto do devedor, procurando, ‘sem ou contra a vontade deste, dar satisfação ao credor, isto é, conseguir-lhe o benefício que para ele representaria o cumprimento da obrigação, ou um benefício equivalente.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de execução**. 11. ed. São Paulo: Livraria e Universitária de Direito, 1986, p. 7-8).

²⁰³ Na jurisprudência francesa, por exemplo, o árbitro deve limitar-se, na sentença, a declarar o direito, sem condenar a parte perdedora a pagar a quantia devida. Ver, a respeito, o seguinte precedente: FRANÇA. Cour de Cassation (Ch. commerciale). *Société Saret v. SBBM*, 04/02/1992. **Revue de l’Arbitrage**, v. 1992, n. 4, p. 625-684, 1992.

²⁰⁴ Segundo Valença Filho, são “meios de coação decorrentes do *imperium* arbitral: a faculdade de declarar a sentença provisoriamente executável; a de impor e de liquidar o valor de *astreintes*; a de impor à parte a

Não tem o árbitro, assim, poder de prestar tutela jurisdicional do tipo executivo, isto é, não detém poderes inerentes ao núcleo duro do *imperium* reservado ao Estado-juiz,²⁰⁵ mas pode ordenar medidas com a finalidade de influir sobre a vontade da parte com a finalidade de compeli-la a cumprir a decisão arbitral.

Essa divisão é similar àquela corretamente proposta por Jarrosson.²⁰⁶ O autor, ao definir o *imperium* como um “conjunto de prerrogativas pertencentes ao Estado, vinculadas à soberania, exercidas nos limites do território e concernentes aos poderes de comando, ou constrição, e de jurisdição”, o subdivide em *imperium merum* e *imperium mixtum*. O primeiro é, assim, o “componente de *imperium*, correspondente aos poderes relativos ao emprego da força e da constrição, oponível à *jurisdictio*”; e o segundo, o “componente de *imperium*, pertencente, em sua maior parte, ao *imperium merum*, mas que deste se separou para atribuir à *jurisdictio* a eficácia (por exemplo, medidas de administração judiciária, o poder de injunção e de impor astreintes)”. Enquanto os árbitros detêm os poderes do *imperium mixtum*, como o poder de fixar *astreintes*, não detêm os poderes do *imperium merum*, não podendo usar a força para substituir a vontade do jurisdicionado.²⁰⁷

Desse modo, no que concerne aos poderes jurisdicionais do árbitro, a afirmação correta é a de que — apesar de não dispor dos poderes coercitivos que se exercem pelos meios de sub-rogação, substituindo a vontade do jurisdicionado (isto é, dos poderes do *imperium merum*) — conserva o árbitro os poderes de conhecer a causa e dizer o direito, bem como de se valer meios de coação destinados a influir sobre a vontade do obrigado (isto é, os poderes do *imperium mixtum*).²⁰⁸

obrigação de apresentar elementos de prova sob pena de constatar a recusa e tirar as consequências; exercer a jurisdição de urgência intelectual ou coercitiva por meios de coerção, inclusive para ordenar o provisionamento de ‘security for costs’, deixando ao juiz estatal a execução daquelas que exijam sub-rogação.” (VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Op. cit., p. 144).

²⁰⁵ Tanto que, havendo necessidade de implementação prática de algum ato determinado no procedimento arbitral, ou em caso de não cumprimento espontâneo da sentença arbitral, deverá o árbitro ou a parte, conforme o caso, se socorrer do Poder Judiciário para executar sua decisão. É o que se extrai do já citado art. 31 da LARB, bem como do art. 22-C, que prevê que “o árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro.”

²⁰⁶ JARROSSON, Charles. Reflexões sobre o *imperium*. **Revista brasileira de arbitragem**. São Paulo: Síntese, v. 7, n. 27, jul./set, p. 203-231, 2010, p. 231.

²⁰⁷ Essa divisão também é adotada por Valença Filho (VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Op. cit., p. 140-145).

²⁰⁸ Registre-se que essa posição — de que os árbitros não detêm poderes coercitivos diretos para substituir a vontade do obrigado no cumprimento da obrigação — também é endossada pela jurisprudência pacífica do STJ, como se vê, por exemplo, dos seguintes julgados: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 944.917/SP**. Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 18 set. 2008; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.277.725/AM**. Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 12 mar. 2013 — ver, sobre esse acórdão, comentário de Debourg e Silveira (DEBOURG, Claire; SILVEIRA, Gustavo Scheffer da. Note:

Se, portanto, os árbitros dispõem do poder de conhecer e dizer o direito, bem como de forçar o cumprimento da decisão arbitral pelos meios de coação que visam induzir a vontade do obrigado, mas, ao mesmo tempo, não detêm os árbitros o poder de exercer os meios executivos substitutivos da vontade do jurisdicionado, pode-se concluir que a atuação do árbitro está — sempre e invariavelmente — limitada à fase de conhecimento do processo,²⁰⁹ sem ingressar na execução forçada propriamente dita da sua decisão. A arbitragem, pois, será sempre e invariavelmente um processo de natureza cognitiva.

Tendo sido estabelecida a natureza jurídica do instituto, cumpre prosseguir para a análise dos princípios norteadores da arbitragem que se afiguram relevantes para a tese proposta.

2.2 Princípios norteadores relevantes para a tese proposta

Com a finalidade de guiar a aplicação do instituto, a doutrina²¹⁰ identifica, com poucas variações, quatro princípios inerentes à arbitragem. São eles: (i) princípio da autonomia da vontade; (ii) o princípio *Kompetenz-Kompetenz* (“competência-competência”); (iii) o princípio da autonomia da convenção de arbitragem; e (iv) o princípio do devido processo legal. Passa-se a tratar brevemente deles a seguir.

Jutaí 661 Equipamentos Eletrônicos Ltda. v. PSI Comércio e Prestação de Serviços em Telefones Celulares Ltda., Superior Tribunal de Justiça do Brasil, Recurso Especial n. 1.277.725-AM (2011/0146922-2), 12 March 2013. *Revue de l'Arbitrage*, v. 2014, n. 3, p. 735-737, 2014) —; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.733.685/SP**. Rel. Min. Raul Araújo, 4ª T., j. 08 nov. 2018.

²⁰⁹ Sobre a definição de ação de conhecimento, ver Amaral Santos: “Estas, as ações de conhecimento, provocam uma providência jurisdicional que reclama, para sua prolação, um processo regular de conhecimento, por meio do qual o juiz tenha pleno conhecimento do conflito de interesses a fim de que possa proferir uma decisão pela qual extraia da lei a regra concreta aplicável à espécie. O processo, de que se vale o órgão jurisdicional, se diz de conhecimento, porque através dele conhecerá com segurança não só a pretensão do autor como a resistência que lhe opõe o réu, isto é, a lide posta em juízo. Trata-se de processo que conclui por uma decisão, uma sentença que, declarando quanto à relação jurídica entre as partes, atuará a lei à espécie.” (AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras linhas...** Op. cit., v. 1, p. 176). Interessante também é o conceito de Frederico Marques, citando Liebman, na forma seguinte: “As ações de conhecimento, tal como ocorre no processo de igual nome, tem por objeto ‘o exame da lide em juízo para o fim de formular a regra jurídica concreta que deve regular o caso’, segundo explica Liebman. E, em outra passagem, diz o citado mestre que as “ações de conhecimento... são aquelas que têm por escopo provocar o juízo, no sentido mais próprio e restrito do termo.” (MARQUES, José Frederico. Op. cit., v. 2, p. 35-36).

²¹⁰ Ver, por exemplo: LEMES, Selma M. Ferreira. Os princípios jurídicos da lei de arbitragem. In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 73-112; e FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Op. cit., p. 136.

2.2.1 Do princípio da autonomia da vontade

O princípio da autonomia da vontade dita que os agentes econômicos têm liberdade para autorregular suas relações jurídicas, observados os limites do ordenamento legal.²¹¹ O princípio da autonomia da vontade é a “pedra angular”²¹² da arbitragem. Nos termos do art. 3º da LARB, as partes estão livres para eleger submeter seus conflitos à jurisdição arbitral, de modo que, *a contrario sensu*, ninguém poderá ser compelido a submeter-se à jurisdição arbitral sem antes ter concordado com essa opção.²¹³

O princípio da autonomia da vontade, além de ser o fundamento da arbitragem, se espalha por todas as áreas do instituto: as partes estão livres para elegerem os árbitros,²¹⁴ as

²¹¹ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: t. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 109-110; UBALDINO MIRANDA, Custódio da Piedade. **Interpretação e integração dos negócios jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 60-61; RÃO, Vicente. **Ato jurídico**: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais: o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 3. ed. anot. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 44-47; e MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3. ed. atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 89.

²¹² Ver: “Contudo, o consentimento (mesmo que deduzido das circunstâncias) permanece sendo o alicerce da arbitragem, pelo menos por árbitros que valorizam o rigor intelectual e a integridade analítica.” Tradução livre de: “[...] *Yet consent (even implied from circumstances) remains the cornerstone of arbitration, at least by arbitrators who value intellectual rigor and analytic integrity.*” (PARK, William W. *Non-Signatories and International Contracts: An Arbitrator’s Dilemma*. In: PERMANENT COURT OF ARBITRATION. **Multiple Party Actions in International Arbitration**. Oxford: Oxford University, 2009, p. 3); e, no Direito brasileiro: LEMES, Selma M. Ferreira. *Os princípios...* Op. cit., p. 78; e CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo...** Op. cit., p. 15. Ver, ainda, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.636.102/SP**. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. 13 jun. 2017; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.550.260/RS**. Rel. p/ voto Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. 3ª T., j. 12 dez. 2017 (“negar aplicação à convenção de arbitragem significa ‘violiar o princípio da autonomia da vontade das partes e a presunção de idoneidade da própria arbitragem, gerando insegurança jurídica’”).

²¹³ Cf. MELO, Leonardo de Campos. **Extensão da cláusula compromissória e grupos de sociedades: a prática arbitral CCI e sua compatibilidade com o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 12; e RECENA COSTA, Guilherme. **Partes e terceiros na arbitragem**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 46.

²¹⁴ Ver: “Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. § 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes. § 2º Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocara, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art. 7º desta Lei. § 3º As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada. § 4º Sendo nomeados vários árbitros, estes, por maioria, elegerão o presidente do tribunal arbitral. Não havendo consenso, será designado presidente o mais idoso. § 4º As partes, de comum acordo, poderão afastar a aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizado o controle da escolha pelos órgãos competentes da instituição, sendo que, nos casos de impasse e arbitragem multiparte, deverá ser observado o que dispuser o regulamento aplicável. § 5º O árbitro ou o presidente do tribunal designará, se julgar conveniente, um secretário, que poderá ser um dos árbitros. § 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricão. § 7º Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral determinar às partes o adiantamento de verbas para despesas e diligências que julgar necessárias.” (Lei n. 9.307/1996)

regras materiais²¹⁵ e processuais²¹⁶ aplicáveis ao procedimento, e até para conferir a prerrogativa aos árbitros de julgarem a demanda por equidade, com base nos princípios gerais do Direito, nos usos e costumes ou nas regras internacionais do comércio.²¹⁷ A arbitragem, portanto, é terreno próprio da autonomia da vontade, dispondo as partes de ampla liberdade para autorregular o negócio e o processo dele decorrente conforme entenderem adequado.

Definido o papel do princípio da autonomia da vontade na arbitragem, passa-se ao princípio da autonomia da convenção de arbitragem.

2.2.2 Do princípio da autonomia da cláusula compromissória

O art. 8º, *caput*, da LARB prevê que “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”. Esse dispositivo anuncia o princípio da autonomia da cláusula compromissória, pacificamente aceito na doutrina e jurisprudência nacional²¹⁸ e internacional,²¹⁹ segundo o qual, apesar de usualmente inserida

²¹⁵ “Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.” (Lei n. 9.307/1996). Para conhecer a discussão doutrinária sobre a aplicação da regra do §1º do art. 2º da LARB às arbitragens puramente internas, ver: VERÇOSA, Fabiane. Op. cit.

²¹⁶ “Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.” (Lei n. 9.307/1996).

²¹⁷ “Art. 2. [...] § 2º 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 de comércio.” (Lei n. 9.307/1996).

²¹⁸ Ver, a respeito, Carmona: “As partes, ao encartarem em determinado contrato uma cláusula arbitral, inserem nele relação jurídica diferente, manifestando vontade apenas no que se refere à solução de eventuais litígios pela via arbitral; esta vontade, portanto, não tem ligação (senão instrumental) com o objeto principal do negócio jurídico (uma compra e venda, uma associação, um contrato de prestação de serviços), de modo que eventual falha que importe nulidade da avença principal não afetará a eficácia da vontade das partes (que permanecerá válida para todos os efeitos) de ver resolvidas suas controvérsias (inclusive aquela relacionada à eventual nulidade do contrato e seus efeitos) pela via arbitral. Constata-se, em outros termos, que a causa do contrato principal é diversa daquela que leva as partes a estipularem a solução arbitral para futuras controvérsias.” (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo...** Op. cit., p. 174). Ver também: LEMES, Selma M. Ferreira. Os princípios... Op. cit., p. 102; e, na jurisprudência: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 0007124-69.2012.8.26.0210**. Rel. Des. Ênio Zuliani, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 29 maio 2014 (“DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE. CLÁUSULA DE COMPROMISSO ARBITRAL inserida em contrato social que deve prevalecer. Autonomia da cláusula arbitral (art. 8º Lei 9.307/1996) em relação ao contrato. Princípio da competência-competência. Alteração contratual realizada unilateralmente pelo sócio majoritário para revogar tal cláusula que não pode ser tida como válida. Inadmissibilidade de ser processada a providência na justiça estatal, por constituir usurpação da competência. Preliminar que deve ser acolhida devendo ser extinto o processo sem resolução do mérito. Recurso não provido”).

²¹⁹ Ver, a respeito: FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. **International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 198; BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**. Netherlands: Kluwer International Law, 2009, v. 1, p. 312; REDFERN, Alan;

em outro contrato, a convenção de arbitragem é negócio autônomo e independente em relação ao mesmo contrato. A consequência disto é que a validade de cada negócio deve ser aferida de forma independente e autônoma, podendo ocorrer – e isso não é raro – de o contrato principal ser inválido, mas a convenção de arbitragem permanecer válida e eficaz.²²⁰ Fosse de outro modo, bastaria à parte recalcitrante arguir qualquer causa de invalidade ou ineficácia do contrato principal, para que isso fosse suficiente para pôr em dúvida a competência do tribunal arbitral para dirimir o conflito. É, pois, precisamente por força desse princípio que se garante aos árbitros competência para solucionar qualquer litígio relacionado ao negócio jurídico principal, independentemente de discussão sobre a validade da convenção arbitral.²²¹

2.2.3 Do princípio *Kompetenz-Kompetenz*

O artigo 8º, parágrafo único, da LARB estabelece que a “Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”. Esse dispositivo consagra o princípio *Kompetenz-Kompetenz*,²²² segundo o qual o árbitro é

HUNTER, Martin. **Law and Practice of International Arbitration**. 2. ed. London, UK: Sweet & Maxwell, 1991, p. 174-175; ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **Prima Paint v. Flood & Conklin**, 388 U.S. 395, 402, j. June 12, 1967: “[...] a cláusula arbitral do contrato é ‘separável’ do restante do contrato e as alegações referentes à validade do contrato em geral, em oposição à cláusula arbitral em particular, devem ser decididas pelo árbitro, e não pelo tribunal.” Tradução livre de: “[...] *the arbitration clause in the contract is ‘separable’ from the rest of the contract and that allegations that go to the validity of the contract in general, as opposed to the arbitration clause in particular, are to be decided by the arbitrator, not the court.*”; e FRANÇA. Cour de Cassation (1e civ.). **Ets. Raymond Gosset v. Carapelli**, 07/05/1963. Para ler, no entanto, uma crítica a utilização do termo “autonomia”, preferindo substituí-lo por “separabilidade”, ver CAMELO, António Sampaio. A “autonomia” da cláusula compromissória e a competência da competência do Tribunal Arbitral. In: **Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, 90 Anos**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 105-128, p. 107-108.

²²⁰ Cf. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Cláusula compromissória: aspectos contratuais. **Revista do Advogado**, v. 30, n. 116, jul. 2012, p. 178.

²²¹ Cf. COSSÍO, Francisco González de. El principio competencia-competence revisitado. **Revista de Mediação e Arbitragem**, v. 4, n. 13, p. 100-122, abr./jun. 2007, p. 102.

²²² Acerca da origem do termo “kompetenz-kompetenz”, ver: FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. Op. cit., p. 396.

competente para decidir sobre a própria competência para dirimir o litígio. Trata-se de princípio francamente aceito na doutrina e jurisprudência nacional²²³ e internacional.²²⁴

As consequências deste princípio são, de plano, duas, uma “positiva” e outra “negativa”: (i) a discussão relativa à existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem deve ser submetida ao árbitro em primeiro lugar (o chamado “efeito positivo” do princípio);²²⁵ e (ii) se a referida discussão for levada à apreciação do Poder Judiciário antes de ser apreciada pelo tribunal arbitral, o juiz estatal deve, nos termos do referido princípio, deixar de apreciar a matéria até que seja ela decidida pelos árbitros (o chamado “efeito negativo”).²²⁶ Enquanto que o efeito positivo do princípio competência-competência está voltado para o árbitro, garantindo-lhe jurisdição para decidir sobre a própria jurisdição, o

²²³ Ver, a respeito: ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no Direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 135-190; MONTEIRO, Andre Luis. The Kompetenz-Kompetenz Rule in Brazilian Arbitration Law. **Kluwer Arbitration Blog**, 29 maio 2019. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/05/29/the-kompetenz-kompetenz-rule-in-brazilian-arbitration-law>. Acesso em: 03 dez. 2019; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.550.260/RS**. op. cit.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.602.696/PI**. Rel. Min. Moura Ribeiro, 3ª T., j. 09 ago. 2016; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.302.900/MG**. Rel. Sidnei Beneti, 3ª T., j. 09 out. 2012.

²²⁴ Ver, a respeito: BORN, Gary B. Op. cit., v. 1, p. 198; LEW, Mathew et al. **Comparative International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2003, p. 332-334; e SENTENÇA ARBITRAL PARCIAL. Texaco Overseas Petroleum Company/California Asiatic Oil Company v The Government of the Libyan Arab Republic, 27/11/1975, **Yearbook Commercial Arbitration**, v. 4, p. 177-187, 1979. Vale ver, ainda, a respeito da disseminação no contexto internacional do princípio competência-competência, o disposto no art. 23 (1) da Lei Modelo de Arbitragem da UNCITRAL: “O tribunal arbitral pode decidir sobre sua própria jurisdição, incluindo quaisquer objeções com relação à existência ou validade da convenção arbitral. Para esse efeito, uma cláusula compromissória que faça parte de um contrato deve ser tratada como um acordo independente dos outros termos do contrato. A decisão do tribunal arbitral de que o contrato é nulo não implica *ipso jure* a invalidade da cláusula compromissória.” Tradução livre de: “*The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause that forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null shall not entail ipso jure the invalidity of the arbitration clause.*” (UNITED NATIONS. Commission on International Trade Law. **UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006**. Vienna: United Nations, 2008. Disponível em: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration. Acesso em: 02 dez. 2019).

²²⁵ Ver, a respeito: ANCEL, Bertrand. O controle de validade da convenção de arbitragem: o efeito negativo da “competência-competência”. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 2, n. 6, p. 52-64, 2005.

²²⁶ Ver, a respeito: NUNES, Thiago Marinho. A prática das *anti-suit injunctions* no procedimento arbitral e seu recente desenvolvimento no Direito brasileiro. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 2, n. 5, p. 15-51, 2005, p. 31-32; CREMASCO, Suzana Santi. O artigo 485, VII, do Novo Código de Processo Civil e o reconhecimento de competência pelo árbitro como pressuposto processual negativo no processo judicial. **Revista Brasileira de Arbitragem**. Kluwer Law International, v. 14, n. 53, p. 7-24, 2017; SILVEIRA, Gustavo Scheffer da. O papel do juiz no fortalecimento da arbitragem: efeito negativo da competência-competência v. anti-suit injunctions. **Revista Brasileira de Arbitragem**. Kluwer Law International, v. 15, n. 60, p. 44-58, 2018; ALVES, Rafael Francisco. Op. cit., p. 178-186 (que defende a possibilidade de relativização do princípio competência-competência unicamente nos casos em que o vício apontado for aferível *prima facie* pelo Poder Judiciário); e GAILLARD, Emmanuel. O efeito negativo da competência-competência. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 6, n. 24, p. 219-233, 2009, p. 223-230 (que realiza uma distinção entre as jurisdições que são favoráveis ao efeito negativo do princípio competência-competência, como França e Suíça, e aquelas que são desfavoráveis, como Alemanha e Estados Unidos da América).

efeito negativo está voltado para o juiz estatal, que deve “se abster de conhecer da questão da competência antes que o próprio árbitro se pronuncie”.²²⁷

O princípio da competência-competência é relevante, entre outros aspectos, para impedir que uma das partes da convenção de arbitragem busque o Poder Judiciário para atrasar ou mesmo impedir o início do processo arbitral.²²⁸

Registre-se, por oportuno, que o princípio da competência-competência não retira do Poder Judiciário a competência para, em última instância, apreciar a validade da convenção de arbitragem. Contudo, o momento em que se dará essa apreciação é, em regra, posterior à análise do tribunal arbitral.²²⁹ O Poder Judiciário será competente para avaliar a convenção de arbitragem quando da eventual propositura de ação de nulidade da sentença arbitral ou em sede de execução e de impugnação ao cumprimento de sentença. Nesse momento, a parte interessada pode, conforme estabelece o art. 32, I, combinado com o artigo 33, ambos da LARB, pleitear a nulidade da sentença arbitral, sob a alegação de que a convenção de arbitragem padece de algum vício que a torna nula.²³⁰

Em determinados casos, no entanto, se levado ao extremo, esse princípio poderia criar situações verdadeiramente teratológicas. Basta pensar, por exemplo, no caso de uma convenção de arbitragem alegadamente firmada de forma verbal e, portanto, inválida de acordo com o disposto no art. 4 da LARB. Se o princípio competência-competência for levado ao limite, mesmo nesses casos absurdos seria necessário submeter a questão da validade da convenção de arbitragem primeiramente ao tribunal arbitral, para somente em sede de anulação/execução da sentença arbitral autorizar o Poder Judiciário a ingressar na análise da questão, desperdiçando tempo e recursos desnecessários. Por esse motivo de

²²⁷ ANCEL, Bertrand. Op. cit., p. 55. Ver, no mesmo sentido: NUNES, Thiago Marinho. Op. cit., p. 31-32; e SILVEIRA, Gustavo Scheffer da. Op. cit., p. 55 (que aponta que o STJ já teve oportunidade de reconhecer expressamente os efeitos positivos e negativos do princípio competência-competência).

²²⁸ Ver, a respeito: “Esta regra é de fundamental importância ao instituto da arbitragem, na medida em que, se ao Judiciário coubesse decidir, em primeiro lugar, sobre a validade da cláusula, a instauração do procedimento arbitral restaria postergada por longo período, e, por vezes, apenas com o intuito protelatório de uma das partes em esquivar-se do cumprimento da convenção. O princípio, desta maneira, fortalece o instituto, e prestigia a opção das partes por esta forma de solução de conflitos, e afasta, em certa medida, o risco de desestímulo à contratação da arbitragem, em razão de potencial obstáculo prévio a surgir no Judiciário diante da convenção, por maliciosa manobra de uma das partes.” (CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação, tribunal multiportas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 139). Na doutrina internacional, ver, por todos: GAILLARD, Emmanuel. Op. cit.

²²⁹ Cf. ALVES, Rafael Francisco. Op. cit., p. 180-184.

²³⁰ Cf. PITOMBO, Eleonora C. Os efeitos da convenção de arbitragem: adoção do princípio *kompetenz-kompetenz* no Brasil. In: LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; e MARTINS, Pedro A. Batista (coord.). **Arbitragem**: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares. São Paulo: Atlas, 2007, p. 326-338, p. 333-334.

necessária economia, mais recentemente, a doutrina²³¹ e a jurisprudência²³² vêm flexibilizando o princípio competência-competência, para assinalar que caberá ao árbitro analisar em primeiro lugar as questões relativas à existência, validade e eficácia da convenção arbitral, mas, se o vício da cláusula for aferível *prima facie*, isto é, mediante cognição sumária, neste caso o Poder Judiciário poderia avançar na análise, sem esperar por uma decisão do tribunal arbitral. O princípio, portanto, vem sendo temperado para que a arbitragem se torne mais eficiente.

2.2.4 Do princípio do devido processo legal

O último dos princípios aqui abordados é o do devido processo legal, de índole constitucional, segundo o qual, no contexto de um processo jurisdicional, devem ser observadas determinadas diretrizes que garantam às partes um julgamento justo.²³³ Com

²³¹ Ver, a respeito: ALVES, Rafael Francisco. Op. cit., p. 178-186; e GABARDO, Rodrigo Araújo. **A insuficiência de recursos financeiros na instauração da arbitragem comercial**: efeitos no direito brasileiro a partir de uma perspectiva comparada. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 90-92. Ver também Fitchner, Mannheimer e Monteiro: “Com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, parece-nos que o efeito negativo do princípio da competência-competência ganhou expressa previsão legal na parte final do inciso VII do art. 485, segundo o qual ‘o juiz não resolverá o mérito quando [...] acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência (*rectius*: jurisdição)’. O dispositivo de lei determina que o Poder Judiciário extinga o processo judicial em curso quando o tribunal arbitral proferir decisão reconhecendo possuir jurisdição sobre a causa, o que faz com que o Brasil adote uma versão quase-francesa do efeito negativo do princípio da competência-competência. A partir disso, pode-se dizer que, antes da decisão do tribunal arbitral a respeito de sua jurisdição, o Poder Judiciário pode conhecer apenas de vícios manifestos da convenção de arbitragem, a partir de cognição sumária (*prima facie* review), com base exclusivamente nas provas documentais trazidas pelas partes na petição inicial, contestação, réplica e tréplica à questão.” (FITCHNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. Convenção de Nova Iorque e pacto arbitral nulo, sem efeitos, inoperante ou inexecutável: convenção de arbitragem, princípio da competência-competência (*Kompetenz-Kompetenz*) e *more-favourable-right provision*. In: LEMES, Selma Ferreira; LOPES, Christian Sahb Batista (org.). **Arbitragem comercial internacional e os 60 anos da Convenção de Nova Iorque**. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 217-278, p. 249). No sentido contrário, entretanto, entendendo que o princípio competência-competência outorga uma primazia absoluta aos árbitros para decidirem sobre a sua própria jurisdição, ver: PUCCI, Adriana Noemi. O princípio competência-competência. **Revista do Advogado**, v. 33, n. 119, p. 13-22, abr. 2013.

²³² Ver, a respeito: “Ademais, em face da recusa do tribunal arbitral pela parte convocada, é incontestável a competência do órgão do Poder Judiciário para fazer valer a vontade previamente manifestada na cláusula compromissória, inexistindo a possibilidade de recusa à prestação jurisdicional, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição da República, mormente por se tratar de questão anterior à instauração da instância alternativa, a qual, somente a partir desse momento, terá a exclusividade na apreciação da lide.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.082.498/MT**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 20 nov. 2012); e “O Poder Judiciário pode, nos casos em que *prima facie* é identificado um compromisso arbitral ‘patológico’, i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.602.076/SP**. Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 15 set. 2016).

²³³ Confira-se, a respeito, a opinião de Carmona: “Pinçou o legislador, dentre os princípios gerais do processo, aqueles capazes de prestar às partes razoável garantia de um julgamento justo. Exigiu, assim, que fosse respeitado, seja qual for o procedimento que as partes (ou o árbitro) criarem ou escolherem, o princípio do

efeito, de acordo com o art. 21, § 1º, da LARB, “Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.” Trata-se de desdobramentos do princípio do devido processo legal, que visam dar aplicação prática à diretriz.

Por princípio do contraditório, entende-se o direito conferido às partes de serem informadas dos atos do procedimento arbitral e de terem liberdade de apresentar argumentos e produzir provas, participando das discussões que serão objeto de deliberação do tribunal na sentença.²³⁴ Significa, portanto, que a informação deve chegar às partes de maneira completa e tempestiva, além de se garantir a elas o direito de se manifestarem e produzirem provas contra os argumentos e provas apresentados no processo.²³⁵

Por sua vez, o princípio da igualdade é aquele que garante às partes as mesmas oportunidades no curso do procedimento arbitral,²³⁶ seja na indicação dos árbitros, na produção de provas, ou no número de oportunidades para se manifestar. Registre-se que – diferentemente do processo civil, em que há preocupação com a “paridade de armas substancial”,²³⁷ corrigindo-se eventuais desequilíbrios mediante a aplicação de regras especiais, como a ampliação do prazo para um dos litigantes, a dispensa de cauções e a redução da verba sucumbencial – na arbitragem, em que se presume o equilíbrio entre as partes (dada a natureza consensual do instituto), a preocupação volta-se apenas para a “paridade de oportunidades”: isto é, para garantir que as partes tenham as mesmas chances tanto de apresentar seu caso quanto de se defender, sem cuidado adicional com a correção de eventuais distorções.²³⁸

contraditório, o da igualdade, o da imparcialidade do árbitro e o do livre convencimento.” (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**... Op. cit., p. 293).

²³⁴ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem**... Op. cit., p. 26-27.

²³⁵ Confira-se, nas palavras de Carmona: “O primeiro princípio invocado é o do contraditório, que através de seus dois momentos — informação e possibilidade de reação — permite que, durante todo o arco do processo arbitral, as partes possam produzir suas provas, aduzir suas razões e agir em prol de seus direitos, fazendo com que suas razões sejam levadas em conta pelo julgador ao decidir. Caberá então às partes ou ao árbitro estabelecer (ou adotar) um procedimento que possa garantir plenamente a recíproca manifestação dos contendentes a respeito das provas e das razões do adversário, o que significa, também, contemplar formas efetivas de comunicação dos atos processuais e concessão de tempo razoável para as respectivas manifestações. Mas não é só isso: a feição moderna do princípio do contraditório exige que o julgador — seja ele juiz togado, seja ele árbitro — não tome decisões acerca de pontos fundamentais do litígio sem provocar debate a respeito, pois somente assim será assegurada as partes a efetiva possibilidade de influir no resultado do julgamento.” (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**... Op. cit., p. 295).

²³⁶ Cf. LEMES, Selma M. Ferreira. Os princípios... Op. cit., p. 98-99; e CARREIRA ALVIM, J. E. **Direito**... Op. cit., p. 138.

²³⁷ Cf. NERY JUNIOR, Nelson. Op. cit., p. 239-240.

²³⁸ Confira-se: “Quanto ao princípio da igualdade, que estabelece a paridade entre os litigantes, necessário notar que não existem no processo arbitral os mesmos mecanismos de transformação da igualdade formal em igualdade material de que dispõe o juiz estatal. Desta forma, a igualdade de que trata a Lei permanece numa

De modo distinto, o princípio da imparcialidade do árbitro determina que o procedimento arbitral seja conduzido e ao final decidido por um árbitro imparcial, que não tenha interesse de favorecer qualquer das partes, nem no resultado do litígio.²³⁹ O art. 13 da LARB dispõe, nesse sentido, que, para poder atuar como árbitro, basta que a pessoa goze da confiança das partes,²⁴⁰ mas o art. 14 ressalva que estão:

impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

Na realidade, dada a ampla liberdade garantida às partes para elegerem seus árbitros, que não se cercam das mesmas restrições e prerrogativas dos juízes estatais, o princípio da imparcialidade do árbitro deve ser observado no procedimento arbitral com máximo rigor.²⁴¹ O STJ proclama, nesse sentido, que:

dimensão estática, dificilmente superável. É preciso, porém, lembrar que no processo arbitral as partes encontram-se normalmente em situação bastante equilibrada e escolhem espontaneamente o meio através do qual resolverão seu litígio; no processo estatal, ao contrário, o equilíbrio das partes não é a regra, e a participação no processo não é voluntária, mas sim obrigatória. Se no processo judicial a intervenção estatal é necessária para equilibrar partes ontologicamente desiguais, no processo arbitral esta intervenção pode ser confortavelmente dispensada. Assim, enquanto a paridade de armas é uma inquietação para o juiz togado — a ponto de a Lei 9.099/95 ter determinado que, comparecendo uma das partes acompanhada de seu advogado, caberá ao Estado proporcionar representação técnica para o adversário — o árbitro não deverá preocupar-se com o tema, estando na esfera de disponibilidade das partes nomear ou não advogados, pois pressupõe-se que os litigantes, ao escolherem a via arbitral, estejam bem informados sobre suas possibilidades e dificuldades, até porque elegeram livremente o procedimento que pretendiam ver aplicado à solução da controvérsia. Da mesma forma, não haverá preocupação com ampliação de prazo para um dos litigantes (como técnica de nivelamento entre partes desiguais), dispensa de cauções, redução de verba honorária para este ou aquele litigante, o que revela desde logo que, figurando o Estado (em sua forma autárquica ou nas vestes de empresa pública, para ficar nos exemplos mais factíveis) como parte em juízo arbitral, não poderá invocar qualquer das prerrogativas de que goza no processo estatal. Em síntese, quis o legislador - ao inserir o princípio da igualdade como fundamento da arbitragem - deixar claro que as partes devem ter a mesma oportunidade de indicar árbitros, de produzir provas, de expor seus argumentos e de fazer valer suas próprias razões, sem privilégios ou prerrogativas.” (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo...** Op. cit., p. 296).

²³⁹ Cf. LEMES, Selma M. Ferreira. **Árbitro**: princípios da independência e da imparcialidade: abordagem no direito internacional, nacional e comparado: jurisprudência (Lei n. 9.307/96, sobre arbitragem). São Paulo: LTr, 2001, p. 57-63.

²⁴⁰ “A parcialidade do julgador (qualquer julgador) torna inidôneo o processo (qualquer processo). Se não houver garantia para as partes de que o julgador seja equidistante em relação aos litigantes e indiferente quanto ao resultado do processo, não poderá haver justiça. Daí a natural preocupação do legislador em estabelecer também para o processo arbitral garantias relativas à imparcialidade do árbitro, determinando sejam afastados do exercício da função aqueles que possam estar comprometidos com interesse de parte. É evidente que as garantias concedidas às partes, tratando-se de processo arbitral, podem ser arrefecidas, desde que concordantes os litigantes: se no processo estatal seria impensável ter como juiz um parente consanguíneo da parte (art. 135, V, do Código de Processo Civil), o fato não escandalizaria no âmbito do processo arbitral, desde que os litigantes, sabedores do fato, não se opusessem.” (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo...** Op. cit., p. 297-298).

²⁴¹ Cf. LEMES, Selma M. Ferreira. **Árbitro...** Op. cit., p. 43-46; e DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem...** Op. cit., p. 29.

A Lei 9.307/96 erigiu a imparcialidade em postulado fundamental do procedimento arbitral, de modo que o alcance de seu conteúdo normativo não fica restrito, unicamente, às hipóteses de impedimento ou suspeição expressamente listadas nos arts. 134 e 135 do CPC/73. (BRASIL, STJ, 3ª Turma, RESP 1526789/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13/06/2017 – grifo nosso).²⁴²

O princípio da imparcialidade do árbitro deve, ademais, figurar durante todo o curso do processo, de modo que, surgindo qualquer fato no curso da arbitragem que possa criar uma situação de conflito de interesses entre o árbitro e uma das partes, deve a contenda ser imediatamente revelada para que todos os envolvidos, inclusive o árbitro, realizem novo juízo de valor a fim de verificar se a imparcialidade remanesce para continuar a atuar com o julgador.²⁴³

Por fim, cabe ainda definir o princípio do livre convencimento. Este dita que o árbitro está livre para sopesar os argumentos e as provas produzidas no processo, bem como para chegar à sua conclusão, independentemente de influências ou barreiras externas.²⁴⁴ Ao tratar do princípio do livre convencimento da arbitragem, deve-se registrar que dele não decorre, obviamente, que as partes estejam proibidas de definirem as regras processuais aplicáveis na arbitragem, inclusive quanto à produção de provas e à distribuição do ônus da prova.²⁴⁵

²⁴² Ver também: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Sentença Estrangeira Contestada n. 9.412/US.** Rel. p/ acórdão Min. João Otávio Noronha, Corte Especial, j. 19 abr. 2017.

²⁴³ Ver, a respeito do dever contínuo de revelação do árbitro, o princípio geral n. 1 da IBA Guidelines on Conflict of Interests: “Todo árbitro deve ser imparcial e independente das partes no momento da aceitação de uma nomeação para atuar e deverá permanecer assim até que a decisão final seja proferida ou que os procedimentos sejam finalmente encerrados.” Tradução livre de: “*Every arbitrator shall be impartial and independent of the parties at the time of accepting an appointment to serve and shall remain so until the final award has been rendered or the proceedings have otherwise finally terminated.*” (INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration.** 2014. Disponível em: https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx. Acesso em: 05/dez./2019).

²⁴⁴ Cf. CARREIRA ALVIM, J. E. **Direito...** Op. cit., p. 138. Ver, na jurisprudência, os seguintes julgados: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.500.667/RJ.** Rel. Min. João Otávio Noronha, 3ª T., j. 09 ago. 2016; e SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 1007915-84.2017.8.26.0100.** Rel. Min. Hugo Crepaldi, 25ª Câmara de Direito Privado, j. 14 set. 2017. Para uma crítica contundente ao princípio do livre convencimento, ver STRECK, Lênio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. **Revista de Informação Legislativa**, v. 52, n. 206, p. 33-51, abr./jun. 2015.

²⁴⁵ Carmona comenta que: “A adoção pelo legislador do princípio do livre convencimento não afasta a possibilidade de as partes estipularem na convenção de arbitragem regras relativas ao ônus da prova (distribuição convencional do ônus da prova), o que não tolhe a liberdade do juiz de avaliar a prova produzida. Assim, nada impede que as partes decidam de antemão que, havendo qualquer disputa sobre a qualidade da mercadoria, caberá a uma delas provar a origem dos insumos e a eficiência do processo de produção, ou ainda, que tocará a uma das partes demonstrar qualquer falha no processo de produção de determinado bem, enquanto caberá à outra demonstrar eventuais falhas no transporte e armazenagem. Tais convenções podem, em verdade, inverter aquele que seria o ônus natural de provar (a prova incumbe a quem alega), mas não tem repercussão

Relembre-se que a autonomia da vontade é central na arbitragem, e por ela as partes tem ampla liberdade para ajustar o procedimento de acordo com as suas necessidades. Entretanto, o livre convencimento significa que, dentro dos limites convencionados pelas partes, os árbitros estão livres para formar sua própria convicção a respeito das questões que lhes forem submetidas, respeitada apenas a ordem legal.²⁴⁶

Analisados os quatro princípios principais que norteiam a arbitragem, passa-se à análise da convenção arbitral.

2.3 A convenção de arbitragem

A análise da convenção de arbitragem será dividida em quatro seções, que cuidarão, respectivamente, do seu conceito e modalidades, da sua natureza jurídica, dos conceitos de arbitrabilidade objetiva e subjetiva, bem como dos efeitos do pacto arbitral.

2.3.1 Conceito e modalidades

O art. 3º da LARB estabelece que “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”. Convenção de arbitragem é gênero, do qual são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Enquanto a cláusula compromissória é tipo de convenção arbitral por meio do qual as partes submetem à arbitragem eventuais litígios futuros que possam surgir no contexto de uma relação negocial (LARB, art. 4º²⁴⁷),²⁴⁸ o compromisso é firmado para resolver um conflito específico após o

alguma sobre a capacidade do juiz de decidir sobre a verdade dos fatos, eis que a questão gira em torno de regra de julgamento e não de regra de comportamento. Explico: o julgador (juiz ou árbitro, pouco importa) deverá sempre decidir segundo sua convicção a respeito da verdade que puder apurar sobre os fatos. Entretanto, como não pode deixar de julgar, ainda que não esteja absolutamente convencido acerca dos fatos, as regras naturais dos ônus da prova servem para dar ao julgador algum parâmetro para decidir. Aí atuam as eventuais convenções sobre a distribuição diferenciada do ônus da prova (ou de inversão do ônus da prova), o que não impede o juiz (ou o árbitro) de determinar a produção das provas que julgar necessárias para apurar a verdade dos fatos.” (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo...** Op. cit., p. 298-299).

²⁴⁶ Cf. *Ibidem*, p. 298-299.

²⁴⁷ “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.” (Lei n. 9.307/1996).

²⁴⁸ Carmona define a cláusula compromissória como “pacto por meio do qual os contratantes avençam, por escrito, submeter à arbitragem a solução de eventual litígio que possa decorrer de uma determinada relação jurídica [...]”. (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo...** Op. cit., p. 16)

surgimento da controvérsia.²⁴⁹ Há, portanto, uma diferença temporal entre as duas modalidades de convenção de arbitragem.

Para que sejam válidos e produzam efeitos, tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral devem observar determinados requisitos legais. Assim, o §1º do art. 4º da LARB estabelece que a cláusula compromissória deve ser pactuada por escrito, “podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira”; ao passo que o compromisso arbitral, seguindo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 9º da LARB, abrange duas possibilidades: (i) se judicial, deve ser firmado por termo nos autos, e (ii) se extrajudicial, por escrito, com assinatura de duas testemunhas, ou por instrumento público (§ 2º do art. 9º da LARB).²⁵⁰

A cláusula compromissória pode ser “cheia” ou “vazia”. Entende-se por cláusula compromissória cheia aquela que prevê a forma de eleição dos árbitros, possibilitando à parte interessada forçar a instauração do procedimento arbitral independentemente de recurso ao Poder Judiciário.²⁵¹ Cláusula compromissória vazia, de seu turno, é aquela que não contém os elementos mínimos que permitem à parte interessada, sem a interveniência do Poder Judiciário, instaurar o procedimento arbitral no caso de existir resistência da contraparte. Neste caso, a parte deve valer-se da ação prevista no art. 7º da LARB,²⁵² com a

²⁴⁹ Cf. GUERREIRO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. Rio de Janeiro: Atlas, 2014, p. 21.

²⁵⁰ Devem, em qualquer caso, constar do compromisso arbitral todos os elementos descritos no art. 10º da lei. São eles os seguintes: “Art. 10º. [...] I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros; III - a matéria que será objeto da arbitragem; e IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral.” O artigo 11º da mesma Lei, por sua vez, recomenda que o compromisso arbitral ainda contenha: “I - local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem; II - a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes; III - o prazo para apresentação da sentença arbitral; IV - a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes; V - a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e VI - a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros”. (Lei n. 9.307/1996).

²⁵¹ Cf. GUERREIRO, Luis Fernando. **Convenção...** Op. cit., p. 14; FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Op. cit., p. 168.

²⁵² “Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim. § 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória. § 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral. § 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei. § 4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio. § 5º A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito. § 6º Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único. § 7º A

finalidade de obter sentença que substitua a vontade da contraparte e permita a instauração do procedimento arbitral. A cláusula compromissória vazia é conhecida como “cláusula patológica” porque, apesar de estipular que as disputas existentes entre as partes serão submetidas à jurisdição arbitral, ao mesmo tempo não permite à parte interessada forçar o início do procedimento arbitral em caso de resistência da parte contrária, obrigando o retorno ao Poder Judiciário estatal.²⁵³

De todo modo, firmada a cláusula compromissória, cheia ou vazia, nenhuma das partes pode recusar-se a se submeter ao procedimento arbitral. Caso exista resistência de uma das partes para instaurar o procedimento de arbitragem, e a cláusula seja cheia, a parte inocente pode dar início à arbitragem, que correrá, inclusive, à revelia da parte contrária, sem necessidade de nenhuma providência adicional, observadas as regras dos respectivos regulamentos de arbitragem (na hipótese de a arbitragem ser institucional). Caso, de modo distinto, a cláusula seja vazia, nos termos do artigo 7º da LARB, “poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso”, valendo a sentença que julgar o pedido procedente como substitutiva da vontade da parte, nos termos do § 7º do mesmo dispositivo. Só aí será possível instaurar o procedimento arbitral.

Por fim, registre-se que as partes podem renunciar à eleição pela via arbitral, inclusive por meio de comportamento concludente. Assim já teve oportunidade de fixar o STJ no julgamento de pedido de homologação de sentença estrangeira promovido por Ssangyong Corporation (“Ssangyong”) contra Eldorado Indústrias Plásticas Ltda. (“Eldorado”).²⁵⁴ No caso, o pedido de homologação foi rejeitado porque o STJ entendeu que, ao ingressar no processo de concordata preventiva da Eldorado, habilitar seu crédito e receber valores, a Ssangyong, que pretendia homologar a sentença arbitral para cobrar os juros não pagos na concordata, teria renunciado à eleição da via arbitral para solução de seus conflitos, de modo que a sentença arbitral proferida no procedimento de arbitragem iniciado pela Ssangyong não poderia ser homologada no Brasil, sob pena de violação à ordem pública.

sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.” (Lei n. 9.307/1996). Ver, a respeito do tema: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 124.217.4/0**. Rel. Des. Rodrigues de Carvalho, 5ª Câmara de Direito Privado, j. 16 set. 1999.

²⁵³ Se, de modo contrário, não existir resistência de nenhuma das partes, nada impedirá que elas supram as lacunas da convenção de arbitragem e deem início ao procedimento arbitral, sem recurso ao Poder Judiciário.

²⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Sentença Estrangeira Contestada n. 826/KR**. Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Corte Especial, j. 15 set. 2010.

Do mesmo modo, o comportamento concludente também pode servir para confirmar a existência de uma convenção de arbitragem, como já proclamou o STJ em caso no qual a parte, após ter participado regularmente da arbitragem, resolveu arguir a inexistência da convenção arbitral para resistir ao pedido de homologação da sentença arbitral.²⁵⁵ Na hipótese, entendeu a Corte Superior que, independentemente da ausência de assinatura da parte da convenção arbitral, se, reconhecendo a existência do pacto, a parte se submete ao tribunal arbitral sem suscitar a sua incompetência por ausência de convenção de arbitragem, não pode, posteriormente, em postura contraditória, vir tentar escapar à obrigação. Nesse caso, a parte está, por meio do seu comportamento concludente, efetivamente vinculada à eleição da via arbitral.²⁵⁶

2.3.2 A natureza jurídica da convenção de arbitragem

Devidamente conceituada, passa-se, a seguir, a tratar brevemente da natureza jurídica da convenção de arbitragem.

Negócio jurídico, de acordo com Azevedo, “é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia [...]”.²⁵⁷ Do modo similar, Betti conceitua negócio jurídico como sendo “o acto pelo qual o indivíduo regula, por si, os seus interesses, nas relações com outros (actos de autonomia privada)”.²⁵⁸

²⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Sentença Estrangeira Contestada n. 856/GB**. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Corte Especial, j. 18 maio 2005.

²⁵⁶ Ver a respeito da SEC 856/GB: DECCACHE, Antonio Carlos Fernandes. **Cláusula de arbitragem nos contratos comerciais internacionais**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 123-124).

²⁵⁷ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16.

²⁵⁸ BETTI, Emilio. Op. cit., t. 1, p. 107. Ver, também: “A categoria mais importante dentro dos atos voluntários e lícitos é a constituída pelos negócios jurídicos que são a manifestação da vontade voltada a obter um fim prático consistente na constituição, modificação ou extinção de uma situação juridicamente relevante.” Tradução livre de: “*La categoría más importante dentro de los actos voluntarios y lícitos es la constituída por los negocios jurídicos que son la manifestación de voluntad dirigida a obtener un fin práctico consistente en la constitución, modificación o extinción de una situación jurídica relevante.*” (TRABUCCHI, Alberto. **Instituciones de Derecho Civil**: v. 1. Madrid: Editorial Revista Derecho Privado, 1967, v. 1, p. 147); “[...] um ato — ou uma pluralidade de atos relacionados, seja uma ou várias pessoas — cuja finalidade é produzir um efeito jurídico no campo do Direito privado, isto é, uma modificação nas relações jurídicas entre particulares.” Tradução livre de: “[...] un acto — o una pluralidad de actos entre sí relacionados, ya sean de una o de varias personas — cuyo fin es producir un efecto jurídico en el ámbito del Derecho privado, esto es, una modificación en las relaciones jurídicas entre particulares.” (LARENZ, Karl. **Derecho Civil**: parte general. Tradução Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Jaén: Revista de Derecho Privado, 1978, p. 421); e: “Mais especificamente, negócio jurídico é uma manifestação de vontade (privada), ou um conjunto de manifestações de vontade (privadas) dirigidas à produção de determinados efeitos jurídicos (embora não clara e totalmente previstos por quem emite a declaração e concebidos por ele como efeitos apenas, ou

Se, ao celebrar uma convenção de arbitragem, as partes manifestam sua vontade com a finalidade de estabelecer que seus litígios, atuais ou futuros, devam ser resolvidos por arbitragem, com renúncia à jurisdição estatal, não pode haver dúvida de que se está diante de verdadeiro negócio jurídico.²⁵⁹

No que concerne à estrutura das manifestações de vontade, Betti²⁶⁰ divide os negócios jurídicos em “contratos” e “acordos”. Contrato é tipo de negócio jurídico por meio do qual os interesses das partes são opostos, ou divergentes, mas se harmonizam por meio da operação; ao passo que o “acordo” constitui espécie de negócio jurídico do tipo em que os interesses das partes são paralelos,²⁶¹ não antagônicos, e convergem para um escopo comum.

Pontes de Miranda prefere denominar esse tipo negocial — os acordos — de “negócio jurídico plurilateral”, afirmando que:

No negócio jurídico plurilateral, o que importa é não se tratar de figurantes frente a frente: os figurantes como que convergem para um ponto, ou acertam em caminhar juntos. Por isso mesmo, o negócio jurídico

predominantemente, econômicos e práticos) que a ordem jurídica reconhece e garante — normalmente — nos limites de correspondência, ou coerência entre eles e a vontade que persegue tais efeitos, e no que diz respeito aos efeitos não ilícitos.” Tradução livre de: “*Más específicamente, negocio jurídico es una declaración de voluntad (privada), o un conjunto de declaraciones de voluntad (privadas), dirigidas a la producción de determinados efectos jurídicos (aunque no clara y enteramente previstos por quien emite la declaración y concebidos por él como efectos meramente, o predominantemente, económicos y prácticos), que el ordenamiento jurídico reconoce y garantiza – de ordinario – en los límites de la correspondencia, o coherencia, entre ellos y la voluntad que persigue tales efectos, y en cuanto se trate de efectos no-ilícitos.*” (MESSINEO, Francesco. **Manual de Derecho Civil y Comercial**: t. 2. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1954, t. 2, p. 338).

²⁵⁹ Sobre a caracterização da convenção de arbitragem como negócio jurídico, ver: NANNI, Giovanni Ettore. **Direito civil e arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014; ROMERO, Eduardo Silva (Dir. Acadêmico); ESPINOSA, Fabricio Mantilla (Coord. Acadêmico). **El contrato de arbitraje**. Bogotá: Legis, 2005; SILVA, Eduardo Silva da. **Arbitragem e Direito da Empresa**: dogmática e implementação da cláusula compromissória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 40-42; e TELLECHEA, Rodrigo. Op. cit., p. 443-447.

²⁶⁰ BETTI, Emilio. op. cit., t. 2, p. 198-199.

²⁶¹ Confira-se, a esse respeito, a clássica definição de Betti: “Mas tanto o negócio bilateral como o plurilateral se configuram de maneira diferente, conforme os interesses em jogo sejam interesses opostos ou divergentes entre si, cujo conflito ou concurso atinja no negócio a sua composição ou convergência, ou se trate de interesses paralelos, cuja comum finalidade encontre no negócio o meio de se realizar praticamente. O negócio (bilateral ou plurilateral) de interesses opostos ou divergentes é o contrato; pelo contrário, o negócio (sobretudo o plurilateral, mas também o bilateral) com interesses paralelos ou convergentes para um escopo comum, costuma qualificar-se como ‘acordo’, no sentido mais restrito que, doutrinariamente, se convencionou dar a este termo.” (Ibidem, t. 1, p. 198). Gomes também discorre sobre essa diferenciação: “Contrato e acordo são negócios que devem ser distinguidos pelo modo de constituição. Por este critério, a distinção baseia-se na estrutura do concurso de vontades. No contrato, as partes têm interesses contrapostos, ou pelo menos divergentes, motivo por que procuram harmonizá-los, ajustando as respectivas declarações a uma vontade comum, ou, como esclarece Barbero, o contrato resulta da manifestação de duas partes com intentos recíprocos. No acordo, os sujeitos têm o mesmo intento. Concorrem para a formação do negócio *ex diversis motibus anii in unum consentium*, pelo que constituem uma soma de vontades ligadas entre si. Por outras palavras, no acordo aos diversos móveis corresponde a uma causa.” (GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19. ed. Op. cit., p. 289).

plurilateral pode ser de dois figurantes, o que mostra o sentido de plurilateralidade que se insinuou na doutrina.²⁶²

O exemplo típico dos “contratos” é a compra e venda, em que o vendedor tem o interesse de vender a coisa pelo maior preço possível e comprador tem o interesse de comprar a coisa pelo preço mais baixo, harmonizando seus interesses por meio da operação. Por outro lado, o exemplo típico de “negócio plurilateral” é o contrato de sociedade,²⁶³ em que todas as vontades convergem para o fim comum.²⁶⁴

No caso da convenção de arbitragem, efetivamente, se pode dizer que as partes contratantes apresentam vontades convergentes, que andam paralelas, de resolverem eventuais conflitos futuros por arbitragem.²⁶⁵ Não há, no pacto arbitral em si, conflito de vontades ou posições antagônicas, que se harmonizam por meio do negócio jurídico. É certo que, surgido o conflito e iniciada a arbitragem, as partes estarão em lados opostos, perseguindo, cada qual, seus interesses individuais. Contudo, isso se passa na fase da execução da convenção arbitral, não afetando sua natureza jurídica, que efetivamente é de

²⁶² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: t. 38. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. 38, p. 65.

²⁶³ Tratando do contrato de sociedade, Ascarelli prefere a denominação de “contrato plurilateral”, visto que, nas palavras do autor, não se pode negar que no momento da conclusão do negócio as partes também têm interesses antagônicos — cada um quer obter as melhores condições possíveis para si —, nada obstante o fato de que todos visam igualmente a um escopo comum. Confira-se: “Por conseguinte, oposição de interesses, na constituição da sociedade; coincidência, porém, no que concerne à realização daquela comum finalidade social, que redundará em proveito de todos os sócios, embora em medida diversa, o que, por sua vez, explica o contraste na constituição; embora em relação a objetivos individuais, diversos, visados por cada sócio; embora sem excluir, portanto, um real conflito de interesses, também durante a vida da sociedade.” (ASCARELLI, Túlio. **Problemas das sociedades anônimas e Direito comparado**. São Paulo: Quorum, 2008, p. 379).

²⁶⁴ Sobre o conceito de “fim comum”, vale transcrever passagem de Ascarelli: “À pluralidade corresponde a circunstância de que os interesses contrastantes das várias partes devem ser unificados por meio de uma finalidade comum; os contratos plurilaterais aparecem como contratos com comunhão de fim. Cada uma das partes obriga-se, de fato, para com todas as outras, e para com todas as outras adquire direitos; é natural, portanto, coordená-los, todos, em torno de um fim, de um escopo comum.” (Ibidem, p. 394). Pontes de Miranda segue a mesma orientação: “A finalidade comum está à base dos contratos de sociedade. Não há a prestação e a contraprestação. Se houvesse contraprestação, teriam estado em contraposição os interesses dos figurantes. Falta o elemento de intercâmbio. As prestações convergem, concentram-se, fundem-se, para que se atinja o fim comum. O que cada figurante vai receber, para si, provém de sociedade, e não de cada sócio. As prestações saem de situação de com-sorte, de atuação comum, de patrimônio comum, ou, para a duração da sociedade, comunizado.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: t. 38. Op. cit., p. 68).

²⁶⁵ Não é coincidência que o legislador tenha optado pela utilização do termo “convenção” para designar o negócio jurídico arbitral, diferenciando-o dos contratos em geral. Ver, nesse sentido, Verçosa: “Observe-se, a propósito, que o art. 4º da nossa Lei de Arbitragem teve o cuidado de designar o instituto como uma *convenção* e não como contrato, existindo diferenças precisas entre uma e outro, apresentando a primeira diversos significados, interessando-nos aquele que a toma como significando um ajuste ou um acordo entre partes interessadas.” (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A cláusula... Op. cit.).

acordo ou, na nomenclatura de Pontes de Miranda, de negócio plurilateral.²⁶⁶ Nesse sentido, vale notar a posição de Nanni:

Nessa sorte de argumentação, exceção feita aos contratos plurilaterais por excelência — como é o de sociedade —, o contrato do qual a cláusula compromissória deriva é, em sua essência, um pacto bilateral com imposição de obrigações recíprocas, contrapostas. Porém, a cláusula compromissória em si, de fato, detém natureza plurilateral.

Nos negócios jurídicos plurilaterais, a comunhão de fim permite a composição com muitos figurantes, à diferença do que ocorre nos negócios jurídicos bilaterais que supõem a contraposição.

E a composição de muitos figurantes converge na causa concreta única, que é eleger a arbitragem como o meio para resolver as controvérsias que derivarem do contrato em que a cláusula compromissória foi inserida.²⁶⁷

No mesmo sentido, conferir ainda Martins:

Registre-se que a convenção de arbitragem é de natureza consensual e afirma interesses comuns das partes. Não lança direitos contrapostos, ao contrário, o objetivo é de via única. É da índole dos contratos plurilaterais onde os direitos e as obrigações são voltados para um único e comum objetivo, qual seja, solucionar a controvérsia, futura ou presente, pela via da arbitragem, com a consequente exclusão da jurisdição estatal.²⁶⁸

Para se opor a essa conclusão, seria arguível que a convenção de arbitragem não poderia ser conceituada como negócio plurilateral porque usualmente é firmada entre duas

²⁶⁶ Registre-se que o fato de as manifestações de vontade das partes estarem em posições contrapostas, que se aproximam e estabilizam por meio do negócio jurídico, não quer dizer que as partes não assumam, nos contratos bilaterais, como em todos os negócios jurídicos, um dever implícito de cooperação — decorrente do dever de observância da boa-fé objetiva (Código Civil, art. 422) — tanto na formação quanto na execução do negócio. O dever de cooperação exige que as partes colaborem entre si para que o contrato produza todos os seus efeitos (ver, a respeito: SCHUNK, Giuliana Bonanno. **Contratos de longo prazo e dever de cooperação**. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 112-114). Este dever, presente em todo e qualquer negócio jurídico, apresenta-se com intensidades variadas em diferentes tipos de negócios jurídicos. Assim, por exemplo, nos negócios típicos de colaboração, como são os negócios plurilaterais, o dever de cooperação se apresenta com maior intensidade que nos contratos bilaterais (ver, a respeito: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Considerações sobre a boa-fé objetiva em acordos de acionistas com cláusula de preferência: excertos teóricos de dois pareceres. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 123-135). É precisamente o caso da convenção de arbitragem, em que as partes assumem obrigações convergentes para um fim comum, e devem colaborar intensamente para que o negócio atinja o seu objetivo, que é o de resolver o conflito por meio da via arbitral.

²⁶⁷ NANNI, Giovanni Ettore. Op. cit., p. 20. Como aponta Nanni, o próprio Betti, apesar de pessoalmente discordar, nota que parte da doutrina cita o compromisso arbitral como negócio do tipo “acordo”, não “contrato”.

²⁶⁸ MARTINS, Pedro A. Batista. **Apontamentos sobre a lei de arbitragem**: comentários à lei 9.307/96. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 62. Ver, ainda, Magalhães: “É negócio jurídico plurilateral. A vontade das partes orienta-se para o mesmo lugar, ou seja, renunciam à jurisdição ordinária, abraçando a instância arbitral para dirimir possíveis controvérsias.” (MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **Arbitragem e Convenção Arbitral**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 202).

partes. A essa eventual oposição se responde com dois argumentos. Primeiro, o fato de tratar-se de negócio plurilateral não obriga que existam efetivamente uma pluralidade de partes, mas apenas que sua estrutura seja “aberta” e permita o ingresso de partes adicionais.²⁶⁹ E segundo, apesar de usualmente os negócios plurilaterais serem acessíveis (abertos para novos participantes), isso não lhes é uma característica essencial, como é o caso da estrutura das manifestações de vontade.²⁷⁰

No caso da convenção de arbitragem – conquanto ela usualmente seja firmada por duas partes (aquelas que são partes do negócio onde o acordo arbitral está inserido) —, não se pode ignorar a possibilidade — já amplamente difundida no Brasil — de inserção de convenção de arbitragem em contratos de sociedade, negócios tipicamente plurilaterais, o que evidencia que sua estrutura permite, a depender da vontade dos contratantes, a participação de uma multiplicidade de partes.²⁷¹

Não há dúvida, pois, da natureza plurilateral da cláusula compromissória, submetendo-a a regime jurídico distinto daquele aplicável aos contratos em geral, não lhe sendo aplicáveis as regras que têm como pressuposto o conflito de interesses, a existência de prestação e contraprestação; enfim, regramentos que se lastreiem nas posições antagônicas das partes contratantes.²⁷²

Por fim, registre-se a discordância desta tese com a posição conforme a qual a convenção de arbitragem teria natureza de negócio jurídico processual. Carmona sustenta, nesse sentido, que o pacto arbitral é negócio processual porque produz efeitos em relação ao processo estatal e arbitral”.²⁷³ Respeitadas as posições contrárias, entende-se que o fato de o

²⁶⁹ Ver, a esse respeito, Bernardes de Mello: “Apesar da ideia que parece transmitir o adjetivo plurilateral, não é essencial para a formação do negócio jurídico plurilateral a presença de mais de dois lados. A constituição de sociedade por duas pessoas, apenas, não bilateraliza o negócio jurídico plurilateral, em razão de que, em tese, é possível o aumento do número de sócios, indefinidamente. Na sociedade é sempre possível a entrada de outros no negócio jurídico, apesar de não haver impedimento de que, *in casu*, os sócios possam estabelecer limitações ou mesmo vedação ao acesso de outros à sociedade.” (BERNARDES DE MELLO, Marcos. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 8. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 180).

²⁷⁰ Novamente, vale conferir Pontes de Miranda: “Os negócios jurídicos plurilaterais são, de ordinário, acessíveis (abertos). Outros figurantes podem entrar nas relações jurídicas. De modo nenhum, é-lhes essencial a acessibilidade ou abertura. Não seria fácil a acessibilidade ou abertura nos negócios jurídicos bilaterais, mas isso não induz a dizer-se que seja peculiar aos negócios jurídicos plurilaterais. Também não é essencial que se dissolva com a retirada de algum dos figurantes: depende da lei, ou da vontade que se manifestou por ocasião do negócio jurídico plurilateral.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: t. 38., p. 67).

²⁷¹ Ver, a respeito de arbitragens com múltiplas partes: HANOTIAU, Bernard; SHCWARTZ, Eric. **Multiparty Arbitration**. International Chamber of Commerce – ICC, 2010; e BORN, Gary B. Op. cit., v. 1, p. 2.073 et seq.

²⁷² Ver, a respeito da distinção entre o regime jurídico aplicável aos acordos e aos contratos: BETTI, Emilio. Op. cit., t. 2, p. 207.

²⁷³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**... Op. cit., p. 102. E diz também o referido autor:

negócio jurídico do tipo convenção de arbitragem produzir efeitos no contexto de um processo não define a sua natureza jurídica. Trata-se de questão atinente à sua execução. Sua natureza, por outro lado, é eminentemente material, posto tratar-se de acordo de vontades entre partes que visam regular uma relação jurídica de direito material, que é a de submeter determinados litígios à solução arbitral.²⁷⁴

Nesta tese, portanto, a convenção de arbitragem será tratada como um negócio jurídico material do tipo plurilateral.

Estabelecida a natureza jurídica da convenção de arbitragem, afigura-se necessário avançar para os seus requisitos de validade.

2.3.3 Arbitrabilidade subjetiva e objetiva

Para ser tida como válida e produzir efeitos no mundo jurídico, além dos requisitos gerais de validade de todos os negócios jurídicos (CC, art. 104), a LARB exige que a convenção de arbitragem se revista de dois requisitos especiais: as partes contratantes deverão ser capazes (a chamada “arbitrabilidade subjetiva”) e os direitos submetidos à arbitragem devem ser do tipo patrimoniais disponíveis (a chamada “arbitrabilidade objetiva”). Passa-se, a seguir, a analisar cada um desses requisitos.

2.3.3.1 Arbitrabilidade subjetiva

O art. 1º da LARB prevê que “As pessoas *capazes de contratar* poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (grifo nosso).

[...] a convenção de arbitragem tem um duplo caráter: como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere a litígios atuais ou futuros, obrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; como pacto processual, seus objetivos são os de derrogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros. Portanto, basta a convenção de arbitragem para afastar a competência do juiz togado, sendo irrelevante estar ou não instaurado o juízo arbitral.” (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo...** Op. cit., p. 79). No mesmo sentido, vale conferir Guerreiro: “Não há como negar que a convenção de arbitragem tem a natureza de negócio jurídico processual, pois é nítido que o fim do acordo celebrado entre as partes é a solução de litígio, do modo estabelecido na convenção de arbitragem.” (GUERREIRO, Luis Fernando. **Convenção...** Op. cit., p. 12); e Aprigliano “Diante de tais características contidas na lei, a doutrina passou a considerar a cláusula compromissória como um contrato dotado de plena eficácia e, em relação à sua natureza jurídica passou a ser tratada como um negócio jurídico processual. Isso quer dizer, segundo a melhor doutrina, que se trata de um negócio jurídico, realizado entre as partes em âmbito extrajudicial, com o objetivo de produzir efeitos processuais específicos” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Cláusula...** Op. cit., p. 177).

²⁷⁴ Ver, nesse sentido, Nanni: “[...] é despidendo o designativo processual na gênese da cláusula compromissória. Ela é um pacto de direito material, em que a vertente processual surge em momento posterior, no âmbito de sua eficácia, fora, portanto, de sua natureza jurídica. Aliás, dependendo do caso concreto, se não é deflagrada nenhuma controvérsia, ela nem sequer se implementa.” (NANNI, Giovanni Ettore. Op. cit., p. 16-17).

O primeiro requisito para que uma pessoa possa valer-se da arbitragem, portanto, é o da capacidade de contratar.²⁷⁵

A referência à “capacidade de contratar” remete à “capacidade jurídica”, isto é, aquela definida nos arts. 1º a 6º do Código Civil, para as pessoas físicas, bem como as definidas nas legislações especiais para cada tipo de pessoa jurídica.²⁷⁶ Trata-se da capacidade que as pessoas detêm de gozar de direitos e assumir obrigações na ordem civil.²⁷⁷ A capacidade jurídica, por sua vez, distingue-se entre capacidade de direito (ou de gozo) e capacidade de fato (ou de exercício): a primeira refere-se à aptidão que toda pessoa tem de ser titular de direitos e obrigações,²⁷⁸ enquanto a segunda, à aptidão da pessoa para exercer, por si só, os atos da vida civil.²⁷⁹ Enquanto toda pessoa, em princípio, tem capacidade de gozo, falta a alguns grupos definidos em lei a capacidade de exercício.

Portanto, quando a LARB estabelece, no seu art. 1º, que somente “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem”, fixa o dispositivo que só poderão firmar convenção de arbitragem as pessoas reputadas plenamente capazes de gozar e de exercer seus direitos, estando, *a contrario sensu*, impossibilitados de participar de uma arbitragem os indivíduos tanto relativamente quanto absolutamente incapazes, mesmo que por meio de seus assistentes/representantes.²⁸⁰

²⁷⁵ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem...** Op. cit., p. 75-80; e GUERREIRO, Luis Fernando. **Convenção...** Op. cit., p. 50-53.

²⁷⁶ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo...** Op. cit., p. 37.

²⁷⁷ “Art. 1º. Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.” (Lei n. 10.406/2002).

²⁷⁸ Cf. PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1, p. 263-264.

²⁷⁹ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: v. 1: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 61-62.

²⁸⁰ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo...** Op. cit., p. 37-38. Confira-se, no mesmo sentido, a posição de Nanni: “A Lei de Arbitragem estatui que somente as pessoas capazes de contratar podem escolher a arbitragem como meio de resolução de controvérsias oriundas de um determinado negócio jurídico (art. 1º, da Lei n. 9.307/96), sendo do mesmo modo permitido pelo art. 851 do Código Civil. Trata-se da arbitralidade subjetiva. Se toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil (art. 1º, CC), tal capacidade diz respeito à capacidade de direito, com aptidão conferida de forma genérica para exercer direitos e contrair obrigações. Porém, não é esta a capacidade que dá a medida da arbitralidade subjetiva, a qual deflui da capacidade de fato, que é a aptidão para utilizar e exercer os direitos por si mesmo. Como explica Caio Mário da Silva Pereira, regra é que toda pessoa tem a capacidade de direito, mas nem toda a de fato. Toda pessoa tem a faculdade de adquirir direitos, mas nem toda pessoa tem o poder de usá-los pessoalmente e transmiti-los a outrem por ato de vontade. Portanto, só quem detém capacidade de fato pode optar pelo juízo arbitral. Quem não a possui, isto é, os incapazes, não tem tal direito. Assim, na presença das situações de incapacidade previstas no Código Civil (arts. 3º e 4º), em função da idade, enfermidade, doença mental, ausência de discernimento, ainda que não completa, não é possível pactuar a cláusula compromissória, sob pena de invalidade. Logo, os incapazes e também os relativamente incapazes não desfrutam de tal aptidão. No direito brasileiro, portanto, a arbitralidade subjetiva regula-se pela capacidade contratual. Como expressa Álvaro Mendes Pimentel, a quem é dado contratar, é lícito comprometer, desde que, adicione-se, tenha aptidão de fazê-lo por si só, sem depender de representação ou assistência de outrem.” (NANNI, Giovanni Ettore. Op. cit., p. 53).

2.3.3.2 Arbitrabilidade objetiva

Além disso, o art. 1º da LARB também prevê que “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a *direitos patrimoniais disponíveis*” (grifo nosso). O segundo requisito para que uma pessoa possa utilizar-se da arbitragem, portanto, é o da disponibilidade e da patrimonialidade do direito disputado.²⁸¹

É de se notar, inicialmente – que diferentemente de outros ordenamentos jurídicos, que adotam apenas o critério da patrimonialidade (como, por exemplo, Suíça e Alemanha²⁸²) ou da disponibilidade (como, por exemplo, Espanha e Itália²⁸³) –, no Direito brasileiro adotou-se um critério cumulativo.²⁸⁴ Desse modo, para que possa ser submetida à arbitragem, a lide deve versar sobre direito tanto patrimonial quanto disponível. Examine-se, pois, brevemente ambos os conceitos.

Patrimonial, de saída, é todo direito que pode ser suscetível de apreciação pecuniária.²⁸⁵ Ou, nas palavras, de Trabucchi, são os direitos que “tutelam diretamente interesses econômicos avaliáveis em dinheiro”.²⁸⁶ Ainda segundo Gomes,²⁸⁷ incluem-se, aqui, os direitos pessoais, os reais, os autorais e os chamados “direitos de quase-propriedade” (como o fundo de comércio, a clientela e o nome comercial).

Disponível, de outra sorte, pode ser assim definido: “são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto”.²⁸⁸

²⁸¹ Cf. GONÇALVES, Eduardo Damião. **Arbitrabilidade objetiva**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

²⁸² Cf. *Ibidem*, p. 170-175.

²⁸³ Cf. *Ibidem*, p. 170-175.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 173.

²⁸⁵ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19. ed. Op. cit., p. 102. Ver também sobre a patrimonialidade dos direitos: MATTOS NETO, Antônio José de. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei de arbitragem. **Revista de Processo**, v. 106, p. 221-236, abr./jun. 2002, p. 221 et seq.

²⁸⁶ TRABUCCHI, Alberto. Op. cit., v. 1, p. 57. Tradução livre de: “*tutelan directamente intereses económicos valorables en dinero*”. Ver, nesse sentido: PEREIRA, Caio Mario da Silva. Op. cit., v. 1, p. 391-400; ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLF, Martin. **Tratado de Derecho Civil**: v. 1. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1953, p. 591-598; e DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil**: v. 1. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1979, v. 1, p. 225-234.

²⁸⁷ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19. ed. Op. cit., p. 103.

²⁸⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**... Op. cit., p. 56. Nanni bem discorre sobre o requisito da disponibilidade: “Porém, o objeto da cláusula compromissória não é ilimitado, uma vez que seu escopo é circunscrito aos direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º da Lei n. 9.307/96), que corresponde à chamada arbitrabilidade objetiva. Portanto, a cláusula compromissória pode se referir a todas as coisas suscetíveis de serem objeto de uma relação obrigacional. Em outras palavras, podem ser objeto de arbitragem as situações jurídicas patrimoniais que admitem livre poder de disposição de seu titular, seja por meio de

Importante registrar a confusão que alguns autores fazem ao definir “disponibilidade” como sinônimo de “transação”.²⁸⁹ “Transigir”, como elucida Damiano Gonçalves,²⁹⁰ assim como “comprometer”, são formas de disposição de direitos. Transigir, portanto, é uma das características do direito disponível, mas não esgota sua identificação. Melhor é definir “disponibilidade”, sem restringi-la ao conceito de “transação”, como a possibilidade de dispor, isto é, alienar, negociar, comprometer, renunciar, transacionar, determinado direito.²⁹¹

Como se vê, portanto, patrimonialidade e disponibilidade não se confundem²⁹². A patrimonialidade constitui critério mais amplo do que a disponibilidade: alguns direitos passíveis de apreciação pecuniária, isto é, patrimoniais, ainda assim não se encontram no campo da disponibilidade, não sendo passíveis de disposição. É o caso, em alguns ordenamentos jurídicos, dos litígios de natureza fiscal e trabalhista.²⁹³ No Direito brasileiro, portanto, nos termos do art. 1º da LARB, para que a convenção de arbitragem seja tida como válida, os direitos submetidos à arbitragem devem tanto ser patrimoniais quanto disponíveis.

Definidos os requisitos de validade do pacto arbitral, cumpre, em seguida, tratar ainda dos efeitos da convenção de arbitragem.

2.3.4 Dos efeitos da convenção de arbitragem

A convenção de arbitragem produz efeitos positivos e negativos no mundo jurídico. Inicialmente, a convenção de arbitragem, uma vez firmada, opera efeitos positivos,²⁹⁴ que

alienação, seja por meio de transação. É por essa razão que o Código Civil veda, no art. 852, seja pactuado compromisso, no que se aplica à cláusula compromissória, para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outra que não tenham caráter estritamente patrimonial. Isso porque tais direitos, pela sua própria fisionomia, não podem ser alienados nem objeto de transação. Não custa lembrar que só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação (art. 841, CC).” (NANNI, Giovanni Ettore. Op. cit., p. 36). Ver também: MATTOS NETO, Antônio José de. Op. cit., 2002, p. 221 et seq..

²⁸⁹ Ver, por exemplo: PEREIRA, Caio Mario da Silva. Op. cit., v. 1, p. 47.

²⁹⁰ GONÇALVES, Eduardo Damiano. Op. cit., p. 179.

²⁹¹ Cf. Ibidem, p. 180.

²⁹² Ver, a respeito, Tonin: “Dispor de direitos patrimoniais é transferi-los a terceiros. Disponíveis são os direitos patrimoniais que podem ser alienados. Nem todos os bens patrimoniais são disponíveis. Não há uma correlação necessária entre disponibilidade e patrimonialidade do bem.” (TONIN, Mauricio Moraes. Direito patrimonial disponível da Administração Pública: tentativa de definição. In: LEE, João Bosco; MANGE, Flavia (ed.). **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 15, n. 59, p. 61-79, 2018, p. 73).

²⁹³ Ver, a respeito: CAMELO, Antônio Sampaio. Critérios da arbitrabilidade dos litígios: revisitando o tema. **Revista de Mediação e Arbitragem**, v. 7, n. 27, p. 129-161, out./dez. 2010p. 152.

²⁹⁴ O STJ já teve oportunidades de afirmar o efeito positivo da convenção de arbitragem. Ver, a respeito: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento no Agravo em Recurso Especial n. 425.955/MG**. Rel. Min. Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. 25 fev. 2019; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.327.619/MG**. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª T., j. 20 ago. 2013; e BRASIL.

abrangem a obrigação de fazer das partes de submeterem seus litígios à arbitragem,²⁹⁵ bem como de cooperarem em boa-fé para o desenvolvimento do procedimento arbitral.²⁹⁶ A convenção de arbitragem, obviamente, não implica a obrigação de submeter à arbitragem um litígio, se a parte preferir não litigar, nem a impede de chegar a solução negociada para pôr fim a controvérsia. Ao inverso disso, obriga apenas que, se desejar submeter o litígio à solução jurisdicional, a parte deve fazê-lo por meio da arbitragem,²⁹⁷ sem acesso à jurisdição estatal.

Esse efeito positivo da convenção arbitral — obrigar as partes a recorrerem a arbitragem em caso de surgimento de um litígio — fica “latente”,²⁹⁸ existente e válido, mas dependente de uma condição futura — o surgimento de um litígio — para tornar-se plenamente eficaz.²⁹⁹ O caso é, nas palavras de Azevedo,³⁰⁰ de “ineficácia pendente”, a depender da ocorrência de condição suspensiva.

Mas não é só. Além do efeito positivo da convenção de arbitragem, há, ainda, o chamado efeito negativo da convenção, que se traduz na obrigação de não fazer consistente em não ingressar no Poder Judiciário para dirimir uma querela para a qual tenha se contratado solucionar pela via arbitral. O efeito negativo da convenção de arbitragem consta

Superior Tribunal de Justiça. **Sentença Estrangeira Contestada n. 12.781/EX**. Rel. Min. João Otávio Noronha, Corte Especial, j. 07 jun. 2017 (todos comentados por MONTEIRO, Andre Luis. Op. cit.).

²⁹⁵ Cf. GUERREIRO, Luis Fernando. **Convenção**... Op. cit., p. 123-124.

²⁹⁶ Como explica Pinto (PINTO, José Emílio Nunes. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. **Migalhas**, 28 set. 2004. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI7218,71043-A+clausula+compromissoria+a+luz+do+Codigo+Civil>. Acesso em: 14 nov. 2019), isso decorre da própria natureza da arbitragem — recorde-se: meio privado de solução de controvérsia que demanda a cooperação das partes para a sua execução, as quais devem, por exemplo, escolher seus árbitros, e as regras processuais e materiais aplicáveis —, bem como da regra geral de *pacta sunt servanda*, que obriga, em geral, os contratantes a cumprirem seus contratos.

²⁹⁷ BORN, Gary B. Op. cit., v. 1, p. 1.007.

²⁹⁸ A expressão é de Nanni (NANNI, Giovanni Ettore. Op. cit., p. 57).

²⁹⁹ Nanni coloca com precisão essa característica da convenção de arbitral: “A essência da cláusula compromissória não difere. Isso porque, quando pactuada, ela é um acordo de vontades, apta a produzir efeitos, porém desprovida de eficácia. A cláusula compromissória é usualmente firmada concomitantemente com o contrato subjacente, antes, portanto, do surgimento de qualquer controvérsia que dê azo à instauração da arbitragem. Por isso, ela, por ocasião de sua conclusão, é latente, com aptidão para a produção de efeitos, contudo sem eficácia, dependendo da deflagração do conflito, que é o fato de atribuição de eficácia em geral da cláusula compromissória. A cláusula compromissória projeta-se para o futuro, pois o conflito é meramente potencial. Ela trata de conflitos futuros e incertos. Isso se percebe pelo teor do art. 4º, *caput*, da Lei de Arbitragem, ao dispor que na cláusula compromissória as partes ‘comprometem-se a submeter à arbitragem, os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.’ Como explica Antonio Junqueira de Azevedo, a declaração está feita e, se regular, poderá produzir os seus efeitos — o negócio existe e é válido —, as a eficácia depende da concretização da condição de eficácia. Tal condição de eficácia, na cláusula compromissória, é uma condição suspensiva, que subordina a produção de efeitos a um evento futuro e incerto (art. 121, CC). Importante lembrar, de qualquer forma, que antes de sua ocorrência, o negócio – no caso, a cláusula compromissória – produz, ou pode produzir, efeitos menores, como facultar medidas acautelatórias. Mas os efeitos próprios, isto é, os visados objetivamente pelo negócio, não se produzem, enquanto não ocorre o fato suspensivo. Tem-se a situação de ineficácia pendente.” (Ibidem, p. 57).

³⁰⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio**... Op. cit., p. 60.

do art. 485 do CPC,³⁰¹ e determina que, de posse de demanda em que haja alegação de existência de convenção de arbitragem, deve o Poder Judiciário extinguir a ação, sem resolução do mérito, remetendo as partes à arbitragem.³⁰² Ante a existência de uma convenção de arbitragem, portanto, as partes estão proibidas de submeter os litígios por ela abrangidos à solução judicial. O papel do Poder Judiciário ficará limitado ao do controle de legalidade da sentença arbitral na fase de anulação/execução da sentença.

Essa obrigação de não fazer, vale dizer, ao contrário da obrigação de fazer, começa a produzir efeitos desde o momento da contratação, não dependendo de nenhuma condição externa para que se torne eficaz. Confira-se, a esse respeito, a opinião de Carmona: “[...] a vontade manifestada pelas partes produz desde logo efeitos (negativos) em relação ao processo (estatal) e positivos, em relação ao processo arbitral (já que, com a cláusula compromissória, atribui-se jurisdição aos árbitros).”³⁰³

São esses, em resumo os efeitos projetados pela cláusula arbitral. Esgotado o tema da convenção de arbitragem, faz-se necessário adentrar na análise de alguns aspectos relevantes do procedimento arbitral.

2.4 Aspectos relevantes do procedimento arbitral

No que se refere ao procedimento arbitral, a LARB também prestigiou o princípio da autonomia da vontade.³⁰⁴ O art. 21 do referido estatuto prevê que as partes estão livres para elegerem o procedimento que desejarem na arbitragem,³⁰⁵ podendo reportar-se às regras de instituições arbitrais ou delegar aos árbitros a tarefa. Diz o mesmo artigo, ainda, no seu §1º, que, na falta de escolha das partes, caberá aos árbitros disciplinar o procedimento.³⁰⁶

³⁰¹ “Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: [...] VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;” (Lei n. 13.105/2015).

³⁰² O STJ já teve oportunidades de afirmar o efeito negativo da convenção de arbitragem. Ver, a respeito: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.614.070/SP**. Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 26 jun. 2018; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.678.667/RJ**. Rel. Min. Raul Araújo, 4ª T., j. 06 nov. 2018; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 371.993/RJ**. Rel. Min. Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. 14 out. 2014 (todos comentados por MONTEIRO, Andre Luis. Op. cit.).

³⁰³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. Op. cit., p. 102. No que é acompanhado por: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. **Arbitragem...** Op. cit., p. 37-38; e TEPEDINO, Ricardo. Op. cit., p. 366.

³⁰⁴ Sobre a primazia do princípio da autonomia da vontade na definição, pelas partes, das regras processuais aplicáveis ao procedimento arbitral, ver: MANGE, Flavia Foz. **Processo arbitral: aspectos transnacionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 174.

³⁰⁵ “Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.” (Lei n. 9.307/1996).

³⁰⁶ “Art. 21. [...] § 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.” (Lei n. 9.307/1996).

Em qualquer caso, de acordo com o § 2º do mesmo dispositivo “Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”.

Deve-se salientar, contudo, que – apesar da indiscutível homenagem à autonomia privada — a LARB estabelece algumas regras procedimentais, que não podem ser afastadas pelas partes. Assim, são inderrogáveis as regras: (i) do art. 19 da LARB, o qual prevê que a arbitragem considera-se instaurada quando da aceitação do encargo pelo único ou último árbitro;³⁰⁷ (ii) do art. 20 da LARB, o qual estipula que a parte que desejar suscitar a incompetência, a suspeição ou o impedimento do árbitro, bem como a inexistência, a invalidade e a ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira ocasião que tiver após o início da arbitragem, sob pena de preclusão³⁰⁸; e (iii) do art. 22 da LARB, o qual prevê que o árbitro poderá determinar a realização, de ofício ou a requerimento das partes, de qualquer prova que julgar necessária para dirimir o litígio.³⁰⁹

No mais, a LARB não interfere nas regras procedimentais na arbitragem, que podem ser livremente eleitas pelas partes.

Ainda no que se refere ao procedimento arbitral, existem duas características que são relevantes analisar para os fins da presente tese. São elas: (i) a confidencialidade; e (ii) os custos, despesas e honorários de sucumbência no procedimento arbitral. Passa-se a tratar de cada uma delas a seguir.

2.4.1 Confidencialidade

A arbitragem constitui, como já se tem assinalado neste estudo, meio *privado* de solução de controvérsias. Dessa noção genérica de privacidade frequentemente decorre a conclusão de que a arbitragem também teria natureza confidencial. Essa é a posição mais tradicional, expressa, por exemplo, pelas cortes inglesas³¹⁰ e pela Lei de Arbitragem

³⁰⁷ O que é relevante porque a partir daí se interrompe a prescrição, e passa a ter o tribunal arbitral jurisdição para decidir sobre as questões urgentes pertinentes ao litígio.

³⁰⁸ Confira-se: “Art. 20. A parte que pretender argüir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.” (Lei n. 9.307/1996).

³⁰⁹ Confira-se: “Art. . 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.” (Lei n. 9.307/1996).

³¹⁰ Ver, a respeito: REINO UNIDO. **Hassneh Insurance Co of Israel v. Mew**, [1993] 2 Lloyd’s Rep 243 at 246-247: “Se as partes de um contrato do direito inglês encaminharem suas disputas para arbitragem, terão o

espanhola de 2013.³¹¹ A ideia é que, tratando-se de processo privado, mesmo que as partes não tenham assinado uma cláusula de confidencialidade, é de se presumir que desejaram que o processo fosse confidencial.

Precedentes judiciais proferidos em outros países, entretanto, desafiam essa posição de que a confidencialidade seria indissociável da arbitragem, ao defenderem que, ao contrário da privacidade, a confidencialidade não seria inerente à arbitragem, dependendo de manifestação expressa das partes na convenção arbitral, mesmo que seja por ocasião da eleição de regras institucionais que estipulem o sigilo.

Cite-se, nesse sentido, os julgados de 1995 e 2000 proferidos, respectivamente, pelos Poderes Judiciários da Austrália e da Suécia, nos casos *Esso v. Plowman* (“Caso Esso”)³¹² e *Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd. v. Al Trade Finance Inc.* (“Caso Bulbank”).³¹³ No primeiro caso — Caso Esso —, a *High Court* australiana decidiu que, segundo a Lei de Arbitragem da Austrália, uma obrigação de confidencialidade não poderia ser inferida da cláusula compromissória. Apesar de reconhecer que a privacidade é uma vantagem da

direito de presumir que a audiência será conduzida em sessão privada. Essa suposição surge de uma prática universal existente em Londres há centenas de anos e, acredito, é incontestável. É uma prática que representa uma vantagem importante da arbitragem em relação aos tribunais como meio de resolução de disputas. A informalidade associada a uma audiência privada e a franqueza a que pode gerar é um ingrediente essencial da arbitragem, tão essencial que se a privacidade fosse negada por um espectador inoportuno, não tenho dúvidas de que, no caso de praticamente todas as convenções arbitrais, todas as partes iriam se opor.” Tradução livre de: “*If the parties to an English law contract refer their disputes to arbitration they are entitled to assume at the least that the hearing will be conducted in private. That assumption arises from a practice which has been universal in London for hundreds of years and, I believe, undisputed. It is a practice which represents an important advantage of arbitration over the courts as a means of dispute resolution. The informality attaching to a hearing held in private and the candour to which it may give rise is an essential ingredient of arbitration, so essential that if privacy were denied by an officious bystander, I have no doubt that, in the case of practically every arbitration agreement, both the parties would object.*” Ver também: REINO UNIDO. **Emmott v. Michael Wilson and Partners**, [2008] EWCA Civ 18.

³¹¹ Confira-se: “Art. 24. [...] 2. Os árbitros, as partes e as instituições de arbitragem, quando apropriado, são obrigados a manter a confidencialidade das informações obtidas através dos processos de arbitragem.” Tradução livre de: “*Art. 24. [...] 2. Los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales.*” (ESPAÑA. Ley 60/2003, de 23 de diciembre). Como ressalta Bosco Lee, contudo, “Em regra, não existem disposições nas legislações proibindo as partes de divulgarem questões pertinentes à arbitragem” (BOSCO LEE, João. O princípio da confidencialidade na arbitragem comercial internacional. In: VALENÇA FILHO, Clávio de Melo; BOSCO LEE, João. **Estudos de arbitragem**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 289-290). Ao lado da Espanha, a outra exceção seria a Nova Zelândia, que na sua lei de arbitragem também prevê um dever geral de confidencialidade (art. 14).

³¹² AUSTRÁLIA. High Court of Australia. *Esso Australia Resources Ltd. and others v. The Honourable Sidney James Plowman, The Minister for Energy and Minerals and others*. 7 abr. 1995, **Yearbook Commercial Arbitration**, v. 21, p. 137-171, 1996. Ver, a respeito, comentário de Judice (JUDICE, José Miguel. Anotação ao acórdão *Esso Australia Resources Limited and Others v. The Honourable Sidney James Plowman and Others*. In: **100 Anos de Arbitragem: os casos essenciais comentados**. Coimbra: Coimbra Editora, 2016, p. 153-164) e de Cretella Neto (CRETELLA NETO, José. Quão sigilosa é a arbitragem? **Revista de Arbitragem e Mediação**, n. 25, p. 44-70, 2010, p. 55 et seq.).

³¹³ SUÉCIA. Swedish Supreme Court. *Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd. v. A.I. Trade Finance Inc.*, 27 October 2000. **Yearbook Commercial Arbitration**, v. 26, p. 291-298, 2001. Ver, a respeito, comentário de Cretella Neto (CRETELLA NETO, José. Quão sigilosa... Op. cit., p. 55 et seq.).

arbitragem, a corte da Austrália entendeu que a confidencialidade não é um “atributo essencial da arbitragem privada impondo uma obrigação a cada uma das partes de não divulgar o procedimento ou documento e informações obtidas no e para o propósito da arbitragem”.³¹⁴ A corte arrematou esclarecendo que o dever de confidencialidade pode, nada obstante, ser acordado entre as partes. No segundo caso — Caso Bulbank³¹⁵ —, a Suprema Corte da Suécia fixou o mesmo entendimento de que, segundo a lei sueca, apesar de o procedimento arbitral ser privado, não há um dever legal de confidencialidade na arbitragem implícito ou inerente à cláusula compromissória.³¹⁶

Esses precedentes chamam a atenção para a distinção que se deve fazer entre os conceitos de privacidade e confidencialidade. Segundo adequadamente se explicita nos referidos julgados, enquanto privacidade significa que somente as partes, com exclusão de terceiros, podem participar do procedimento arbitral, confidencialidade refere-se à obrigação de manter confidencial todo e qualquer ato, fato, informação ou dado que tenha sido obtido no curso do procedimento arbitral.³¹⁷ Para essa visão mais moderna, enquanto a privacidade seria inerente ao procedimento arbitral, ligada diretamente à autonomia da vontade e à relatividade dos contratos, a confidencialidade, apesar de configurar uma vantagem comparativa deste meio de solução de controvérsias, dependeria de manifestação de vontade das partes para sua imposição.

³¹⁴ Tradução livre de: “[...] *essential attribute of a private arbitration imposing an obligation on each party not to disclose the proceedings or document and information provided in and for the purposes of the arbitration.*” (Cf. AUSTRÁLIA. Op. cit.).

³¹⁵ Cf. SUÉCIA. Op. cit.

³¹⁶ Também vale citar que essa é a posição adotada nos Estados Unidos da América, como reportam Ly, Brozolo e Friedman: “A posição é a mesma nos Estados Unidos, onde nem a Lei Federal de Arbitragem, nem a Lei Uniforme de Arbitragem impõem uma obrigação de confidencialidade às partes.” Tradução livre de: “*The position is the same in the United States where neither the Federal Arbitration Act nor the Uniform Arbitration Act impose a confidentiality obligation on the parties.*” (LY, Filip de; BROZOLO, Luca G. Radicati di; FRIEDMAN, Mark. Confidentiality in International Commercial Arbitration. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 31, p. 191-246, 2011, p. 203). No mesmo sentido, reporta Gagliardi (GAGLIARDI, Rafael Villar. Confidencialidade na arbitragem comercial internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**, n. 36, p. 95-135, 2013, p. 108). Vale ver ainda o seguinte precedente: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Industrotech Constructors Inc. v. Duke University**, 67 NC App 741, 1984.

³¹⁷ Sobre a distinção entre privacidade e confidencialidade, ver: PINTO, José Emílio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 2, n. 6, p. 25-36, jul./set. 2005. Ver também Lemes: “É de conhecimento corrente que a privacidade e o sigilo (confidencialidade) são atributos desejáveis na arbitragem. A privacidade está relacionada com o local em que a arbitragem é processada e quanto à matéria discutida, no sentido de não permitir a presença de pessoas estranhas nas audiências. Por sua vez, o sigilo (confidencialidade), refere-se à sentença arbitral e aos documentos apresentados no processo, vinculando as pessoas que gerenciaram o processo, os árbitros, procuradores e até as partes.” (LEMES, Selma M. Ferreira. Arbitragem na concessão de serviços públicos: arbitrabilidade objetiva: confidencialidade ou publicidade processual? Palestra proferida na reunião do Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAR realizada em São Paulo, em 06.05.2003. **RDM**, n. 134, p. 148-163, abr./jun. 2004, p. 145).

No Direito brasileiro, por sua vez, não consta da LARB nenhum dispositivo no sentido de que a arbitragem deva necessariamente ser confidencial. Há na LARB apenas a menção à “discrição” no § 6º do art. 13 da LARB, como um dos deveres dos árbitros no exercício das suas funções, que, no limite, mesmo que seja entendido como um dever de sigilo, seria certamente direcionado somente aos árbitros, nada havendo a obrigar as partes.³¹⁸ Isso leva a doutrina a divergir sobre se, aqui, a confidencialidade seria uma característica indissociável da arbitragem. De um lado, sustentando que a arbitragem tem natureza confidencial, colocam-se Pinto³¹⁹ e Braghetta.³²⁰ De outro, sustentando a possibilidade de se mitigar a confidencialidade em determinadas situações, pode-se apontar para Baptista,³²¹ Fonseca e Correia,³²² Gagliardi³²³ e Cabral.³²⁴

Mais recentemente, contudo, três modificações legislativas operadas com a entrada em vigor do novo CPC e da Lei n. 13.129/2015 (que alterou alguns dispositivos da LARB), passaram a reforçar a ideia de que, no Direito brasileiro, a confidencialidade não pode ser considerada como uma característica indissociável da arbitragem. Primeiro, mencione-se a redação dos: (i) art. 189 do CPC de 2015, que prevê que correrão em segredo de justiça os processos “que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, *desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo*” (grifo nossos); e (ii) art. 22-C da LARB, que também prevê que “No cumprimento da carta arbitral será observado o segredo de justiça, *desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem*” (grifo nosso). Ora, se o segredo de justiça será garantido para todos os processos versando sobre arbitragem, desde que fique comprovada que a arbitragem era confidencial, é de se concluir que a arbitragem, no Direito brasileiro, pode tanto ser quanto não ser confidencial. Ou seja: a confidencialidade não é inerente à arbitragem, mas pode ser convencionada ou afastada, tudo conforme os interesses das partes. E segundo, aponte-se também para a redação do art. 2º, § 3º, da LARB, que, ao instituir a possibilidade

³¹⁸ Cf. PINTO, José Emílio Nunes. A confidencialidade... Op. cit., p. 31.

³¹⁹ Ibidem. Para Pinto, a obrigação de confidencialidade decorre do dever de boa-fé assumido pelas partes ao firmarem a convenção arbitral (Ibidem, p. 36).

³²⁰ BRAGHETTA, Adriana. Notas sobre confidencialidade na arbitragem. **Revista do Advogado**, v. 33, n. 119, p. 7-13, abr. 2013.

³²¹ BAPTISTA, Luiz Olavo. Confidencialidade na arbitragem. In: CONGRESSO DO CENTRO DE ARBITRAGEM COMERCIAL, 5. Coimbra: Almedina, 2012.

³²² FONSECA, Rodrigo Garcia da; CORREIA, André de Luiz. A confidencialidade na arbitragem. Fundamentos e limites. In: LEMES, Selma M. Ferreira; BALBINO, Inês. **Arbitragem**: temas contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 416-448.

³²³ GAGLIARDI, Rafael Villar. Op. cit.

³²⁴ CABRAL, Thiago Dias Delfino. A mitigação da confidencialidade da arbitragem na recuperação judicial. **Revista Brasileira de Arbitragem**. Kluwer Law International, v. 15, n. 57, p. 45-66, 2018.

de realizar arbitragem com a Administração Pública, ressaltou, contudo, que, nesse caso, o processo “respeitará o princípio da publicidade”, evidenciando, com isso, que a confidencialidade não é necessária para o desenvolvimento do procedimento arbitral.³²⁵

A nosso ver, trata-se de indicativos claros de que a confidencialidade, no Direito brasileiro, não é uma característica inerente à arbitragem, podendo ser convencionada entre as partes e afastada quando os interesses envolvidos³²⁶ assim exigirem.

Como se vê, portanto, tanto no contexto internacional quanto no direito doméstico, a tendência é de não tratar a confidencialidade como uma característica inerente à arbitragem, mas como uma vantagem comparativa, que, a depender dos demais interesses envolvidos, pode ser afastada sem afronta aos princípios gerais do processo arbitral.

Analisada a confidencialidade, passa-se à apreciação da outra característica do processo de arbitragem que se afigura relevante para a tese, relativo às custas, despesas e honorários de sucumbência no procedimento arbitral.

2.4.2 Das custas, das despesas e dos honorários de sucumbência no procedimento arbitral

Como meio privado de solução de controvérsias que é, a arbitragem implica necessariamente o pagamento de contraprestação para remunerar os profissionais envolvidos e os serviços contratados. Passa-se, a seguir, à análise do tratamento no Direito brasileiro das custas, despesas e honorários de sucumbência na arbitragem.

Como ponto de partida para a análise, deve-se conceituar corretamente o que são as custas, as despesas e os honorários de sucumbência no processo civil brasileiro.

A primeira diferenciação que cabe fazer é entre “despesas” e “custas”, sobretudo porque estão em um campo de significação, em tese, muito próximos. Segundo o art. 84 do CPC, “As *despesas* abrangem as *custas* dos atos do processo, a indenização de viagem, a remuneração do assistente técnico e a diária de testemunha” (grifos nossos). Dessa definição depreende-se que as *despesas* (*em sentido lato*) constituem todos os gastos em que uma parte

³²⁵ No contexto internacional, vale mencionar as arbitragens conduzidas sob a égide do sistema da Convenção de Washington – ICSID, no acrônimo original em inglês, envolvendo Estados e investidores, nas quais a regra é a publicidade do procedimento arbitral e a confidencialidade, exceção (GAGLIARDI, Rafael Villar. Op. cit., p. 109).

³²⁶ Conforme se verá na seção 4.3.1, abaixo, o mercado de capitais configura bom exemplo de setor da economia em que os interesses envolvidos se sobrepõem à confidencialidade da arbitragem e autorizam o seu afastamento em determinadas situações.

incorre para acionar o Poder Judiciário.³²⁷ Dentre elas, encontram-se as *custas processuais*, que correspondem à contraprestação devida ao Estado-juiz pela prestação do serviço de distribuição de justiça (como, por exemplo, a taxa judiciária e as custas para a prática dos atos processuais),³²⁸ e as *despesas (em sentido estrito)*, que constituem todos os outros gastos necessários para dar andamento no processo, como, por exemplo, “a indenização de viagem, a remuneração do assistente técnico e a diária de testemunha” (CPC, art. 84).³²⁹

O conceito de despesas (em sentido lato) não inclui os *honorários de advogado*, que receberam tratamento destacado e independente, constante do art. 85 do CPC.³³⁰

No Direito brasileiro, de acordo com o previsto no *caput* do art. 82 do CPC,³³¹ incumbe às partes antecipar o pagamento das despesas relativas aos atos que requererem ou realizarem no processo até a efetiva satisfação do seu direito.³³² Sem prejuízo disso, de

³²⁷ Ver Amaral Santos: “Por despesas processuais se compreendem todos os gastos que se fazem com e para o processo, desde a petição inicial até a sua extinção. São despesas inerentes ao processo, correspondentes aos atos do processo, e devidas ao Estado, aos sujeitos da relação processual, tanto principais como secundários, auxiliares do juízo e outras pessoas que colaboram no desenvolvimento daquela relação. Como despesas se incluem as relativas ao preparo do feito, à taxa judiciária, selos devidos ao Estado; emolumentos e taxas referentes aos atos dos juízes, órgãos do Ministério Público, auxiliares da justiça, advogados, peritos, assistentes técnicos, avaliadores, tutores, curadores, testamentários, inventariantes, liquidantes; despesas com Correios, Telégrafos, imprensa; as respeitantes à condução e estadia dos juízes e demais órgãos do juízo, nas diligências; ou com a condução das testemunhas sua indenização; ou com a realização das perícias; os honorários de advogado etc.” (AMARAL SANTOS, Moacyr. Op. cit., v. 2, p. 298).

³²⁸ Ver Amaral Santos: “O vocábulo *custas* é de conteúdo menos amplo. Por *custas* se entende aquela parte das despesas relativas à expedição e movimentação dos feitos, taxadas por lei. Abrangem as despesas previstas e taxadas pelo Regimento de Custas, de cada organização judiciária. Como *custas* não se contém, entre outras, as despesas referentes a honorários de advogado, indenizações devidas e testemunhas.” (AMARAL SANTOS, Moacyr. Op. cit., v. 2, p. 298).

³²⁹ Para De Plácido e Silva, as custas são “as despesas do processo ou encargos decorrentes dele, desde que fixados ou tarifados em lei.” (DE PLÁCIDO E SILVA. Op. cit., p. 413). Já as despesas, por sua vez, conceituam-se como “o rol de dispêndios que se efetuam em função de atos processuais (indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do perito e assistentes técnicos), exceto honorários de advogado, que têm tratamento especial (CPC/1973, art. 20; CPC/2015, art. 85)” (Ibidem, p. 453).

³³⁰ Veja-se, a esse respeito, Dinamarco: “Tal acepção bastante larga tinha a expressão *despesas processuais* no Código de 1939, mas o vigente inovou na matéria (a meu ver, inconvenientemente), dando-lhe significado mais restrito: para bem interpretarmos o Código que temos, é preciso saber que, na sua linguagem, há despesas e há honorários, sem que aquelas abranjam estes. Falando em despesas, quer o Código referir-se a custas ou taxas judiciárias (preço do serviço judiciário, devido aos cofres públicos), a emolumentos (idem, devidos aos cartórios não-oficializados) e a outros gastos relativos a diligências.” (DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. t. 1. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros. 2000, p. 172).

³³¹ “Art. 82. Salvo as disposições concernentes à gratuidade da justiça, incumbe às partes prover as despesas dos atos que realizarem ou requererem no processo, antecipando-lhes o pagamento, desde o início até a sentença final ou, na execução, até a plena satisfação do direito reconhecido no título. § 1º Incumbe ao autor adiantar as despesas relativas a ato cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público, quando sua intervenção ocorrer como fiscal da ordem jurídica. [...]” (Lei n. 13.105/2015).

³³² Ver Amaral Santos: “A sentença, ao decidir quanto ao ônus das despesas processuais, carregando-as ao vencido, ou vencidos, fixa a responsabilidade definitiva deste, ou destes, em relação a elas. Mas, no sistema brasileiro, como nos da generalidade das legislações, as despesas com a expedição e movimentação das causas vão sendo satisfeitas à medida que os atos se realizam ou devam realizar-se. E o são por aquela das partes que tenha provocado o ato ou tenha interesse na sua realização. Há, assim, um adiantamento do pagamento das despesas processuais pelas partes, sem o que o processo se paralisa. Fala-se, então, em responsabilidade provisória pelo pagamento das despesas.” (AMARAL SANTOS, Moacyr. Op. cit., v. 2, p. 300).

acordo com o previsto no § 2º do art. 82 do CPC,³³³ ao final do processo, o perdedor será condenado a ressarcir ao vencedor pelas despesas incorridas. Segue-se, no Direito brasileiro, portanto, o princípio da sucumbência,³³⁴ segundo o qual o perdedor de uma demanda judicial tem o dever de ressarcir o vencedor por todas as despesas realizadas para ver o seu direito reconhecido, pelo simples e bom fato de que saiu derrotado da demanda, de modo que “o direito do vencedor não saia diminuído de um processo em que foi proclamada a sua razão”.³³⁵ A responsabilidade pelo ressarcimento das custas, portanto, é de natureza objetiva e prescinde de culpa.³³⁶

Por fim, há ainda os honorários de advogados. Além das despesas ordinárias para movimentar o processo, sabe-se que as partes efetuam dispêndios com a contratação de advogados para representar seus interesses. A lei processual, ao invés de optar por obrigar o perdedor a ressarcir o vencedor pelas despesas realizadas com a contratação dos seus causídicos, escolheu condenar a parte vencida a pagar honorários diretamente ao advogado da parte vencedora (CPC, art. 85). Esses honorários, de acordo com o definido pela lei processual, são fixados com base em parâmetros definidos na própria lei, sem levar em conta

³³³ “Art. 82. [...] § 2º A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou.” (Lei n. 13.105/2015).

³³⁴ Cahali esclarece, contudo, que a aplicação do princípio da sucumbência pode conduzir a algumas situações de injustiça, como a condenação ao pagamento das despesas do processo de quem não deu causa à lide, ou de quem não poderia evitá-la. Por esse motivo, o princípio da sucumbência deve ser informado por um outro princípio, mais amplo, da causalidade, que essencialmente procura estabelecer uma relação de causa e efeito entre a possibilidade de evitar a instauração da lide e a obrigação de arcar com as despesas do processo. Confira-se: “Segundo Carnelutti (um dos corifeus da doutrina), o princípio da causalidade responde justamente a um princípio de justiça distributiva e a um princípio de higiene social. De um lado, é justo que aquele que tenha feito necessário o serviço público da administração da Justiça lhe suporte a carga; e, de outro lado, é oportuno, pois a previsão deste encargo reage a uma contenção no sentido de fazer o cidadão mais cauteloso [...]” (CAHALI, Yussef Said. **Honorários advocatícios**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 42).

³³⁵ TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao código de processo civil**: v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 165. E prossegue o referido autor: “Se o credor da quantia x tivesse de pagar a soma y para ver reconhecido seu crédito, o processo teria transformado o valor da obrigação em x-y; em outras palavras: em lugar de ser meio de tutela ele seria instrumento de redução dos direitos. Poderia até ocorrer que as despesas superassem o valor da obrigação, caso em que o triunfo representaria prejuízo, seria vitória de Pirro. E quando não se discutisse matéria patrimonial, o reconhecimento do direito teria de ser pago, o que desnatura a noção de direito subjetivo.” (Ibidem, p. 165). Amaral Santos também esclarece o conteúdo da regra: “Afastando-se das ideias de pena e culpa, uma terceira teoria, exposta por Chiovenda, e hoje dominante, considera a condenação do vencido nas despesas processuais como decorrência necessária do fato da sucumbência. O vencido, ainda que tenha agido com manifesta boa-fé, responde pelas despesas porque foi vencido. Cabe-lhe pagá-las para integração do direito do vencedor, que não se lhe asseguraria intacto desde que ficasse reduzido com as despesas havidas para o seu reconhecimento em juízo. A condenação do vencido nas despesas resulta do fato objetivo da sucumbência. Daí a denominação de teoria da sucumbência.” (AMARAL SANTOS, Moacyr. Op. cit., v. 2, p. 299).

³³⁶ Ver Theodoro Junior: “Assenta-se ele na ideia fundamental de que o processo não deve redundar em prejuízo da parte que tenha razão. Por isso mesmo, a responsabilidade financeira decorrente da sucumbência é objetiva e prescinde de qualquer culpa do litigante derrotado no pleito judiciário. Para sua incidência basta, portanto, o resultado negativo da solução da causa, em relação à parte.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso...** Op. cit., v. 1, p. 79).

os gastos efetivamente realizados pela parte com os seus patronos.³³⁷ Do mesmo modo que o ressarcimento das despesas, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários de advogado assenta-se no princípio da sucumbência: ou seja, decorre diretamente da derrota no processo, é de natureza objetiva e independe de culpa.

Partindo dos conceitos delineados acima, advindos da seara processual civil, pode-se conceituar, então, tanto as custas quanto as despesas em sede arbitral. As “*custas arbitrais*”, assim, são os “gastos administrativos comuns às partes com a instauração e desenvolvimento do procedimento arbitral”.³³⁸ Englobam, usualmente, a taxa de administração da câmara de arbitragem (se a arbitragem for institucional), e os honorários de árbitros e dos peritos indicados pelo tribunal arbitral (se necessário). Já as “*despesas arbitrais*” referem-se aos “gastos próprios de cada parte, desembolsados por elas, individualmente, para o bom acompanhamento do processo”,³³⁹ abrangendo, entre outros, os honorários contratuais dos advogados, os assistentes técnicos e pareceristas, bem como gastos com viagens, e hospedagens.

No caso da arbitragem, apesar de as partes estarem livres para convencionar a forma de adiantamento e ressarcimento das custas e despesas arbitrais (LARB, art. 27), como forma de garantir seu pagamento, as instituições de arbitragem usualmente preveem que as custas devam ser adiantadas, no início do processo, por ambas as partes, ficando caucionadas na câmara para o pagamento conforme se tornarem devidas. O adiantamento consta, de fato, do regulamento de arbitragem de grande parte das câmaras de arbitragem que atuam no território nacional,³⁴⁰ constituindo mecanismo eficiente para mitigar os riscos de

³³⁷ Theodoro Junior esclarece essa característica peculiar dos honorários de sucumbência: “Entre os gastos necessários que a parte faz no processo figuram os honorários pagos a seu advogado. Em sentido amplo, são uma espécie do gênero despesas processuais, portanto. Mas o Código, em matéria de sucumbência, reserva um tratamento especial para a verba advocatícia, principalmente em dois aspectos: [...] b) por outro lado, pouco importa o contrato firmado entre a parte e seu advogado, ou a quantia que efetivamente lhe foi paga. O ressarcimento dos gastos advocatícios será sempre feito conforme valor fixado pelo juiz na sentença (art. 20, §3º).” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso...** Op. cit., v. 1, p. 82).

³³⁸ CASTRO NEVES, José Roberto. Os honorários advocatícios de sucumbência na arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma M. Ferreira; MARTINS, Pedro A. Batista (coord.). **20 anos da Lei de Arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. Rio de Janeiro: Atlas, 2017, p. 622-632, p. 623. Ver, também: CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo...** Op. cit., p. 373-375.

³³⁹ CASTRO NEVES, José Roberto. Op. cit., p. 624.

³⁴⁰ Ver, exemplificativamente, os seguintes regulamentos institucionais: Regulamento de Arbitragem do CAM-CCBC (“12.6. Após o recebimento da notificação para instituição da arbitragem, as partes serão notificadas para recolhimento antecipado das Taxas de Administração, correspondentes aos 10 (dez) meses iniciais do procedimento. 12.6.1. Na mesma oportunidade, a Secretaria do CAM-CCBC poderá solicitar à parte requerente que efetue o recolhimento antecipado de despesas estimadas até a assinatura do Termo de Arbitragem, compensáveis estes na constituição do fundo de despesas conforme artigo 12.8 do Regulamento. 12.7. Cada parte depositará no CAM-CCBC sua quota parte do valor dos honorários dos árbitros, correspondentes a um mínimo de horas definido na Tabela de Despesas ou a um percentual sobre o valor da causa. O referido depósito

inadimplência, com a conseqüente paralisação ou mesmo extinção do procedimento de arbitragem, decorrente da falta de pagamento dos valores devidos.³⁴¹

É verdade que parte relevante dos regulamentos de arbitragem permite que, se uma das partes faltar com a sua obrigação, a outra parte adiante as custas por completo, cabendo, ao final do processo, à sentença arbitral decidir sobre a alocação da responsabilidade pelo pagamento das despesas em sentido amplo, aí incluídas as custas arbitrais.³⁴² Contudo, se isso não ocorrer, não será possível seguir com o procedimento arbitral, que será extinto pela falta de pagamento, sem prejuízo de as partes renovarem o pedido, desde que recolhidos os valores pendentes.

Por fim, há ainda os honorários de sucumbência. Em arbitragem, do mesmo modo que com relação as custas e despesas, as partes também estão, por força do disposto no art. 27 da LARB,³⁴³ livres para convencionar a incidência da condenação nos honorários de sucumbência, ou criar outro ajuste, a exemplo de determinar que uma parte reembolse a outra por todas as despesas realizadas com os seus advogados.

deverá ser realizado no prazo definido na Tabela de Despesas”); Tabela de Custas do CCMA-FIESP/CIESP (“2.3. A Taxa de Administração será devida em igual proporção de 50% (cinquenta por cento) por polo no procedimento. 2.4. O Secretário-geral da Câmara, após recebido o pedido de instauração, notificará as Partes para recolher a Taxa de Administração no prazo de 15 (quinze) dias. [...] 3.1. Os honorários do(s) árbitro(s) deverão ser recolhidos em partes iguais, na proporção de 50% (cinquenta por cento) por polo, de acordo com a seguinte tabela: [...] 3.3. O Secretário-geral da Câmara enviará notificação de cobrança às Partes do adiantamento dos honorários dos árbitros, no prazo de 15 (quinze) dias da instauração do procedimento arbitral. 3.4. O pagamento aos árbitros será efetuado em três parcelas, da seguinte forma: a) 30% (trinta por cento) na apresentação das Réplicas; b) 30% (trinta por cento) no término da instrução; e c) 40% (quarenta por cento) após a entrega da sentença.”); e Regulamento de Arbitragem da CAMARB (“11.3 Após o decurso do prazo para manifestação do requerido sobre a solicitação de instituição da arbitragem e anteriormente à audiência para assinatura do Termo de Arbitragem, as partes serão intimadas pela Secretaria para recolher a taxa de administração e os honorários de árbitro, à razão de 50% (cinquenta por cento) para cada polo processual.”).

³⁴¹ Estes mesmos regulamentos arbitrais também usualmente preveem a impossibilidade de continuidade do procedimento sem que haja o adiantamento das custas processuais pelas partes. Ver, exemplificadamente, os seguintes regulamentos institucionais: Regulamento de Arbitragem do CAM-CCBC (“12.10.2. Caso nenhuma das partes se disponha a efetuar o pagamento, o procedimento será suspenso. 12.11. Decorrido o prazo de 30 (trinta) dias de suspensão por falta de pagamento, sem que qualquer das partes efetue a provisão de fundos, o processo poderá ser extinto, sem prejuízo do direito das partes de apresentarem requerimento para instituição de novo procedimento arbitral visando solução da controvérsia, desde que recolhidos os valores pendentes.”); Tabela de Custas da CCMA—FIESP/CIESP (“6.5. Caso não haja recolhimento na data estipulada para pagamento, o Secretário-geral da Câmara, após consulta ao Presidente da Câmara e/ou Tribunal Arbitral, poderá suspender o procedimento por até 2 (dois) meses. Esgotado este prazo sem o recolhimento, o procedimento poderá ser extinto, a critério do Presidente da Câmara e/ou do Tribunal Arbitral.”); Regulamento de Arbitragem da CAMARB (“11.6 Caso não haja o adiantamento integral da taxa de administração, dos honorários dos árbitros, bem como do adiantamento de despesas, no prazo estipulado, a arbitragem será suspensa, podendo ser retomada após a efetivação do referido pagamento. Caso a suspensão dure mais de 90 (noventa) dias, a arbitragem será encerrada.”).

³⁴² Isso consta, por exemplo, dos regulamentos de arbitragem do CAM-CCBC (art. 12.10 e 12.10.1.); do CCMA-FIESP/CIESP (art. 6.3 e 6.4); e da CAMARB (art. 11.4 e 11.5).

³⁴³ “Art. 27. A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver.” (Lei n. 9.307/1996).

Ao final do processo, acaso as partes não tenham disposto de forma diversa, caberá à sentença arbitral definir a responsabilidade das partes por suportar o pagamento das custas, despesas e honorários de sucumbência³⁴⁴ arbitrais. Isto é, as partes em uma arbitragem terão ampla liberdade para definir as regras de distribuição da obrigação de pagamento pelas custas, despesas e honorários de sucumbência, o que distancia, neste assunto, a lógica arbitral da processual. Todavia, se as mesmas partes não chegarem a um acordo, caberá ao tribunal arbitral, por ocasião da prolação da sentença arbitral, definir a parcela de cada parte nos ônus sucumbenciais.

É, pois, precisamente sobre a sentença arbitral, que se passa a tratar a seguir.

2.5 Aspectos relevantes da sentença arbitral

Deve-se, como parte final deste capítulo, analisar a sentença arbitral, e, mais especificamente, sua natureza, seus efeitos e seus eventuais meios de impugnação.

³⁴⁴ Discute a doutrina se, na falta de autorização expressa de todas as partes, os árbitros estariam autorizados a condenar a parte perdedora no pagamento de honorários de sucumbência. De um lado, há aqueles que, como Castro Neves, entendem que “A orientação correta, nesses casos, parece ser no sentido de que, em procedimentos arbitrais, não havendo consenso, os árbitros devem seguir a orientação do art. 27 da Lei específica, indicando a responsabilidade das partes somente com relação às custas e às despesas particulares, aqui incluindo os gastos contratados com honorários do advogado. Ficam de fora os honorários de sucumbência.” (CASTRO NEVES, José Roberto. Op. cit., p. 622-632). No mesmo sentido, opina Verçosa, para quem “a solução cabível, conforme a lei de Arbitragem (tomada sob esse aspecto como um micro sistema fechado), é no sentido de que, diante do silêncio das partes, não cabe ao tribunal arbitral fixar em sua decisão honorários contratuais e de sucumbência” (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Honorários contratuais e de sucumbência na arbitragem. **Migalhas**, 18 nov. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI315209,31047-Honorarios+contratuais+e+de+sucumbencia+na+arbitragem>. Acesso em: 05 jan. 2020). De outro, no entanto, estão Carmona, para quem “mesmo sem que haja pedido expresso (ou menção expressa na convenção de arbitragem ou no termo de arbitragem) acerca da fixação de verbas advocatícias decorrentes da sucumbência, o tribunal arbitral deverá fixá-las” (CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e administração pública: primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública. **Revista Brasileira de Arbitragem**. Kluwer Law International, v. 8, n. 51, p. 7-21, 2016, p. 16); e Aprigliano, baseando o direito do tribunal arbitral de arbitrar honorários de sucumbência no Estatuto da Advocacia (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Alocação de custas e despesas e a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais em arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma M. Ferreira; MARTINS, Pedro A. Batista (coord.). **20 anos da Lei de Arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. Rio de Janeiro: Atlas, 2017, p. 649-671, p. 665-669). Até onde se sabe, a jurisprudência ainda não teve oportunidade de se debruçar sobre a questão. Não se pretende, nesta tese, ingressar no tema específico do cabimento ou não dos honorários de sucumbência em arbitragem, na falta de acordo entre as partes. Para esta pesquisa, a análise se inicia em momento posterior: uma vez que os honorários de sucumbência tenham sido fixados pelo tribunal arbitral, qual será o tratamento desta condenação no processo falimentar? A discussão sobre o tratamento de honorários de sucumbência arbitrais na falência será desenvolvida na seção 4.3.3, abaixo, quando se tratar dos efeitos da falência sobre o procedimento arbitral.

Assim como se define no Direito Processual Civil, a sentença arbitral é o ato do árbitro ou do tribunal arbitral que põe termo ao processo.³⁴⁵ A sentença arbitral pode ser parcial (LARB, art. 23, § 1º) ou final: é parcial, quando põe termo a parte do processo;³⁴⁶ e final, quando o faz, com ou sem resolução de mérito, em relação ao processo como um todo.

As sentenças arbitrais, tais quais as judiciais, podem ser classificadas como “terminativas” e “definitivas”. As primeiras têm conteúdo meramente processual, pondo fim ao processo sem a resolução do mérito da controvérsia, ao passo que as últimas têm conteúdo material, efetivamente aplicando o direito ao caso concreto.³⁴⁷

Quanto à sua carga de eficácia, ademais, as sentenças arbitrais também podem — como no processo civil ordinário — ser subdivididas em “declaratórias”, “constitutivas” e “condenatórias”: as primeiras declaram a existência ou não de relação jurídica; as segundas, criam, modificam ou extinguem relações; e as últimas condenam o vencido ao cumprimento de uma prestação.³⁴⁸ Registre-se que, independentemente da natureza da sentença arbitral, todas se inserem dentro da fase de conhecimento do processo, não avançando para a fase executiva, que foge à jurisdição do tribunal arbitral.

Os requisitos da sentença arbitral constam do art. 26 da LARB e são os seguintes: (i) relatório; (ii) fundamentação; (iii) dispositivo; (iv) data e lugar em que foi proferida; e (v) assinatura do tribunal arbitral.

[...] I - o relatório, que conterà os nomes das partes e um resumo do litígio; II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade; III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e IV - a data e o lugar em que foi proferida. Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou

³⁴⁵ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo...** Op. cit., p. 337; CAHALI, Francisco José. **Curso...** Op. cit., p. 319. Porque nem sempre a sentença porá, efetivamente, fim ao processo como um todo, Dinamarco prefere definir, nesse sentido, a sentença como: “ato com que o juiz dá uma definição à causa, seja mediante o julgamento do mérito, seja acolhendo alguma causa extintiva do processo sem esse julgamento (carência de ação, ausência de pressupostos) — e sempre independentemente de a sentença pôr ou não pôr fim à relação processual” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem...** Op. cit., p. 174). Atento para o mesmo fato — de que, por vezes, a sentença não põe efetivamente fim ao processo —, Câmara prefere conceituá-la como “ato pelo qual o árbitro (ou o tribunal arbitral) cumpre a sua obrigação de julgar a questão que lhe foi submetida.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p. 126).

³⁴⁶ O CPC de 2015 também autoriza a prolação de sentenças parciais nos seus arts. 354, parágrafo único, e 356.

³⁴⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo...** Op. cit., p. 337.

³⁴⁸ Pontes de Miranda acrescenta a essa classificação duas cargas de eficácia: as chamadas sentenças mandamentais e executivas, nas quais se determina, preponderantemente, o cumprimento de um mandamento ou que se passe “para a esfera jurídica de alguém o que nela devida estar, e não está.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações.** t. 1. Campinas, SP: Bookseller, 1998, p. 135; p. 173-179).

alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato.³⁴⁹

Por derradeiro, nos termos do art. 27 da LARB, da sentença arbitral também deverá constar decisão sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como, eventualmente, da verba decorrente da litigância de má-fé (observadas as regras previstas na convenção de arbitragem, se houver).³⁵⁰

Conceituada a sentença arbitral, passa-se à análise dos seus efeitos.³⁵¹ Nos termos do art. 31 da LARB, “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”. Isso vem a ser reiterado no art. 515, VII, do CPC,³⁵² que define a sentença arbitral como título executivo judicial.³⁵³ Equipara-se, pois, a sentença arbitral, para todos os efeitos, à sentença judicial.

Além disso, nos termos do art. 18 da LARB,³⁵⁴ a sentença arbitral não está sujeita a recurso — é, portanto, definitiva³⁵⁵ — e não depende de homologação perante o Poder

³⁴⁹ Vale notar, contudo, que o STJ entende, no que se refere às sentenças arbitrais estrangeiras, que elas devem seguir a estrutura exigida pelo local em que foram proferidas (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Sentença Estrangeira Contestada n. 5.692/US**. Rel. Min. Ari Pargendler, Corte Especial, j. 20 ago. 2014).

³⁵⁰ Ver, a respeito da condenação em litigância de má-fé na arbitragem: FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Op. cit., p. 400.

³⁵¹ Atente-se para a distinção feita por Câmara acerca da diferença entre o conteúdo da sentença e seus efeitos: “Não se pode, afirme-se ainda uma vez mais, confundir o conteúdo da sentença com seus efeitos. A ninguém é dado confundir o conteúdo condenatório de uma sentença, consistente na imposição ao devedor a cumprir a prestação, com o efeito de permitir a instauração da execução forçada. Aquele é interno à sentença, enquanto este se produz fora dela.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p. 129-130).

³⁵² “Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: [...] VII - a sentença arbitral;” (Lei n. 9.307/96).

³⁵³ Martins comenta o dispositivo: “A sentença arbitral equivale, para todos os fins de direito, à decisão emanada do Poder Judiciário — daí as terminologias utilizadas pelo legislador, sentença, tribunal, juízo — pois assegura a tutela jurisdicional requerida pelas partes e consubstancia verdadeiro ato de autoridade que põe fim ao conflito, aplicando o direito ao caso concreto.” (MARTINS, Pedro A. Batista. Anotações sobre a sentença proferida em sede arbitral. In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 383-420, p. 384). E ainda mais uma vez: “Ambas as decisões – arbitrais e judiciais – estão equiparadas para todos os fins legais e, sendo de conteúdo similar, irradiam idêntica eficácia; e, ainda, por advirem de poder jurisdicional conferido aos julgadores refletem, por isso, os mesmos efeitos jurídicos.” (Ibidem, p. 403).

³⁵⁴ “Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.” (Lei n. 9.307/1996).

³⁵⁵ Cretella Neto discorre sobre a imutabilidade da sentença arbitral: “Cumprido notar que, excetuados os embargos de declaração e eventuais ação de nulidade da sentença e embargos de terceiro, adquire esta, desde logo, a segurança jurídica propiciada pela força da coisa julgada, vale dizer, passa a ser imutável, inatacável por meio de qualquer recurso, ordinário ou extraordinário. Alcançada, portanto a situação de estabilidade, estará apta a produzir todos os efeitos jurídicos nela declarados. Entenda-se que tanto a sentença arbitral condenatória quanto a declaratória de conciliação entre as partes valem como título executivo judicial, sempre que de um ou de ambos os litigantes for exigida obrigação de fazer, de não-fazer ou de prestar.” (CRETILLA NETO, José. **Curso...** Op. cit., p. 171).

Judiciário para produzir efeitos.³⁵⁶ Cabe, excepcionalmente, a oposição de pedido de esclarecimentos, conforme definido no art. 30 da LARB, para corrigir erro material, esclarecer obscuridade, dúvida ou contradição, e, ainda, para suprir omissão, mas não se permite a rediscussão do mérito da decisão.³⁵⁷

Com a prolação da sentença, encerra-se a jurisdição dos árbitros.³⁵⁸ Se, portanto, uma das partes resistir ao cumprimento da sentença arbitral, como o procedimento efetivamente já foi extinto com a prolação da sentença, e como, mesmo que não fosse o caso, não deteria o árbitro poder para substituir a vontade do jurisdicionado para impor sua decisão, deve o interessado provocar o Poder Judiciário, por meio de ação de execução da sentença arbitral, para ver satisfeito o seu direito.³⁵⁹

Por fim, registre-se os meios de impugnação da sentença arbitral. Essa só pode ser atacada por meio da ação de nulidade³⁶⁰ prevista no art. 32 da LARB, no prazo decadencial

³⁵⁶ Vale destacar aqui a distinção feita por Carreira Alvim entre eficácia e imutabilidade da sentença: “Em doutrina, distingue-se a eficácia da sentença da sua imutabilidade, podendo uma sentença ser eficaz e produzir efeitos antes mesmo de tornar-se imutável, qualidade que ela só adquire a partir da preclusão do prazo para recurso de efeito devolutivo ou que não seja mais impugnável por nenhum recurso.” (CARREIRA ALVIM, J. E. **Comentários à Lei de Arbitragem**: Lei n. 9.307, de 23/9/1996. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 151). No caso da sentença arbitral, como explica o professor, “uma vez proferida a sentença apresenta-se ela provida de eficácia e, portanto, com aptidão de produzir, desde logo, todos os seus efeitos, porquanto a própria lei não admite a sua impugnação por meio de recurso.” (Ibidem, p. 151).

³⁵⁷ Vale conferir, a esse respeito, o escólio de Dinamarco: “Em sua configuração atual segundo o direito brasileiro, a sentença dos árbitros é portadora de aptidão a produzir seus efeitos por si própria, independentemente de qualquer chancela judicial (LA, arts. 18 e 31). A homologação do laudo é coisa do passado neste País (autonomia da arbitragem — supra, n. 9, e infra, n. 83). A presença de eventuais vícios poderá ser objeto de uma ação anulatória ou de uma impugnação ao cumprimento de sentença, se for o caso — e a sentença então produzida pelo juiz togado, quando for pela procedência da anulatória ou da impugnação, produzirá a desconstituição dos efeitos da sentença arbitral, ou seja, será uma sentença constitutiva negativa (LA, arts. 32 e 33, caput e §3º — infra, n. 92). Até que tal anulação se dê por ato dos juízes togados a sentença arbitral será eficaz, produzindo todos os efeitos substanciais contidos em seu decisório.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem**... Op. cit., p. 181).

³⁵⁸ CAHALI, Francisco José. Op. cit., p. 339.

³⁵⁹ Vale conferir também a posição de Martins: “Em caso de relutância da parte em cumprir, espontaneamente, o determinado pelo juízo arbitral, caberá à outra buscar a intervenção do Poder Judiciário para que este exerça seu poder de império e, assim, mantenha estrita cooperação com o juízo arbitral na tarefa de administração da justiça.” (MARTINS, Pedro A. Batista. *Anotações*... Op. cit., p. 384).

³⁶⁰ É o que expressa Câmara: “Não se poderia encerrar esta parte do trabalho sem fazer referência a que a execução do laudo arbitral se desenvolverá, necessariamente, perante o Poder Judiciário. Isto porque o árbitro não é dotado do *imperium* necessário à realização prática do comando contido em sua decisão. Tal decorre do fato de que no processo executivo realizam-se atos de força, com a invasão do patrimônio do executado e sua sujeição à responsabilidade patrimonial. Tais atos de sub-rogação não podem ser praticados senão por aquele que detém o poder soberano, razão pela qual a execução forçada do laudo arbitral, da mesma forma que a atuação das medidas cautelares, se faz por ato judicial, sendo necessária a instauração de um processo executivo que terá, pois, índole jurisdicional.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p. 137-138). Sobre a legitimidade de terceiros para ingressar com a ação anulatória da sentença arbitral, ver Recena Costa: “Apesar do silêncio da lei, há hipóteses excepcionais em que se deve reconhecer a um terceiro legitimação para a propositura de ação anulatória de sentença arbitral. Incluem-se aqui tanto o substituído processual quanto o terceiro juridicamente prejudicado, i.e., atingido pela eficácia reflexa da sentença. A posição justifica-se na medida em que, havendo possibilidade de prejuízo a terceiro, a este tem de ser disponibilizado algum meio efetivo para

de noventa dias a contar do seu recebimento. As hipóteses de cabimento da ação de nulidade são restritas àquelas expressadas no referido dispositivo, não cabendo, afora para análise de eventual violação da ordem pública, o ingresso no mérito da discussão travada em sede arbitral. Ademais, a decretação de nulidade da sentença arbitral também poderá ser requerida em sede de impugnação ao cumprimento de sentença, nos termos do § 3º do art. 33 da LARB.³⁶¹

Nestes capítulos 1 e 2, buscou-se apresentar os principais conceitos e fundamentos relativos à falência e à arbitragem que se afiguram relevantes para a análise da tese proposta. De posse desses instrumentos, pode-se prosseguir para a análise propriamente dita dos efeitos da falência sobre a arbitragem, que se inicia na sequência.

tutelar seu direito. É particularmente relevante a hipótese em que a sentença arbitral encubra dolo ou resulte de conluio entre as partes. A conclusão, como será demonstrado a seguir, resulta de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, a demonstrar a necessidade de colmatar uma lacuna com recurso à analogia.” (RECENA COSTA, Guilherme. op. cit., p. 249).

³⁶¹ “Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei. § 1º A demanda para a declaração de nulidade da sentença arbitral, parcial ou final, seguirá as regras do procedimento comum, previstas na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), e deverá ser proposta no prazo de até 90 (noventa) dias após o recebimento da notificação da respectiva sentença, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos. [...] § 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser requerida na impugnação ao cumprimento da sentença, nos termos dos arts. 525 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.” (Lei n. 9.307/1996).

PARTE II – DOS EFEITOS DA FALÊNCIA SOBRE A ARBITRAGEM

Nesta parte da tese, pretende-se analisar os efeitos da falência sobre a arbitragem. O que se quer entender é exatamente em que condições os institutos da falência e da arbitragem podem coexistir.

Para realizar essa tarefa, esta parte II da presente tese segue dividida em três capítulos, nos quais se tratará, respectivamente: (i) dos efeitos da falência sobre a convenção de arbitragem (capítulo 3); (ii) dos efeitos da falência sobre o procedimento arbitral (capítulo 4); e (iii) dos efeitos da falência sobre a sentença arbitral (capítulo 5).³⁶²

No capítulo 3, os efeitos da falência sobre a convenção de arbitragem serão analisados sob duas óticas distintas, a saber, a (i) dos efeitos da falência sobre a pessoa e bens do devedor e seu impacto na convenção de arbitragem; e a (ii) dos efeitos da falência sobre os contratos do devedor e seu impacto na convenção de arbitragem.

No capítulo 4, por sua vez, os efeitos da falência sobre o procedimento arbitral serão analisados sob quatro óticas distintas, a saber, a (i) dos efeitos da *vis attractiva* do juízo falimentar sobre o procedimento arbitral; a (ii) dos efeitos da regra de suspensão dos processos na falência sobre o procedimento arbitral; a (iii) dos efeitos da falência sobre a confidencialidade do procedimento arbitral; e a (iv) dos efeitos da falência sobre os custos, despesas e honorários de sucumbência arbitrais.

Por fim, no capítulo 5, serão ainda analisados os efeitos da falência sobre a sentença arbitral.

³⁶² Segue-se, pois, uma ordem lógica de apresentação das questões que serão enfrentadas na tese.

3 DOS EFEITOS DA FALÊNCIA SOBRE A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Neste terceiro capítulo, pretende-se analisar os efeitos da falência sobre a convenção de arbitragem. O advento da falência opera efeitos diretos sobre a pessoa, os bens e os contratos do devedor, a este inabilitando para o exercício da atividade empresarial, retirando-lhe o poder de administrar e dispor dos seus bens, e desapossando-o deles, além de garantir ao administrador judicial o direito de eleger se pretende ou não cumprir os contratos bilaterais ainda não executados. A arbitragem, por sua vez, que se contrata por meio do negócio jurídico do tipo convenção de arbitragem, também está submetida aos efeitos da lei falimentar. Diante dessa dialética, neste capítulo se pretende entender como os efeitos da falência sobre a pessoa, os bens e os contratos do devedor impactam na validade e eficácia da convenção de arbitragem. Para melhor compreensão, será efetuada uma divisão em duas seções, nas quais se pretende analisar, em ordem lógica, (i) os efeitos da falência sobre a pessoa e os bens do devedor e seu impacto na convenção de arbitragem; e (ii) os efeitos da falência sobre os contratos do devedor e seu impacto na convenção de arbitragem.

3.1. Dos efeitos da falência sobre a pessoa e os bens do falido e seu impacto na convenção de arbitragem

Nesta primeira seção, busca-se entender como o advento da falência e seus efeitos sobre a pessoa e os bens do devedor impactam na convenção de arbitragem firmada antes do advento da falência, bem como no poder do falido de firmar convenção de arbitragem após a quebra. Para tanto, esta seção segue dividida em três subseções, nas quais se pretende evidenciar, em ordem progressiva, que: (i) a convenção de arbitragem firmada pelo falido antes do decreto de quebra é válida e eficaz; (ii) a convenção de arbitragem firmada pelo falido depois do decreto de quebra é válida, mas inoponível em relação à massa; e (iii) a convenção de arbitragem firmada pelo administrador judicial depois do decreto de quebra é válida e eficaz, mas depende de autorização judicial.

3.1.1. A convenção de arbitragem firmada pelo falido antes do decreto de quebra é válida e eficaz

A primeira questão que se pretende enfrentar é se uma convenção de arbitragem validamente firmada pelo falido antes do decreto de quebra torna-se inválida ou ineficaz com o advento da falência.

Os arts. 102³⁶³ e 103³⁶⁴ da LREF preveem que, a partir da decretação da falência, o falido fica inabilitado para o exercício da atividade empresarial, perde o direito de administrar seus bens ou deles dispor, e é desapossado desses.

Por conta disso, seria possível argumentar que o devedor perderia sua capacidade de contratar e seus bens se tornariam indisponíveis, invalidando, por este motivo, a convenção arbitral.

No Direito brasileiro, há precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP afirmando essa posição, ao arguir que, após a decretação da falência, não seria possível instaurar a arbitragem porque faltaria ao falido capacidade para contratar, que deveria ser aferida quando da instalação do processo.³⁶⁵

No caso em análise, uma empresa falida iniciou uma ação de cobrança contra uma empresa não falida. Por conta da existência de convenção de arbitragem no contrato submetido à discussão, a ré formulou pedido de extinção de demanda, sem resolução de mérito, com base no art. 267, VII, do CPC/1973 (Lei n. 5.869/1973). O juízo de primeiro grau indeferiu o pedido e o feito ascendeu ao Tribunal Paulista em sede de agravo de instrumento. Ao julgar o recurso, a Eg. 6ª Câmara de Direito Privado do TJSP entendeu que a convenção de arbitragem seria “contrato acessório”, “cujos efeitos ficam trancados enquanto pendente condição suspensiva, de que ao tempo de sua invocação os celebrantes disponham de plena liberdade para contratar e que seus direitos sejam patrimoniais e disponíveis, aliás, como referido no art. 1º da Lei 9.307/96”.³⁶⁶

³⁶³ “Art. 102. O falido fica inabilitado para exercer qualquer atividade empresarial a partir da decretação da falência e até a sentença que extingue suas obrigações, respeitado o disposto no § 1º do art. 181 desta Lei. Parágrafo único. Findo o período de inabilitação, o falido poderá requerer ao juiz da falência que proceda à respectiva anotação em seu registro.” (Lei n. 11.101/2005).

³⁶⁴ “Art. 103. Desde a decretação da falência ou do sequestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor. Parágrafo único. O falido poderá, contudo, fiscalizar a administração da falência, requerer as providências necessárias para a conservação de seus direitos ou dos bens arrecadados e intervir nos processos em que a massa falida seja parte ou interessada, requerendo o que for de direito e interpondo os recursos cabíveis.” (Lei n. 11.101/2005).

³⁶⁵ Ver: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 658.014-4/2-00**. Rel. Des. Roberto Solimene, 6ª Câmara de Direito Privado, j. 10 dez. 2009. [“Caso Ericsson”].

³⁶⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 658.014-4/2-00**. Op. cit.

Como, no caso, no momento do ajuizamento da ação judicial, a autora da demanda já tinha falido, “esta não exercia de *per se* a própria capacidade, achando-se subordinada aos interesses coletivos do rol de credores e, repita-se, à própria intervenção estatal”.³⁶⁷ Para a turma julgadora, pois, tornou-se inválida a convenção arbitral.

A decisão manifestou ter conhecimento de acórdão anterior proferido pela Câmara Reservada de Falências e Recuperações Judiciais³⁶⁸ — em que se entendeu que o advento da falência de uma das partes no curso de uma arbitragem não afetaria o prosseguimento do procedimento arbitral —, mas procurou diferenciar as situações com o argumento de que, naquele caso, já havia uma arbitragem em andamento quando do advento da quebra, ao passo que, no caso sob análise, a falência ocorrera antes do início da ação judicial que se pretendia extinguir com fundamento na convenção arbitral.

Para esse precedente, portanto, após a decretação da falência, não seria possível instaurar a arbitragem porque faltaria ao falido capacidade para contratar, que deveria ser aferida quando da instalação do processo.

No cenário internacional, por sua vez, também existem precedentes tratando exatamente da mesma questão da perda da capacidade da parte por conta da falência e da consequente ineficácia do pacto arbitral, como é o caso da disputa Vivendi S.A. (“Vivendi”) v. Elektrim S.A. (“Elektrim”) (“Caso Vivendi”).

Na ocasião, no curso de procedimento de arbitragem, com sede na Suíça, o tribunal arbitral proferiu sentença de extinção do processo: a justificativa foi a de que o decreto de falência da Elektrim, realizado na Polônia, teria causado a invalidade da convenção arbitral. Inconformada, a Vivendi manejou ação anulatória da sentença arbitral perante o Poder Judiciário suíço, o qual, por sua vez, rejeitou o pedido com o fundamento de que a questão a ser respondida deveria ser qualificada como relativa à “capacidade da parte”, aplicando-se, por conseguinte, a lei do local da incorporação da empresa falida (no caso, a lei polonesa), a qual teria o condão de invalidar a convenção arbitral.³⁶⁹ Manteve-se, portanto, a sentença arbitral que extinguiu a arbitragem.³⁷⁰

³⁶⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 658.014-4/2-00**. Op. cit.

³⁶⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 531.020-4/3-00**. Rel. Des. Pereira Calças, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, j. 25 jun. 2008.

³⁶⁹ SUÍÇA. Bundesgericht. Caso n. 4A_428/2008. Vivendi S.A. et al. v. Elektrim S.A. et al., 31/03/2009. **Yearbook Commercial Arbitration**, v. 34, p. 286-292, 2009. Ver comentários de NAEGELI, Georg. Op. cit., p. 193-207.

³⁷⁰ Para uma crítica à decisão do Poder Judiciário suíço, ver: KARRER, Pierre A. Views on the Decision by the Swiss Supreme Court: Note: 31 March 2009: Swiss Supreme Court. **ASA Bulletin**. Association Suisse de l'Arbitrage; Kluwer Law International, v. 28, n. 1, p. 111-112, 2010, p. 111.

Ocorre que, em uma segunda arbitragem envolvendo as mesmas partes, dessa vez com sede na Inglaterra, o tribunal arbitral entendeu de forma diversa, dando prosseguimento ao processo e proferindo sentença. Esta foi mantida pelo Poder Judiciário inglês, sob o fundamento de que — qualificando-se não como uma questão de “capacidade”, mas de “eficácia” de convenção de arbitragem — a lei aplicável seria a lei do local em que tramitou a arbitragem, que não invalida ou torna ineficaz a convenção de arbitragem por conta do decreto falimentar³⁷¹. Portanto, também nesse caso a sentença arbitral foi mantida.

Por fim, o Poder Judiciário polonês, confrontado com o pedido de execução da sentença arbitral inglesa, decidiu por reconhecê-la na Polônia. Acolheu-se, assim, o argumento de que a qualificação correta para a questão era não de “capacidade da parte”, mas de “eficácia da convenção arbitral”, devendo-se aplicar, portanto, a lei do local da arbitragem, que teria o condão de validar a convenção arbitral.^{372, 373} O próprio juízo polonês, desse modo, entendeu que a questão não deveria ser resolvida com base na lei do local da incorporação da empresa, dando razão à decisão proferida na Inglaterra.

Alguns anos depois, o Poder Judiciário suíço ainda teve uma segunda oportunidade de enfrentar a mesma questão em sede de ação anulatória de sentença arbitral.³⁷⁴ No caso, uma empresa portuguesa e outra chinesa firmaram contrato contendo cláusula compromissória. Posteriormente, a parte portuguesa teve sua falência decretada. A sociedade chinesa deu início a procedimento arbitral, com sede na Suíça, contra a sociedade portuguesa, que, em defesa, sustentou a impossibilidade de se prosseguir com a arbitragem por conta da sua suposta perda de capacidade. O tribunal arbitral entendeu pela continuidade do procedimento arbitral, vindo a ser proferida sentença, submetida a ação anulatória no Poder Judiciário suíço. Corrigindo o equívoco cometido no Caso Vivendi, a corte corretamente resolveu qualificar a questão, não como de “capacidade”, mas como pertinente

³⁷¹ REINO UNIDO. Court of Appeal (Civil Division). Caso n. A2/2008/2435. José Syska, as administrator of Elektrim S.A. et al. v. Vivendo Universal S.A. et al. Rel. Lord Justice Longmore, Londres, 09/07/2009, **Yearbook Commercial Arbitration**, v. 34, p. 293-318, 2009. A propósito, ver: SADOWSKI, Wojciech. **The European and Middle Eastern Arbitration Review 2011**. 18 out. 2010. Acesso em: <https://globalarbitrationreview.com/insight/the-european-middle-eastern-arbitration-review-2011/1036638/poland>. Acesso em: 22 nov. 2019, p. 68.

³⁷² POLÔNIA, Tribunal de Apelação de Varsóvia. **Caso n. I Acz 1883/09**, Vivendi S.A. et al. v. Elektrim S.A. et al., Varsóvia, 26/11/2009. Não publicado. Ver, a respeito: SADOWSKI, Wojciech. Op. cit., p. 68; e GASIOROWSKI, Kuba; KOS, Rafal. Op. cit.

³⁷³ De acordo com Valença Filho, o erro do juiz suíço, neste caso, foi de “qualificar” a questão como sendo de “capacidade das partes”, para aplicar a lei do país da incorporação da sociedade, reputando-a incapaz de participar do procedimento de arbitragem. O erro, no entanto, não foi seguido pelos juízes ingleses e poloneses, que “requalificaram” o problema como relativo à “eficácia da convenção de arbitragem”, aplicando-se então uma legislação diferente que permitia a continuidade da arbitragem nada obstante o decreto falimentar. (VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Op. cit., p. 178-180).

³⁷⁴ SUÍÇA. **Caso 4A_50/2012**. Partes não reveladas.

à validade da convenção de arbitragem, aplicando, por conseguinte, o regramento suíço de conflitos de leis, que remetia à resolução da questão à legislação portuguesa, a qual, por sua vez, não prevê que a falência afeta a capacidade do falido.³⁷⁵

Conforme reporta Born,³⁷⁶ do mesmo modo que a lei polonesa citada no Caso Elektrim,³⁷⁷ outros países, como Holanda³⁷⁸ e Letônia³⁷⁹ adotam, nas suas respectivas legislações, dispositivos que conduzem à conclusão de que, com a falência, o falido perde a capacidade de ser parte da convenção arbitral.³⁸⁰

De modo distinto, mesmo que se admita que nada se passe com a capacidade do falido, seria possível imaginar que a perda do poder de administração e disposição tornaria os bens e direitos submetidos ao concurso indisponíveis, invalidando uma convenção de arbitragem firmada antes da quebra. Aparentemente, essa é a posição defendida por Rechsteiner sob a ótica do Direito brasileiro, quando afirma que:

Quando o procedimento arbitral ainda não foi iniciado na data da decretação da falência do devedor, a cláusula arbitral ou cláusula compromissória constante num contrato celebrado entre credor e devedor com data anterior se torna ineficaz naquele momento. A partir daí, o credor está sujeito às regras da Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que exige

³⁷⁵ Nesse caso, Valença Filho ressalta a evolução da decisão em relação ao Caso Elektrim, pelo menos no sentido de corrigir a percepção de que a falência poderia afetar a capacidade da parte para firmar uma convenção de arbitragem (VALENÇA FILHO, Cláudio de Melo. Op. cit., p. 179-180). Ver, a respeito: VOSER, Nathalie; GEORGE, Anya. Op. cit.; e LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Opo. cit. (2014).

³⁷⁶ BORN, Gary B. Op. cit., v. 1, p. 754-755.

³⁷⁷ Como reportam Gasiorowski e Kos, contudo, em junho de 2015 a Polônia aprovou uma nova lei de insolvência, excluindo o dispositivo de lei que tornava as convenções de arbitragem ineficazes com o decreto de falência. (GASIOROWSKI, Kuba; KOS, Rafal. Op. cit.).

³⁷⁸ Ver: “Artigo 122. Procedimento em que um pleito é contestado. 1. Se um pleito for contestado, o magistrado (*‘rechter-commissaris’*) examinará se é possível chegar a um acordo para resolver a disputa. Se ele não conseguir conciliar as partes envolvidas e a disputa ainda não for objeto de um processo judicial, ele encaminhará a questão para uma sessão do Tribunal Distrital, cuja sessão será determinada por ele, sem a necessidade de ser intimado por mandado de oficial de justiça [...]” Tradução livre de: “*Article 122 Procedure when a claim is disputed. 1. If a claim is disputed, the magistrate (‘rechter-commissaris’) shall examine if it is possible to come to an agreement to settle the dispute. If he is unable to reconcile the involved parties and the dispute is not already the subject of legal proceedings, he shall refer the matter to a session of the District Court, which session is to be determined by him, without the necessity to serve any summons by bailiff’s writ [...]*” (HOLANDA. Lei falimentar holandesa).

³⁷⁹ Ver: “Seção 5. Jurisdição de um Tribunal de Arbitragem. (1) Um tribunal de arbitragem deverá resolver quaisquer disputas de direito civil, desde que as partes tenham concordado e celebrado voluntariamente uma convenção arbitral, exceto para as seguintes disputas: 8) relativas aos direitos e obrigações das pessoas que entraram em processo de falência.” Tradução livre de: “*Section 5. Jurisdiction of a Court of Arbitration. (1) A court of arbitration shall resolve any civil legal disputes, provided that the parties have voluntarily agreed upon and concluded an arbitration agreement, except for the following disputes: 8) regarding the rights and obligations of persons who have entered into insolvency procedures.*” (LETÔNIA. Lei de Arbitragem).

³⁸⁰ Como reporta Vorburger, contudo, essas previsões são raras de serem encontradas em legislações nacionais. (VORBURGER, Simon. Op. cit., p. 149).

a verificação e habilitação de seu crédito nos exatos termos de seu Capítulo II, Seção II, “Da verificação e da habilitação de créditos”, arts. 7 a 20.³⁸¹

Também essa parece ser a solução adotada na Argentina e em Portugal, como se lê, respectivamente, do art. 134 da Ley de Concursos y Quiebras argentina (“A declaração de falência produz a inaplicabilidade das cláusulas compromissórias pactuadas com o devedor [...]”³⁸²; e do art. 87 do Código de Insolvência e da Recuperação de Empresas português (“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.”³⁸³

No direito Brasileiro, contudo, nenhuma dessas posições está correta: o decreto de falência não torna o devedor incapaz, nem altera a natureza disponível dos bens do falido.

3.1.1.1 O decreto de falência não torna o falido incapaz

É flagrantemente incorreta, em primeiro lugar, a percepção de que, com o advento da quebra, o falido se tornaria incapaz, invalidando a convenção arbitral. O advento da quebra inabilita o falido para os atos empresariais, retira-lhe o poder de administrar e dispor dos bens, e o desapossa dos mesmos, mas não afeta a capacidade do devedor.

A capacidade civil diz com a aptidão para gozar de direitos e de assumir deveres na ordem civil.³⁸⁴ Enquanto toda pessoa tem a aptidão abstrata para ser titular de direitos e de deveres, por razões político-legislativas relacionadas à ideia de proteção de grupos reputados vulneráveis, os arts. 3º³⁸⁵ e 4º³⁸⁶ do Código Civil prescrevem hipóteses de exceção à

³⁸¹ RECHSTEINER, Beat Walter. Op. cit., p. 358. O mesmo autor, no entanto, em uma passagem mais à frente do mesmo artigo, afirma que “Entendemos, ademais, que ao administrador judicial, em princípio está facultado iniciar, em nome da massa falida, procedimentos arbitrais, baseados em contratos firmados pelo falido ainda antes da decretação de sua falência [...]” (Ibidem, p. 360). Não fica exatamente claro, portanto, a posição adotada pelo autor.

³⁸² Tradução livre de: “*La declaración de quiebra produce la inaplicabilidad de las cláusulas compromisorias pactadas con el deudor [...]*”. (ARGENTINA. Ley 24.522, de 7 de agosto de 1995).

³⁸³ PORTUGAL. Decreto-Lei n. 53, de 18 de março de 2004. Ver, a respeito da suspensão da eficácia das convenções de arbitragem no direito português: VICENTE, Dário Moura. National Report for Portugal (2018 through 2019). **ICCA International Handbook on Commercial Arbitration**. Kluwer Law International, Supplement n. 104, p. 1-40, fev. 2019, p. 8.

³⁸⁴ Sobre o conceito de “capacidade civil”, ver seção 2.3.3.1, acima.

³⁸⁵ “Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.” (Lei n. 10.406/2002).

³⁸⁶ “Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II – os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV – os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.” (Lei n. 10.406/2002).

capacidade de exercer esses direitos por si mesmos, criando as figuras dos relativamente incapazes e dos absolutamente incapazes, que são, respectivamente, assistidos e representados na prática dos atos da vida civil.

A incapacidade civil, portanto, pressupõe uma insuficiência ou um impedimento relativo à livre formação da vontade de uma pessoa e tem por finalidade a proteção do indivíduo incapaz.³⁸⁷

O falido, entretanto, não está em tal posição, tanto que as restrições impostas pela lei não visam resguardá-lo ou protegê-lo, mas precisamente o contrário: são determinadas em proveito da massa.³⁸⁸ Impõe-se, de fato, ao falido uma série de restrições, mas nada se passa com a sua capacidade.

A evidência de que o falido não perde a sua capacidade civil com o advento da falência está em que, apesar da quebra, ele pode livremente praticar todos os atos da vida civil e política, com exceção da atividade empresarial, e desde que não relacionados com os bens e direitos sujeitos ao processo falimentar. Isso não seria possível, fosse o falido incapaz. Ademais, é a própria LREF, no parágrafo único do art. 103,³⁸⁹ que garante ao falido uma série de direitos — como o de fiscalizar a administração da falência, requerer as providências necessárias para a conservação de seus direitos ou dos bens arrecadados e intervir nos processos da massa —, o que tampouco seria possível se não fosse capaz.³⁹⁰

³⁸⁷ LACERDA, Paulo Maria de. **Da Falência no Direito brasileiro**. São Paulo: Editora Nacional, 1931, p. 340-341. Ver também: Gomes, para quem “A lei priva da capacidade as pessoas que presume não tenham discernimento necessário para a prática de alguns ou de todos os atos jurídicos” (GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19. ed. Op. cit., p. 171).

³⁸⁸ Cf. CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. Op. cit., v. 7, p. 432. No mesmo, sentido, Lacerda: “Deveras, a incapacidade funda-se numa insuficiência, ou defeito, inerente à própria pessoa, ou na inelutável necessidade social, e tem por escopo último a proteção do indivíduo, ou a manutenção da disciplina da família. O falido, indivíduo ou sociedade, não está em tais circunstâncias, como não está o executado, e a falência é uma execução coletiva, sendo, a perda da administração e a da disponibilidade dos bens, a proveito e proteção da massa, e não dele.” (LACERDA, Paulo Maria de. Op. cit., p. 341).

³⁸⁹ “Art. 103. [...] Parágrafo único. O falido poderá, contudo, fiscalizar a administração da falência, requerer as providências necessárias para a conservação de seus direitos ou dos bens arrecadados e intervir nos processos em que a massa falida seja parte ou interessada, requerendo o que for de direito e interpondo os recursos cabíveis.” (Lei n. 11.101/2005).

³⁹⁰ MELLO FRANCO, Vera Helena de. Comentários... Op. cit., p. 420.

Essa, vale dizer, é a opinião pacífica da doutrina nacional, tanto sob a égide da LREF quanto da lei antiga. Vale citar, a respeito, Tarrega,³⁹¹ Bezerra Filho,³⁹² Campinho,³⁹³

³⁹¹ “A decretação da falência do empresário restringe sua capacidade para os atos da vida civil, referentes à atividade empresarial. Definida a empresarialidade como organização da atividade econômica, todos os atos que, de alguma forma a isso se relacionam estão para o falido proibidos. Trata-se de incapacidade específica sobretudo para atos de conteúdo patrimonial. A perda da capacidade para o exercício de atividade empresarial diz respeito à capacidade específica do direito comercial e das pessoas legitimadas ao exercício dela. Recorre-se à definição de empresário prevista no Código Civil, artigo 966. Todas as demais atividades diretamente relacionadas à atividade empresarial, por este Código ou pela legislação extravagante, também ficam proibidas para o devedor. A livre disposição dos bens fica interdita em razão do desapossamento deles para a constituição da massa. O devedor não está impedido de dispor de seus bens por força da inabilitação, mas em razão da arrecadação deles para saldar o passivo. A falência constitui um patrimônio sem titularidade, cuja finalidade é o pagamento das obrigações pela liquidação do acervo. O devedor pode praticar todos os atos da vida civil e exercer profissão, desde que não consideradas empresariais, por excelência ou auxiliares daquela, como os corretores, os leiloeiros, despachantes aduaneiros, administradores de armazéns gerais, entre outras. O devedor, da mesma forma, não perde sua capacidade processual em razão de ter sido decretada a falência, sobretudo no que diz respeito aos direitos personalíssimos. Quanto ao conjunto de bens arrecadados não tem ele a legitimidade ad causam. Como afirma BONELLI nem o falido nem os credores são partes nas ações de interesse da massa. É por isso que em dadas situações podem intervir na qualidade de assistentes, como nas ações revocatórias. O devedor falido, quando perde a legitimidade, é pela razão fundamental de lhe faltar a disponibilidade dos bens. Em regra preserva a legitimidade processual, o que se verifica com relação aos bens e direitos pessoais, aos bens impenhoráveis, quando seus interesses se contrapõem aos da massa ou quando os atos no processo de falência lhe provoquem dano injusto, que exorbita a tutela dos credores.” (TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. Op. cit., p. 456-457).

³⁹² “O art. 1º prevê a falência do empresário individual e da sociedade empresária, de tal forma que na expressão “falido” deste art. 102 incluem-se primeiramente tanto a sociedade empresária como a pessoa física do empresário individual. Por seu turno, o art. 81, caput, estipula que a decisão que decreta a falência de sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis também acarreta a falência dessas pessoas, aplicando-se, portanto, também a eles a inabilitação aqui prevista. O inabilitado está impedido, por si ou por interposta pessoa, de ser empresário individual ou ser administrador ou responsável por sociedade empresária. Assim, em princípio, a inabilitação não atinge os sócios de responsabilidade limitada (Mamede, p. 392), a menos que sejam administradores da sociedade, por força do §2º do art. 81, e venham a ser condenados criminalmente, com aplicação da pena do inc. I do art. 181. [...] Com liberdade de linguagem, pode-se dizer que o decreto falimentar transforma o falido em uma espécie de “morto-vivo”, pois após a sentença de encerramento e a sentença de extinção das obrigações, os sócios podem voltar à atividade empresarial com a mesma sociedade empresária, “revertendo os efeitos dissolutórios da falência com o objetivo de fazê-la retornar à exploração da atividade”, como examinado com detalhes na Apelação 555.048-4/6-00, de 28.05.2008, rel. Rubens Ricupero, do TJSP; no mesmo sentido, consulte-se Bezerra Filho (Temas de Direito Societário..., p. 624).” (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei... Op. cit., p. 258-259).

³⁹³ “A sentença que decreta a falência provoca reflexos diretos na condição pessoal do falido, inibindo-o da prática de certos atos. Não é, contudo, um incapaz. A sentença não o torna um interdito. Conserva ele seus direitos civis e políticos. Pode praticar atos da vida civil, como o de laborar e o de contratar as condições desse trabalho. Apenas não se permite possam esses atos refletir em seus bens sujeitos à massa falida, nem ofender direitos e interesses nela envolvidos. Sofre, efetivamente, algumas restrições, as quais decorrem de certas incompatibilidades ou deveres dispostos por lei, que atingem a sua própria pessoa. A vedação à livre disposição dos seus bens, por exemplo, resulta do próprio sistema legal de liquidação falimentar e não de eventual incapacidade. Seus efeitos são, guardadas as devidas proporções, semelhantes aos que decorrem da penhora na execução singular. A extensão e a intensidade são mais sensíveis porque recai o ato de privação sobre a totalidade do seu patrimônio.” (CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial: falência e recuperação de empresa**, 2018, p. 297).

Sacramone,³⁹⁴ Scalzilli, Spinelli e Tellechea,³⁹⁵ Mendes,³⁹⁶ Carvalho de Mendonça,³⁹⁷ Waldemar Ferreira,³⁹⁸ Álvarez,³⁹⁹ Requião,⁴⁰⁰ Bessone,⁴⁰¹ Miranda Valverde,⁴⁰² Sampaio de Lacerda,⁴⁰³ Pacheco⁴⁰⁴ e Pontes de Miranda.⁴⁰⁵

³⁹⁴ “Decretada a falência, o falido perderá sua legitimidade *ad causam* e será substituído pela Massa Falida, representada pelo administrador judicial. A perda da legitimidade *ad causam*, entretanto, ocorre apenas para as causas patrimoniais. Para todas as demais causas não patrimoniais ou que envolvam a alteração de status do falido, inclusive quanto à sua decretação da falência, o empresário devedor, seja ele empresário individual de responsabilidade ilimitada ou sociedade empresária, continuará legitimado para promover todas as ações ou para ser requerido nelas, inclusive ação rescisória em razão da decretação de sua falência. Isso porque, no tocante a essas ações, a Massa Falida não tem nenhum interesse em promovê-las. A utilidade na alteração do provimento é apenas do falido, o qual deverá ter uma alternativa para proteger diretamente seus direitos. Nas ações patrimoniais, a Massa Falida, a partir da decretação da falência, é a legitimada a figurar como parte, autora ou ré. O falido, entretanto, desde que tenha interesse jurídico, poderá intervir nesses feitos.” (SACRAMONE, Marcelo. Op. cit., p. 387).

³⁹⁵ “A inabilitação não ocasiona a perda da capacidade do falido, nem a sua interdição, permanecendo o devedor com todos os direitos políticos (com exceção da condenação por crimes falimentares, cuja pena in concreto poderá conter restrições nessa esfera). A própria LREF confere ao falido uma série de direitos e deveres relacionados à falência, permanecendo plenamente capaz de realizar quaisquer atos compatíveis com o processo falimentar, tais como exercer atividade econômica não empresária, celebrar contrato de trabalho como empregado e casar.” (SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. Op. cit., p. 652).

³⁹⁶ “A lei não decreta de modo algum a incapacidade do falido, decreta apenas a indisponibilidade dos bens. Fica o falido, em relação a todos os seus bens, na mesma posição jurídica em que fica o executado relativamente aos bens penhorados. Se o falido fosse um incapaz, não poderia celebrar concordata com os seus credores, pois que a concordata é um contrato, e, portanto só pode ser levada a efeito entre “pessoas hábeis para contratar.” (MENDES, Octávio. **Falências e concordatas**: de acordo com o Decreto n. 5.746, de 9 de dezembro de 1929. São Paulo: Saraiva, 1930, p. 118).

³⁹⁷ “O falido não é incapaz nem interdito. Há, no tema das falências, dois princípios fundamentais, que apreciaremos oportunamente: o 1º diz que o falido fica privado da administração e disposição dos bens, que respondem pelas obrigações assumidas para com os seus credores; e o 2º reza que o falido não pode, desde o dia de sentença declaratória, praticar qualquer ato que tenha relação direta ou indireta com os bens, direitos e interesses e obrigações compreendidos na falência (n. 451, infra). Corolários destes princípios são estes outros: 1º, o falido mantém a plena administração e disposição dos bens que não entram para a custódia da massa falida; 2º, ele pode contrair ilimitadamente dívidas e obrigações, que não vinculem o patrimônio sujeito à falência. Em síntese: o falido conserva a faculdade de praticar todos os atos da vida civil, adquirindo novos direitos e contratando novas obrigações, mas sob a reserva de esses atos não produzirem efeito sobre os bens sujeitos à massa, nem ofenderem direitos ou interesses nela compreendidos. [...] O falido não é, portanto incapaz. A lei estabeleceu simplesmente a indisponibilidade dos bens, que passam para a administração da massa, por outra, dos bens que constituem o penhor comum dos credores. A falência não expropria o devedor; limita-se a privá-lo do direito de administração e disposição dos bens, garantia dos credores. [...] Como se falar em incapacidade do falido. Risquemos, pois essas palavras. Entre os incapazes, o Cód. Civil não contemplou os falidos (art. 5 e 6).” (CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. Op. cit., v. 7, p. 431-433).

³⁹⁸ “Não pouco se tem discutido quanto à posição jurídica do falido, ou, mais propriamente, quanto a seu estado. Pensam muitos, em face das restrições de direitos, que padece inscrever-se ele entre os incapazes. Haviam-no os antigos como morto. *Decoctor pro mortuo habetur*. Ao dizer de Scaccia, *decoctus etsi propter ruptam fidem videatur mortuus, ideoque ei sit prohibitum commercium*. Era assim antigamente. Hoje, não. Vivo é ele. Vivo e esperto. Por via de regra, mais beneficiado pela lei do que os seus credores. Fala-se muito na sua incapacidade. Ele não padece dela, senão relativamente ao exercício dos direitos atinentes aos bens e interesses abrangidos pela falência. Quanto ao mais, não. Também o devedor, executado individualmente, perde a disponibilidade dos bens penhorados. Torna-se incapaz de os alienar ou onerar. Identicamente acontece com o falido, quanto à totalidade dos bens arrecadados e compreendidos na falência, ainda que o não tenham sido. Conserva ele sua capacidade jurídica e o exercício dos direitos privados não atingidos pela quebra, dos quais somente se priva quando, declarado interdito, por sentença, é posto sob curatela.” (FERREIRA, Waldemar. **Tratado...** Op. cit., v. 14, p. 470-471).

³⁹⁹ “A existência desse direito do falido afasta por completo, no sistema brasileiro, a orientação doutrinária que o configura como um interdito, ou num estágio de incapacidade relativa. Ora, a sua limitação está somente em

não dispor e não administrar os seus bens, mas pode estar em juízo onde as relações sobre os mesmos bens, em face dos credores, ou terceiros, estejam sendo discutidas e decididas. Então, não só pode entrar em juízo em outros assuntos que não os pertinentes à falência, como, ainda, nos círculos de repercussão da falência, pode requerer o que for de seu interesse, intervir em processo e interpor os recursos adequados. É verdade que esta participação do falido obedece a certas regras. Com efeito, não pode estar em juízo como autor ou réu, nos processos em que a massa for parte interessada, mas tem qualidade para intervir como assistente. E, ainda que não se tenha habilitado o falido, como assistente, em ação contra a massa, pode, no entanto, no interesse da mesma, interpor recursos. A circunstância de não poder comerciar também não lhe comunicará a posição de interdito, pois existem pessoas físicas e jurídicas, com capacidade jurídica, e, não obstante, vedadas às mesmas o exercício do comércio.” (ALVARES, Walter T. Op. cit., v. 1, p. 320-321).

⁴⁰⁰ “O falido, juridicamente, não se torna um incapaz em decorrência da declaração de sua falência. Continua com sua capacidade civil intangível, não decaindo à condição nem de relativamente incapaz nem de interdito. Sofre, na expressão exata do jurista italiano Sacerdote, apenas inibição de praticar atos suscetíveis de interessar à massa falida ou de afetar o direito de seus credores. Fredericq, no direito belga, fala de incapacidade profissional. Sofre, pois, o falido restrições aos seus direitos, sobretudo nos direitos patrimoniais. O que interessa ao moderno direito falimentar, não é, como outrora, a pessoa do falido, mas sim o seu patrimônio, que fica afeto à execução coletiva. [...] Vimos que o estado de falência, atingindo a pessoa do falido, não afeta sua capacidade civil. Mas, todavia, fere profundamente sua capacidade processual, isto é, sua condição de parte legítima para postular na justiça. A perda da legitimação processual ativa e passiva, como observa De Semo, é uma consequência da incapacidade de agir do falido, o qual é privado, por efeito da sentença declaratória, da administração e da disponibilidade de seu patrimônio (Diritto fallimentare, n. 243). É preciso, porém, compreender, clara e precisamente, essa perda da capacidade processual que envolve o falido. Torna-se ele, entenda-se bem, processualmente inabilitado para postular em juízo relativamente às relações patrimoniais compreendidas na falência, seja como autor ou como réu. Essa perda de iniciativa é, como esclarecemos acima, um corolário da perda de sua capacidade de dispor e administrar seu patrimônio. Isso leva alguns autores, como o citado De Semo, a sustentar que o falido não é parte processual na falência. Mas o fato, não o esqueçamos, é que o falido não perde o direito de propriedade sobre o patrimônio arrecadado, enquanto não alienado por força da lei, podendo pois ter legítimo interesse em preservá-lo. Mas poderá apenas agir como assistente processual do síndico ou dos credores, nas causas que envolvam questões relativas aos seus bens. Quanto aos direitos civis e políticos, o falido pode atuar legitimamente em juízo, como por exemplo demandar seu desquite ou tomar medidas judiciais relativas ao direito de família. No curso do processo falimentar pode ele opor-se à declaração da falência, embargar a sentença declaratória, e dela recorrer, impetrar concordata etc. Como se vê, a sua capacidade processual se torna restrita mas não desaparece de todo, e essa restrição se refere apenas às lides que envolvam seus direitos patrimoniais. O falido tem qualidade para intervir como assistente, nas ações em que a massa seja parte interessada, e recorrer independente da representação da massa falida, pelo síndico, decidiu acertadamente o Tribunal Federal de Recursos (Bol. Jur. ADCOAS, n. 39.293/76).” (REQUIÃO, Rubens. Op. cit., v. 1, p. 142-143).

⁴⁰¹ “Ainda que o desapossamento do falido e a transferência da administração de seus bens para o síndico constituam efeitos patrimoniais da falência, é certo também que tais modificações implicam restrições que atingem a própria pessoa do falido, excluindo-a da posição jurídica em que antes se encontrava e reduzindo a sua própria liberdade de agir. Essas restrições levaram alguns comercialistas a ver no caso uma incapacidade, isto é, a considerar o falido como incapaz. Replicou-se, entretanto, que o falido conserva prerrogativas, tanto no campo civil quanto no campo político, que não poderiam ser outorgadas a um incapaz. [...] A sua atuação, mesmo no processo falimentar, prestando informações, fiscalizando, reclamando, recorrendo, pedindo concordata ou a extinção das obrigações, não seria compatível com a incapacidade e, ao contrário, evidencia a sua capacidade.” (BESSONE, Darcy. **Instituições...** Op. cit., p. 102-103).

⁴⁰² “Privado na fase da execução coletiva do direito de administrar os seus bens e deles dispor (art. 40) e proibido de praticar qualquer ato que, direta ou indiretamente, se refira a esses bens, direitos e obrigações, sofre, inquestionavelmente, o falido restrições quanto ao exercício de direitos patrimoniais e fica sujeito ao cumprimento de certos deveres, que a lei lhe impõe, a bem dos interesses coletivos. Essas restrições, porém, só dizem respeito ao patrimônio adstrito ao processo de execução falimentar. A pessoa do falido não é menos capaz de direitos e obrigações, continuando-lhe assegurados o uso e gozo de todos os direitos civis e políticos. É um regime extremamente liberal. O devedor falido não tem contra si a presunção da fraude, não está sujeito ao encarceramento, só porque é falido, nem se torna incapaz para os atos da vida civil ou política. É, primordialmente, o devedor executado, cujo patrimônio procura a lei resguardar, a fim de resolver uma situação que, pela complexidade de suas relações, interessa ao próprio Estado. A incapacidade jurídica do falido não tem significação nenhuma no nosso direito. Não é lícito, com efeito, ver nas restrições, quer no curso do processo da falência, quer depois do seu encerramento, derivantes umas da lei que governa o novo estado

O mesmo ocorre em sede jurisprudencial. O STJ, em julgamento de recurso especial⁴⁰⁶ em que se discutia a legitimidade processual do falido para recorrer em nome próprio em processo no qual a massa falida figurava como parte, adotou essa mesma orientação ao afirmar que “A declaração da falência não torna o falido incapaz”.⁴⁰⁷

jurídico, e enquanto ele perdura, decorrentes outras de leis reguladoras do exercício de certas funções, diminuição da capacidade jurídica do falido, mas, quando muito, uma incompatibilidade entre o estado de falido e o cargo ou a profissão. É quase sempre questão de idoneidade, que tanto pode ser moral, como técnica. É verdade que a lei emprega muitas vezes em tais casos o termo “incapaz” para designar pessoas incompatíveis, ou inidôneas, para o exercício de determinadas funções. Sob a rubrica “dos incapazes para exercer a tutela”, inclui, v.g., o Cód. Civil, no art. 413, n. VI, “os que exercerem função pública incompatível com a boa administração da tutela.” O termo “incapaz” não tem aí a sua natural acepção jurídica, pelo que, mal empregado, gera lastimáveis equívocos.” (MIRANDA VALVERDE, Trajano de. Op. cit., v. 1, p. 255).

⁴⁰³ “Não é o falido incapaz, nem, com a sentença declaratória de falência, se torna ele um interdito. Pode, desse modo, praticar atos da vida civil, desde que não produzam tais atos quaisquer efeitos sobre os bens sujeitos à massa, nem ofendam direitos ou interesses nela compreendidos. Se praticados, portanto, no interesse da massa, são eles destituídos de eficácia. O falido fica apenas privado do direito de administrar os bens, que constituem a garantia dos credores, e deles dispor. Sua capacidade civil não desaparece [...] A proibição do falido de dispor de seus bens decorre da própria lei e não da incapacidade do falido. Equivale, diz Ramella, à de dispor de bens sequestrados ou penhorados por ordem de autoridade judiciária. Seus efeitos são iguais ao da penhora, acentua Provinciali, na execução singular; difere na extensão e na intensidade, porque recai sobre todos os bens. [...] Permanecendo, portanto, a sua capacidade civil pode o falido estar em Juízo, como autor ou como réu, sobre questões que não dizem respeito à massa e, conseqüentemente, poderá agir ou defender-se nas ações de investigação de paternidade, de desquite, de anulação ou nulidade de casamento e nas ações criminais. Pode também defender sua honra, fazer testamentos, reconhecer filhos naturais, casar-se, desquitarse, exercer direitos como chefe da sociedade conjugal e o pátrio poder, etc.” (SAMPAIO DE LACERDA, J. C. Op. cit., p. 104-105).

⁴⁰⁴ “O falido não é incapaz. Só se lhe vedam os atos que se refiram aos bens, interesses e obrigações compreendidos na falência (certo: Rev. dos Tribs., 189/339). [...] Não é o falido um incapaz, nem absolutamente nem relativamente. Os seus direitos políticos, principalmente, estão intatos. Os direitos civis são apenas temporariamente restringidos. Assim, não pode administrar os seus bens, nem deles dispor, no que se refere aos abrangidos pela quebra (art. 40). É-lhe defeso, ainda, exercer a profissão de comerciante, enquanto não forem, por sentença, declaradas extintas as suas obrigações (art. 138).” (PACHECO, José da Silva. Op. cit., p. 306-307).

⁴⁰⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: t. 28. Op. cit., p. 233-235. “O falido não é incapaz, em direito material. Resta saber-se se o é em direito processual. A respeito dos bens que pertencem à massa, não tem legitimação ad causam: o direito material retirou-lhe a administração e disposição de tais bens e qualquer ação quanto a eles. [...]” (Ibidem, t. 28, p. 230).

⁴⁰⁶ Confirma-se: “PROCESSUAL – LEI DE FALÊNCIAS (ART. 36) – PROCESSO EM QUE A MASSA É PARTE – LEGITIMIDADE DO FALIDO PARA RECORRER. – A declaração da falência não torna o falido incapaz. O art. 36 do D.L. 7.661/45 lhe reconhece, entre outros, o direito de recorrer, nos processos em que a massa figure como parte ou seja interessada.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 40.991-8/SP**. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª T., j. 02 fev. 1994).

⁴⁰⁷ A posição de que o falido não perde a sua capacidade civil com o advento da falência é similar àquela adotada no Direito italiano, como se lê em Ferrara Junior e Borgioli: “Mas como se justifica no plano dogmático? As primeiras explicações da doutrina partem de concepções meramente subjetivas. Por exemplo, a teoria da incapacidade. A sentença declaratória de falência seria algo semelhante à sentença de interdição, e o falido seria comparável a uma pessoa interdita cujos interesses seriam tutelados pelo curador da falência. Mas é uma teoria geralmente rejeitada: o falido, se incorre em determinadas incapacidades de direito privado e de direito público, não incorre na incapacidade geral de agir, podendo efetuar todos os atos jurídicos de caráter pessoal, além de atos patrimoniais relativos aos bens removidos do desapossamento. [...] A suposta incapacidade reduz-se à impossibilidade do falido de influir sobre bens que constituem a garantia dos seus credores: mas então é claro que isso depende da posição particular em que se encontram tais bens ou do vínculo que os afeta.” Tradução livre de: “*Ma come si giustifica questo sul piano dogmatico? Le prime spiegazioni della dottrina partono da concezioni meramente subiettive. Così la teoria dell'incapacità. La sentenza dichiarativa di fallimento sarebbe qualcosa di analogo alla sentenza di interdizione, ed il fallito paragonabile*

Assentado, pois, que o falido não perde sua capacidade por conta do decreto de quebra, infere-se que nada se passa, nesse plano, com a validade da convenção de arbitragem.

O art. 1º da LARB prevê que “As pessoas *capazes de contratar* poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (grifo nosso).

Se portanto, para que seja válida, a convenção de arbitragem deve ser firmada por partes capazes, e se o decreto de falência não retira a capacidade do falido, conclui-se que uma cláusula compromissória firmada pelo falido antes do advento da quebra não se torna inválida pela decretação da falência. Isto é, como o advento da falência não afeta a

*ad un interdetto i cui interessi sarebbero tutelati dal curatore del fallimento. Ma è una teoria generalmente respinta: il fallito, se incorre in determinate incapacità di diritto privato e di diritto pubblico, non incorre nella generale incapacità di agire, potendo compiere tutti gli atti giuridici di carattere personale nonché quelli patrimoniale relativi ai beni sottratti allo spossessamento. [...] La pretesa incapacità si riduce in definitiva all'impossibilità del fallito di influire sui beni costituenti la garanzia dei suoi creditori: ma allora è chiaro che ciò dipende dalla particolare posizione in cui tali beni si trovano o dal vincolo che li affetta.” (FERRARA JUNIOR, Francesco; BORGIOI, Alessandro., p. 313-314). No mesmo sentido, vale ler Ambrosini, Cavalli e Jorio: “Outro ponto a esclarecer é que, justamente em relação ao exposto até o momento, o falido não pode ser considerado nos mesmos parâmetros de um sujeito incapaz de agir. Se assim fosse, como considerava uma doutrina menos recente, os atos realizados por ele deveriam ser sujeitos ao regime de anulabilidade a pedido do curador ou do mesmo falido retornado *in bonis*, o que, por sua vez, não acontece. E, por outro lado, como se verá em breve, ao falido é permitido o desempenho de uma série de atos jurídicos, também de natureza econômica, que seriam impensáveis se fosse necessário postular uma sua incapacidade de agir, ainda que circunscrita à esfera patrimonial.” Tradução livre de: “Un ulteriore punto da chiarire è che, proprio in relazione a quanto sinora esposto, il fallito non può essere considerato alla stregua di un soggetto incapace di agire. Se ciò fosse, come riteneva una dottrina meno recente, gli atti da lui compiuti dovrebbero essere assoggettati al regime dell'annullabilità su domanda del curatore o dello stesso fallito tornato in bonis, il che, invece, non si verifica. E d'altra parte, come si vedrà fra breve, al fallito è consentito lo svolgimento di tutta una serie di atti giuridici, anche di natura economica, che sarebbero impensabili se si dovesse postulare una sua incapacità di agire ancorché circoscritta alla sfera patrimoniale.” (AMBROSINI, Stefano; CAVALLI, Gino; JORIO, Alberto. Il fallimento. In: COTTINO, Gastone (coord.). **Trattato di Diritto Commerciale**: v. 11, t. 2. Pádova: CEDAM, 2009, p. 327). Em sentido contrário, contudo, mas tratando dos efeitos da falência como uma espécie de “incapacidade limitada” do falido, vale ver Pajardi: “É importante salientar, porém que, se a natureza da execução é única, e se traduz em submeter à execução um bem ou mais bens (execução ordinária) ou todos os bens (execução universal), e sem a necessidade de outro meio para operar a venda coercitiva e o atendimento coercitivo dos credores, a universalidade, rigorosamente compreendida como na falência (art. 42), comporta inevitavelmente, sem alternativa, a necessidade de lesar a capacidade de agir (mesmo que seja no sentido limitado da paralisia temporária e relativa da eficácia dos atos de exercício de tal capacidade, enquanto lesivos dos credores concursais): não há outra explicação, nem um meio técnico-jurídico mais brando para justificar e tornar possível a agressão dos atos jurídicos futuros, tanto no sentido de obter os seus frutos positivos, quanto no sentido de paralisar as suas consequências negativas, inclusive não relativas a bens já compreendidos na massa ativa.” Tradução livre de: “Importa però sottolineare che, se la natura di esecuzione è unica, e si traduce nel sottoporre ad esecuzione un bene, o più beni (esecuzione ordinaria), o tutti i beni (esecuzione universale), e senza che occorra altro mezzo per operare la vendita coattiva ed il soddisfacimento coattivo dei creditori, l'universalità, rigorosamente intesa come nel fallimento (art. 42) comporta inevitabilmente, senza alternativa, la necessità di intaccare la capacità di agire (sia pure nel limitato senso della paralisi temporanea e relativa della efficacia degli atti di esercizio di detta capacità, in quanto lesivi dei creditori concorsuali): Non vi è altra spiegazione, né vi è più blando mezzo tecnico-giuridico, per giustificare e rendere possibile l'aggressione degli atti giuridici futuri, sia nel senso di acquisirne i frutti positivi, sia nel senso di paralizzarne le conseguenze negative, anche non relative a beni già ricompresi nella massa attiva.” (PAJARDI, Pietro; PALUCHOWSKI, Alida. **Manuale di Diritto Fallimentare**. 7. ed. Giuffrè, 2008, p. 269).*

capacidade civil do falido, isso não tem, no plano da capacidade, nenhuma relevância para aferir a validade da convenção de arbitragem.⁴⁰⁸

É incorreta, portanto, em primeiro lugar, a conclusão a que chegou o TJSP no precedente citado no início desta seção, que considerou que o decreto de falência retiraria a capacidade do falido, tornando inválida a convenção de arbitragem. A falência não afeta a capacidade do falido e a convenção de arbitragem firmada antes da falência produz todos os seus efeitos.

Ocorre que, mesmo nos casos em que a jurisprudência rejeita a alegação de que a convenção de arbitragem teria se tornado inválida com o advento da falência, os tribunais assim o fazem com o fundamento equivocado, como se verá a seguir.

3.1.1.1.1 O equívoco da jurisprudência

Ao tratar da alegação de que, com o decreto falimentar, o falido perderia sua capacidade civil, invalidando as convenções de arbitragem, tanto o STJ quanto o TJSP rejeitaram o argumento com o fundamento de que, como a convenção de arbitragem foi firmada anteriormente à falência, quando a parte era capaz, não seria possível falar em “perda retroativa” da capacidade. Que se analisem quatro precedentes nesse sentido.

No caso *Interclínicas Planos de Saúde S.A. v. Saúde ABC Serviços Médico Hospitalares Ltda.* (“Caso Interclínicas”), a Interclínicas Planos de Saúde S.A. (“Interclínicas”), em liquidação extrajudicial, ingressou com ação de cobrança contra a Saúde ABC Serviços Médico Hospitalares Ltda. (“ABC”) visando à cobrança de aproximadamente R\$ 10 milhões por conta de descumprimento de contrato. Ante a existência de convenção de arbitragem, a ABC instaurou em paralelo procedimento de arbitragem para dirimir a mesma controvérsia. Ato contínuo, Interclínicas apresentou medida cautelar no Poder Judiciário com a finalidade de obstar o prosseguimento da arbitragem, tendo o seu pedido sido deferido em sede liminar, mas revertido em grau de recurso. Inconformada, Interclínicas ingressou com recurso especial, que veio a ascender ao STJ por força do provimento de agravo interposto contra despacho denegatório de recurso especial. Concomitantemente, para dar efeito suspensivo ao recurso, a Interclínicas

⁴⁰⁸ Compartilha deste entendimento Valença Filho, ressaltando que constitui “erro grosseiro [...] a confusão entre a capacidade contratual e o poder de disposição do devedor falido” porque “Se, por um lado, a abertura do concurso de credores lhe subtrai poder para dispor dos próprios bens, não o afeta, por outro, a capacidade contratual”. (VALENÇA FILHO, Cláudio de Melo., p. 178-179).

ingressou com Medida Cautelar no próprio STJ. Para justificar seu pedido cautelar e o provimento do recurso especial, a Interclínicas sustentou que, por conta da liquidação extrajudicial, seria “impossível a instituição do juízo arbitral, posto que o liquidante não possui capacidade plena para dispor acerca do patrimônio da massa liquidanda.” Ao rejeitar o argumento, e afirmar a possibilidade de instauração do procedimento de arbitragem mesmo diante do processo de liquidação extrajudicial da Interclínicas, o STJ opinou 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.⁴⁰⁹

De modo similar, no caso Jackson Empreendimentos Ltda. v. Diagrama Construtora Ltda (Falida) e Massa Falida de Diagrama Construtora Ltda. (“Caso Jackson”), as partes firmaram contrato de construção contendo cláusula compromissória. Em razão de divergências surgidas na execução contratual, a dona da obra — Jackson Empreendimentos Ltda. (“Jackson”) — ingressou com procedimento arbitral, sob as regras da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (“CCI”), pleiteando a condenação da construtora — Diagrama Construtora Ltda. (“Diagrama”) — nas perdas e danos causadas pelo inadimplemento. No curso do processo, a Diagrama teve a sua falência decretada; e, ato contínuo, o administrador judicial nomeado pelo juízo falimentar ingressou no procedimento arbitral, para pedir a sua descontinuidade por conta da quebra. O tribunal arbitral rejeitou a alegação, prosseguiu regularmente com o procedimento de arbitragem e proferiu sentença, que posteriormente foi levada à habilitação perante o juízo falimentar. Ocorre que a habilitação foi rejeitada sob alegação de que, com a decretação da falência, o procedimento arbitral não poderia ter prosseguido. Jackson interpôs então o competente agravo de instrumento, provido pela Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, em acórdão da lavra do Des. Pereira Calças, que proclamou que:

Verifica-se, assim, sob a óptica da doutrina e jurisprudência invocadas, que, não há qualquer óbice ao prosseguimento de procedimento arbitral derivado de cláusula com promissória válida e eficazmente pactuada, em virtude de superveniente decreto de falência de uma das partes, que não implica na perda retroativa da capacidade da empresa contratante, que é sucedida pela massa falida, representada pelo administrador judicial,

⁴⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Medida Cautelar n. 14.295/SP**. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 09 jun. 2008.

cabendo ao Tribunal Arbitral a apreciação da questão, imprimindo regular processamento à demanda arbitral, sob a égide da Lei n° 9.307/96.⁴¹⁰

O mesmo acórdão, por sua vez, foi utilizado como razão de decidir em dois outros precedentes proferidos pelo mesmo TJSP – caso Kwikasair Cargas Expressas S.A. – Massa Falida v. AIG Capital Investments do Brasil S.A. (“Caso Kwikasair”); e caso Marcpelzer Plastics Ltda. (em recuperação judicial) v. Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE (“Caso Marcpelzer”).

No Caso Kwikasair, as empresas Kwikasair Cargas Expressas S/A e Kwikasair Cargas Expressas S/A – Massa Falida (“Kwikasair”) ingressaram com ação de perdas e danos perante o Poder Judiciário contra AIG Capital Investments do Brasil S/A (“AIG”), sustentando, preliminarmente, a invalidade da convenção de arbitragem constante de contrato firmada entre as partes por conta de “disparidades financeiras” existentes entre as partes, notadamente o fato de Kwikasair estar em estado de falência. A ação, todavia, foi extinta, sem resolução de mérito, em 2º grau de jurisdição, por conta da existência da cláusula compromissória, afirmando-se, após invocar o Caso Jackson, que: “A superveniência da massa falida e indisponibilidade de seus bens não impede a aplicação da Lei n. 9307/96”.⁴¹¹ Essa decisão foi mantida pelo STJ em sede de recurso especial, ocasião em que a Corte Superior reiterou que “é de se concluir que o juízo arbitral, instaurado para apuração de crédito em favor do falido, não sofrerá os efeitos da decretação da falência [...]”.⁴¹²

Já no Caso Marcpelzer, Marcpelzer Plastics Ltda. (“Marcpelzer”) assinou termo de adesão à convenção da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE (“CCEE”), que, por sua vez, estipulava que os litígios entre as partes deveriam ser resolvidos por arbitragem. Por conta de divergências na execução de operações de compra e venda de energia, a Marcpelzer iniciou ação de revisão contratual perante o Poder Judiciário do Estado de São Paulo. O processo, no entanto foi extinto, sem resolução de mérito, ante a existência de convenção de arbitragem. Em apelação, Marcpelzer sustentou, dentre outras razões, que com o decreto de sua falência, não seria possível prosseguir com a instauração do

⁴¹⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 531.020-4/3-00**. Op. cit.. Para ler um comentário sobre a decisão do TJSP, ver: FONTES, Marcos Rolim Fernandes. Op. cit., p. 297-311.

⁴¹¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 644.204-4/4-01**. Rel. Des. Maia da Cunha, 4ª Câmara de Direito Privado, j. 10 dez. 2009.

⁴¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.355.831/SP**. Rel. Min. Sidnei Beneti, voto-vista da Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 19 mar. 2013.

procedimento arbitral. Ao rejeitar o recurso, a 11ª Câmara de Direito Privado, em acórdão da lavra do Des. Gil Coelho, proclamou que:

Embora haja notícia de decreto de falência da autora (fls. 465/466), não há qualquer óbice ao prosseguimento de procedimento arbitral derivado de cláusula compromissória válida e eficazmente pactuada, que não implica na perda retroativa da capacidade da empresa contratante, que é sucedida pela massa falida, representada pelo administrador judicial, cabendo ao Tribunal Arbitral a apreciação da questão, imprimindo regular processamento à demanda arbitral sob a égide da Lei nº 9.307/96 (TJSP Agravo de Instrumento nº 9044554-23.2007.8.26.0000 Relator Des. Pereira Calças j. 25/06/08).⁴¹³

Em todos esses casos, afirmou-se a validade da convenção de arbitragem firmada pelo falido com a alegação de que, quando o negócio fora concluído, a parte ainda detinha capacidade plena.

Na doutrina, há também quem advogue esse entendimento. Assim se vê, por exemplo, em artigo acadêmico de autoria de Grion, Paiva e Andrade Silva,⁴¹⁴ no qual os autores defendem que “A convenção arbitral deverá ser considerada válida e eficaz se, no ato da contratação, havia capacidade plena da parte para a celebração de negócios jurídicos, e não no momento em que efetivamente surge o conflito a ser dirimido por arbitragem”.⁴¹⁵ No mesmo sentido, Faria e Cozer afirmam que, segundo a doutrina, “além de a capacidade dever ser verificada ao tempo da contratação e não após, a massa falida é representada pelo administrador judicial, contando com capacidade processual para participar da demanda arbitral”.⁴¹⁶

Ou seja: tanto para os referidos precedentes do STJ e do TJSP quanto para parte da doutrina foi decisivo, para opinar pela validade da convenção de arbitragem, o fato de que o

⁴¹³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 0144646-17.2011.8.26.0100**. Rel. Des. Gil Coelho, 11ª Câmara de Direito Privado, j. 27 ago. 2015.

⁴¹⁴ GRION, Renato Stephan; PAIVA, Luiz Fernando Valente de; ANDRADE SILVA, Guilherme Piccardi de. op. cit., p. 90

⁴¹⁵ E prosseguem os autores: “Ora, não fosse assim, estaria a validade da convenção arbitral sujeita, ad aeternum, a condições resolutivas, quais sejam, a eventual falta de capacidade contratual das partes envolvidas e a eventual indisponibilidade de seus respectivos direitos patrimoniais. Por tais motivos, parece-nos claro que a presença dos elementos indispensáveis à validade da convenção arbitral, contidos no art. 10 da Lei 9.307/1996, deve ser examinada no ato da celebração desse negócio jurídico, e não após, sob pena de irremediável comprometimento da segurança jurídica necessária a pactos afeitos à escolha da jurisdição arbitral em detrimento da estatal.” (Ibidem, p. 90).

⁴¹⁶ FARIA, Luis Cláudio Furtado; COZER, Felipe Rodrigues. Op. cit., p. 255.

pacto arbitral fora concluído antes do advento da falência, quando o falido era plenamente capaz, não se podendo falar em “perda retroativa” da capacidade.

O fundamento, a nosso ver, não está correto. Como a falência não retira a capacidade do falido, não é o fato de a convenção de arbitragem ter sido firmada antes da quebra que justifica a sua validade. É, de modo distinto, o fato — e somente esse fato — de que a falência não torna o falido incapaz que importa para concluir que a convenção arbitral firmada antes da quebra permanece válida e eficaz.

Aliás, como a quebra não retira a capacidade do falido, não há como cogitar sequer da invalidade ou ineficácia superveniente do negócio, permanecendo a convenção arbitral plenamente válida e eficaz. Segundo a doutrina, os requisitos de validade de qualquer negócio jurídico devem estar presentes no momento da celebração do negócio; e, uma vez firmado validamente, este ingressa no mundo jurídico, não podendo mais se falar em invalidade superveniente.⁴¹⁷ O Direito reconhece, porém, causas de ineficácia superveniente⁴¹⁸ dos negócios jurídicos, que os impedem de produzir efeitos. O próprio STF, no julgamento que assentou a constitucionalidade da LARB, alude à incapacidade superveniente da parte como possível causa de ineficácia superveniente da convenção arbitral.⁴¹⁹ Como, entretanto, a falência não afeta a capacidade do falido, não se cogita de ineficácia superveniente do negócio.

Incorreto, portanto, o fundamento utilizado por parte da jurisprudência e doutrina de que, se a convenção de arbitragem foi firmada antes da quebra, quando a parte era capaz, não seria possível falar em “perda retroativa” da capacidade. Se a falência não afeta a capacidade do falido, não é o fato de a convenção ter sido firmada antes da quebra que garante sua validade. É, de modo exatamente distinto, porque — e exclusivamente porque

⁴¹⁷ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: t. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 323; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Invalidade e ineficácia do negócio jurídico. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Obrigações e contratos**: obrigações: funções e eficácia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 2, p. 639-654, p. 649; e MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**: v. 5, t. 1: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 559.

⁴¹⁸ Cf. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio**... Op. cit., p. 60-61.

⁴¹⁹ Assim disse o Tribunal na ocasião: “No entanto, podem ocorrer situações futuras que inviabilizem a arbitragem. Lembro, por exemplo, a incapacidade superveniente de uma das partes – por doença – ou, mesmo, o seu falecimento tendo deixado herdeiros incapazes. Nessa situação, fato posterior é causa de ineficácia da cláusula compromissória. Tenho como certo que a capacidade da parte, exigida pelo art. 1º, tem que ser contemporânea não só à estipulação da cláusula como à instituição da arbitragem.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206/EP**. Voto do Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, j. 12 dez. 2001).

— a falência não afeta a capacidade do falido, que a convenção de arbitragem permanece válida e eficaz.⁴²⁰

Visto o advento da falência não retira a capacidade do falido, passa-se à análise dos efeitos da quebra para a disponibilidade dos seus bens.

3.1.1.2 O decreto de falência não torna os bens do falido indisponíveis

Buscou-se, na seção anterior, firmar o entendimento de que o decreto de falência não retira a capacidade civil do falido. Nesta seção, por sua vez, há de se desfazer outro equívoco: igualmente incorreta é a conclusão de que, com o advento da falência, os bens do falido se tornariam indisponíveis, por conseguinte invalidando a convenção arbitral.

Não se pode confundir poder de disposição com a natureza disponível ou indisponível de um bem ou direito. O poder de disposição, também chamado de legitimidade para dispor, é o poder que determinada pessoa tem de se desfazer, gratuita ou onerosamente, de um bem ou direito, incluindo também o poder de consumi-lo ou de gravá-lo com ônus reais. Diz, portanto, com a relação do agente com o próprio bem que pretende regular. A disponibilidade de um bem, de outro modo, é uma característica intrínseca do próprio bem, que nada tem que ver com a pessoa propriamente dita do seu titular, e que significa que, para o Direito, o bem pode ser livremente alienado ou negociado.⁴²¹ Os conceitos, portanto, são distintos e não se misturam.

⁴²⁰ Ver, no mesmo sentido, Valença Filho: “Consideramos equivocada a importância atribuída pelo STJ e pelo TJSP à anterioridade da convenção relacionada à inauguração do concurso. Se esta deixa indene a capacidade do devedor, pouco importa o fato de a convenção – ou a instauração da instância arbitral – ser anterior ou posterior à data da inauguração de concurso.” (VALENÇA FILHO, Cláudio de Melo. Op. cit., p. 183).

⁴²¹ Sobre o conceito de disponibilidade, vale conferir, além dos excertos mencionados na seção 2.3.3.2, acima, a lição precisa de Penalva Santos: “A propriedade assegura, em essência, a seu titular a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa. A disponibilidade, por sua vez, representada por uma faculdade da propriedade, constitui o poder de usar, de dispor, de vender, de onerar (hipotecar, apenhar, alienar fiduciariamente em garantia), de administrar, de destruir e de reavê-la de quem injustamente a possui ou detenha, na forma da capitulação do art. 1228 do novo Código Civil. A característica principal da disponibilidade é a possibilidade de ser destacada da propriedade, voluntária ou compulsoriamente, na intervenção, na liquidação extrajudicial e na falência, por ato do interventor, do liquidante extrajudicial ou do juiz. A disponibilidade foi muito bem analisada por Lafayette Rodrigues Pereira (cf. MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, passim). Na decomposição do domínio, no item 5º, Lafayette (Direito das Coisas, Ed. Freitas Bastos, 1940, p. 79) concebeu ‘o de dispor dela, isto é, de aliená-la em todo ou em parte, por título oneroso ou gratuito, de gravá-la com ônus reais e de abandoná-la (Ord. L: 4, T. 11, 36, §1o, T. 43, §11. De 20 de junho de 1774, preamb. No direito de dispor os romanos compreendiam o *jus abutendi*)’.” (PENALVA SANTOS, J. A. O instituto da arbitragem no âmbito da recuperação judicial. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva (coord.). **Arbitragem doméstica e internacional**: estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 155-171, p. 158-159). Ver, também, GONÇALVES, Eduardo Damião. Op. cit., p. 176-184; e MATTOS NETO, Antônio José de. Op. cit., p. 221 et seq.

No caso da falência, o que ocorre, de acordo com o disposto nos arts. 103 e 104 da LREF, é a perda, pelo falido, do poder de administrar e dispor dos seus bens e o seu desapossamento direto, mas essa restrição não afeta, de nenhum modo, a natureza propriamente dita desses bens, que, se eram disponíveis antes da quebra, continuarão sendo no curso do processo falimentar.⁴²²

Aliás, a própria razão de ser do processo falimentar é arrecadar e alienar os bens do falido para pagar os credores, de onde se conclui que os bens sujeitos ao concurso são — e assim permanecem no curso da falência — plenamente disponíveis, nada obstante a perda

⁴²² No mesmo sentido: “Analisando o art. 103 da Lei de Falências e Recuperação, é possível concluir, inicialmente, que estariam os bens do falido indisponíveis. Em parte, essa afirmação está correta, pois o próprio falido não mais poderá dispor de seus bens e administrá-los. Contudo, é importante ressaltar que a indisponibilidade está voltada para o falido, e não para os bens que integram o seu patrimônio. Os bens do falido passam a compor a massa falida e seguirão disponíveis, desde que observados os requisitos previstos em lei.” (MORAES, Felipe Ferreira Machado. Arbitragem e falência. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma M. Ferreira; MARTINS, Pedro A. Batista (coord.). **20 anos da Lei de Arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. Rio de Janeiro: Atlas, 2017, p. 763-792, p. 771-772). E também Toledo: “Vale a pena insistir que, na verdade, os bens do falido não são indisponíveis. Ele, o devedor, é que não pode ‘deles dispor’, consoante determina o art. 103, caput, da Lei 11.101/2005. Muito ao contrário, na falência, é exatamente a disposição dos bens do falido, por meio do mecanismo legal de realização do ativo, que irá proporcionar aos credores a satisfação (relativa, é claro) de seus créditos. O argumento da indisponibilidade não resiste, portanto, a um enfoque mais acurado.” (TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. Arbitragem... Op. cit., p. 41). Por fim, cite-se, ainda, Fitchner, Mannheimer e Monteiro: “Por esta razão, a decretação da falência em nada afeta a existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem, devendo-se descartar, ainda, a tese da inarbitrabilidade superveniente da massa falida, mas apenas retira da sociedade empresária falida o poder de disposição sobre aquele acervo, transferindo-o ao administrador judicial, mediante autorização do Comitê de Credores ou, na sua ausência, do juízo da recuperação judicial.” (FITCHNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 458). Esta também é a opinião, sob a ótica do direito italiano, de Satta: “Como, de fato, a penhora produz a perda da administração e da disponibilidade de um bem, sobre o qual pesa a medida executiva, da mesma forma a falência produz a perda da administração e da disponibilidade de todo o patrimônio, porque todo o patrimônio está sujeito à execução. A propriedade dos bens permanece do devedor, e pesa sobre ele a responsabilidade dos atos que venham a ser executados na administração do curador. Porém, e esta é a diferença de consequência, não de natureza, em relação à penhora, a perda da administração e da responsabilidade da parte do devedor implica que ele não pode mais assumir novas obrigações, nem, de qualquer forma, mudar *in peius* a situação do patrimônio que existia no momento da declaração de falência. É verdade que esta diferença impressionou ainda mais a doutrina, e a induziu a falar de perda da propriedade: mas para nos convenceremos do erro, basta pensar que não é verdade que a propriedade do devedor seja absolutamente insensível às novas obrigações: é insensível somente às contratadas pelo falido, não às contratadas por meio do curador, que, aliás, devem ser atendidas integralmente (ou seja, com todos os bens do devedor e preferencialmente aos credores anteriores).” Tradução livre de: “*Come infatti il pignoramento produce la perdita della amministrazione e della disponibilità del singolo bene, sul quale grava la misura esecutiva, così il fallimento produce la perdita dell’amministrazione e della disponibilità di tutto il patrimonio, perché tutto il patrimonio è assoggettato all’esecuzione. La proprietà dei beni rimane al debitore, e su di lui grava la responsabilità degli atti che nell’amministrazione del curatore vengano posti in essere. Ma, e questa è la differenza di conseguenze, non di natura, rispetto al pignoramento, la perdita dell’amministrazione e della responsabilità da parte del debitore comporta che egli non può più assumere nuove obbligazioni, né comunque mutare in peius la situazione del patrimonio quale sussisteva al momento della dichiarazione di fallimento. È certo questa differenza che ha impressionato maggiormente la dottrina, e l’ha indotta a parlare di perdita della proprietà: ma per convincersi dell’errore basta pensare che non è vero che la proprietà del debitore sia assolutamente insensibile alle nuove obbligazioni: è insensibile solo a quelle contratte del fallito, non a quelle contratte a mezzo del curatore, che anzi devono essere soddisfatte integralmente (cioè con tutti i beni del debitore e preferenzialmente ai creditori anteriori).*” (SATTA, Salvatore. **Istituzioni di Diritto Fallimentare**. 4. ed. Roma: Foro Italiano, 1953, p. 123).

do poder de disposição pelo devedor.⁴²³ Nessa linha, o art. 22, § 3º, da LREF,⁴²⁴ prevê inclusive, *a contrario sensu*, que o administrador judicial poderá transigir sobre os bens e direitos que integram a massa e conceder abatimento de dívidas, desde que mediante autorização judicial e ouvidos o comitê de credores e o falido. Não há de se falar, portanto, em indisponibilidade dos bens e direitos submetidos ao concurso.

Uma vez esclarecido que os bens do falido não se tornam indisponíveis com o decreto de quebra, pode-se deduzir que nada se passa, também nesse plano, com a convenção de arbitragem.

O art. 1º da LARB prevê textualmente que “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a *direitos patrimoniais disponíveis*”.

Desse modo, se para firmar convenção de arbitragem os bens ou direitos que serão disputados devem ser patrimoniais e disponíveis, mas se o decreto de falência não torna os bens e direitos do falido indisponíveis, tão somente retirando-lhe o poder de administrar e dispor dos mesmos, conclui-se que uma cláusula compromissória firmada pelo falido antes do advento da quebra não se torna inválida ou ineficaz. Isto é, como o advento da falência não afeta a disponibilidade dos bens e direitos do falido, isso não tem, no plano da disponibilidade, nenhuma relevância para aferir a validade da convenção de arbitragem.⁴²⁵

É incorreta, portanto, a ideia de que a perda do poder de administração e disposição tornaria os bens e direitos submetidos ao concurso indisponíveis, invalidando uma convenção de arbitragem. A decretação da falência não afeta a natureza dos bens e direitos submetidos ao concurso, e a convenção arbitral firmada antes da quebra afigura-se válida e eficaz.

À parte dos equívocos apontados, existem os acertos, como se buscará indicar a seguir.

⁴²³ Cf. TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. Arbitragem... Op. cit., p. 41.

⁴²⁴ “Art. 22. [...] § 3º Na falência, o administrador judicial não poderá, sem autorização judicial, após ouvidos o Comitê e o devedor no prazo comum de 2 (dois) dias, transigir sobre obrigações e direitos da massa falida e conceder abatimento de dívidas, ainda que sejam consideradas de difícil recebimento.” (Lei n. 11.101/2005).

⁴²⁵ Compartilham deste entendimento de que a convenção de arbitragem não é afetada pela perda do poder de administração e disposição pelo falido: MORAES, Felipe Ferreira Machado. **A utilização...** Op. cit., p. 65-67; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Op. cit., p. 183-187; e TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. Arbitragem... Op. cit., p. 51.

3.1.1.2.1 O acerto da jurisprudência

Correta, nesse sentido, a posição do TJSP no já citado Caso Jackson, no qual, ao dar provimento a recurso de agravo de instrumento para determinar a inclusão no quadro geral de credores da falência de crédito representado por sentença arbitral, foi afirmado o seguinte:

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 n. 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 n° 9 307/96 à convenção de arbitragem anteriormente pactuada, eis que, caberá à Massa Falida, 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.⁴²⁶

Esse mesmo racional foi renovado — ainda que de maneira mais genérica — no caso Sano S.A. Indústria e Comércio (Massa Falida) v. Voith Verfahrenstechnik Gmgh & Co KG, Voith Paper Máquinas e Equipamentos Ltda. e J. M. Voith Aktiengesellschaft (“Caso Sano”). Na hipótese, a Sano S.A. Indústria e Comércio (Massa Falida) (“Sano”) ingressou com ação declaratória de nulidade de cláusulas contratuais c/c indenização por perdas e danos em face de Voith Verfahrenstechnik Gmgh & Co KG e Outras (“Voith”). Essa ação, contudo, foi extinta em primeiro grau de jurisdição pela existência de cláusula compromissória. A Sano, então, apresentou recurso de apelação e sustentou que o advento da sua falência se constituiria em fato novo impondo a reanálise da validade da convenção de arbitragem. Ao negar provimento ao recurso de apelação, a 35ª Câmara de Direito Privado do TJSP veio a afirmar que “a decretação de falência da apelante, após a celebração do contrato (fls. 313-315) não constitui fato novo hábil a obstar o cumprimento de convenção de arbitragem pactuada anteriormente à quebra, por falta de amparo legal”.⁴²⁷

Portanto, também a perda do poder de administrar e dispor dos bens e direitos submetidos ao concurso não afeta a validade e a eficácia da convenção de arbitragem firmada pelo falido antes da falência.

Além disso, retomando o raciocínio da seção 3.1.1.1.1, acima, como a quebra não altera a natureza disponível dos bens do falido, não se pode falar em ineficácia

⁴²⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 531.020-4/3-00**. Op. cit.

⁴²⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 0176616- 06.2009.8.26.0100**. Rel. Des. Melo Bueno, 35ª Câmara de Direito Privado, j. 26 mar. 2012.

superveniente, devendo a convenção arbitral ser efetivamente cumprida. Do mesmo modo que a incapacidade superveniente, a indisponibilidade superveniente do direito pode causar a ineficácia superveniente da convenção de arbitragem. O mesmo STF, por ocasião do julgamento que assentou a constitucionalidade da LARB, também expressou, no voto do Min. Nelson Jobim, que a indisponibilidade do direito submetido à arbitragem também teria o condão de tornar a convenção de arbitragem ineficaz.⁴²⁸ Como, contudo, a falência não torna os bens do falido indisponíveis, não se pode falar sequer em ineficácia superveniente da convenção de arbitragem, que permanece válida e eficaz.

Correta, portanto, a posição defendida por parte da jurisprudência de que, como a falência não torna os bens do falido indisponíveis, nada se passa com relação à validade da convenção arbitral.⁴²⁹

3.1.2 A convenção de arbitragem firmada pelo falido depois do decreto de quebra é válida, mas ineficaz

A segunda questão que se coloca – em seguida à questão da validade da convenção de arbitragem firmada pelo falido anteriormente ao processo de falência – é se pacto arbitral firmado pelo falido depois do decreto de quebra se afigura inválido ou ineficaz. Parte substancial da doutrina defende que a convenção de arbitragem firmada após o advento da quebra seria inválida porque o falido teria perdido o poder de administrar e dispor dos seus bens.⁴³⁰ Como ele não teria livre disponibilidade sobre os ativos, não seria possível firmar o pacto arbitral. Aqui também, contudo, a análise não está correta.

⁴²⁸ Disse o Ministro: “Para as situações em que, embora o contrato trate de interesses disponíveis, o litígio dele decorrente seja indisponível, o que se terá é a ineficácia da cláusula compromissória quanto a esse litígio indisponível.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206/EP**. Op. cit., voto do Min. Nelson Jobim).

⁴²⁹ Há, no entanto, na doutrina, quem incorra no mesmo equívoco apontado no item 3.1.1.1.1, no sentido de fundamentar a validade da convenção de arbitragem, sob a alegação de que, quando ela foi firmada, os bens do falido ainda eram disponíveis. Valem-se, assim, de aspecto exclusivamente – e insuficientemente – temporal para justificar a validade da convenção de arbitragem. A esse respeito, citem-se, por exemplo, as posições de: TEPEDINO, Ricardo. Op. cit., p. 365; e BALBINO, Inês. op. cit., p. 214-215. A nosso ver, a posição está equivocada. Já que a falência não implica a indisponibilidade dos bens do falido, o aspecto temporal é irrelevante para responder a essa questão.

⁴³⁰ A título exemplificativo, enuncie-se o entendimento de Crippa: “O art. 1º da Lei 9.307/1996 estabelece que a arbitragem somente pode ser utilizada para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Assim, se a convenção de arbitragem tiver sido contratada pelo devedor posteriormente à data da quebra, terá sido contratada por quem estava proibido de fazê-lo e, consequentemente, será inválida. Como será visto adiante, após a quebra, somente o administrador judicial poderia celebrar convenção de arbitragem em nome da massa falida, desde que fosse autorizado pelo juízo falimentar e o uso da arbitragem fosse conveniente aos interesses da massa falida.” (CRIPPA, Carla de Vasconcelos. Recuperação Judicial, falência e arbitragem.

3.1.2.1 A convenção de arbitragem firmada pelo falido após o decreto de quebra é válida, mas ineficaz

Incorreta, inicialmente, a ideia de que como o falido perde o direito de administrar e dispor dos seus bens com o advento da falência, as convenções de arbitragem por ele firmadas após a quebra seriam inválidas.

De acordo com o disposto no art. 103 da LREF o falido perde a legitimidade⁴³¹ para administrar e dispor dos bens submetidos ao concurso falimentar.

Ocorre que — diferentemente da capacidade, requisito de validade dos negócios jurídicos em geral (ou seja, destes constitui elemento da estrutura interna) —, a legitimidade localiza-se somente no plano da produção de efeitos dos negócios no mundo jurídico, afigura-se externa em relação a sua estrutura e, portanto, constitui-se em fator de eficácia do negócio jurídico.⁴³²

Revista de Arbitragem e Mediação, v. 8, n. 29, p. 183-206, abr./jun. 2011, p. 187). Também Almeida e Ramalho: “Isto posto, havendo a perda, pelo devedor, do poder de dispor da atividade e dos seus bens com a decretação de falência, é evidente que este não pode celebrar uma convenção de arbitragem após a quebra, tendo em vista que o falido (i) perde a representação da sua atividade, assim como, (ii) o poder de dispor e administrar seus bens.” (ALMEIDA, José Gabriel Lopes Pires Assis de; RAMALHO, Matheus Sousa. Op. cit., p. 125/126). E, ainda, Armelin (: “Evidentemente, em se tratando de execuções concursais pendentes, com a perda pelo executado da disponibilidade de seus bens, arrecadados para se integrarem na massa direcionada à satisfação dos direitos dos credores, Não há, sob o prisma do direito brasileiro, como celebrar convenção de arbitragem válida, até porque esta exige, de forma expressa e inequívoca, que o seu objeto seja, exclusivamente, direitos patrimoniais disponíveis.” ARMELIN, Donald. A arbitragem... Op. cit., p. 18-19). E, ainda, Saddi: “Se na falência a convenção de arbitragem tiver sido contratada pelo devedor posteriormente à data da quebra, não lhe assiste qualquer direito a fazê-lo, e é nulo, portanto.” (SADDI, Jairo. Arbitragem em matéria falimentar e liquidação extrajudicial. In: CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de; WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge; GUERREIRO, Carolina Dias Tavares (coord.). **Direito Empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 641-662, p. 654-655). No plano internacional, vale conferir: WAGNER, Philipp. Op. cit., p. 9.

⁴³¹ Ver, além das doutrinas citadas na seção 1.3.1, acima, Verçosa: “Muitas vezes a legitimação se desliga por determinação legal do sujeito do direito, passando para outra pessoa. É o que ocorre na falência, quando o titular para a administração dos bens do falido passa para a pessoa do administrador judicial (LREF, art. 103), que passa a ter, inclusive, o poder de realizar contratos em nome e em benefício da massa falida (LREF, art. 117 e 118).” (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Direito comercial: teoria geral do contrato**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 175).

⁴³² Vale, ainda que brevemente, distinguir invalidade de ineficácia. Invalidade dá-se quando há vício ou ausência de um dos pressupostos de validade do negócio jurídico, constituindo uma deficiência interna, na própria estrutura, nos elementos constitutivos, do negócio. Ineficácia, de modo distinto, ocorre quando, apesar de válido, existe algum obstáculo externo à estrutura do negócio que o impede, total ou parcialmente, temporária ou permanentemente, de produzir seus efeitos no mundo jurídico. Ver, a respeito: GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19. ed. Op. cit., p. 422); e GALVÃO TELLES, Inocêncio. **Manual dos contratos em geral**. 3. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 1965, p. 329. No mesmo sentido, conferir Serpa Lopes: “A ineficácia pode ser entendida num sentido amplo e num sentido restrito. Num sentido amplo, ela compreende todas as modalidades de ineficácia de um negócio jurídico, decorra de um vício de forma ou de fundo, ou seja um produto de qualquer outra causa. Num sentido estrito, é que ela se diferencia da nulidade. Esta parte de uma deficiência intrínseca, ao passo que a ineficácia em sentido estrito decorre de uma deficiência

A respeito disso, Messineo traça precisa distinção entre os conceitos de “capacidade” e “poder de disposição”, concluindo que a falta da primeira é causa de invalidade do negócio; e do último, de ineficácia. Por sua clareza, vale a transcrição:

Non deve ser confundido com a capacidade o que foi chamado de poder de dispor (ou poder de disposição), e que consiste no fato de que o sujeito está habilitado pela lei a privar-se de um bem econômico, objeto de direito. [...] Em questões contratuais, estes princípios (que, por outro lado, a lei não enuncia explicitamente) são aplicados no sentido de que, se qualquer uma das partes contratantes não tiver o poder de disposição sobre o direito que constitui o objeto do contrato, os efeitos desejados não são alcançados: o contrato é ineficaz (veja Cap. XIV, n. 3), mas não inválido (veja abaixo). [...] Além disso, enquanto a capacidade de agir é necessária para o aperfeiçoamento do contrato, o poder de disposição é necessário para fins de eficácia do contrato. Disto resulta que, sem a capacidade de agir, o contrato é inválido (anulável), enquanto que, sem poder de disposição, o contrato é ineficaz (veja Cap. XIV, n. 13).⁴³³

Na realidade, como explica Azevedo (2002, p. 60), a falta de legitimidade pode até, eventualmente, causar a invalidade de um negócio jurídico, quando ela — a legitimidade — se afigurar como uma “qualidade do agente consistente na aptidão, obtida por consentimento de outrem, para realizar validamente um negócio jurídico”. É a chamada “legitimidade —

extrínseca. O negócio simplesmente ineficaz está aparelhado de todos os elementos essenciais e pressupostos de validade, de modo que a sua eficácia está apenas impedida por uma circunstância de fato e extrínseca. Assim, a ineficácia pode caracterizar-se pelo efeito de uma condição suspensiva, em razão do não cumprimento de uma formalidade necessária à oponibilidade do ato de compra e venda de certos bens imóveis, como o automóvel, ou ainda de um evento superveniente da mais diversa natureza, como a ingratidão do donatário produzindo a ineficácia da doação, a de certos negócios jurídicos em consequência da decretação da falência, v.g., as hipotecas constituídas no período suspeito. Na ineficácia, o ato é bifronte: válido, em face das partes contratantes, ineficaz em face de terceiros, visto que, em face destes, os seus efeitos estão subordinados secundariamente às consequências da invalidade.” (SERPA LOPES, Miguel Maria de. Op. cit., p. 445). E, ainda, Pereira: “Em sentido estrito, considera-se ineficácia a recusa de efeitos quando, observados, embora, os requisitos de válida, intercorre obstáculo extrínseco que impede que se complete o ciclo de perfeição do negócio, como, por exemplo, a falta de registro quando indispensável. A ineficácia pode ser originária ou superveniente, conforme o fato impeditivo da produção de efeitos seja simultâneo ou ocorra posteriormente, operando retroativamente. Pode dar-se, ainda, que a ineficácia originária venha a cessar como é o caso do ato subordinado à condição suspensiva. Ele está completo como negócio jurídico, porém dependendo sua eficácia do implemento da mesma.” (PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**: v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, p. 35-36).

⁴³³ Tradução livre de: “No debe confundirse con la capacidad lo que se ha llamado poder de disponer (o poder de disposición), y que consiste en el hecho de que el sujeto está habilitado por la ley para privarse de un bien económico, objeto de derecho. [...] En materia contractual estos principios (que, por otra parte, la ley no enuncia explícitamente) reciben aplicación en el sentido de que, si el uno o el otro de los contratantes carece del poder de disposición sobre el derecho que forma materia del contrato, no se consiguen los efectos queridos: el contrato es ineficaz (véase Cap. XIV, n. 3), pero no inválido (véase infra). [...] Además, mientras la capacidad de actuar es necesaria para el perfeccionamiento del contrato, el poder de disposición se requiere a los fines de la eficacia del contrato. De esto resulta que, sin capacidad de actuar, el contrato es inválido (anulable), en tanto que, sin poder de disposición, el contrato es ineficaz (véase Cap. XIV, n. 13).” (MESSINEO, Francesco. **Doctrina general del contrato**. Tradução de R. O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo e M. Volterra. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1986, t. 1, p. 87).

requisito de validade”.⁴³⁴ É o caso, entre outros, do ascendente que, por conta da sua relação de parentesco, não pode alienar bens aos seus descendentes, sem o consentimento dos demais.⁴³⁵ Contudo, esse não é o caso dos negócios jurídicos firmados por quem não tem o poder de dispor, como é na hipótese do falido em relação aos bens e direitos submetidos ao concurso. Nesses casos — negócios jurídicos firmados por quem não tem legitimidade para dispor — está-se diante, segundo o referido autor, de falta da chamada “legitimidade-fator de eficácia”. É terminologia precisa referente a “aptidão, obtida pelo fato de estar o agente na titularidade de um poder, para realizar eficazmente um negócio jurídico”. A falta desse tipo de legitimidade torna os negócios, apesar de válidos, ineficazes.⁴³⁶

Assim, quando o falido firma um negócio jurídico relativamente aos bens sujeitos ao concurso em violação da restrição legal que lhe retirou o poder de administrar e deles dispor, o negócio jurídico preenche a todos os pressupostos de validade.⁴³⁷ O que falta, na verdade, a esse negócio, é a legitimidade para dispor, elemento externo aos referidos pressupostos de validade, não configurando causa de invalidade do negócio jurídico, mas de ineficácia, isto

⁴³⁴ Bernardes de Mello também opina sobre a questão: “As consequências da incapacidade e da falta de legitimação também são diferentes. Enquanto a incapacidade leva, sempre, à invalidade, a falta de legitimação pode acarretar (a) somente a ineficácia do negócio jurídico em relação ao titular do bem ou direito de que se dispôs, ou, em algumas espécies, (b) a nulidade, como ocorre na transmissão, pela efetiva tradição de bem móvel.” (BERNARDES DE MELLO, Marcos. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. Op. cit., p. 36).

⁴³⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio...** Op. cit., p. 60.

⁴³⁶ Confira-se: “São casos de negócios em que há falta de legitimidade-fator de eficácia: as vendas a no domino, os atos do mandatário sem poderes (desde que aquele que contratou com o mandatário ignore a falta de poderes), as alienações de bem próprio, quando o proprietário já perdeu o poder de disposição (por exemplo, comerciante com falência decretada; executado, que vende bem penhorado) etc. Os negócios realizados nessa situação são válidos e, até mesmo, têm eficácia entre as partes (podem ser rescindidos e dão origem a perdas e danos por inadimplemento); falta-lhes, porém, a eficácia diretamente visada, que, como se percebe, implica os efeitos do negócio se projetarem também na esfera jurídica de terceiros. O poder, resultante da relação jurídica legitimamente, é, pois, aí, fator de atribuição de eficácia diretamente visada; sem ele, o negócio é ineficaz em relação aos terceiros. Aliás, basta pensar que, em princípio essas pessoas não precisam agir para destruir o ato, para perceber o quanto essa situação de falta de legitimidade-fator de eficácia difere não só da nulidade (o que é evidente), mas também da anulabilidade.” (Ibidem, p. 60). De modo similar, Roppo: “Por vezes, porém, os efeitos de um contrato lesam, de facto, interesses de terceiros que o legislador considera particularmente dignos de tutela. Nestes casos o direito intervém, estabelecendo que o contrato é ineficaz em relação a esses terceiros: em relação a estes, portanto, aquele contrato é tido como se não fora concluído. Imagine-se que A vende a B grande parte dos seus bens: este contrato prejudica o terceiro C, credor de A, que assim vê diminuídas as garantias do seu crédito e portanto as possibilidades de ser satisfeito. Sob certas condições, C pode fazer declara ineficaz em relação a si este acto de disposição praticado pelo seu devedor (impugnação pauliana: arts. 2901 e segs. cód. civ.; mas Cf. também os arts. 44 c. 1 e 64 e segs. lei falimentar): em concreto, não obstante os bens de A terem sido vendidos a B, C pode reagir executivamente sobre eles para satisfação do seu crédito. Note-se que contrato ineficaz não significa contrato inválido (nulo ou anulável: ver infra, neste cap. 4.4 e cap. IV, 2.5): o contrato é válido e os seus efeitos produzem-se regularmente entre as partes e operam (são oponíveis) em relação à generalidade dos terceiros; simplesmente, eles não operam (não são oponíveis) em relação aos terceiros que com a sanção da ineficácia se quer tutelar.” (ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 130-131).

⁴³⁷ “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.” (Lei. n. 10.406/2002).

é, de não produção de efeitos, total ou parcialmente, no mundo jurídico.⁴³⁸ Vale transcrever, a esse respeito, a sempre precisa lição de Pontes de Miranda:

[...] Um dos exemplos de lamentável confusão entre incapacidade e ineficácia tem-se nos que escreveram sobre perda da administração e do poder de dispor por parte dos falidos. Na própria lei está escrito “nulidade” onde se devera ter dito “ineficácia” (Decreto-lei n. 7.661, art. 40, § 1.0); porém uma das mais altas e prestantes funções dos juristas é a de definir o conteúdo dos termos empregados pela lei, para que flua, sem contradições, o sistema jurídico, que é sistema lógico.⁴³⁹

Como aponta o autor, a prova de que a sanção para os atos praticados pelo falido após o advento da quebra é de ineficácia, e não de nulidade, está em que, recobrando o ex-

⁴³⁸ A título de comparação, note-se que a solução aqui aventada é similar àquela adotada no Direito italiano, como se lê de Parisi: “O desapossamento de bens não implica para o falido a perda da capacidade de agir com referência aos bens afetados pelo desapossamento; isso implica que todos os atos realizados pelo falido com o objetivo de comprometer a “cristalização” do próprio patrimônio, ocorrida após a falência, não serão inválidos, mas poderão ser atingidos pela ineficácia ex art. 44 l.f., permanecendo, conseqüentemente, inoponíveis à falência, e isso independentemente da eventual boa-fé do terceiro.” Tradução livre de: “*Lo spossessamento non implica in capo al fallito la perdita della capacità di agire con riferimento ai beni colpiti dallo spossessamento; ciò comporta che gli atti compiuti dal fallito volti a compromettere la “cristallizzazione” del proprio patrimonio intervenuta a seguito del fallimento, non saranno invalidi ma potranno essere colpiti da inefficacia ex art. 44 l.f., restando conseguentemente inopponibili al fallimento e ciò a prescindere dall’eventuale buona fede del terzo.*” (PARISI, Antonio. Artigo 42: beni del fallito. In: CAVALLINNI, Cesare. **Commentario alla legge fallimentare**: artt. 1–63. Egea, 2010, p. 881-894, p. 884-885). Leitura semelhante se depreende de Guglielmucci: “A perda do poder de dispor, da parte do falido, implica a ineficácia dos atos efetuados por ele. Dado que o falido é privado da legitimação (ou poder de disposição), não da capacidade de agir, os atos efetuados por ele são válidos, porém ineficazes em relação aos credores. Deste modo, por exemplo, se o falido aliena um bem contido na falência, a propriedade é transferida para o terceiro comprador, mas o bem permanece sujeito à execução concursal. A validade do ato não fica privada de relevância concreta; se, de fato, a falência se encerra sem que o bem do qual a falência dispôs seja vendido coercitivamente, a aquisição do comprador permanece inalterada; se o bem é vendido coercitivamente e o comprador perde a sua propriedade, o falido pode ser chamado a responder por evicção.” Tradução livre de: “*La perdita, da parte del fallito, del potere di disporre implica l’inefficacia degli atti da lui compiuti. Poiché il fallito è privato della legittimazione (o potere di disposizione) non della capacità di agire, gli atti da lui compiuti sono validi, ma inefficaci nei confronti dei creditori. Così, ad esempio, se il fallito aliena un bene compreso nel fallimento, la proprietà si trasferisce al terzo acquirente, ma il bene rimane soggetto all’esecuzione concorsuale. La validità dell’atto non rimane priva di rilievo concreto; se, infatti, il fallimento si chiude senza che venga coattivamente venduto il bene del quale il fallimento ha disposto, l’acquisto dell’avente causa del fallito rimane fermo; se il bene viene coattivamente venduto e l’avente causa del fallito ne perde la proprietà, il fallito può essere chiamato a rispondere dell’evizione.*” (GUGLIELMUCCI, Lino. Gli effetti del fallimento per il fallito. In: VASSALLI, Francesco; LUISO, Francesco P.; GABRIELLI Enrico. Trattato di Diritto Fallimentare e Delle Altre Procedure Concorsuali, v. 3: **Gli effetti del fallimento**, Torino: Giappichelli, 2014, p. 1-48, p. 10). Aliás, a lei falimentar italiana contém dispositivo expresso, prevendo que os atos praticados pelo falido relativamente aos bens e direitos submetidos ao concurso são ineficazes (ITÁLIA. Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267, art. 44). Ainda a título de comparação, confira-se também que o Código de Insolvência e Recuperação de Empresas português prevê, no seu art. 81, que “São ineficazes os actos realizados pelo insolvente em violação do disposto nos números anteriores, respondendo a massa insolvente pela restituição do que lhe tiver sido prestado apenas segundo as regras do enriquecimento sem causa, salvo se esses actos, cumulativamente: a) Forem celebrados a título oneroso com terceiros de boa fé anteriormente ao registo da sentença da declaração de insolvência efectuado nos termos dos n.os 2 ou 3 do artigo 38.º, consoante os casos; b) Não forem de algum dos tipos referidos no n.º 1 do artigo 121.” (PORTUGAL, DL n. 53/2004).

⁴³⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: t. 28. Op. cit., p. 230-232.

falido o poder de dispor do seu patrimônio após o encerramento da falência, deve ocorrer a pós-eficacização dos atos praticados pelo próprio falido.⁴⁴⁰ Por isso, aliás, o jurista criticava a utilização do termo “nulidade” no art. 40 do Decreto-Lei n. 7.661/1945 (Decreto-Lei n. 7.661/1945),⁴⁴¹ que felizmente veio ser suprimido do art. 103 da LREF.

Se, portanto, o decreto de falência retira do falido o poder de administrar e dispor dos seus bens e se a sanção cominada pelo ordenamento positivo para o caso de atos praticados por quem não tem o poder de dispor é de ineficácia, pode-se igualmente concluir isto: se o falido, após o advento da quebra, firmar uma convenção de arbitragem relativamente aos bens e direitos sujeitos ao concurso, essa convenção será válida, mas ineficaz. Defende essa posição Valença Filho, para quem “A convenção de arbitragem permanece válida, porém relativamente ineficaz, já que não oponível à massa [...]”.⁴⁴² É dizer que a falta de legitimidade não atinge a estrutura interna da convenção de arbitragem firmada pelo falido após o advento da quebra relativamente aos bens e direitos submetidos ao concurso, que ingressa regularmente no mundo jurídico, mas a impede de propagar efeitos.

Por fim, registre-se que essa conclusão — a de que a convenção de arbitragem firmada pelo falido após o decreto de quebra é válida, mas ineficaz — não se altera pelo fato de que com o advento da quebra, o falido fica inabilitado para o exercício da atividade empresarial. Quando a LREF inabilita o falido para o exercício da atividade empresarial, a Lei está o impedindo de exercer profissionalmente qualquer atividade econômica organizada para a produção de bens e serviços.⁴⁴³ O impedimento legal, todavia, não afeta a validade e eficácia dos atos jurídicos praticados pelo falido individualmente considerados,⁴⁴⁴ que serão

⁴⁴⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: t. 28. Op. cit., p. 233-235. Confira-se: “[...] Primeiro, trata-se de ineficácia, e não de nulidade, tanto assim que, recobrando o poder de dispor o ex-falido, ou adquirindo o direito de que dispôs, se dá a pós-eficacização, conforme os princípios. Segundo, a ação para se apreciar o ato de disposição pelo falido sem poder de dispor é ação declarativa negativa de eficácia, e não ação constitutiva negativa. A máxima *Quod nullum est, nullum producit effectum* não tem qualquer cabimento; a ineficácia é ineficácia relativa. [...]” (Ibidem, p. 232). Confira-se, no mesmo sentido, o escólio de Penalva Santos: “No curso da falência, o devedor falido perde a disponibilidade, a administração e a posse dos bens arrecadados, constantes da massa ativa (massa falida), embora conserve a sua propriedade; logo, o falido pode vendê-los sob condição de, se um dia, no futuro, terminada a falência, esses bens ainda pertencerem ou voltarem a lhe pertencer, aquela venda produzirá efeitos em relação ao comprador (venda de coisa futura). No curso da falência, a venda é ineficaz em relação à massa falida, pela simples razão de que, ao falido foi retirada a disponibilidade, a posse e a administração desses bens.” (PENALVA SANTOS, J. A. Op. cit., p. 159).

⁴⁴¹ Ainda sob a égide do Decreto-Lei n. 7.661/1945, o STJ, seguindo o equívoco que consta da legislação, manifestou-se no sentido de que os atos de administração e disposição dos bens submetidos ao concurso praticados pelo falido após a quebra seriam nulos (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 154.789/SP**. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª T., j. 07 dez. 1999).

⁴⁴² VALENÇA FILHO, Cláudio de Melo. Op. cit., p. 184.

⁴⁴³ Sobre os efeitos da inabilitação prevista no art. 102 da LREF em geral, ver seção 1.3.1, acima.

⁴⁴⁴ Sobre os efeitos da violação à inabilitação do art. 102 da LREF, ver seção 1.3.1, acima.

analisados de acordo com os seus requisitos legais. A inabilitação empresarial, portanto, não tem nenhuma importância para a validade da convenção arbitral.

Incorreta a nosso ver, portanto, a posição sustentada por parte substancial da doutrina de que a convenção de arbitragem firmada pelo devedor após o advento da quebra seria inválida. A cláusula arbitral firmada pelo falido após o decreto de falência continua válida, mas se afigura ineficaz.

Assentado que a convenção de arbitragem firmada pelo devedor após o advento da quebra é ineficaz, mas permanece válida, resta ainda perquirir se essa ineficácia seria absoluta ou relativa.

3.1.2.2 A ineficácia da convenção de arbitragem firmada pelo falido após o decreto de quebra é relativa, não absoluta

Diz-se que a ineficácia é absoluta quando o negócio jurídico não produz efeitos de um modo geral no mundo jurídico, isto é, em relação a ninguém.⁴⁴⁵ De modo distinto, é relativa “quando o negócio jurídico é ineficaz para uma, ou para algumas pessoas, e eficaz para outra, ou para outras”.⁴⁴⁶

No caso específico da prática de atos pelo falido após o advento da falência, Pontes de Miranda⁴⁴⁷ acertadamente assevera que deve prevalecer o entendimento da relatividade da ineficácia, restrita ao concurso de credores na medida em que decorre da perda do poder de administrar e dispor dos seus bens em benefício dos mesmos.⁴⁴⁸ Opinam no mesmo sentido Batalha e Batalha,⁴⁴⁹ arguindo que “os atos praticados em violação aos preceitos

⁴⁴⁵ Para Pontes de Miranda, na ineficácia absoluta “se exclui todo efeito ao ato jurídico *strictu sensu* ou ao negócio jurídico” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: t. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 132).

⁴⁴⁶ *Ibidem*, p. 136. Para Azevedo, “a ineficácia pode ser simples, ou pendente, quando falta um elemento integrativo à plena eficácia de um negócio em formação, seja de um elemento acessório exigido pelas partes (negócios sob condição suspensiva), seja de um elemento estranho àquela vontade; ou relativa (também chamada de inoponibilidade), quando o contrato, embora válido entre as partes, não é oponível ao terceiro.” (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio...** Op. cit., p. 53). No mesmo sentido, vale ver Gomes: “Distingue-se, também, a ineficácia absoluta da relativa, ocorrendo esta quando o contrato produz efeitos entre as partes, mas é ineficaz em relação a certos terceiros. O exemplo clássico é o do contrato simulado. A ineficácia relativa é, antes, inoponibilidade. O contrato não é oponível a terceiros, em relação aos quais, como de regra, não produz nem pode produzir, efeitos, seja porque não se observaram ônus extrínsecos, seja porque as circunstâncias não o permitem.” (GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19. ed., p. 218).

⁴⁴⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: t. 28. Op. cit., p. 233-235.

⁴⁴⁸ O autor esclarece que “Os exemplos mais vulgares de ineficácia relativa são o do ato de disposição, se há, em proteção de alguma pessoa, proibição de alienar, ou em geral, de dispor, e a do ato de disposição em fraude de execução.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: t. 5. 2013. Op. cit., p. 136).

⁴⁴⁹ BATALHA, Wilson de Souza Campos; BATALHA, Silvia Marina Labate. Op. cit., p. 285.

prevalecem entre as partes contratantes, mas são inoponíveis à massa falida; para esta é como se não existissem”.⁴⁵⁰

Desse modo, se os atos praticados pelo falido após o advento da quebra são inoponíveis em relação à massa, isto é, relativamente ineficazes, também assim deverão ser tratadas as convenções de arbitragem firmadas pelo falido após a falência: são válidas entre os contratantes, porém inoponíveis em relação à massa. Isso quer dizer que, se o falido firmar uma convenção de arbitragem após o advento da falência, o pacto produz, entre as partes, todos os seus efeitos, gerando, inclusive, a obrigação de indenizar, mas é inoponível em relação à massa.

Essa também parece ser a posição adotada na França, como opina Ancel⁴⁵¹ ao afirmar que, decretada a falência e despido o devedor do poder de administrar seu patrimônio, não pode ele, por si só, firmar convenção de arbitragem sob pena de o negócio não poder ser oposto à massa.⁴⁵²

Poderia ser dito que a conclusão acima – de que a convenção de arbitragem firmada pelo falido é válida, mas relativamente ineficaz – só seria de interesse acadêmico, não

⁴⁵⁰ A título de comparação ilustrativa, veja-se que a solução é exatamente igual àquela adotada no ordenamento italiano sobre a questão, como se lê do art. 44 do Régio Decreto n. 267/1942: “Todos os atos realizados pelo falido e os pagamentos efetuados por ele depois da declaração de falência são ineficazes no que diz respeito aos credores. São igualmente ineficazes os pagamentos recebidos pelo falido depois da sentença declaratória de falência. Estabelecido o previsto no artigo 42, segundo parágrafo, são arrecadados à falência todos os valores que o falido obtém no curso do procedimento para efeito dos atos, nos termos do primeiro e do segundo parágrafos.” Tradução livre de: “*Tutti gli atti compiuti dal fallito e i pagamenti da lui eseguiti dopo la dichiarazione di fallimento sono inefficaci rispetto ai creditori. Sono egualmente inefficaci i pagamenti ricevuti dal fallito dopo la sentenza dichiarativa di fallimento. Fermo quanto previsto dall’articolo 42, secondo comma, sono acquisite al fallimento tutte le utilità che il fallito consegue nel corso della procedura per effetto degli atti di cui al primo e secondo comma.*” Satta confirma essa proposição: “Dado que, todavia, a perda da administração e da disponibilidade é em função da empresa e da sua nova destinação, a insensibilidade decorrente desta é limitada: em outras palavras, isso significa que os atos realizados pelo falido são ineficazes em relação a ela. Ele permanece, portanto, vinculado mediante os terceiros em relação aos quais se obriga, e poderá ser processado depois do encerramento da falência e da cessação da nova destinação da empresa, sem que possa invocar uma defesa do estado de falência, que não determina nenhuma incapacidade.” Tradução livre de: “*Poiché peraltro la perdita dell’amministrazione e della disponibilità è in funzione dell’impresa e della sua nuova destinazione, l’insensibilità conseguente ad essa è limitata: ciò significa in altri termini gli atti posti in essere dal fallito sono inefficaci nei suoi confronti. Egli pertanto resta vincolato di fronte ai terzi verso i quali si obbliga, e potrà essere perseguito dopo la chiusura del fallimento e la cessazione della nuova destinazione dell’impresa, senza che possa invocare una sua difesa dello stato di fallimento, che non determina alcuna incapacità.*” (SATTA, Salvatore. **Dirrito**... Op. cit., p. 120).

⁴⁵¹ Ancel (1983, p. 259)

⁴⁵² Confira-se: “7. Sabemos que, a partir da sentença que decreta o acordo judicial ou a liquidação de bens, o devedor é despojado da administração de seu patrimônio, para ser, a partir de então, assistido ou representado pelo síndico. Portanto, ele não poderá mais, isoladamente, subscrever um compromisso ou se comprometer por uma cláusula compromissória, sob pena de o acordo de arbitragem não poder ser executado frente aos credores.” Tradução livre de: “7. *On sait qu’à compter du jugement qui prononce le règlement judiciaire ou la liquidation de biens, le débiteur la se trouve dessaisi de l’administration de son patrimoine, pour être, désormais, assisté ou représenté par le syndic. Il ne peut donc plus, seul, souscrire à un compromis ou s’engager par une clause compromissoire, à peine d’inopposabilité à la masse de la convention d’arbitrage.*” (ANCEL, Pascal. Arbitrage... Op. cit., p. 259).

produzindo nenhuma modificação no mundo dos fatos. Não é verdade. Como expressa Mantilla-Serrano,⁴⁵³ podem ser variadas as razões pelas quais o falido decide seguir em frente com a celebração de uma convenção de arbitragem ainda que a mesma seja inoponível à massa.⁴⁵⁴ Pode-se pensar, por exemplo, no caso de o falido ter interesse na sentença para apresentar a terceiros, como seguradoras (para o fim de receber indenização) ou auditores (para o fim de elaborar suas demonstrações financeiras), ou, ainda, no caso de se estar vislumbrando o levantamento da falência.

A conclusão que se alcança nesta análise, portanto, é de relevância dogmática e prática, corrigindo uma percepção equivocada aceita, ao menos por ora, sem maiores debates na doutrina e jurisprudência nacionais.

Enfrentada a questão da validade e eficácia da convenção de arbitragem firmada pelo falido após o advento da falência, cumpre, ainda, discorrer sobre a possibilidade de o administrador judicial celebrar pacto arbitral.

3.1.3 A convenção de arbitragem firmada pelo administrador judicial depois do decreto de quebra é válida, mas depende de autorização judicial

Para além da questão da validade e eficácia das convenções de arbitragem firmadas pelo falido antes e depois da falência, há ainda uma terceira questão que deve ser analisada com relação aos efeitos da falência sobre os bens e direitos do falido e seus impactos para a convenção de arbitragem. Trata-se da possibilidade de o administrador judicial firmar convenção de arbitragem. A discussão, mais uma vez, não é meramente acadêmica. Na condução do processo falimentar, o administrador judicial deverá praticar todos os atos para a realização do ativo. Isso significa que serão firmados uma série de negócios de jurídicos com terceiros, que podem gerar conflitos, os quais, por sua vez, podem ser resolvidos por arbitragem. Pode-se pensar, por exemplo, no caso da cessão de uma tecnologia, ou da venda de aeronaves.⁴⁵⁵ Nesses casos, é possível defender que, dado o alto grau de especialização

⁴⁵³ MANTILLA-SERRANO, Fernando. Op. cit., p. 57.

⁴⁵⁴ Ver, no mesmo sentido, também com apoio em Mantilla-Serrano, a opinião de Valença Filho (VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Op. cit., p. 184).

⁴⁵⁵ Os exemplos são de Moraes (MORAES, Felipe Ferreira Machado. **A utilização...** Op. cit., 2014, p. 83). Castagnola ainda enumera outros exemplos de situações em que faria sentido ao administrador judicial firmar convenção de arbitragem no curso do processo falimentar: “A segunda hipótese é a arbitragem do curador, ou seja, o procedimento arbitral iniciado *ex novo* pelo curador, ou porque vinculado por uma cláusula compromissória contida em um contrato estipulado pelo falido, mas no qual o curador entrou, ou porque se considera que o curador seja vinculado por cláusulas compromissórias estipuladas pelo falido, mesmo sem ter

dos respectivos mercados de atuação, a eleição da arbitragem poderia trazer uma segurança adicional para o negócio, estimulando a celebração deste e contribuindo para o sucesso do processo falimentar. Diante de tudo isso, cabe indagar: seria possível ao administrador judicial, então, firmar uma convenção de arbitragem quando entender que isso possa trazer benefícios para a massa? É o que se pretende responder nas duas subseções a seguir.

3.1.3.1 A convenção de arbitragem firmada pelo administrador judicial depois do decreto de quebra é válida

Com a perda imposta ao falido do poder de administrar e dispor dos seus bens, a prerrogativa se transfere para o administrador judicial. O administrador judicial, por sua vez, dotado do poder de administrar e dispor dos bens submetidos à falência, pode praticar todos os atos necessários para cumprir os objetivos da lei, observados os limites legais. Pode, nesse sentido, “praticar os atos necessários à realização do ativo e ao pagamento dos credores” (LREF, art. 22, III, “i”); “praticar todos os atos conservatórios de direitos e ações” (LREF, art. 22, III, “l”); “diligenciar a cobrança de dívidas” (LREF, art. 22, III, “l”); e transigir sobre obrigações e direitos da massa falida, mediante autorização judicial, e ouvidos o comitê de credores e o devedor (LREF, art. 22, § 3º).

Desse modo, se a própria LREF textualmente autoriza o administrador judicial, na condição de titular do poder de administração e disposição dos bens do falido, a praticar todos os atos para realização do ativo, para pagamento dos credores e para conservação dos direitos e ações, que são todos conceitos bastante amplos, pode-se concluir que, apesar de não estar expresso na lei, também se insere nestas prerrogativas a de firmar o negócio jurídico do tipo convenção de arbitragem, desde que para cumprir os objetivos da LREF e observados os limites legais.⁴⁵⁶

entrado no contrato (como, por exemplo, contratos não mais em curso no momento da falência, como alguns defendem, mas, em minha opinião, erroneamente); ou porque o curador estipulou um compromisso no curso da falência com referência a relações próprias do falido ou próprias do curador; ou porque o curador, por exemplo, no exercício provisório da empresa, estipulou contratos que contenham cláusulas compromissórias.” Tradução livre de: “*La seconda ipotesi è l’arbitrato del curatore, vale a dire il procedimento arbitrale iniziato ex novo dal curatore, o perché vincolato da una clausola compromissoria contenuta in un contratto stipulato dal fallito, ma nel quale il curatore sia subentrato, o perché si ritenga che il curatore sia vincolato da clausole compromissorie stipulate dal fallito, pur senza essere subentrato nel contratto (come ad esempio contratti non più in corso al momento del fallimento, come qualcuno sostiene, ma a mio avviso a torto); o perché il curatore abbia stipulato un compromesso in corso di fallimento con riferimento a rapporti o propri del fallito, o propri del curatore; o perché il curatore, ad esempio nell’esercizio provvisorio dell’impresa, abbia stipulato contratti contenenti clausole compromissorie.*” (CASTAGNOLA, Angelo. Op. cit., p. 82).

⁴⁵⁶ Compartilham desta posição: MORAES, Felipe Ferreira Machado. **A utilização...** Op. cit., p. 88;

Deve, nessa linha, o administrador judicial ser capaz de evidenciar que a celebração da convenção de arbitragem – apesar de implicar a assunção da obrigação de arcar com custos mais elevados do que os tipicamente cobrados pelo Poder Judiciário –, dadas as suas reconhecidas vantagens comparativas⁴⁵⁷, tem o potencial de trazer ganhos que ultrapassem os custos envolvidos na arbitragem.⁴⁵⁸ Ao assim proceder, o administrador judicial estará exercendo as funções que lhe foram atribuídas nos estritos limites da autorização legal concedida pela LREF, nada havendo a invalidar a atuação.

Confira-se, a título de comparação, que há em sentido similar disposição expressa no art. 134 da Ley de Concursos e Quiebras argentina: “O juiz pode autorizar o administrador, em casos específicos, a pactuar com a cláusula compromissória ou admitir a formação de tribunal arbitral ou árbitros”;⁴⁵⁹ bem como no *Code de Commerce* francês: “O liquidatário pode, com a autorização do juiz-comissário e o devedor ouvido ou devidamente convocado, comprometer-se e transigir quanto a todas as contestações que interessem coletivamente aos credores, mesmo àquelas relativas a direitos e ações imobiliárias.”^{460, 461}

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo...** Op. cit., p. 37; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. **Arbitragem...** Op. cit., p. 36; e CRIPPA, Carla de Vasconcelos. Op. cit., p. 187. No cenário internacional, também concorda com essa posição Lazic: “Parece apropriado concluir que, na ausência de um regulamento estatutário expresso, o direito do administrador de concordar com a arbitragem pode ser inferido do direito geral de administrar e alienar o patrimônio. Este direito inclui o direito de celebrar contratos em nome e no interesse da massa, e o direito de iniciar ações legais relacionadas à massa.” Tradução livre de: “*It seems appropriate to conclude that, in the absence of an express statutory regulation, the right of the trustee to agree on arbitration may be inferred from the general right to manage and dispose of the estate. This right includes the right to conclude contracts in the name and on behalf of the estate and the right to pursue legal actions concerning the estate.*” (LAZIC, Vezna. **Insolvency Proceedings and Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 1998, p. 322).

⁴⁵⁷ Para uma análise das vantagens da arbitragem em relação ao Poder Judiciário sob a ótica da “análise econômica do direito”, ver SALAMA, Bruno Meyerhof; PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. **Revista Direito GV**, n. 7, p. 15-28, jan./jun. 2008.

⁴⁵⁸ No mesmo sentido (mas entendendo que quem firma a convenção de arbitragem é a massa falida, não o administrador judicial), vale conferir Lima: “Por outro lado, diante da constatação pelo administrador da falência da existência de um crédito ilíquido após a decretação da falência, nada obsta a que instaure procedimento arbitral contra o suposto devedor, seja com fundamento em convenção de arbitragem previamente celebrada pelo falido, seja com fundamento em convenção de arbitragem celebrada pela massa falida, se entender o administrador da falência que a persecução desse crédito pela via arbitral contribuirá para incrementar o ativo do falido, com vistas a tutelar o interesse da coletividade de credores e, sendo o caso, a decisão seja autorizada pela massa de credores.” (LIMA, Bernardo. Op. cit., p. 7).

⁴⁵⁹ ARGENTINA. Ley 24.522, de 7 de Agosto de 1995. Tradução livre de: “*El juez puede autorizar al síndico para que en casos particulares pacte la cláusula compromisorio o admita la formación de tribunal de árbitros o arbitradores.*”

⁴⁶⁰ FRANÇA. Code de Commerce, art. L642-24. Tradução livre de: “*Le liquidateur peut, avec l’autorisation du juge-commissaire et le débiteur entendu ou dûment appelé, compromettre et transiger sur toutes les contestations qui intéressent collectivement les créanciers même sur celles qui sont relatives à des droits et actions immobiliers.*”

⁴⁶¹ Ver comentário a respeito de Liebscher (LIEBSCHER, Christoph. Op. cit. p. 172-173). Também a título de comparação, vale conferir que a presente conclusão é similar à que chegaram os juristas italianos que se debruçaram sobre a questão: “Pelo menos abstratamente parece, portanto, definível a possibilidade de que sejam encaminhadas aos árbitros as controvérsias idôneas a incidir sobre a formação da massa falimentar, com

É incorreta, portanto, a posição de parte da doutrina⁴⁶² no sentido de que, decretada a falência, não seria mais possível firmar convenção de arbitragem. A convenção de arbitragem firmada pelo administrador judicial depois do decreto de quebra é válida e eficaz.

Complementarmente, é importante registrar que quem firmará a convenção de arbitragem é o administrador judicial, em nome próprio, na condição de titular do poder de administrar e dispor do patrimônio do falido, e não a massa falida⁴⁶³.

A massa falida, advirta-se, não é mais que uma parcela do patrimônio do falido, separada e destinada para dar cumprimento aos objetivos da LREF. O falido, por sua vez,

a necessária exclusão dos litígios de derivação direta da falência e estreitamente ligadas à sua função. O meio para lançar mão do sistema arbitral será, como dito anteriormente, a subscrição de um compromisso pela resolução de controvérsias já surgidas ou de uma cláusula compromissória a ser inserida nos contratos que o curador estipulasse no exercício provisório da empresa, nos termos do art. 104 l.f.” Tradução livre de: “*Almeno astrattamente appare, quindi, configurabile la possibilità che siano deferite ad arbitri le controversie idonee ad incidere sulla formazione della massa fallimentare, con la doverosa esclusione delle liti di diretta derivazione del fallimento e strettamente collegate alla funzione dello stesso. Il mezzo con cui avvalersi del sistema arbitrale sarà, come detto, la sottoscrizione di un compromesso per la risoluzione di controversie già insorte, o di una clausola compromissoria, da inserirsi nei contratti che il curatore dovesse stipulare nell’esercizio provvisorio dell’impresa, a norma dell’art. 104 l.f.*” (NITROLA, Marina. Op. cit., p. 759). Ver, no mesmo sentido, Canale: “Para todas as controvérsias não incluídas no rol das primeiras destacadas, não existe qualquer proibição para a escolha de encaminhar o litígio a árbitros, observado o conteúdo do art. 806 c.p.c. O curador deverá respeitar o disposto nos artigos 25 e 35 l.f.: obter, portanto, a autorização do comitê de credores para subscrever um compromisso e proceder à nomeação do próprio árbitro, em conformidade com o disposto no art. 25. O problema é diferente se o curador determinar a subscrição de um contrato que contenha uma cláusula compromissória; neste caso, de fato, é necessário colocar a questão da validade do disposto no art. 808 c.p.c., de acordo com o qual o poder de fechar o contrato implica sempre o poder de concordar um pacto arbitral. A resposta me parece positiva; o curador poderá fechar o contrato com a relativa cláusula compromissória ou, se a relação for de administração extraordinária, o curador deverá ser autorizado a fechar o contrato e, conseqüentemente, com tal autorização, receberá a integração dos próprios poderes também para a subscrição da cláusula arbitral.” Tradução livre de: “*Per tutte le controversie, che non rientrano nel novero di quelle prima evidenziate, non vi è alcun divieto alla scelta di devolvere la lite ad arbitri, fermo il contenuto dell’art. 806 c.p.c. Il curatore dovrà rispettare il disposto degli artt. 25 e 35 l. fall.: acquisire dunque l’autorizzazione del comitato dei creditori per sottoscrivere un compromesso e procedere alla nomina del proprio arbitro in conformità al disposto all’art. 25. Diverso è il problema laddove il curatore determini di sottoscrivere un contratto che contenga una clausola compromissoria; in questo caso infatti occorre porsi il problema se valga il disposto all’art. 808 c.p.c., a mente del quale il potere di concludere il contratto comprende sempre il potere di convenire un patto arbitrale. La risposta a me pare positiva; il curatore potrà concludere il contratto con relativa clausola compromissoria ovvero, se il rapporto è di straordinaria amministrazione, il curatore dovrà essere autorizzato alla conclusione del contratto e, di conseguenza, con tale autorizzazione riceverà l’integrazione dei propri poteri anche per la sottoscrizione della clausola arbitrale.*” (CANALE, Guido. Op. cit., p. 1.568).

⁴⁶² Ver, a respeito, Armelin: “Evidentemente, em se tratando de execuções concursais pendentes, com a perda pelo executado da disponibilidade de seus bens, arrecadados para se integrarem na massa direcionada à satisfação dos direitos dos credores, não há, sob o prisma do direito brasileiro, como celebrar convenção de arbitragem válida, até porque esta exige, de forma expressa e inequívoca, que o seu objeto seja, exclusivamente, direitos patrimoniais disponíveis.” (ARMELIN, Donald. A arbitragem... Op. cit., p. 18-19).

⁴⁶³ Incorreta, pois, a ideia de que quem estaria firmando o negócio jurídico seria a massa falida, suposto ente despersonalizado dotado de capacidade de contratar, representada pelo administrador judicial. Pensava assim Carvalho de Mendonça (CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. Op. cit., v. 8, p. 31-32), que via o administrador judicial como um representante da massa de credores, e, mais recentemente, Rechsteiner (RECHSTEINER, Beat Walter. Op. cit., p. 357), Carmona (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**... Op. cit., p. 37) e Valença Filho (VALENÇA FILHO, Cláudio de Melo. Op. cit., p. 189), que tratam a massa falida como um ente despersonalizado capaz de contrair direitos e obrigações, nos limites autorizados por lei, e, conseqüentemente, de firmar convenção arbitral.

não perde a propriedade dos bens e direitos que formam a massa falida, mas somente a legitimidade para administrar e dispor destes bens, bem como sua posse direta sobre estes. Essa legitimidade passa, por força de lei, para o administrador judicial, que é órgão do juízo criado para dar cumprimento aos objetivos da lei, devendo exercer essa legitimidade sob supervisão judicial e do comitê de credores. Assim, o ordenamento não alça a massa falida nem à categoria de pessoa jurídica, com o que concorda a unanimidade da doutrina,⁴⁶⁴ nem à condição de ente despersonalizado dotado do poder de gozar direitos e contrair obrigações.

Veja-se, nesse sentido, a opinião de Miranda Valverde:

Não é, entretanto, continuam a afirmar, uma pessoa jurídica, ‘mas uma personagem autônoma, com direitos que lhe são próprios.’

Mil vezes preferível seria a sustentação, logicamente deduzida, da tese impugnada, do que essa impropriedade de linguagem que confunde e baralha as ideias jurídicas.

Ora, já vimos que o falido, não perdendo a propriedade e, para usar da terminologia do nosso direito, a posse indireta dos bens compreendidos na falência, perde, porém, a posse direta desses bens, que fica com o síndico. A ele, igualmente, compete a sua administração, “sob a imediata direção e superintendência do juiz” (art. 59).

É certo que a lei (art. 63, XVI) inclui entre os deveres do síndico o de “representar a massa em juízo, como autora, mesmo em processos penais, ou como ré.”

Essa ideia de representação é absolutamente falsa, e a ele se opõe o sistema jurídico consagrado na própria lei.⁴⁶⁵

Veja-se também a opinião de Lamartine de Oliveira:

Assim, no plano do Direito Material, não é a Massa Falida sujeito de direitos. Não é proprietária, pois proprietário é o falido, não contrata, não se obriga, não adquire direitos nem contrai obrigações. Na verdade, “a massa falida não é outra coisa [...] senão o patrimônio do falido submetido a um novo regime legal” [...] Com efeito, a massa não é pessoa, mas coisa, não é sujeito mas objeto de direitos. Se pessoa natural o falido, seu patrimônio cinde-se em dois: de um lado, os bens arrecadados, que passam a constituir a massa falida, sob a administração do síndico, de outro os bens impenhoráveis, excluídos de arrecadação falimentar, e que permanecem sob a administração do falido. Se o falido é pessoa jurídica, inexistente essa cisão, por inexistir a exceção relativa aos bens inarrecadáveis. De qualquer forma, porém, a massa constitui, como patrimônio que é, universalidade, portanto, res, como deixa claro o art. 57 do Código Civil.⁴⁶⁶

⁴⁶⁴ Ver, por todos: CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. Op. cit., v. 7, p. 371-373.

⁴⁶⁵ MIRANDA VALVERDE, Trajano de. Op. cit., v. 1, p. 281-282.

⁴⁶⁶ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 206-207. Não altera essa conclusão a existência de credores da falência e credores da massa. Como explica Miranda Valverde: “Os encargos que passam a onerar o patrimônio do devedor, desde o dia da abertura de sua falência, resultam necessariamente do trabalho de administração da massa falida, que obriga o administrador de

Ou seja: a massa falida constitui, apenas e tão somente, um complexo de bens, de propriedade do falido, separados do restante do seu patrimônio para fazer frente aos créditos submetidos ao processo falimentar. São bens que permanecem na posse direta do administrador judicial, o qual, por sua vez, é quem passa a deter os poderes de administrar e dispor dos mesmos bens. Nessa condição, o administrador judicial age em nome próprio, e não na condição de representante de quem quer que seja,⁴⁶⁷ ora contra os interesses do falido, ora contra os interesses dos credores, mas, sempre, para promover os objetivos da lei.⁴⁶⁸

Portanto, não é à massa que se desloca o poder de administração e de disposição da parcela do patrimônio do devedor submetida à falência: é, pelo contrário, ao administrador judicial que se transferem os poderes. Assim, quando o administrador judicial firma um contrato relativamente aos bens submetidos à falência, não o faz na condição de representante da massa falida. Pelo contrário, realiza isso em nome próprio, na condição de titular do poder de administração e disposição dos bens do falido, vinculando a parcela do patrimônio do falido submetida à falência. Esse é precisamente o caso da convenção de arbitragem, que pode ser firmada pelo administrador judicial, mas não pela massa.

Visto que o administrador judicial pode firmar convenção de arbitragem, passa-se a analisar se, para tal contratação, deve o administrador obter autorização judicial.

patrimônio alheio, síndico ou liquidante, depositário ou inventariante, a fazer as despesas indispensáveis para a sua boa guarda e conservação. Encargos diversos podem ainda ser pela lei atribuídos a esse patrimônio, ora totalmente submetido ao seu império, e de acordo com o direito que for reconhecido como com ele relacionado. As dívidas são contraídas pelo administrador, agindo nessa qualidade e dentro da lei, e por isso obrigam a massa falida, os bens penhorados, o espólio, conforme o caso de que se trate.” (MIRANDA VALVERDE, Trajano de. Op. cit., v. 1, p. 283). Confirma-se, no mesmo sentido: Lamartine de Oliveira (OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. Op. cit., p. 206-207). No mesmo sentido, ver, ainda, Pontes de Miranda: “O passivo do patrimônio especial é o conjunto de dívidas, obrigacionais, situações passivas nas ações e exceções que expõem o patrimônio especial à satisfação dos titulares desses elementos passivos. Por abreviação, mas somente por abreviação, diz-se que são dívidas do patrimônio especial, dívidas da massa concursal, obrigações e situações passivas do patrimônio especial, da massa concursal, etc. Devedor, obrigado, sujeito passivo das ações e exceções é o titular do patrimônio especial. Apenas pelo patrimônio especial e com os elementos do patrimônio especial é que se hão de cumprir (execução voluntária, execução forçada) aqueles deveres, obrigações, ou que for.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: t. 5. 3. ed. Rio de Janeiro: RT, 1984, p. 380).

⁴⁶⁷ Deve-se atentar que representação e substituição não se confundem. Enquanto na representação o representante atua em nome do representado, na defesa dos interesses do representado; na substituição, o substituto atua em nome próprio, mas na defesa dos interesses do substituído. Nas palavras de Frederico Marques: “Na substituição processual, como salienta Schönke, é parte uma pessoa distinta do titular do direito subjetivo ou obrigação em juízo discutidos. Da representação, no entanto, ela se distingue porque o substituto processual, ao contrário do que sucede com o representante, não atua em nome de outrem, e sim em nome próprio. Como lembra Calamandrei, enquanto o representante defende em juízo um direito de outrem em nome de outrem (ou seja, direito do representado em nome do representado), o substituto processual defende em juízo um direito de outrem em nome próprio (ou seja, um direito do substituído em nome do substituto). Isso significa que, na representação, o representado é parte, o que não acontece com o substituído na representação processual.” (MARQUES, José Frederico. Op. cit., v. 2, p. 207).

⁴⁶⁸ Cf. REQUIÃO, Rubens. Op. cit., v. 1, p. 212.

3.1.3.2 O administrador deve obter autorização judicial para firmar a convenção de arbitragem

Resta ainda analisar se o administrador precisa de autorização judicial e/ou do comitê de credores para firmar convenção de arbitragem, ou se o faz no curso normal do exercício da sua função.

A LREF prevê em diversos dispositivos a necessidade de obtenção, pelo administrador, de autorização judicial para a prática de atos em geral que tenham potencial de onerar ou criar despesas para a massa. Isso ocorre, por exemplo, quando o administrador judicial pretende contratar auxiliares (LREF, art. 22, I, “h”) e avaliadores (LREF, art. 22, III, “h”), praticar atos de remissão (LREF, art. 22, III, “m”), transação (LREF, art. 22, §3º) e disposição ou oneração dos bens da massa (LREF, art. 99, VI), bem como quando pretende alienar bens da massa para credor (LREF, art. 111) ou vender esses bens de forma antecipada (LREF, art. 113). Além disso, em outras ocasiões a LREF prevê a necessidade de obtenção de autorização do comitê de credores para a prática, pelo administrador judicial, de certos atos no exercício da sua função: são os casos dos atos em geral de oneração ou disposição dos bens e direitos da massa (LREF, art. 99, VI) e quando se pretende dar cumprimento aos contratos bilaterais (LREF, art. 117).

Nesses casos, a autorização judicial e/ou do comitê de credores constitui “elemento integrativo do suporte fático” (ou seja, trata-se de solenidade essencial), de tal modo que a sua falta fere a estrutura interna do negócio, tornando-o nulo.⁴⁶⁹

A partir desse quadro de obrigatoriedade, é automático questionar se, para a celebração de uma convenção de arbitragem pelo administrador, é necessária a existência de prévia autorização judicial e/ou do comitê de credores.

⁴⁶⁹ Confira-se: “Algumas vezes, no caso de representação legal ou negocial, há necessidade de autorização para que se possa alienar. Essa autorização constitui solenidade essencial (elemento integrativo do suporte fático) cuja ausência tem reflexos quanto à validade ou à eficácia do negócio jurídico, e, a rigor, não diz respeito ao poder de disposição em si. Se o pai, e.g., na espécie do art. 1.691 do Código Civil, aliena bem pertencente ao filho sem autorização do juiz, a disposição é nula, o mesmo acontecendo com as pessoas em situação de legitimação deferida pela lei. Nessas hipóteses não há falta de legitimação, mas ausência de ato integrativo (= solenidade essencial), razão pela qual o negócio jurídico é nulo e não ineficaz. Se o mandatário excede os poderes do mandato, disso estando ciente o adquirente, nula é a alienação (arg. ao Código Civil, arts. 665 e 673).” (BERNARDES DE MELLO, Marcos. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. Op. cit., 2008, p. 37).

Preliminarmente, deve-se considerar que a celebração da convenção de arbitragem em si não importa, de qualquer modo, em ato de disposição de direito.⁴⁷⁰ Efetivamente, apesar da sua origem contratual, não se pode, mais uma vez, negar que a arbitragem tem natureza jurisdicional. A arbitragem, assim, constitui verdadeiro meio de resolução de conflitos, do qual se prolata decisão com força de sentença, não importando, em si, na disposição de nenhum bem ou direito.⁴⁷¹

Afasta-se, portanto, de plano, a exigência do art. 99, VI, da LREF, de obtenção de autorização dupla, tanto judicial quanto do comitê de credores, para celebração da convenção arbitral.

Ocorre que, ao celebrar o pacto arbitral — apesar de este não importar, em si, em ato de disposição —, a parte efetivamente contrata um serviço e assume a obrigação de arcar com a sua parcela do adiantamento das custas do processo, na forma combinada no contrato ou no regulamento aplicável (se a arbitragem for institucional).⁴⁷² De seu turno, para a

⁴⁷⁰ Ver, nesse sentido, decisão do STJ: “[...] a participação da massa liquidanda no procedimento arbitral, a rigor, não exige a prática de nenhum ato inclinado a concluir negócios pendentes, tampouco a onerar ou alienar bens. O fato de a arbitragem envolver direitos disponíveis não significa que haverá, necessariamente, no curso do procedimento arbitral, atos do liquidante que impliquem na disponibilização de tais direitos”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Medida Cautelar n. 14.295/SP**. Op. cit.). Também vale ver decisão do TJSP: “Ademais, o simples fato de submeter um litígio a um Juiz arbitral não implica em obrigatoriedade de transação, mas de submissão à decisão de um juiz que não é togado, apenas isso”. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 1125817-29.2015.8.26.0100**. Rel. Des. Cesar Ciampolini, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 19 out. 2016). Do mesmo modo, vale citar a opinião de Grion, Paiva e Andrade Silva: “Com base em tais interpretações, parece-nos que, em um ou outro caso, o fato de a empresa devedora — em recuperação ou falida — pretender iniciar ou dar continuidade, ou ter contra si iniciada ou continuada, uma arbitragem, não implica, propriamente, uma ação de disposição patrimonial, mas sim na consecução de ato que encontra-se dentro dos limites de sua autonomia, que, embora restrita, como visto, é ainda existente.” (GRION, Renato Stephan; PAIVA, Luiz Fernando Valente de; ANDRADE SILVA, Guilherme Piccardi de. Op. cit., p. 95). Ver, ainda, Moraes: “Em relação à opção pela arbitragem, trata-se de escolha da via processual e jurisdicional adequada para o caso concreto. Seguramente, ao submeter o conflito à via arbitral, não se está diante de disposição ou de renúncia de direitos. Corroborando essa afirmação, por hipótese, é possível que seja proferida sentença arbitral que julgue totalmente procedentes ou improcedentes os pedidos de uma das partes, oportunidade que não representaria qualquer redução patrimonial para a parte vencedora. Com essa primeira reflexão, entende-se que arbitragem é processo jurisdicional, adversarial, que não implica renúncia ou transigência sobre direitos, o que, per se, não representa disponibilidade patrimonial. Esse raciocínio é imprescindível para analisar a possibilidade de celebração de convenção arbitral pela massa falida, após a decretação da falência. Trata-se de opção (pela via arbitral) de natureza jurídico-negocial, de competência do administrador, que independe de autorização judicial por não representar ato que implique disponibilidade patrimonial. [...] Em síntese, para celebrar convenção de arbitragem, o administrador judicial não precisará de autorização do juízo falimentar, uma vez não implicar disponibilidade de bens ou de direitos. Trata-se tão somente de opção pela via jurisdicional que melhor se adequa ao caso concreto”. (MORAES, Felipe Ferreira Machado. *Arbitragem...* Op. cit., p. 784-785). Por fim, mencione-se, ainda: VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Op. cit., p. 185.

⁴⁷¹ Sobre o conceito de atos de disposição, ver Pontes de Miranda: “Se a perda ou a modificação do direito emana de vontade do seu titular, ou de outrem, a quem caiba o poder de perder, ou de modificar, embora seja o titular quem perca, ou sofra a modificação, diz-se que há disposição.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: t. 5. 2013. Op. cit., p. 385-386).

⁴⁷² Sobre a obrigação de pagar as custas e despesas da arbitragem, ver seção 2.4.2, acima.

assunção de obrigações com o potencial de onerar a massa falida, a LREF sistematicamente exige a existência de autorização judicial, na falta do que o ato será reputado nulo.

Portanto, se a LREF exige autorização judicial para a prática, pelo administrador, de atos que onerem a massa em geral; e se a celebração da convenção de arbitragem importa na assunção da obrigação de realizar despesas; deduz-se que, também para a celebração de uma convenção de arbitragem, o administrador deve obter a respectiva autorização judicial. A falta desse requisito, por constituir requisito de validade, torna inválido o negócio.⁴⁷³

Desse modo, pode-se resumir o entendimento a que se chega nesta seção da seguinte forma: para celebração de uma convenção de arbitragem envolvendo os bens e direitos da massa, o administrador deve obter autorização judicial, não havendo necessidade de autorização do comitê de credores.

Esgota-se, assim, o tema dos efeitos da falência sobre os bens e a pessoa do falido e seu impacto na convenção de arbitragem, restando a tarefa de analisar os impactos para a convenção de arbitragem, dos efeitos da falência sobre os contratos do falido.

3.2 Dos efeitos da falência sobre os contratos do falido e seu impacto na convenção de arbitragem

Nesta segunda seção, pretende-se entender como o advento da falência e seus efeitos sobre os contratos do falido impactam na convenção de arbitragem. Para tanto, esta seção segue dividida em três subseções, nas quais se pretende demonstrar que: (i) a submissão da convenção de arbitragem à regra do art. 117 da LREF deve ser analisada de forma autônoma em relação ao contrato principal; (ii) a convenção de arbitragem não se submete à regra do art. 117 da LREF porque não tem natureza de contrato bilateral; e (iii) a convenção de arbitragem não se submete à regra do art. 117 da LREF porque produz efeitos imediatos.

⁴⁷³ No direito francês, a solução também é similar, como aponta Fouchard (FOUCHARD, Philippe. Op. cit., p. 493) citando julgado da Cour d'Appel de Paris que anulou sentença arbitral com o fundamento de que a convenção de arbitragem fora firmada após o pedido de recuperação judicial, sem ter a parte obtido a devida autorização judicial (FRANÇA. Cour d'Appel de Paris (1re Ch. C.). SCP d'architecture Global v. SCI Delessert Beethoven et al., 10/02/1994. *Revue de l'Arbitrage*, v. 1998, n. 3, p. 549-551). Ver, no mesmo sentido, comentários de ANCEL, Pascal. Arbitrage... Op. cit., p. 262.

3.2.1 A submissão da convenção de arbitragem à regra do art. 117 da LREF deve ser analisada de forma autônoma e independente

Incorreta, a nosso ver, em primeiro lugar, a pretensão de analisar os efeitos da regra do art. 117 da LREF sobre a convenção de arbitragem sem segregar o pacto arbitral do negócio em que está inserido.

Essa posição é adotada por Valença Filho⁴⁷⁴ ao defender a possibilidade de o administrador judicial denunciar a convenção de arbitragem com fundamento na regra do art. 117 da LREF, mas condicionar o exercício desta prerrogativa até o início do cumprimento do contrato principal, visto que “O art. 117 da LF não oferece à massa o direito de inadimplemento de obrigação cuja execução já foi iniciada”. Similarmente, essa parece ter sido a posição adotada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo no Caso Jackson, ao proclamar a inaplicabilidade da regra do art. 117 da LREF com o fundamento de que o contrato principal já fora executado e estava resolvido.⁴⁷⁵ No cenário internacional, essa também é a posição adotada pelas cortes francesas, como reporta Ancel,⁴⁷⁶ sob o fundamento de que, quando o administrador decide dar cumprimento a um contrato bilateral não executado, o administrador o faz com todos os direitos e obrigações decorrentes daquele contrato.⁴⁷⁷

Ao assim concluir, contudo, olvida-se do inescapável fato de que convenção de arbitragem é negócio distinto, autônomo e independente em relação ao contrato em que está inserida, não se podendo, em absoluto, transferir automaticamente a análise sobre o preenchimento dos requisitos de validade e de eficácia de um dos negócios para o outro.

⁴⁷⁴ VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Op. cit., p. 192.

⁴⁷⁵ Confira-se: “Na linha de tal doutrina, não se justifica a invocação do artigo 117 da Lei n. 11.101/2005, que não pode ser aplicado ao contrato celebrado entre Jackson e Diagrama, que, ao ser decretada a falência desta, já tivera sua execução iniciada e, diante do inadimplemento da agravada, estava resolvido e sob a jurisdição da Câmara Arbitral, nos exatos termos da cláusula de arbitragem prevista no aludido contrato.” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 531.020-4/3-00**. Op. cit.).

⁴⁷⁶ ANCEL, Pascal. Arbitrage... Op. cit., p. 270.

⁴⁷⁷ Confira-se: “As duas decisões parecem associar a solução ao fato de que o administrador havia mantido o contrato no qual constava a cláusula compromissória. Pode-se então dizer que o cumprimento da cláusula não seria imposto caso o contrato tivesse sido recusado pelo administrador? Trata-se efetivamente da solução aceita pelo Tribunal de cassação quanto a um pacto atributivo de jurisdição.” Tradução livre de: “*Les deux arrêts semblent rattacher la solution au fait que le syndic avait continué le contrat dans lequel figurait la clause compromissoire. Est-ce à dire que le respect de la clause ne s'imposerait pas si le contrat avait été repoussé par le syndic? C'est effectivement la solution qui a été admise par la Cour de cassation à propos d'une clause attributive de compétence.*” (Ibidem, p. 270-271). Fouchard corrobora que essa é a posição adotada no Direito francês tanto em sede arbitral quanto judicial (FOUCHARD, Philippe. Op. cit., p. 486).

Registre-se que a situação seria diferente se, no Direito brasileiro, como ocorre na Itália,⁴⁷⁸ o legislador tivesse optado por inserir disposição expressa na lei falimentar prevendo que, quando o contrato for denunciado pelo *curatore* com fundamento na lei falimentar, o procedimento de arbitragem não poderá prosseguir, o que cria verdadeira — e indesejada, a nosso ver — hipótese de exceção ao princípio da autonomia da convenção de arbitragem. Do mesmo modo, a conclusão seria distinta se, como ocorre na Inglaterra, tivesse o legislador pátrio editado disposição na qual, caso o contrato principal seja cumprido, a convenção arbitral também deve ser respeitada, e caso seja denunciado, caberá ao juízo falimentar autorizar a instalação da arbitragem se entender que a solução é adequada considerando as circunstâncias do caso.⁴⁷⁹

⁴⁷⁸ Ver art. 83bis da lei falimentar italiana (ITÁLIA. Regio Decreto n. 267/1942), que prescreve que “Se o contrato que contém uma cláusula compromissória é extinto nos termos das disposições da presente seção, o procedimento arbitral pendente não pode ter prosseguimento.”. Tradução livre de: “*Se il contratto in cui è contenuta una clausola compromissoria è sciolto a norma delle disposizioni della presente sezione, il procedimento arbitrale pendente non può essere proseguito.*” Em julgado datado de 2015, a Corte di Cassazione (Sezioni Unite Civili) proferiu julgamento aparentemente confirmando esse entendimento ao afirmar que “na hipótese de entrada da parte do curador nas situações jurídicas ativas derivantes do contrato que contém a cláusula compromissória, esta conserva plena eficácia também em relação ao curador: considerando-se de modo diferente, de fato, consentir-se-ia ao curador a exclusão de cláusulas singulares do contrato do qual, inclusive, pede o cumprimento.” Tradução livre de: “*nell’ipotesi di subentro da parte del curatore nelle situazioni giuridiche attive derivante dal contratto contenente la clausola compromissoria, questa conservi piena efficacia anche nei confronti del curatore: diversamente opinando, infatti, si consentirebbe al curatore di sciogliersi da singole clausole del contratto di cui pure cheide l’adempimento.*” (ITÁLIA. Corte di Cassazione (Sezioni Unite Civili). **Processo 10800/2015**, j. 14/04/2015). Com efeito, conforme reporta Zucconi Galli Fonseca, “A conclusão mais amplamente aceita é a de que a norma confirma a extinção da cláusula arbitral juntamente com a extinção do contrato no qual está contida, em derrogação do princípio de autonomia da convenção arbitral.” Tradução livre de: “*La conclusione maggiormente accettata è che la norma sancisca l’estinzione della clausola arbitrale in una con l’estinzione del contratto cui accede, in deroga al principio di autonomia della convenzione arbitrale.*” (ZUCCONI GALLI FONSECA, Elena. Op. cit., p. 6). A autora, porém, propõe uma leitura mais “fechada” do art. 83bis, concluindo que ele determina o encerramento dos procedimentos de arbitragem em curso, mas não afeta a convenção de arbitragem (Ibidem, p. 6). Por fim, registre-se que, em 14 de agosto de 2020, entrará em vigor o novo Código Falimentar italiano (Decreto Legislativo 12 gennaio 2019, n. 14), que reproduz, no seu art. 192, a mesma redação do art. 83bis do Regio Decreto n. 267/1942.

⁴⁷⁹ Confirma-se: “(1) Esta seção se aplica quando um falido tiver se tornado parte de um contrato que contenha uma cláusula compromissória antes do início de sua falência. (2) Se o administrador judicial adotar o contrato, a cláusula compromissória é exequível pelo ou contra o administrador com relação a questões decorrentes ou relacionadas ao contrato. (3) Se o administrador judicial não adotar o contrato e uma questão à qual a cláusula compromissória se aplicar tiver de ser determinada com relação ou para os fins do processo de falência - (a) o administrador, com o consentimento do comitê de credores, ou (b) qualquer outra parte do contrato poderá recorrer ao tribunal, o qual, se considerar adequado em todas as circunstâncias do caso, ordenará que a questão seja submetida à arbitragem de acordo com a cláusula compromissória. (4) Nesta seção - “cláusula compromissória” tem o mesmo significado estabelecido na Parte I da Lei de Arbitragem de 1996; e “o tribunal” significa o tribunal que tiver competência sobre o processo de falência.” Tradução livre de: “(1) *This section applies where a bankrupt had become party to a contract containing an arbitration agreement before the commencement of his bankruptcy. (2) If the trustee in bankruptcy adopts the contract, the arbitration agreement is enforceable by or against the trustee in relation to matters arising from or connected with the contract. (3) If the trustee in bankruptcy does not adopt the contract and a matter to which the arbitration agreement applies requires to be determined in connection with or for the purposes of the bankruptcy proceedings— (a) the trustee with the consent of the creditors’ committee, or (b) any other party to the agreement, may apply to the court*

Não é o caso, todavia, da situação vigente no Brasil, em que prevalece o disposto no art. 8 da LARB, que prevê que “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”.

Se, pois, a convenção de arbitragem é negócio distinto daquele em que está inserida, submetendo-se a regime jurídico próprio, infere-se que também assim – de forma segregada – deva ser a análise dos impactos da regra do art. 117 da LREF sobre a validade e eficácia da cláusula arbitral.⁴⁸⁰ Aliás, a própria decisão do administrador judicial de cumprir ou não cumprir o contrato principal não afeta nem a existência, nem validade e tampouco a eficácia do pacto arbitral.⁴⁸¹ Entender de outro modo seria ignorar a necessária separação da convenção de arbitragem em relação ao negócio em que está inserida, meramente transpassando os requisitos de validade e eficácia de um para o outro, sem atentar para as particularidades de cada negócio. Vale notar, na linha da crítica realizada nesta seção, a posição sustentada por Ancel,⁴⁸² que também censura a solução francesa por tratar a convenção de arbitragem como verdadeiro pacto acessório do contrato principal, sob o

which may, if it thinks fit in all the circumstances of the case, order that the matter be referred to arbitration in accordance with the arbitration agreement. (4) In this section— “arbitration agreement” has the same meaning as in Part I of the Arbitration Act 1996; and “the court” means the court which has jurisdiction in the bankruptcy proceedings.” (REINO UNIDO. English Insolvency Act 1986). A respeito dos critérios a serem observados pelo juízo falimentar quando decide se remete as partes à arbitragem, ver: REINO UNIDO. **Enron Metals & Commodity Ltd v. HHH Casualty & General Insurance Ltd**. [2005] EWHC 485, 10 March, 2005.

⁴⁸⁰ Confira-se que há, inclusive, enunciado da II Jornada de Direito Comercial defendendo essa mesma posição: “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 n. 11.101/2005; e (ii) o administrador judicial não pode recusar a eficácia da cláusula compromissória, dada a autonomia desta em relação ao contrato.” (II Jornada de Direito Comercial. Enunciado n. 75, 27 fev. 2015)

⁴⁸¹ Fitchner, Mannheimer e Monteiro defendem esta posição: “Diga-se, ainda, que, se o administrador judicial resolver não cumprir o próprio contrato em que está inserida a cláusula compromissória, aplicando o art. 117 da Lei de Recuperação Judicial e Falências, a parte prejudicada poderá iniciar arbitragem em face da massa falida para buscar indenização pelos danos sofridos. Nesta hipótese específica, além de não se aplicar o art. 117 da lei falimentar à convenção de arbitragem, incide aqui o princípio da autonomia do pacto arbitral, previsto no *caput* do art. 8.º da Lei de Arbitragem, de modo que a decisão de não cumprir o contrato-base não afeta a existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem.” (FITCHNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria...** Op. cit., p. 461). No mesmo sentido, também opina Vieira (VIEIRA, Maíra de Melo. Op. cit., p. 305-306). Esta parece ser a posição adotada nos Estados Unidos, como reporta Lazic: “Como já discutido, o princípio da separabilidade da cláusula compromissória foi aceito nos Estados Unidos. Uma cláusula compromissória é considerada um contrato separado cujo caráter obrigatório, em princípio, não é invalidado pela anulabilidade do contrato subjacente. Por conseguinte, a rejeição do contrato pelo agente fiduciário não deve influenciar a validade de um acordo de arbitragem nele contido.” tradução livre de: “*As already discussed, the principle of separability of the arbitration clause has been accepted in the United States. An arbitration clause is considered to be a separate contract whose obligatory character, in principle, is not invalidated by the voidability of the underlying contract. Accordingly, rejection of the executory contract by the trustee should not influence the validity of an arbitration agreement contained therein.*” (LAZIC, Vezna. Op. cit., p. 196).

⁴⁸² ANCEL, Pascal. Arbitrage... Op. cit., p. 170.

fundamento de que ela – a referida solução - ignora a autonomia, essencial, da convenção arbitral.⁴⁸³

A primeira conclusão, portanto, é de que a análise da submissão da convenção de arbitragem à regra do art. 117 da LREF deve ser realizada de forma autônoma e independente em relação ao contrato principal. Firmado esse entendimento, passa-se, então, a análise propriamente dita da submissão da convenção de arbitragem à regra do art. 117 da LREF.

3.2.2 A convenção de arbitragem não se submete à regra do art. 117 da LREF porque não tem natureza de contrato bilateral

O art. 117 da LREF prescreve que os contratos bilaterais não se resolvem com a falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se benéficos para a massa,

⁴⁸³ Confira-se: “M. Derrida critica esta solução destacando que a recusa do administrador em executar o contrato não deve levar à exclusão das disposições contratuais caso estas não sejam contrárias à organização do processo coletivo. A este argumento, que vale igualmente para a cláusula compromissória, podemos unir um outro, extraído da autonomia desta cláusula, com relação ao contrato no qual ela se encontra inserida. Sem dúvida, esta autonomia foi plenamente aceita, até aqui, apenas no contexto da arbitragem internacional: o Tribunal de cassação nunca afirmou, no ordenamento interno, a validade de uma cláusula compromissória inserida em um contrato nulo; mas a intervenção do artigo 1466 do novo Código de Processo Civil, que dá aos árbitros o poder de deliberar quanto a sua própria competência, o levará sem dúvida a fazê-lo; podemos ainda ao menos falar, mesmo para a arbitragem interna, de autonomia parcial da cláusula compromissória: bem como o Tribunal de Cassação reconheceu, a partir de 1966, que a rescisão de um contrato não opunha obstáculos quanto à aplicação de uma cláusula compromissória contida no mesmo, ao menos para solucionar litígios cuja origem fosse anterior a tal rescisão, e a solução foi estendida em seguida aos pactos atributivos de jurisdição. E o mesmo deve acontecer caso o contrato seja rescindido pelo administrador no contexto de um processo coletivo. Pois a cláusula compromissória, assim como todas as cláusulas de disputa, assume no contrato uma posição especial podendo ser facilmente desatrelada.” Tradução livre de: “*M. Derrida critique cette solution en faisant observer que le refus du syndic d'exécuter le contrat ne doit pas entraîner l'exclusion des dispositions contractuelles si elles ne sont pas contraires à l'organisation de la procédure collective. A cet argument, qui vaut aussi bien pour la clause compromissoire, on peut en joindre un autre, tiré de l'autonomie de cette clause, par rapport au contrat dans lequel elle est insérée. Sans doute, cette autonomie n'a-t-elle été pleinement admise, jusqu'ici, que dans le cadre de l'arbitrage international : la Cour de cassation n'a jamais affirmé, dans l'ordre interne, la validité d'une clause compromissoire insérée dans un contrat nul ; mais l'intervention de l'article 1466 du nouveau Code de procédure civile, donnant aux arbitres le pouvoir de statuer sur leur propre compétence, l'amènera vraisemblablement à le faire ; aussi peut-on au moins parler, même pour l'arbitrage interne, d'autonomie partielle de la clause compromissoire : aussi bien la Cour de cassation a-t-elle admis, dès 1966, que la résiliation d'un contrat ne mettait pas obstacle à l'application d'une clause compromissoire contenue dans ce contrat, du moins pour régler les litiges dont la source était antérieure à cette résiliation, et la solution a été étendue par la suite aux clauses attributives de compétence. Il doit donc en aller de même dans le cas où le contrat est résilié par le syndic dans le cadre d'une procédure collective. C'est que la clause compromissoire, comme toutes les clauses de différend, occupe dans le contrat une place particulière et peut en être facilement détachée.*” (ANCEL, Pascal. Arbitrage... Op. cit., p. 270). No mesmo sentido, sob a ótica do Direito italiano, também critica solução similar Bove: “Em minha opinião, essas leituras vulnerabilizam o princípio de autonomia do pacto compromissório com base em uma norma, aquela contida no art. 83-bis l.f., cujo exíguo conteúdo certamente não pode levar a tal conclusão.” Tradução livre de: “*A mio parere queste letture vulnerano il principio di autonomia del patto compromissorio sulla base di una norma, qual è quella contenuta nell'art. 83-bis l.f., il cui scarso contenuto non può certo portare a quella conclusione.*” (BOVE, Mauro. Op. cit., p. 9).

mediante autorização do comitê de credores.⁴⁸⁴ Com base na redação do dispositivo, cabe questionar se a convenção de arbitragem – como indiscutível negócio jurídico que é – também está submetida à referida regra, o que autoriza o administrador judicial a decidir se deseja ou não executar o contrato. Defende a posição de que a convenção de arbitragem estaria submetida à regra do art. 117 da LREF Valença Filho,⁴⁸⁵ para quem a massa falida, “quando demandada, tem o direito de lá não comparecer e pode exercê-lo por meio de defesa fundamentada na ineficácia pós-concursal da convenção de arbitragem.” Além disso, mesmo aqueles que não chegam a advogar a submissão da convenção de arbitragem à regra do art. 117 da LREF, argumentam que isso decorre exclusivamente do fato de que a convenção arbitral produz efeitos desde a contratação.⁴⁸⁶

A nosso ver, a primeira afirmação está errada; e a segunda, incompleta.

A regra do art. 117 da LREF, como diz a lei, aplica-se aos contratos bilaterais firmados pelo falido antes da quebra, mas ainda não executados pelas partes. Por sua vez, contrato bilateral, segundo Pereira,⁴⁸⁷ é aquele em que as duas partes têm obrigações contrapostas; ou, como esclarece Abreu, que se constitui de

duas ou mais declarações de vontade, com conteúdos diversos e até, muitas vezes, opostos, mas que se harmonizam ou se conciliam mutuamente, que se ajustam uma à outra com as diversas partes de um mesmo objeto, pois se dirigem à produção de um resultado jurídico unitário, embora tendo para cada um dos declarantes, ou grupo de declarantes, significações distintas e até de certo modo antagônicas.⁴⁸⁸

⁴⁸⁴ “Art. 117. Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê. § 1º O contratante pode interpelar o administrador judicial, no prazo de até 90 (noventa) dias, contado da assinatura do termo de sua nomeação, para que, dentro de 10 (dez) dias, declare se cumpre ou não o contrato. § 2º A declaração negativa ou o silêncio do administrador judicial confere ao contraente o direito à indenização, cujo valor, apurado em processo ordinário, constituirá crédito quirografário.” (Lei n. 11.101/2005).

⁴⁸⁵ VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Op. cit., p. 192.

⁴⁸⁶ Cf. ALVES, Rafael Francisco; VERONESE, Ligia Espolaor. Op. cit., p. 183; MORAES, Felipe Ferreira Machado. **A utilização...** Op. cit., p. 69-73; TEPEDINO, Ricardo. Op. cit., p. 366; CRIPPA, Carla de Vasconcelos. Op. cit., p. 189; GRION, Renato Stephan; PAIVA, Luiz Fernando Valente de; ANDRADE SILVA, Guilherme Piccardi de. Op. cit., p. 95-96; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. **Arbitragem...** Op. cit., p. 37-39; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.355.831/SP**. Op. cit. (ver, neste julgado, o voto-vista da Min. Nancy Andrighi); e SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 531.020-4/3-00**. Op. cit. Também defendemos essa posição, agora parcialmente revista por se afigurar incompleta, em artigo científico publicado em 2016 (DECCACHE, Antonio Carlos Fernandes. **Convenção de arbitragem, recuperação judicial e falência. Revista de Direito Empresarial**, v. 19, p. 163-182, out. 2016, p. 163 et seq.).

⁴⁸⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Op. cit., v. 3, p. 66.

⁴⁸⁸ ABREU, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 65. No mesmo sentido, opina Carvalho de Mendonça, ao afirmar que os contratos bilaterais são os que “geram duas obrigações: principais e correlativas; cada contratante é ao mesmo tempo credor e devedor. A execução deve ser simultânea: *donnant donnant*, como dizem os franceses, *zug um zug*, como se exprimem os alemães.” (CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. Op. cit., v. 7, p. 462).

Não se está falando de “bilateralidade” de partes, mas de “efeitos”. Ou seja, “a prestação é bilateral, um devendo cumprir a sua parte para estar titulado a exigir da outra também a sua parte.”⁴⁸⁹ Nos contratos bilaterais, portanto, as obrigações das partes são recíprocas e dependem uma da outra (isto é, têm como causa uma à outra): cada contratante é simultaneamente credor e devedor um do outro.⁴⁹⁰

A finalidade da regra é de trazer benefícios à massa, seja mediante a redução ou o não aumento do seu passivo, seja pela manutenção e preservação dos seus ativos.⁴⁹¹ Além disso, busca-se evitar que o advento da falência crie uma situação de desigualdade de tratamento entre os contratantes, em que o não-falido estaria obrigado a cumprir com sua obrigação, mas só faria jus a parte da contraprestação, a ser recebida no processo falimentar.⁴⁹²

Todavia, ao contrário dos contratos bilaterais — em que os interesses das partes são opostos, ou divergentes, mas se harmonizam por meio da operação — na convenção de arbitragem, os interesses das partes são paralelos, ou convergentes, afluindo para um escopo comum: configura, assim, negócio jurídico distinto, denominado de acordo, ou de negócio plurilateral.⁴⁹³

A distinção é relevante, porque os “negócios plurilaterais” não se submetem ao mesmo regime jurídico dos “contratos bilaterais”, não lhes sendo aplicáveis aquelas regras próprias dos contratos, notadamente as que digam respeito ao seu elemento distintivo em relação ao negócios plurilaterais: a divergência de interesses, ao invés da convergência de vontades para o fim comum.⁴⁹⁴

⁴⁸⁹ ALVARES, Walter T. Op. cit., v. 1, p. 331-332.

⁴⁹⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Op. cit., v. 3, p. 67. Vale conferir também a opinião de Bessone: “Nos contratos bilaterais, as prestações são recíprocas e interdependentes (donnant, donnant, como dizem os franceses ou, Zug um Zug, como se exprimem os alemães). Obedecem, pois, à chamada regra dos correlativos, o que significa que elas servem reciprocamente de causa.” (BESSONE, Darcy. **Do contrato**: teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 199-200).

⁴⁹¹ SAMPAIO DE LACERDA, J. C. Op. cit., p. 179.

⁴⁹² CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. Op. cit., v. 7, p. 463.

⁴⁹³ Sobre a natureza plurilateral da convenção de arbitragem, ver seção 2.3.2 acima.

⁴⁹⁴ Nesse sentido, Betti sustenta que: “[...] não se podem aplicar ao acordo, entendido no sentido estrito atrás definido, normas próprias do contrato, quando elas digam respeito, precisamente, àquele elemento da natureza do contrato, pelo qual este se distingue do acordo: isto é, ao conflito ou à divergência de interesses, que constitui o substrato do contrato, em lugar da convergência dos interesses que, sob o aspecto sociológico, é a razão de ser do acordo em sentido estrito. E também não poderão aplicar-se as normas que dependam do caráter sinalagmático, como negócio de mera razão privada.” (BETTI, Emilio. Op. cit., t. 2, p. 207). Ou, como resume Gomes: “[...] a) ao acordo não se aplicam as normas concernentes aos contratos que têm como pressuposto o conflito de interesses das partes, que constitui o substrato destes; b) não são aplicáveis, tampouco, aos acordos as regras que dependem do caráter do contrato como negócio de mora motivação privada; c) as normas

A regra do art. 117 da LREF, por sua vez, volta-se precisamente ao caso dos contratos bilaterais em sentido estrito: negócios jurídicos que geram obrigações recíprocas, dependentes uma da outra, sinalagmáticas,⁴⁹⁵ e cujo cumprimento tem o potencial de trazer benefícios econômicos para a massa.

Assim, se a regra do art. 117 da LREF tem aplicação restrita aos contratos bilaterais, e, ainda, se a convenção de arbitragem não tem natureza de contrato bilateral, mas de negócio plurilateral, infere-se que a convenção de arbitragem não se submete à regra do art. 117 da LREF e que, portanto, não há nenhum espaço para o administrador judicial dizer se cumpre ou não o negócio.

Isso equivale a dizer que uma convenção de arbitragem firmada pelo falido antes do advento da quebra se afigura como válida e eficaz e, assim, deve ser cumprida pelo administrador judicial, sem nenhuma possibilidade de recurso à regra do art. 117 da LREF⁴⁹⁶.

A conclusão tem relevância prática, porque, mesmo nos casos em que o administrador judicial resolver não cumprir o contrato principal, caso a contraparte queira valer-se do direito do § 2º do art. 117 da LREF, de reclamar perdas e danos, deve fazê-lo por arbitragem. Isso porque, apesar de o contrato ter-se tornado ineficaz, a convenção de arbitragem permanece hígida e produzindo efeitos.

A discussão, entretanto, não se encerra por aqui. Além disso, deve-se atentar para o fato de que o legislador — ao restringir o alcance do disposto do art. 117 da LREF aos contratos bilaterais que visam preservar ou aumentar o patrimônio concursal — também limita a aplicação da regra aos negócios jurídicos que envolvem atribuição patrimonial, ou

atinentes à formação dos contratos, relativas especialmente à proposta e aceitação, não devem ser aplicadas sem cautela aos acordos; d) finalmente, os acordos são disciplinados por importante regra inaplicável aos contratos; a de que não lhes acarreta a invalidade o defeito ou vício que afeta o vínculo de uma só das partes, a menos que participação desta seja essencial.” (GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19. ed. Op. cit., p. 292).

⁴⁹⁵ Sobre a ausência de sinalagma nos negócios plurilaterais, vale conferir Ascarelli: “Nos contratos bilaterais, podemos identificar uma relação sinalagmática, enquanto a obrigação de uma das partes dependa da existência de uma obrigação válida da parte contrária ou enquanto a inexecução da obrigação de uma das partes autorize a não-execução da obrigação da parte contrária. Ora, nos contratos plurilaterais, essa relação, em lugar de ter um caráter direto e imediato, como nos contratos de permuta, adquire um caráter indireto e mediato; a invalidade ou inexecução das obrigações de uma parte não exclui, só por si, a permanência do contrato entre as demais, a não ser quando torne impossível a consecução do objetivo comum.” (ASCARELLI, Túlio. Op. cit., p. 420).

⁴⁹⁶ Defende essa mesma posição Vieira: “Tratando-se a convenção de arbitragem de contrato sui generis, e não de contrato bilateral, na acepção do direito das obrigações (prestações recíprocas e contrapostas, sendo uma a causa da outra), a ela não se aplica a regra do art. 117 da Lei 11.101/2005.” (VIEIRA, Maíra de Melo. Op. cit., nota de rodapé n. 4). Segundo reporta Vorburger, essa também parece ser a posição da doutrina alemã, que entende não se tratar a convenção de arbitragem de “contrato sinalagmático”, passível de ser resolvido pelo administrador judicial (VORBURGER, Simon. Op. cit., p. 112).

seja, aqueles que impliquem a “alteração na esfera patrimonial de outrem”.⁴⁹⁷ Todavia, a convenção de arbitragem não é propriamente um negócio jurídico que envolva atribuição patrimonial, visto que o seu cumprimento não irá gerar, em si, um ganho ou uma perda econômicos, para o falido.⁴⁹⁸ Trata-se, de modo diametralmente oposto, de negócio colaborativo,⁴⁹⁹ instrumental,⁵⁰⁰ que não resulta, em si, na circulação de riqueza.⁵⁰¹ E, se não há possibilidade de ganho ou de perda econômicos para a massa com o cumprimento ou não da convenção de arbitragem, tampouco há, pelo mesmíssimo motivo, razão para submeter a convenção de arbitragem à referida regra, de aplicação restrita aos contratos bilaterais que visam preservar ou aumentar o patrimônio concursal.⁵⁰²

⁴⁹⁷ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 338. Com efeito, como explica Verçosa, os contratos em sentido estrito configuram espécie de negócio jurídico que se caracteriza por restringir-se a relações jurídicas de natureza patrimonial. Confira-se: “O contrato é uma espécie do gênero negócio jurídico. Evidentemente, como categoria, este apresenta elementos comuns ao contrato, residindo a diferença específica no fato de que a relação jurídica estabelecida pelas partes ao contratar é necessariamente de natureza patrimonial – ou seja, os patrimônios das partes são necessariamente afetados como efeito da execução de contratos por elas celebrados, tendo-se em conta que este resultado é efetivamente o objetivo específico divisado pelas partes, e não um efeito secundário.” (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Direito...** Op. cit., p. 110). No mesmo sentido, Bessone: “O contrato se inclui na categoria dos negócios jurídicos. É um negócio patrimonial e bilateral ou plurilateral (na formação), pois, como se verá, conceitua-se como ‘acordo de duas ou mais pessoas para, entre si, constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial.’” (BESSONE, Darcy. **Do contrato...** Op. cit., p. 5).

⁴⁹⁸ A respeito da natureza não patrimonial da convenção de arbitragem, ver Mello Franco: “A assim ser, cuida-se de negócio jurídico bilateral não patrimonial (embora as eventuais divergências tenham caráter estritamente patrimonial, como exige a norma do art. 852 do CC/2002), e, portanto, como a própria lei específica detalha, de convenção (e não de contrato), na qual as partes acordam em submeter as eventuais mazelas que possam advir da execução de um determinado contrato, à arbitragem.” (MELLO FRANCO, Vera Helena de. **Contratos: Direito Civil e Empresarial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 368).

⁴⁹⁹ Como explica Sztajn, tratando dos contratos de sociedade, “Ao nos defrontarmos com qualquer forma de reunião de pessoas que se dispõem a perseguir fins comuns, estaremos diante de um contrato associativo. A perseguição desse fim comum, pela colaboração entre os sócios, permite ver no contrato de sociedade um contrato de colaboração ou cooperação, que, para ser alcançada, define a necessidade de se estabelecer uma estrutura orgânica ou organizada (a atividade comum é parte do contrato socialmente típico.” (SZTAJN, Rachel. **Contrato de sociedade e formas societárias**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 36).

⁵⁰⁰ Como esclarece Ascarelli, “a função do contrato plurilateral não termina quando executadas as obrigações das partes (como acontece, ao contrário, nos demais contratos); a execução das obrigações das partes constitui a premissa para uma atividade ulterior; a realização desta constitui a finalidade do contrato; este consiste, em substância, na organização de várias partes em relação ao desenvolvimento de uma atividade ulterior.” (ASCARELLI, Túlio. Op. cit., p. 395-396).

⁵⁰¹ Ver, a respeito da natureza da convenção de arbitragem, Silva: “Na mesma medida em que o termo contrato diz normalmente com a circulação de riquezas e como o instrumental jurídico para o câmbio econômico, a ideia de negócio jurídico dispositivo e constitutivo serve melhor para designar pactos dirigidos à criação de vínculos em que não se faça presente a contraposição de vontades, típicas dos contratos, mas, ao contrário, verdadeira convergência de vontades, que, no caso da arbitragem, dirige-se à diluição de controvérsias, através da submissão a um microsistema próprio integrante do quadro geral de mecanismos de pacificação de controvérsias.” (SILVA, Eduardo Silva da. Op. cit., p. 40-41).

⁵⁰² Ver, nesse sentido, a conclusão de Verçosa, defendendo que a convenção de arbitragem, por não ter natureza patrimonial, não tem natureza de contrato: “Observe-se que outros acordos de vontade podem ter o mesmo escopo, faltando-lhes para o fim de caracterizar-se como contrato o elemento relativo à essencial patrimonialidade da relação entre as partes. Caminha-se dessa maneira para o campo do negócio jurídico. Essa é a razão pela qual discordamos do entendimento de Leonardo de Faria Beraldo, que toma a convenção de arbitragem como contrato, na sub modalidade de acessório.” (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A cláusula... Op. cit.).

Incorreta, portanto, a posição daqueles que defendem que a convenção de arbitragem deveria submeter-se à regra do art. 117 da LREF. A convenção de arbitragem não tem natureza de contrato bilateral, não se submete à regra do art. 117 da LREF e produz efeitos mesmo na falência.

3.2.3 A convenção de arbitragem não se submete à regra do art. 117 da LREF porque produz efeitos imediatos

A produção de efeitos da convenção de arbitragem é a última variante, dentro desta seção, a ser abordada. Há, com efeito, ainda uma outra razão – esta já identificada pela doutrina e jurisprudência,⁵⁰³ mas de maneira incompleta – pela qual a regra do art. 117 da LREF não se aplica à convenção de arbitragem.

É que a regra do art. 117 da LREF se volta aos negócios firmados pelo falido antes da quebra, mas que encontram obrigações pendentes de ambos os lados no momento da falência.⁵⁰⁴ Confira-se, a esse respeito, a (correta) opinião de Miranda Valverde:

Quanto aos negócios jurídicos patrimoniais bilaterais (contratos em sentido estrito), ainda não cumpridos no todo, ou em parte, pelos contraentes, é ponto firmado em doutrina e assinalado pela nossa lei, que eles, em princípio, não se resolvem coma falência de qualquer dos contraentes.⁵⁰⁵

⁵⁰³ Ver nota de rodapé n. 486, acima.

⁵⁰⁴ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. Op. cit., p. 709-710.

⁵⁰⁵ MIRANDA VALVERDE, Trajano de. Op. cit., v. 1, p. 297. No mesmo sentido, vale conferir Coelho: “É condição para a rescisão que nenhuma das partes tenha dado início, ainda, ao cumprimento das obrigações assumidas, ou seja, unilateral o contrato. Excluem-se do âmbito do preceito, portanto, e da possibilidade de serem rescindidos pela decretação da falência, os contratos que, embora definidos como bilaterais pelo direito obrigacional comum, já tiveram a sua execução iniciada por qualquer uma das partes.” (COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas**: Lei n. 11.101, de 9-2-2005. 4. ed.. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 313). E, ainda, Hentz: “A faculdade de rescisão do contrato por parte do administrador judicial limita-se à hipótese de não ter se iniciado a execução do contrato. É como define a doutrina: “É condição para a rescisão que nenhuma das partes tenha dado início, ainda, ao cumprimento das obrigações assumidas, ou seja, unilateral o contrato.” (HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Comentários aos artigos 115 ao 128**. In: DE LUCCA, Newton; e SIMÃO FILHO, Adalberto (coord.). **Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 490). A orientação é similar no Direito italiano, como se lê, exemplificadamente, da doutrina Nardo: “O pressuposto aplicativo fundamental do novo art. 72 l.f. é, portanto, a pré-existência de um contrato, ou seja, de uma relação jurídica que tenha concretizado a sua tramitação formativa antes da declaração de falência, contrato evidentemente ainda não completamente executado por falta do efeito final, seja ele translativo ou constitutivo; por esse motivo, está “pendente”, podendo continuar ou ser extinto. O pressuposto aplicativo diz respeito, portanto, de modo genérico, às “relações pendentes”, isto é, às hipóteses nas quais um contrato ainda não tenha sido executado ou não tenha sido completamente executado por ambas as partes.” Tradução livre de: “*Il fondamentale presupposto applicativo del nuovo art. 72 l.f. è dunque la preesistenza di un contratto, ossia di un rapporto giuridico che ha perfezionato il suo iter formativo prima della dichiarazione di fallimento, contratto evidentemente non ancora eseguito completamente per mancato raggiungimento dell’effetto finale, sia esso traslativo o costitutivo; per tale ragione esso è “pendente”, potendo continuare ovvero sciogliersi. Il*

A convenção de arbitragem, no entanto, já produz efeitos desde a contratação. Sabe-se que a convenção de arbitragem produz efeitos positivos e negativos.⁵⁰⁶ Os efeitos positivos abrangem a obrigação de fazer de submeter seus litígios à arbitragem; e os negativos, a obrigação de não fazer consistente em não submeter esses litígios ao Poder

presupposto applicativo riguarda dunque genericamente i "rapporti pendenti", cioè le ipotesi in cui un contratto non sia stato ancora eseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti." (NARDO, Giulio Nicola. Art. 72 Rapporti Pendenti. In: FERRO, Massimo. **La legge fallimentare**: commentario teorico-pratico. Torino: CEDAM, 2014, p. 968-980, p. 972). Como também de Censoni: "A segunda condição é que a relação ainda esteja "pendente" no momento da declaração de falência, no sentido de que as obrigações que derivam da mesma ainda estejam em condição de "não executadas", totalmente ou em parte, naquele momento, com referência tanto ao contratante falido quando ao contratante in bonis. [...] Quando, ao final das verificações mencionadas, resultar que as obrigações principais de uma das duas partes do contrato já tinham sido completamente executadas antes da declaração de falência do contratante insolvente, nos encontramos fora do âmbito de aplicação da disciplina das relações pendentes: na hipótese de a parte adimplente ser aquela in bonis, o crédito pela contraprestação que lhe é devido constituirá um crédito concursal, que se deverá fazer valer nos modos previstos pela legislação falimentar; na hipótese contrária, em que a parte adimplente é aquela falida, o crédito pela contraprestação que lhe é devido constituirá, para o procedimento, um bem ativo, a ser tratado nos modos ordinários." Tradução livre de: "La seconda condizione è che il rapporto sia ancora "pendente" al momento della dichiarazione di fallimento, nel senso che le obbligazioni derivanti dallo stesso siano ancora "ineseguite", in tutto o almeno in parte, a quel momento, con riferimento sia al contraente fallito, sia al contraente in bonis. [...] Ove, al termine delle menzionate verifiche, risulti che le obbligazioni principali di una delle due parti del contratto erano già state compiutamente eseguite prima della dichiarazione di fallimento del contraente insolvente, ci troviamo al di fuori dell'ambito di applicazione della disciplina dei rapporti pendenti: nell'ipotesi in cui la parte adempiente sia quella in bonis, il credito per la controprestazione dovutagli costituirà un credito concorsuale, da farsi valere nei modi previsti dalla legge fallimentare; nell'ipotesi contrario in cui la parte adempiente sia quella fallita, il credito per la controprestazione dovutagli costituirà per la procedura un cespite attivo, da realizzare nei modi ordinari." (CENSONI, Paolo Felice. Effetti sui rapporti giuridici preesistenti. In: DIDONE, Antonio. **Le riforme della legge fallimentare**. UTET, 2009, p. 769-817, p. 773/774). E, ainda, Graziani, Minervini, Belviso e Santoro: "No momento da declaração de falência, pode haver, e normalmente há, contratos com prestações recíprocas já concretizados, mas ainda não executados, ou mesmo completamente executados, em razão dos quais existem, entre as partes, relações em curso de execução (chamadas também relações pendentes). E isso pode acontecer tanto para contratos que tenham como característica a execução continuada ou periódica (por exemplo, fornecimento), quanto para contratos normalmente de execução instantânea (por exemplo, venda). [...] O art. 72 dispõe, portanto, em termos gerais, que, se um contrato ainda não foi executado, ou não foi completamente executado por ambas as partes no momento da declaração de falência de uma delas, a execução do contrato 'permanece suspensa até que o curador, com autorização do comitê de credores, declare que entrará no contrato no lugar do falido, assumindo todas as obrigações relativas a ele, ou que se desvinculará do mesmo, a menos que, nos contratos de efeitos reais, já tenha ocorrido a transferência definitiva'." Tradução livre de: "Al momento della dichiarazione di fallimento possono esservi, e normalmente vi sono, contratti a prestazioni corrispettive, già perfezionati ma non ancora eseguiti, o ancora completamente eseguiti, in ragione dei quali esistono tra le parti rapporti in corso di esecuzione (detti anche rapporti pendenti). E ciò può accadere sia per contratti i quali abbiano come loro caratteristica l'esecuzione continuata o periodica (p.e., somministrazione), sia per contratti normalmente ad esecuzione istantanea (p.e., vendita). [...] L'art. 72 l.f. dispone, dunque, in termini generali, che, se un contratto è ancora ineseguito, o non compiutamente eseguito da entrambe le parti al momento della dichiarazione di fallimento di una di esse, l'esecuzione del contratto 'rimane sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi ovvero di sciogliersi dal medesimo, salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento definitivo'." (GRAZIANI, Carlo Alberto; MINERVINI, Gustavo; BELVISO, Umberto; SANTORO, Vittorio. **Manuale di Diritto Commerciale**. 15. ed. Pádova: CEDAM, 2013, p. 777-783, p. 777-780). A orientação é a mesma desde Navarrini (NAVARRINI, Umberto. Op. cit., v. 1, p. 258-259).

⁵⁰⁶ Sobre os efeitos da convenção de arbitragem, ver seção 2.3.4, acima.

Judiciário.⁵⁰⁷ Enquanto o efeito positivo, para que se deflagre, está sujeito à condição suspensiva — o surgimento de um litígio —; o efeito negativo começa a irradiar-se desde o momento da contratação, não dependendo de nenhuma condição externa para que se torne eficaz.

Se, portanto, a LREF autoriza ao administrador judicial dizer se deseja ou não cumprir com os contratos bilaterais cuja execução ainda não se tenha iniciado, mas se, por outro lado, a convenção de arbitragem já produz efeitos desde o momento da contratação, colige-se que a falência não opera efeitos sobre a eficácia da convenção de arbitragem, que, mesmo após o advento da falência, permanece válida e eficaz. Ver, no mesmo sentido, a posição de Alves e Veronese,⁵⁰⁸ Moraes,⁵⁰⁹ Grion, Paiva e Andrade Silva,⁵¹⁰ Toledo,⁵¹¹

⁵⁰⁷ Como visto na seção 2.3.4, acima, o efeito negativo da convenção de arbitragem consta expresso do art. 485 do CPC (Lei. n. 13.105/2015).

⁵⁰⁸ Confira-se: “Em reforço a esta conclusão, o art. 117 da Lei n. 11.101/2005 dispõe que os contratos bilaterais não se resolvem pela falência. Sendo a cláusula compromissória um contrato bilateral, esse dispositivo seria aplicável a ela. No entanto, o mesmo dispositivo traz ressalvas: os contratos devem ‘reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida’ ou aumentar e preservar seus ativos, sempre em benefício dos credores. A partir desta limitação, seria possível argumentar que apenas as cláusulas compromissórias relativas a litígios benéficos para o devedor deveriam ser cumpridas pelo administrador judicial. Como resposta a tal limitação, pode-se interpretar o art. 117 no sentido de abranger apenas os contratos bilaterais ainda não concluídos, o que não é o caso da cláusula compromissória, que é autônoma, perfeita e acabada (TOLEDO, 2009, p. 39; CRIPPA, 2011, p. 194; VALENÇA FILHO, 2015, p. 265). Neste caso, não cabe às partes ou ao administrador judicial decidir se cumprem a convenção arbitral ou não.” (ALVES, Rafael Francisco; VERONESE, Lígia Espolaor. *Op. cit.*, p. 183).

⁵⁰⁹ Confira-se: “Entendida como negócio jurídico bilateral, a cláusula compromissória possui, essencialmente, dois efeitos, o positivo e o negativo. Tanto o efeito positivo (garantidor da possibilidade de instalar o juízo arbitral), quanto – e principalmente – o negativo (de afastar a competência da jurisdição estatal) são produzidos durante a concepção da convenção arbitral. A cláusula compromissória, portanto considerando os seus efeitos (especialmente o negativo), é suficiente para excluir a jurisdição estatal e para estabelecer a arbitral como forma de resolução de conflitos, tendo, com isso, desde o momento de sua celebração, produzido todos os efeitos que dela se espera. Assim, trata-se de contrato ou de pacto perfeito e acabado, com efeitos já realizados por meio da opção pela arbitragem, com o conseqüente afastamento da jurisdição estatal. Portanto, entende-se que não há que falar em necessidade de interpelação do administrador relacionada a contrato que produziu os efeitos esperados. [...]” (MORAES, Felipe Ferreira Machado. *Arbitragem... Op. cit.*, p. 775).

⁵¹⁰ Confira-se: “Ademais, é válido notar também que, em se tratando de situação em que alguma das partes tenha sua falência decretada, deverá ser operacionalizada alteração em sua representação processual no âmbito do procedimento arbitral, com a sua possível suspensão durante esse breve período, de modo que a massa falida passe a ser representada por seu administrador judicial. Essa alteração, a nosso ver, também não traz consigo quaisquer impactos à validade e à eficácia da convenção arbitral previamente pactuada, até mesmo pelo fato de que seu cumprimento independe da concordância do administrador judicial, já que a convenção arbitral não se enquadra no conceito de “contratos bilaterais” contido no art. 117 da Lei 11.101/2005.” (GRION, Renato Stephan; PAIVA, Luiz Fernando Valente de; ANDRADE SILVA, Guilherme Piccardi de. *Op. cit.*, p. 95-96).

⁵¹¹ Confira-se: “Uma outra questão interessante consiste em saber se há necessidade de interpelar o administrador judicial para dizer do cumprimento da convenção de arbitragem. A resposta a essa indagação, diga-se desde logo, é negativa. Explica-se. A convenção de arbitragem válida afasta a jurisdição estatal. Assim, não cabe ao administrador judicial dizer se a cumpre ou não. A validade e eficácia do negócio jurídico não são afetadas pelo decreto de falência de uma das partes. A norma do art. 117 da Lei 11.101/2005 não se aplica a essa situação, a não ser na referência feita à regra geral de que “os contratos bilaterais não se resolvem pela falência. A massa falida poderá, até, se for recalcitrante na instituição da arbitragem, ser judicialmente compelida a cumprir a convenção. Assim, não há que se interpelar o administrador judicial para declarar se cumpre ou não a convenção, uma vez que a regra do art. 117 da Lei de Recuperação de Empresas tem em vista

Crippa⁵¹² e Tepedino.⁵¹³

A nosso ver, entretanto, se a análise parasse por aqui a conclusão estaria, embora correta, incompleta. Isso porque, de acordo com a doutrina falimentar, mesmo que o contrato já tenha iniciado sua execução, e se as obrigações assumidas pelas partes forem “de duração” e puderem ser fracionadas no tempo,⁵¹⁴ poderá o administrador judicial recusar o cumprimento das prestações futuras, valendo-se da regra do art. 117 da LREF.⁵¹⁵

Ocorre que, no caso da convenção de arbitragem, as partes assumem obrigações de fazer e de não fazer, de execução continuada,⁵¹⁶ mas de natureza indivisível, isto é, não passível de segregação sob pena de desnaturar o negócio. Nas palavras de Pereira:

contratos ainda não cumpridos, o que não se aplica à cláusula arbitral, que é autônoma e se acha perfeita e acabada. Nesse sentido: Ricardo Tepedino.” (TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. Arbitragem... Op. cit., p. 37-39).

⁵¹² Confirma-se: “Assim, a superveniência da falência de uma das partes não teria o condão de retirar a validade e eficácia da convenção de arbitragem, ainda que a arbitragem não tivesse sido instituída à época da decretação da quebra. A competência do Poder Judiciário (e, conseqüentemente, do juízo falimentar) foi afastada no exato momento em que a convenção de arbitragem foi contratada e, conseqüentemente, o juízo falimentar careceria de competência para julgar os conflitos submetidos à arbitragem, salvo se dissessem respeito a matérias da sua competência exclusiva. [...] Em linha com o exposto acima, entendemos que o art. 117 da Lei 11.101/2005 não se aplica às convenções de arbitragem. Independentemente de o procedimento arbitral ter sido instituído antes ou após a decretação da quebra, a convenção de arbitragem se consuma de pronto e não está sujeita ao art. 117 da Lei 11.101/2005, que se aplica aos contratos ainda não cumpridos.” (CRIPPA, Carla de Vasconcelos. Op. cit., p. 193-194).

⁵¹³ Confirma-se: “A segunda pergunta diz respeito à necessidade de se interpelar o administrador, para saber se cumpre ou não a cláusula de arbitragem. A ela respondo negativamente. A regra do art. 117 se dirige, como ressaltado no item 30, supra, a contratos onde ainda remanescem pendentes de satisfação obrigações para ambas as partes. A cláusula em questão constitui negócio jurídico autônomo, como ninguém diverge, pelo que não cabe investigar se o contrato ao qual ela se vincula se extinguiu ou não. Mas, como ensina Carlos Alberto Carmona, a vontade que através dela manifestam as partes “produz desde logo efeitos (negativos) em relação ao processo (estatal) e positivos, em relação ao processo arbitral (já que com a cláusula, atribui-se jurisdição aos árbitros)”⁷⁶. Ou seja, a estipulação da cláusula compromissória consuma de pronto a renúncia definitiva à jurisdição do juiz togado, pelo que não há razão para se interpelar o administrador sobre um ato consumado.” (TEPEDINO, Ricardo. Op. cit., p. 366).

⁵¹⁴ De acordo com a lição de Mota Pinto, com relação ao tempo, as obrigações assumidas pelas partes em um negócio jurídico podem ser classificadas como: (i) de execução instantânea; ou (ii) duradouras. No primeiro caso, as obrigações “extinguem-se pelo cumprimento através de um só acto do devedor — de um só golpe — e são designadas obrigações de execução instantânea; as do segundo não se extinguem com um único acto do devedor e o tempo é aí um fator determinante do conteúdo global da prestação — são as obrigações duradouras.” (MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Op. cit., p. 637-641).

⁵¹⁵ Essa é a posição de Miranda Valverde, para quem “nos contratos de execução sucessiva, ou continuada, v.g., nos de locação de coisas ou serviços, a resolução não tem efeitos retroativos, só se rompe em relação às prestações futuras, deixando, portanto, intato o passado, garantido ao contraente *in bonis* o direito a perdas e danos.” (MIRANDA VALVERDE, Trajano de. Op. cit., v. 1, p. 299).

⁵¹⁶ Não se trata, a nosso ver, de contrato de execução instantânea, como defendem Fitchner, Mannheimer e Monteiro (FITCHNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria...** Op. cit., p. 459). Nos negócios de execução instantânea, os direitos e obrigações são adquiridos e executados pelas partes no mesmo momento da conclusão do negócio. No caso da convenção de arbitragem, contudo, as partes assumem obrigações de fazer (sujeita à condição suspensiva, portanto, de eficácia diferida) e de não fazer (de natureza contínua desde o momento da assinatura do contrato), não se podendo falar em negócio de execução instantânea, mas de execução continuada. Sobre a natureza contínua das obrigações de não fazer, ver Nonato: “Tôdas [as obrigações de não fazer] apresentam cunho permanente, ao revés das outras espécies de obrigação, naturalmente transitórias, extinguindo-se instantaneamente com o pagamento a que tendem. Nelas,

são divisíveis as obrigações suscetíveis de cumprimento fracionado, e indivisíveis as que somente podem cumprir-se na sua integralidade”. As obrigações de não fazer são, de regra, indivisíveis, “pois que o devedor, sendo obrigado a uma abstenção, deve-a por inteiro, insuscetível de prestação parcelada, já que a prática, mesmo parcial, do ato que o devedor se comprometeu a não executar constituirá inadimplemento”.⁵¹⁷

No caso da convenção de arbitragem, a obrigação de não fazer assumida pelas partes — de não submeter seus litígios ao Poder Judiciário —, não é fracionável, na medida em que o seu descumprimento, ainda que parcial, destruiria a finalidade do negócio como um todo.

No caso do pacto arbitral, portanto, considerando a natureza das obrigações assumidas — “de duração”, mas indivisíveis — não se pode pretender outorgar ao administrador judicial a prerrogativa de recusar o cumprimento das prestações futuras.

Dessa forma, também por esse motivo, isto é, porque as obrigações assumidas não podem ser fracionadas sob pena de desnaturar o negócio, pode-se concluir pela impossibilidade de submeter uma convenção de arbitragem, no caso validamente firmada pelo falido antes do advento da falência, à regra do art. 117 da LREF.

Esgota-se, assim a análise dos efeitos da falência sobre a convenção de arbitragem, passando-se, na sequência, para o estudo dos efeitos que a falência projeta sobre o procedimento arbitral.

a prestação é permanente, como observa Windscheid.” (NONATO, Orosimbo. **Curso de obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 1, p. 318).

⁵¹⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 2, p. 69. Confira-se, no mesmo sentido, a lição de Álvaro Villaça Azevedo: “O mesmo acontece com a obrigação de fazer, pois, às vezes, pode, outras não, seu objeto dividir-se. Se alguém, por exemplo, contrata com um escultor a feitura de uma estátua, o objeto de fazer é indivisível; contudo, é possível que esse escultor seja contratado a fazer dez estátuas, realizando uma por mês; neste caso, será divisível. O mesmo não sucede com as obrigações negativas, de não fazer, pois, em princípio, são indivisíveis. Realmente, se existe uma obrigação consistente em uma abstenção, qualquer que seja a prática de ato pelo devedor, mesmo que parcialmente, isso implicará o descumprimento obrigacional. Imaginemos que alguém se obrigue a não construir prédio além do terceiro gabarito, em determinado terreno. Esta obrigação tem em sua prestação objeto infracionável. Bastará o início da prática do ato de construir além do convencionado para que o devedor reste inadimplente. Ou bem não se realiza a obrigação, como avençado, ou a mesma se consuma, descumprindo-se, neste caso, a obrigação. É possível, por outro lado, que alguém se obrigue, por exemplo, a não plantar e a não colher. Neste caso, é viável a divisão, porque as abstenções são completamente independentes.” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 67).

4 DOS EFEITOS DA FALÊNCIA SOBRE O PROCEDIMENTO ARBITRAL

Neste quarto capítulo, pretende-se analisar os efeitos da falência sobre o procedimento arbitral. O decreto de quebra opera efeitos diretos sobre os processos do falido, provocando a atração de todas as ações envolvendo os bens, interesses e negócios do devedor para o juízo universal, a retirada da legitimidade processual do falido para participar dos processos relacionados à falência e a suspensão de todas as ações e execuções em trâmite contra o devedor. Por outro lado, a arbitragem tem natureza jurisdicional, desenvolvendo-se por meio de processo de conhecimento, que termina com a prolação de sentença com força de título judicial. O que se pretende analisar neste capítulo, portanto, é de que forma os efeitos da falência sobre os processos do devedor impactam no desenvolvimento do procedimento arbitral, além de outras questões processuais correlatas, como, por exemplo, se a arbitragem pode permanecer confidencial no curso da falência e se a massa falida tem o dever de arcar com os custos e despesas da arbitragem apesar do estado de insolvência. Para melhor exame, será efetuada uma divisão em quatro seções, nas quais se pretende analisar: (i) os efeitos da *vis attractiva* do juízo falimentar sobre o procedimento arbitral; (ii) os efeitos da regra de suspensão dos processos na falência sobre o procedimento arbitral; (iii) os efeitos da falência sobre a confidencialidade do procedimento arbitral; e (iv) os efeitos da falência sobre as custas, despesas e honorários arbitrais.

4.1 Dos efeitos da *vis attractiva* do juízo falimentar sobre o procedimento arbitral

Nesta primeira seção, serão examinados os efeitos da *vis attractiva* do juízo falimentar sobre os procedimentos arbitrais. Nos termos do art. 76 da LREF, com o decreto de quebra inaugura-se o juízo indivisível e universal da falência, competente para conhecer de todas as ações sobre os bens, negócios e interesses do falido. Diante disso, questiona-se se os procedimentos de arbitragem que envolvam o falido deveriam ser atraídos para o juízo falimentar. À primeira vista, considerando que a arbitragem não consta do rol do art. 76 da LREF de demandas excepcionadas da universalidade do juízo falimentar, poder-se-ia imaginar que o procedimento arbitral deveria sofrer os efeitos da regra de atração. Uma análise mais aprofundada da questão, todavia, evidencia o equívoco desta posição. O que se buscará demonstrar nesta seção é que: (i) as arbitragens não são atraídas para o juízo

falimentar porque têm natureza cognitiva; (ii) o administrador judicial deve substituir o falido em todos os processos, sob pena de nulidade; (iii) o falido tem legitimidade para intervir como assistente nos procedimentos arbitrais; e (iv) o Ministério Público não intervém nas arbitragens.

4.1.1 As arbitragens não são atraídas para o juízo falimentar porque têm natureza cognitiva

O art. 76 da LREF prevê que o juízo da falência é indivisível e competente para conhecer de todas as ações envolvendo os bens, interesses e negócios do falido. O dispositivo, pois, anuncia a regra da universalidade e da indivisibilidade do juízo falimentar.⁵¹⁸ O juízo da falência é universal porque a ele se submetem todos os bens e interesses do devedor, bem como todos os credores deste; e indivisível, porque é o único competente para conhecer de todas as ações relacionadas à massa falida, excluídas as exceções previstas em lei. A ideia é garantir o tratamento igualitário dos credores, dando aplicação à *par conditio creditorium*.⁵¹⁹

Como a própria lei enumera, contudo, existem certas exceções a esta regra. São elas as causas trabalhistas; as fiscais; aquelas não reguladas na LREF em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo; e, de maior interesse para esta tese, as ações nas quais se demanda quantia ilíquida.

O que são, pois, essas ações nas quais se demanda quantia ilíquida? Não há consenso na doutrina sobre o significado da expressão “quantia ilíquida”. De um lado, estão aqueles que leem o art. 6º, § 1º, da LREF friamente e defendem que não se pode assimilar a expressão “ações em que se demanda quantia ilíquida” com qualquer “ação de conhecimento”, visto

⁵¹⁸ Sobre os efeitos da *vis attractiva* do juízo falimentar em geral, ver seção 1.3.3.1, acima.

⁵¹⁹ Recchioni sintetiza com propriedade a *ratio* da norma: “Creio que emerge com destaque, a partir do reconhecimento sintético efetuado até este ponto, a impossibilidade de fornecer um conceito unitário de derivação, pois, ao contrário, este magnetismo processual tem múltiplos fundamentos, mas todos, se não me engano, conduzíveis aos objetivos, até agora, primários da falência (quer o fenômeno seja privatizado ou não), ou seja — como sempre ensinou a jurisprudência — garantir a unidade da liquidação-execução e a *par conditio creditorium*.” Tradução livre de: “*Dalla sintetica ricognizione sin qui eseguita credo emerge con evidenza l'impossibilità di dare un concetto unitario di derivazione, poiché, al contrario, codesto magnetismo processuale ha molteplici fondamenti ma tutti, se non mi inganno, riconducibili agli obiettivi, tuttora, primari del fallimento (privatizzato o meno che sia detto fenomeno), ossia — come da sempre insegna la giurisprudenza — assicurare l'unità della liquidazione-esecuzione e la par conditio creditorium.*” RECCHIONI, Stefano. Articolo 24: Competenza del tribunale fallimentare. In: CAVALLINNI, Cesare. **Commentario alla legge fallimentare**, Artt. 1–63. Egea, 2010, p. 469-553, p. 504).

que existem certas ações cognitivas que versam sobre valores líquidos.⁵²⁰ Neste caso, defende essa corrente doutrinária, apenas na hipótese de se tratar de ação de conhecimento que verse sobre quantia ilíquida é que será possível se valer da permissão do § 1º do art. 6º da LREF; de modo oposto, as ações de conhecimento que versem sobre quantias líquidas deverão ser suspensas no curso da falência. Por outro lado, entretanto, há aqueles que, valendo-se de uma interpretação teleológica do dispositivo, concluem que, como a falência é execução coletiva e como as ações de conhecimento (que versem sobre quantias tanto líquidas quanto ilíquidas) visam constituir um título executivo para permitir a participação no processo falimentar, o prosseguimento desse tipo de ação não interfere com os objetivos e os princípios da falência. Pode-se, assim, prosseguir com os respectivos processos até a prolação da sentença, que deverá então ser submetida ao processo falimentar.⁵²¹

Nesta tese, concorda-se com a orientação doutrinária que identifica a menção feita na LREF a “ações que demandam quantias ilíquidas” como equivalente à “ação de conhecimento”, estando esse tipo de ação excluído da *vis attractiva* do juízo falimentar. Ora, como a finalidade da regra do art. 76 da LREF é de preservar a *par conditio creditorum*, faz todo sentido que as ações executivas contra o falido, com o potencial de atingir diretamente os bens e direitos sujeitos ao concurso, bem como as ações reguladas na LREF, relativas a questões da administração da falência e da própria *par conditio creditorum*, tramitem, todas, no juízo universal. No entanto, com relação às ações de conhecimento (isto é, aquelas que ainda visam constituir um título judicial), em não havendo qualquer risco de que sua continuidade possa afetar a paridade entre os credores, é igualmente lógico que essas ações

⁵²⁰ Para Furtado Faria e Cozer, por exemplo, “[...] nos casos em que a arbitragem verse sobre demanda líquida, como ocorre, por exemplo, se a finalidade for a declaração da existência e da exigibilidade da dívida, bem como a formação de um título executivo capaz de fundamentar uma futura execução, a arbitragem poderá apresentar contornos de ação de cobrança e, assim, suscitar questionamentos sobre a possibilidade de aplicação da exceção prevista no art. 6, § 1, da Lei 11.101/2005, que só se refere a ‘quantia ilíquida’.” (FARIA, Luis Cláudio Furtado; COZER, Felipe Rodrigues. Op. cit., p. 253). Do mesmo modo, Almeida e Ramalho opinam que: “Muito embora o prestígio dos doutrinadores acima citados é preciso discordar da ideia de que o legislador utilizou a expressão valores ilíquidos como substitutivo de processo de conhecimento. Apesar da maior parte das ações de conhecimento serem demandas que versam sobre valores ilíquidos, nem todas na realidade o são. Há ações de conhecimento em que se discute o pagamento de valores líquidos e incontroversos, como, por exemplo, no caso em que pretende se verificar se ocorreu ou não a hipótese da incidência de determinada multa contratual ou cláusula penal.” (ALMEIDA, José Gabriel Lopes Pires Assis de; RAMALHO, Matheus Sousa. Op. cit., p. 124-125).

⁵²¹ Sacramone afirma, neste sentido, que ações que demandam quantias ilíquidas devem ser entendidas como ações de conhecimento, isto é, como “qualquer ação que pretenda a apuração da obrigação ou do montante desta em face do devedor, ainda que o valor já tenha sido mensurado por uma das partes”. (SACRAMONE, Marcelo. Op. cit., p. 80). Essa também é a opinião de Scalzilli, Spinelli e Tellechea (SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. Op. cit., p. 215). Por fim, vale notar que Valença Filho (VALENÇA FILHO, Cláudio de Melo. Op. cit., p. 204) explica, neste particular, que ilíquido não é o pedido da ação, mas o próprio título executivo que resultará do processo de conhecimento e que no futuro será formado para permitir a execução e satisfação do direito do credor.

possam prosseguir nos respectivos juízos, sem atração, até a constituição definitiva do crédito, o qual deverá, então, ser apresentado na falência.⁵²² Confirma-se, compartilhando do mesmo entendimento, julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal – TJDF versando sobre caso de liquidação extrajudicial:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. SUSPENSÃO DO PROCESSO. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE COOPERATIVA. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO ARTIGO 76 DA LEI 5.764/71. *In claris non cessat interpretatio*, nem se pode ficar, na aplicação da lei, apenas com seu enunciado literal. Na aplicação da lei o intérprete sempre busca a sua teleologia. Somente as ações propostas contra as cooperativas em liquidação em que se lhes exige o cumprimento de obrigações que afetem de modo direto seu patrimônio devem ser suspensas para possibilitar, se o caso, um concurso universal entre todos os credores, assegurando-lhes igualdade de condições, ou, por outro lado, o desenvolvimento de negociações em clima de tranquilidade e sem a coação decorrente do processo de execução. Precedentes. Agravo conhecido e provido.⁵²³

AGRAVO DE INSTRUMENTO. COOPERATIVA EM LIQUIDAÇÃO. PROCESSO DE CONHECIMENTO. SUSPENSÃO DO CURSO. IMPOSSIBILIDADE. 1. O pedido de rescisão do contrato e também o de devolução das prestações pagas configuram tão-só reconhecimento de direito. O eventual decreto de procedência do pedido só terá repercussão na fase posterior. Isso deixa sem justificativa o pedido de nova suspensão do curso do processo tão-somente porque a empresa-ré está em fase de liquidação. 2. Recurso improvido.⁵²⁴

A divergência doutrinária a respeito do alcance do dispositivo, contudo, não termina com a conclusão de que deve-se ler “ações que demandam quantia ilíquida” como sinônimo de “ações de conhecimento”.

Adicionalmente, a doutrina também se divide quanto à aplicação da exceção do art. 6º, § 1º, da LREF às ações que demandem quantia ilíquida iniciadas após a decretação da falência.⁵²⁵ Para uma primeira corrente, que adota (de novo) uma interpretação estritamente literal da lei falimentar, as ações ilíquidas ajuizadas após a falência deveriam ser atraídas pelo juízo falimentar por estarem fora da exceção prevista no art. 6º, §1º, da LREF, que alude às ações que “estiver[em] se processando” em outro juízo, não aquelas que ainda não foram

⁵²² Sobre a obrigação de habilitar na falência o crédito representado na sentença arbitral, ver seção 5.1, abaixo.

⁵²³ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 1999.99.2.003864-6**. Rel. Des. Waldir Leôncio Júnior, 2ª T., j. 06 abr. 2000.

⁵²⁴ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2007.00.2.000698-8**. Rel. Des. Antoninho Lopes, 4ª T., j. 11 abr. 2007. Ver, ademais: DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2006.00.2.007941-3**. Rel. Des. Souza e Ávila, 3ª T., j. 27 jun. 2007; e DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 2002.01.1.019294-9**. Rel. Des. Silvano Barbosa, 1ª T., j. 24 maio 2006.

⁵²⁵ SACRAMONE, Marcelo. Op. cit., p. 308-309.

iniciadas.⁵²⁶ Para uma segunda corrente, todavia, a exceção do art. 6º, § 1º, da LREF, deveria ser aplicada também para as ações que demandem quantia ilíquida iniciadas após a decretação da quebra. Não haveria justificativa racional para a aplicação da exceção às demandas ilíquidas iniciadas antes da decretação da quebra, mas não às iniciadas depois. Em ambos os casos, o processo pode, sem afronta à paridade dos credores, correr perante o juízo competente de acordo com as regras gerais de competência, sendo o crédito daí decorrente, uma vez apurado, trazido para a falência para fins de participação no concurso.⁵²⁷

Como reporta Sacramone,⁵²⁸ na jurisprudência acabou por prevalecer essa segunda corrente, determinando-se, em julgamento de recurso repetitivo, que:

[...] a competência para processar e julgar demandas cíveis com pedidos ilíquidos contra Massa Falida, quando em litisconsórcio passivo com pessoa jurídica de direito público, é do juízo cível no qual for proposta a ação de conhecimento, competente para julgar ações contra a Fazenda Pública, de acordo as respectivas normas de organização judiciária.⁵²⁹

Esse, de fato, parece ser o entendimento mais adequado. Se o objetivo visado pela regra do art. 76 da LREF é o de preservar a *par conditio creditorum*, não há razão para distinguir entre os processos de conhecimento iniciados antes e depois da falência: em ambos os casos, o prosseguimento da demanda não apresenta riscos para a igualdade dos credores,

⁵²⁶ ZANINI, Carlos Klein. Op. cit., p. 341.

⁵²⁷ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. Op. cit., p. 569-570.

⁵²⁸ SACRAMONE, Marcelo. Op. cit., p. 309.

⁵²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.643.873/SP**. Op. cit. Ver, em acréscimo: “[...] 1. A decretação da falência, a despeito de instaurar o juízo universal falimentar, não acarreta a suspensão nem a atração das ações que demandam quantia ilíquida: se elas já tinham sido ajuizadas antes, continuam tramitando no juízo onde foram propostas; se forem ajuizadas depois, serão distribuídas normalmente segundo as regras gerais de competência. Em ambos os casos, as ações tramitarão no juízo respectivo até a eventual definição de crédito líquido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.471.615/SP**. Op. cit., grifos nossos); “AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO. FALÊNCIA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO EM QUE ESTIVER SENDO PROCESSADA A AÇÃO DE CONHECIMENTO. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Tratando-se de demandas cujos pedidos são ilíquidos, a ação de conhecimento deverá prosseguir, não havendo falar em competência absoluta do Juízo Falimentar para apreciar e julgar a demanda, nos termos do artigo 6º, §1º, da Lei n. 11.101/2005. Precedentes. 2. Agravo interno não provido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1.617.538/PR**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 01 dez. 2016); e SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2075029- 95.2018.8.26.0000**. Rel. Des. Carlos Alberto de Salles, 3ª Câmara de Direito Privado, j. 07 ago. 2018: “AÇÃO INDENIZATÓRIA. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO DA FALÊNCIA. Insurgência contra decisão que acolheu a preliminar e determinou a remessa dos autos ao juízo da falência. Reforma. Ação indenizatória proposta em face da massa falida e de outras empresas privadas em virtude de falha na prestação de serviços odontológicos. Pedidos ilíquidos. Incompetência do juízo da falência. Observância das regras gerais de competência. Precedentes do STJ, inclusive, em sede de recursos repetitivos. Agravo provido.”

de modo que deve prosseguir até a prolação de sentença, que então deverá ser habilitada no processo falimentar. Desse modo, preservam-se, de um lado, a *par conditio creditorum*, pedra angular do processo falimentar, e, de outro, a eficiência e a celeridade processual (LREF, art. 75, parágrafo único), igualmente princípios orientadores do direito concursal.

Em suma, portanto, todas as ações versando sobre os bens, interesses e negócios do falido são atraídas para o juízo falimentar, mas as ações de conhecimento em geral – porque, repita-se, visam constituir um título e não afetam a igualdade entre os credores – podem prosseguir nos respectivos juízos, sem sofrer os efeitos da *vis attractiva*, até a prolação da sentença. Essa conclusão, vale dizer, aplica-se tanto para as ações em curso quando da decretação da falência quanto para as que venham a ser ajuizadas posteriormente.

A arbitragem, de seu turno, tem inegável natureza jurisdicional,⁵³⁰ desenvolve-se através de processo de conhecimento, e termina com a prolação de uma sentença arbitral,⁵³¹ garantindo-se aos árbitros o poder de aplicar o direito, mas não o de invadir o patrimônio do devedor para executar sua decisão. Os árbitros até dispõem de parcela dos poderes do *imperium*, mas limitada àquela que se exerce por meio da coação da vontade do jurisdicionado: não podem eles, assim valer-se dos poderes que autorizam a substituição de vontade para fazer valer a decisão.

E se os árbitros não dispõem das prerrogativas do “*imperium merum*” (para empregar a expressão de Jarrosson⁵³²), e se a jurisdição do tribunal arbitral se encerra com a prolação da sentença arbitral, conclui-se que a sua atuação está limitada à fase de conhecimento do processo. Pode, desse modo, o árbitro conhecer e dizer o direito, mas sem ingressar na execução. Ou melhor, dada a limitação dos poderes dos árbitros, a arbitragem será sempre e invariavelmente um processo de natureza cognitiva, que terminará com a prolação de sentença, sem ingressar nos atos propriamente ditos de execução.

Desse modo, já que se excepciona da regra de concentração dos processos no juízo falimentar as ações de conhecimento em geral, e já que a arbitragem se desenvolve sempre — e somente — através de processo de conhecimento, infere-se que a regra do art. 76 da LREF não se aplica às arbitragens. Os procedimentos arbitrais podem continuar a tramitar

⁵³⁰ Sobre a natureza jurisdicional da arbitragem, ver seção 2.1, acima.

⁵³¹ “Art. 29. Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem, devendo o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda, entregando-a diretamente às partes, mediante recibo.” (Lei n. 9.307/1996).

⁵³² JARROSSON, Charles. Op. cit., p. 231.

regularmente, mesmo no curso do processo falimentar, devendo os títulos que resultarão desses procedimentos ser apresentados na falência.

Vale ver, nesse sentido, os julgados do STJ e do TJSP nos já citados casos Interclínicas,⁵³³ Kwikasair⁵³⁴ e Jackson, que apesar de estarem lidando com pedido de suspensão do processo, valeram-se, para sustentar o prosseguimento da arbitragem, da mesma argumentação de que a arbitragem tem natureza cognitiva e sua continuação não afeta, em absoluto, a *par conditio creditorium*. Confira-se, a respeito, excerto da ementa proferida no Caso Jackson:

Aplicabilidade do artigo 6º, § 1º, da Lei n. 11.101/2005, eis que, versando a demanda sobre quantia ilíquida, o processo não é suspenso em virtude da falência da devedora, inexistindo a “vis attractiva” do art. 76, “caput”, devendo o procedimento arbitral prosseguir com o administrador judicial que representará a massa falida, sob pena de nulidade.⁵³⁵

No mesmo sentido, vale mencionar ainda dois outros precedentes do TJSP julgados em 2016. No primeiro caso (“Caso Unimed 1”), a Unimed de Presidente Prudente Cooperativa de Trabalho Médico (“Unimed Presidente Prudente”) ingressou com ação monitória contra a Unimed Paulistana Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico (em Liquidação Extrajudicial) (“Unimed Paulistana em Liquidação Extrajudicial”), tendo o processo sido extinto pela existência de convenção de arbitragem. Em grau de apelação, sustentou a Unimed Presidente Prudente a invalidade da convenção de arbitragem diante do fato de estar submetida a processo de liquidação extrajudicial. Ao negar provimento à apelação e manter a sentença de extinção do processo, a 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo afirmou que:

[...] A Lei de Recuperações e Falências não suspende as demandas de conhecimento (e os Juízos Arbitrais são de somente de conhecimento). Pretensões satisfativas derivadas de sentenças arbitrais são

⁵³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Medida Cautelar n. 14.295/SP**. Op. cit.

⁵³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.355.831/SP**. Op. cit.

⁵³⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 531.020-4/3-00**. Op. cit. Veja-se, na doutrina, a opinião de Moraes: “Em síntese, a universalidade e a unidade podem ser excepcionadas em relação à fase arbitral (processo de conhecimento), considerando: (i) a interpretação sistêmica do art. 76 com o art. 6, §1º; ou, na eventualidade de não se considerar essa interpretação; (ii) por meio de analogia com a disciplina aplicável às ações que tramitam perante a justiça especializada (trabalhista ou de natureza fiscal), as quais devem prosseguir no juízo especial. Nesse caso, o mesmo deverá ocorrer com as demandas arbitrais, com maior razão, por se tratar de jurisdição extrajudicial, o que representaria um argumento a mais nesse sentido. Em relação aos procedimentos arbitrais em curso quando da decretação da falência, cumpre lembrar que o falido será sucedido pela massa falida. Esse processo de substituição merece atenção.” (MORAES, Felipe Ferreira Machado. Arbitragem... p. 782).

necessariamente dirigidas ao Poder Judiciário. Nas palavras antes vistas da Ministra NANCY, “o juízo arbitral, instaurado para apuração de crédito em favor do falido, não sofrerá os efeitos da decretação da falência.” (no caso, da liquidação extrajudicial).⁵³⁶

O entendimento defendido no Caso Unimed 1 foi reiterado pelo TJSP em caso similar (“Caso Unimed 2”) envolvendo a Unimed Regional Jaú Cooperativa de Trabalho Médico (“Unimed Jaú”) e a Unimed Paulistana em Liquidação Extrajudicial, em acórdão da mesma Turma Julgadora, que proclamou que:

O fato da apelada estar em liquidação extrajudicial não afasta a competência do juízo arbitral. A competência foi fixada por meio de cláusula compromissória e o procedimento arbitral equivale ao processo de conhecimento, não se justificando a pretensão de impedimento de instalação de arbitragem.⁵³⁷

Em todos esses casos, andou bem a jurisprudência ao permitir o prosseguimento da arbitragem até a prolação da sentença arbitral, ressalvando apenas que os títulos que resultarão dos respectivos processos deverão ser habilitados no processo concursal.

Ademais, partindo-se da conclusão acima – de que a exceção à regra do juízo universal prevista no art. 6º, § 1º, da LREF, aplica-se tanto aos processos pendentes, quanto aos iniciados após o decreto de falência –, acrescente-se que tanto as arbitragens em curso quanto novas não serão atraídas para o juízo falimentar.

Em resumo, portanto, as arbitragens, como processos de conhecimento que são, não serão atraídas para o juízo universal da falência.

Por fim, há de registrar-se a discordância desta tese com a posição de Valença Filho,⁵³⁸ quando argumenta que a regra do art. 76 da LREF não seria aplicável às arbitragens porque, em sendo o árbitro juiz “transnacional” quanto à jurisdição do foro, não lhe seriam aplicáveis as regras gerais de competência do poder judiciário estatal.⁵³⁹ A regra do art. 76

⁵³⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 1125817-29.2015.8.26.0100**. Op. cit.

⁵³⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 1008573-55.2015.8.26.0302**. Rel. Des. Fortes Barbosa, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 07 dez. 2016.

⁵³⁸ VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Op. cit., p. 208-210.

⁵³⁹ Essa também parece ser a posição adotada por Armelin, ao afirmar que “esse princípio [da universalidade do juízo falimentar] não abarca a arbitragem, que não se encarta entre ações judiciais, como é cediço. Existe no Brasil inequívoca separação entre a jurisdição estatal e arbitral.” (ARMELIN, Donald. A arbitragem... Op. cit., p. 21-22). E também de Fitchner, Mannheimer e Monteiro: “Não obstante, conforme já se disse anteriormente, o art. 76 da Lei representa regra de competência, destinada a resolução de conflitos entre os juízos que exercem a mesma jurisdição (= jurisdição estatal brasileira), razão pela qual não se aplica à arbitragem, pois os árbitros não integram a estrutura do Poder Judiciário.” (FITCHNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. Convenção de Nova Iorque... Op. cit., p. 481).

da LREF — que visa concentrar no foro falimentar as demandas envolvendo os bens, interesses e negócios do falido —, tem por finalidade dar efetividade aos princípios da *par conditio creditorium*, da eficiência e da celeridade processual, centralizando, no juízo da quebra, este mais bem posicionado para conhecer a situação do falido, as ações surgidas ou relacionadas diretamente com a falência, bem como aquelas que possam impactar no seu desenvolvimento. O objetivo legal seria destruído, se as partes pudessem escapar à regra em foco, mediante simples eleição de convenção arbitral. O regramento, de linguagem bastante ampla, tem caráter imperativo, de ordem pública,⁵⁴⁰ evidencia que o Estado reservou para si a jurisdição para dirimir tais controvérsias,⁵⁴¹ e deve ser aplicada a todos os processos, o que, dada a natureza jurisdicional da arbitragem, naturalmente também inclui os procedimentos arbitrais.⁵⁴²

Discorda-se, ainda, da posição de Grion, Paiva e Andrade Silva de que “os procedimentos arbitrais devem ser enquadrados na exceção contida na segunda parte do dispositivo, que ressalva de sua abrangência todas as causas não reguladas naquela lei”.⁵⁴³ Dois motivos principais sobressaem para que não se adote a posição dos autores. Primeiro, porque a lei se refere às causas não reguladas na LREF “em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo” (LREF, art. 76). Portanto, não poderiam, de plano, estar abrangidas pela referida exclusão as arbitragens em que o falido figurar como réu. E, segundo, porque,

⁵⁴⁰ No Direito francês, as regras fundamentais do processo falimentar, como a *par conditio creditorium* e a regra de suspensão dos processos contra o falido integram a ordem pública internacional. Ver, a respeito: FRANÇA. Cour de Cassation (Ch. commerciale). *Société Saret v. SBBM*, 04/02/1992. Op. cit.; FRANÇA. Cour de Cassation. *Société Thinet v. Labrely ès-qualités*, 08/03/1988. **Revue de l'Arbitrage**, v. 1989, n. 3, p. 473-480; FRANÇA. Cour de Cassation. *Société Almira Films v. Pierrel, ès qualités*, 05/02/1991. **Revue de l'Arbitrage**, v. 1991, n. 4, p. 625-632.

⁵⁴¹ Ver, a respeito da possibilidade de o Estado reservar para si a jurisdição exclusiva para dirimir determinados conflitos, Fitchner, Mannheimer e Monteiro: “O problema na arbitrabilidade objetiva envolvendo processos falimentares não diz respeito exclusivamente ao critério geral de arbitrabilidade objetiva adotado pelo Direito positivo brasileiro, mas especialmente à existência de um conjunto de normas especiais que afasta, por razões de interesse público, a arbitrabilidade objetiva de algumas matérias. Este conjunto de normas especiais está presente na Lei n.º 11.101/2005 (Lei de Recuperação Judicial e Falências). Em outras palavras, não é possível submeter todas as questões relacionadas aos processos falimentares à arbitragem simplesmente porque há uma norma especial (na verdade, um conjunto de normas especiais) afastando a arbitrabilidade objetiva em algumas dessas matérias. O Direito brasileiro, afastando neste ponto o critério geral de arbitrabilidade objetiva, prevê um conjunto de normas especiais que impede a submissão de algumas questões relacionadas à recuperação judicial e à falência à arbitragem, não obstante se trate, essencialmente, de matéria patrimonial (concurso de credores para satisfação de seus direitos de crédito). Trata-se, aqui, de uma impossibilidade jurídica, criada para preservar o interesse público que também caracteriza os processos falimentares.” (FITCHNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Convenção de Nova Iorque...* Op. cit., p. 391).

⁵⁴² Comunga deste mesmo entendimento Ancel, sob a ótica do Direito francês (ANCEL, Pascal. *Arbitrage...* Op. cit., p. 274).

⁵⁴³ GRION, Renato Stephan; PAIVA, Luiz Fernando Valente de; ANDRADE SILVA, Guilherme Piccardi de. Op. cit., p. 97.

quando a LREF exclui as “causas” não reguladas na lei, está a se referir à natureza da pretensão, e não ao tipo de processo por meio do qual se exercerá o direito de ação.⁵⁴⁴

A única razão pela qual os procedimentos arbitrais não são atraídos para o juízo falimentar está no fato de que, em sendo ação de natureza cognitiva, a própria lei falimentar excepciona as arbitragens da regra de atração.

4.1.1.1 Duas exceções relevantes

O entendimento de que as arbitragens não são atraídas para o juízo falimentar e podem seguir tramitando regularmente perante os tribunais arbitrais não é, no entanto, absoluto, devendo-se destacar duas exceções.

A primeira é de que, mesmo com a continuidade da arbitragem, é preciso atentar para o fato de que a atuação do árbitro encontra limites nos fins perseguidos pela regra de atração dos processos para o juízo universal, que é a proteção à *par conditio creditorium*.⁵⁴⁵ Assim, não poderá o árbitro praticar nenhum ato que, de qualquer modo, venha a denegrir a igualdade no tratamento dos credores do falido, sob pena de não reconhecimento da sentença arbitral na esfera falimentar.⁵⁴⁶

⁵⁴⁴ Ver, no mesmo sentido, Fitchner, Mannheimer e Monteiro: “Por outro lado, a vertente que considera que o juízo universal da falência não seria um empecilho à via arbitral utiliza como argumento, entre outros, que a arbitragem se enquadraria na exceção legal presente ao final do caput do art. 76 da Lei n. 11.101/2005, pois os processos arbitrais seriam ‘causas [...] não reguladas nesta Lei’”. *Data maxima venia*, este argumento não nos parece correto, tal como posto, pois, quando o mencionado dispositivo concerne às causas não reguladas na lei, ele está se referindo ao tipo de pretensão (“ação de cobrança”, “ação de indenização”, “ação de restituição”, “ação revocatória”), e não exatamente à espécie de procedimento a ser adotada (procedimento judicial ou procedimento arbitral).” (FITCHNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria...* Op. cit., p. 477).

⁵⁴⁵ VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Op. cit., p. 210.

⁵⁴⁶ Mantilla-Serrano (MANTILLA-SERRANO, Fernando. Op. cit., p. 72-73) reporta, nesse sentido, que alguns tribunais arbitrais, cientes de que uma das partes está falida, proferem sentença declaratória fixando o valor devido, mas não condenam efetivamente a parte falida no pagamento do referido valor, por entender que isso seria de competência do juízo falimentar. Na França, existem precedentes judiciais que afirmam essa posição. Ver, a respeito: FRANÇA. Cour de Cassation (1re Ch. C.). *Société MJA v. International Company for Commercial Exchange*. *Revue de l'Arbitrage*, n. 2, p. 299-302, 2010; FRANÇA. Cour de Cassation (Ch. commerciale). *Société Saret v. SBBM*, 04/02/1992. Op. cit.; FRANÇA. Cour d'Appel de Paris (1re Ch. C.). *Société des Ets Marcel Sebin et autres v. société Irridelco International Corp. et autres*, 23/03/1993. *Revue de l'Arbitrage*, v. 1998, n. 3, p. 541-544; e FRANÇA. Cour d'Appel de Paris (1re Ch. C.). *Consorts de Coninck v. Zanzi et Société Torelli ès qual.*, 3/03/1998. *Revue de l'Arbitrage*, v. 2003, n. 1, p. 207-208. A nosso ver, equivocou-se a *Cour de Cassation* francesa quando afirma que a jurisdição do árbitro deveria limitar-se à declaração da existência e do montante do débito, mas não deveria ordenar o pagamento na hipótese de estar aberto concurso de credores. Ordenar o pagamento, isto é, condenar, faz parte da atividade jurisdicional cognitiva do juiz — e do tribunal arbitral. A ordem não importa no ingresso da fase executiva do processo, nem na incursão sobre o patrimônio do devedor e, por conseguinte, não viola a *par conditio creditorium*. Na Alemanha, por exemplo, repele-se a posição francesa, havendo julgado considerando que a condenação no pagamento de determinada quantia serve como uma declaração do crédito, podendo ser a sentença arbitral

O TJSP já teve oportunidade de enfrentar essa questão no contexto de empresa em liquidação extrajudicial, afirmando, em resposta à alegação de que o processo de arbitragem não poderia prosseguir, que “Este [o tribunal arbitral], julgando processo de conhecimento e havendo de compatibilizar a aplicação da Lei 9.307/96 com o juízo universal da liquidação, limitar-se-á a declarar os créditos recíprocos que houver, para que não haja ofensa ao princípio da ‘par conditio creditorium’”.⁵⁴⁷

Ressalve-se, porém, que, de acordo com o art. 99, VI, da LREF,⁵⁴⁸ a celebração de atos de disposição e oneração de bens e direitos não fica de todo proibida, dependendo de autorização judicial e de oitiva do devedor e do comitê de credores. Nada impede, pois, que o tribunal arbitral homologue, se estão presentes os requisitos previstos na LREF (isto é, autorização judicial e oitiva do devedor e do comitê de credores), transação firmada entre o administrador judicial e a contraparte na arbitragem.⁵⁴⁹ Há, inclusive, enunciado da I Jornada “Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios”, conforme o qual a mediação e a conciliação são compatíveis com a falência.⁵⁵⁰ A falta da autorização competente causará a invalidade do ato, por falta de elemento integrativo do suporte fático da manifestação de vontade.⁵⁵¹

E a segunda exceção à regra de que as arbitragens não são atraídas para o juízo falimentar é de que, ainda que os processos de conhecimento, de uma forma geral, devam prosseguir nos seus respectivos juízos, isso não vale para as ações reguladas na LREF, quais sejam (na ordem sequenciada na própria LREF), a própria ação que culminará com o decreto de falência (LREF, art. 3º), a impugnação de crédito (LREF, art. 8), a ação de responsabilidade dos administradores do falido (LREF, art. 82), a ação de restituição (LREF,

apresentada no juízo falimentar para habilitar seu crédito na falência (WAGNER, Philipp. Op. cit., p. 11). Ver, no mesmo sentido, crítica de VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Op. cit., p. 219).

⁵⁴⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 1125817-29.2015.8.26.0100**. Op. cit.. Esse entendimento foi reiterado no Caso Unimed 2 (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 1008573-55.2015.8.26.0302**. Op. cit.).

⁵⁴⁸ “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;” (Lei n. 11.101/2005)

⁵⁴⁹ Não pode o falido, contudo, que perdeu o poder de administrar e dispor dos seus bens e direitos, transigir sobre os mesmos. Ver, a respeito: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 576.078-4/6-00**. Rel. Des. Romeu Ricupero, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, j. 24 set. 2008.

⁵⁵⁰ “45. A mediação e a 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.” (I Jornada “Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios”. Enunciado n. 45, Brasília, 22-23 ago. 2016).

⁵⁵¹ Sobre as consequências da falta de autorização judicial para o administrador judicial firmar negócios jurídicos, ver seção 3.1.3.2, acima.

art. 85), a ação declaratória de ineficácia (LREF, art. 129) e a ação revocatória (LREF, art. 130), as quais deverão ser submetidas ao juízo universal falimentar.

Com efeito, em todos esses casos a LREF prevê que as respectivas demandas correrão exclusivamente no juízo falimentar. Nesses casos – como as demandas dizem respeito à questões ligadas a própria administração da falência, a proteção da paridade entre os credores ou a algum outro princípio elementar da lei falimentar –,⁵⁵² o legislador entendeu que o juízo universal estará mais bem posicionado para dirimir a controvérsia, reservando para si, com exclusividade, a jurisdição para resolver os referidos conflitos.⁵⁵³

Assim, por exemplo, o STJ, no julgamento do Resp 1.277.725/AM (“Caso Jutai 661”), firmou o entendimento de que “a convenção de arbitragem não constitui causa impeditiva da deflagração do procedimento falimentar perante o Judiciário, cujo objetivo — execução concursal do patrimônio do devedor —, conforme já analisado, sequer poderia ser satisfeito por meio do procedimento arbitral.”⁵⁵⁴ Não detém, portanto, o juízo arbitral jurisdição para decretar a falência, atribuição que cabe exclusivamente ao Poder Judiciário.

Do modo similar, vale também citar o Conflito de Competência n. 148.728 (“Caso OI”) — relativo ao caso da recuperação judicial do Grupo OI.⁵⁵⁵ Neste, decidiu-se que, apesar da existência de convenção de arbitragem no estatuto social da sociedade, seria o juízo da recuperação judicial exclusivamente competente para dirimir controvérsia relativa à destituição e eleição de membros do órgão gestor da companhia em recuperação judicial, já que “o processo de soerguimento de empresas prestadoras de serviços públicos [...] transcende a vontade individual dos acionistas ou grupo acionários”.⁵⁵⁶

E, ainda, mencione-se o Agravo de Instrumento n. 2040226-91.2015.8.26.0000 (“Caso BTG”) julgado pela 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP,⁵⁵⁷ no qual

⁵⁵² Ver, a respeito: BENETI, Giovana. Op. cit., p. 887-897.

⁵⁵³ Ver, a respeito: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência n. 112.697/SP**. Rel. Min. Raul Araújo, 3ª T., j. 22 nov. 2011; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência n. 84.752/RN**. Rel. Min. Nancy Andrighi, 2ª S., j. 27 jun. 2007 (“O juízo falimentar detém uma visão global e plena da falência. Conhece a totalidade de credores; tem informação sobre a situação financeira da massa, em especial dos bens que foram arrecadados; tem contato próximo com o síndico para obtenção de dados complementares, enfim dispõe de todos os elementos necessários à tomada de uma decisão imparcial, equitativa e justa. O Juízo de situação do imóvel, por sua vez, não obstante esteja privilegiado pela proximidade física do bem, dificilmente terá acesso a essa gama de informações.”).

⁵⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.277.725/AM**. Op. cit.

⁵⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência n. 148.728/RJ**. Rel. Min. Marco Buzzi, decisão monocrática, j. 06 set. 2016. Apesar de ter sido proferida no contexto de uma recuperação judicial, as conclusões obtidas pelo STJ, no caso, podem ser consideradas para o caso da falência.

⁵⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência n. 148.728/RJ**. Op. cit.

⁵⁵⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2040226-91.2015.8.26.0000**. Rel. Des. Carlos Alberto Garbi, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 14 maio 2016. [“Caso BTG”].

se decidiu que a matéria relativa à classificação do crédito a ser apurado em procedimento arbitral é de competência exclusiva do juízo da recuperação judicial.⁵⁵⁸

Essa conclusão – de que as causas reguladas na LREF são da jurisdição exclusiva do juízo falimentar – se aplica à ação de responsabilidade contra os administradores prevista no art. 82 da LREF. No caso, mesmo que o estatuto social da empresa falida contenha convenção de arbitragem, e ainda que, fora do ambiente falimentar, a ação de responsabilidade contra os administradores tramite em sede arbitral, uma vez decretada a falência, passa o juízo universal a ser único competente para processar a referida demanda.

A solução de que ficam excluídas da arbitragem as demandas diretamente relacionadas com o processo falimentar, vale anotar, é similar àquela seguida na Itália, como se conclui da opinião de Baccaglioni:

Por fim, a invocação do art. 24 da Lei de Falências se mostrava totalmente inapropriado. Embora jamais tenha havido concordância entre os intérpretes sobre o significado que deve ser atribuído à expressão «litígio derivante da falência», nunca se duvidou do fato de que as controvérsias encaminháveis à competência do tribunal falimentar são as que têm por objeto situações jurídicas causadas por efeito da (ou cujo regime tenha sido modificado pela) declaração de falência. E é difícil que isso aconteça quando um acordo compromissório tiver sido concluído por um sujeito antes de ser declarado falido.

De fato, das duas, uma: ou o conceito de «litígio derivante da falência» deve ser compreendido como sinônimo de qualquer controvérsia da qual o falido seja parte (mas então não faria sentido que o art. 24 da Lei de Falências discuta “derivação”), ou se atribui à expressão um significado restritivo, mas então deve-se excluir que todos os acordos compromissórios percam efeito pelo simples fato de uma das duas partes ter sido declarada falida.⁵⁵⁹

⁵⁵⁸ Confira-se: “IMPUGNAÇÃO AO CRÉDITO. VALIDADE DAS GARANTIAS. JUÍZO ARBITRAL. CLASSIFICAÇÃO DO CRÉDITO. JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRÉDITO QUIROGRAFÁRIO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Impugnação ao crédito. Previsão de cláusula arbitral para dirimir controvérsias acerca da validade e da eficácia das garantias ofertadas pelas recorrentes. Classificação do crédito. Competência do Juízo Recuperacional. Ineficácia da garantia fiduciária. Crédito quirografário. Recurso parcialmente provido.” (Ibidem).

⁵⁵⁹ Tradução livre de: “*Infine, il richiamo all’art. 24 legge fall. si mostrava del tutto fuori luogo. Sebbene non vi sia mai stata concordia tra gli interpreti sul significato da attribuire all’espressione «lite derivante dal fallimento», non si è mai dubitato del fatto che le controversie attratte alla competenza del tribunale fallimentare siano solo quelle che hanno per oggetto situazioni giuridiche sorte per effetto della (o il cui regime sia modificato dalla) dichiarazione di fallimento. Ed è difficile che ciò accada quando un accordo compromissorio sia stato concluso da un soggetto prima di essere dichiarato fallito. Delle due, infatti, l’una: o il concetto di «lite derivante dal fallimento» deve intendersi come sinonimo di qualsiasi controversia della quale il fallito sia parte (ma allora non avrebbe senso che l’art. 24 legge fall. discorra di «derivazione»), oppure si assegna a quell’espressione un significato restrittivo, ma allora si deve escludere che tutti gli accordi compromissori perdano effetto per il solo fatto che uno dei due paciscenti sia stato dichiarato fallito.*” (BACCAGLINI, Laura. Op. cit., p. 14).

Conforme reporta Beneti,⁵⁶⁰ também é similar a orientação na França e nos Estados Unidos da América, onde se optou por reputar como inarbitráveis determinadas matérias que afetem diretamente o processo falimentar.⁵⁶¹

Na França, há orientação tanto doutrinária⁵⁶² quanto jurisprudencial⁵⁶³ no sentido de que o tribunal arbitral não poderá conhecer de questões surgidas diretamente do estado falimentar. Não são arbitráveis, pois, como enumera Fouchard,

[...] um litígio relativo à abertura de um processo coletivo, às nulidades do período suspeito, aos poderes administrativos do devedor após a decisão de abertura, às responsabilidades particulares, às sanções que a lei prevê quanto aos diretores de empresa, etc.⁵⁶⁴

⁵⁶⁰ BENETI, Giovana. Op. cit.

⁵⁶¹ Sobre o tema da inarbitrabilidade de algumas matérias que se relacionam diretamente com o processo falimentar, ver, ainda: CAMELO, António Sampaio. Critérios... Op. cit., p. 156-159. Do mesmo modo, ver Lazic: “As questões típicas da lei de insolvência são tradicionalmente consideradas fora do domínio da arbitragem. Normalmente, os árbitros não serão competentes para decidir sobre questões como, a nomeação do agente fiduciário, o início de um processo de insolvência ou a determinação do valor a ser pago do patrimônio do devedor.” Tradução livre de: “*Typical insolvency law issues are traditionally held to be outside the domain of arbitration. Usually, the arbitrators will not be competent to adjudicate on issues such as, the nomination of the trustee, the commencement of insolvency proceedings or determination of the amount to be paid out of the debtor’s estate.*” (LAZIC, Vezna. Op. cit., p. 154).

⁵⁶² Ver, a respeito, BENETI, Giovana. Op. cit., p. 902; e FOUCHARD, Philippe. Op. cit., 1998, p. 477-478.

⁵⁶³ Ver, a respeito, ANCEL, Pascal. Note: Cour de cassation (Ch. com.) 19 mai 1987. **Revue de l’Arbitrage**, v. 1988, n. 1, p. 142-148, 1988, p. 144, analisando julgado datado de 19 de maio de 1987 da Cour de Cassation; e FRANÇA. Cour de Cassation (Ch. Comm.). Partes não informadas. **N. da apelação 90-13821**, j. 08/06/1993. Ver também, a respeito, DERAINS, Yves; KIFFER, Laurence. National Report for France (2013 through 2018). In: BOSMAN, Lise. (ed.). **ICCA International Handbook on Commercial Arbitration**. ICCA & Kluwer Law International, Supplement n. 99, 2018, p. 1-98, p. 20-21.

⁵⁶⁴ Tradução livre de: “[...] un litige relatif à l’ouverture d’une procédure collective, aux nullités de la période suspecte, aux pouvoirs de gestion du débiteur après le jugement d’ouverture, aux responsabilités particulières, aux sanctions que la loi édicte à l’encontre des dirigeants de l’entreprise, etc.” (FOUCHARD, Philippe. Op. cit., p. 478). Ver, também, exemplos dados por Ancel: “A arbitragem será certamente excluída — mesmo, nós observamos isso, seguindo o procedimento do artigo 82 da lei de 1967 — quando tratar-se de abrir um processo coletivo, ou, na sequência, de aplicar uma das regras específicas do regulamento judicial ou da liquidação de bens; inoponibilidade do período suspeito, alienação, ação de responsabilidade contra um diretor fundamentada no artigo 99 da lei de 1967, decretação de sanções de falência pessoal [...]” Tradução livre de: “*L’arbitrage sera certainement exclu — même, nous l’avons vu, en suivant la procédure de l’article 82 de la loi de 1967 — lorsqu’il s’agira d’ouvrir la procédure collective, ou, par la suite, d’appliquer une des règles spécifiques du règlement judiciaire ou de la liquidation de biens ; inopposabilité de la période suspecte, dessaisissement, action en responsabilité contre un dirigeant sur le fondement de l’article 99 de la loi de 1967, prononcé des sanctions de la faillite personnelle [...].*” (ANCEL, Pascal. Arbitrage... Op. cit., p. 277). O mesmo autor avança e ainda define qual a penalidade para o caso de desrespeito a essa regra: “Em todos estes casos, a sanção será a nulidade do compromisso ou da cláusula compromissória, e trata-se aqui de uma nulidade absoluta que pode ser evocada não somente pelo devedor ou pelo administrador em nome da massa, mas também pela outra parte à convenção de arbitragem (via recurso de anulação da sentença conforme o artigo 1484 do novo Código de Processo Civil). A sanção é, portanto, muito diferente daquela associada à inobservância das formalidades em torno do poder de comprometimento, e que consiste em nulidade relativa, ou até mesmo em simples inoponibilidade à massa ou ao devedor.” Tradução livre de: “*Dans tous ces cas, la sanction sera la nullité du compromis ou de la clause compromissoire, et il s’agit ici d’une nullité absolue qui peut être invoquée non seulement par le débiteur ou par le syndic au nom de la masse, mais aussi par l’autre partie à la convention d’arbitrage (par la voie du recours en annulation de la sentence conformément à l’article 1484 du nouveau Code de procédure civile). La sanction est donc très différente de celle qui s’attache à l’inobservation des*

Cabe, no entanto, ao tribunal arbitral, de acordo com o princípio competência-competência, analisar em primeiro lugar se é de fato necessária a aplicação dos dispositivos da lei falimentar e, assim, decidir pela possibilidade de continuação da arbitragem.⁵⁶⁵ Afora as questões diretamente surgidas do processo falimentar, o árbitro é aquele competente para dirimir a demanda, mesmo que uma das partes esteja falida.⁵⁶⁶

O entendimento norte-americano também caminha no mesmo sentido de não admitir a arbitrabilidade das chamadas “*core claims*”,⁵⁶⁷ assim entendidas as demandas que surjam

formalités qui entourent le pouvoir de compromettre, et qui consiste en une nullité relative, voire en une simple inopposabilité à la masse ou au débiteur.” (ANCEL, 1983, p. 277).

⁵⁶⁵ Ver, a respeito: FRANÇA. Cour d’Appel de Paris (1re Ch. D.). Société Matra Hachette v. société Reteitalia, 20/09/1995. **Revue de l’Arbitrage**, v. 1996, n. 1, p. 87-91, 1996. Ver, neste sentido: FOUCHARD, Philippe. Op. cit., p. 484.

⁵⁶⁶ Ver, a respeito: FRANÇA. Cour de cassation (Ch. com.). Société Prodim v. Société Logidis, 14/01/2004. **Revue de l’Arbitrage**, v. 2004, n. 3, p. 591-593; e FRANÇA. Cour de Cassation (Ch. Comm.). Parties não informadas. **N. da apelação 02-18700**, j. 02/04/2004; e FRANÇA. Cour de Cassation (Ch. commerciale). Société Industry et autres v. Société Alstom Power Turbomachines, 2 /06/2004. **Revue de l’Arbitrage**, v. 2004, n. 3, p. 595-596.

⁵⁶⁷ Há uma lista não exaustiva das chamadas “*core claims*” no 28 U.S. Code, §157(b)(2): “(2) Os processos principais ‘core’ incluem, mas não estão limitados a: (A) questões relativas à administração da massa falida; (B) concessão ou não de pleitos contra a massa falida ou isenções de propriedade da massa falida, e estimativas de pleitos ou interesses para fins de confirmação de um plano nos termos dos capítulos 11, 12 ou 13 do título 11, mas não a liquidação ou a estimativa de ações contingentes ou ilíquidas relativas a infração por lesão corporal ou por morte culposa ajuizadas contra a massa falida para fins de distribuição em um caso nos termos do título 11; (C) reconvenção da massa falida contra pessoas que apresentem pleitos contra a massa falida; (D) decisões relativas à obtenção de crédito; (E) decisões para entregar propriedades da massa falida; (F) procedimentos para determinar, evitar ou recuperar preferências; (G) ações para rescindir, anular ou modificar a suspensão automática; (H) processos para determinar, evitar ou recuperar transferências fraudulentas; (I) determinações quanto à revogação de dívidas pessoais; (J) objeções à revogações; (K) determinações da validade, extensão ou prioridade de garantias; (L) confirmações de planos; (M) decisões que aprovem o uso ou arrendamento de propriedades, incluindo o uso de garantias em dinheiro; (N) decisões que aprovem a venda de propriedades que não sejam propriedades resultantes de ações movidas pela massa falida contra pessoas que não tenham apresentado pleitos contra a massa falida; (O) outros processos que afetem a liquidação dos ativos da massa falida ou o ajuste da relação devedor-credor ou o detentor da garantia, exceto delito por lesão corporal ou alegações de morte culposa; e (P) reconhecimento de processos estrangeiros e outros assuntos nos termos do capítulo 15 do título 11.” Tradução livre de: “(2) *Core proceedings include, but are not limited to— (A) matters concerning the administration of the estate; (B) allowance or disallowance of claims against the estate or exemptions from property of the estate, and estimation of claims or interests for the purposes of confirming a plan under chapter 11, 12, or 13 of title 11 but not the liquidation or estimation of contingent or unliquidated personal injury tort or wrongful death claims against the estate for purposes of distribution in a case under title 11; (C) counterclaims by the estate against persons filing claims against the estate; (D) orders in respect to obtaining credit; (E) orders to turn over property of the estate; (F) proceedings to determine, avoid, or recover preferences; (G) motions to terminate, annul, or modify the automatic stay; (H) proceedings to determine, avoid, or recover fraudulent conveyances; (I) determinations as to the dischargeability of particular debts; (J) objections to discharges; (K) determinations of the validity, extent, or priority of liens; (L) confirmations of plans; (M) orders approving the use or lease of property, including the use of cash collateral; (N) orders approving the sale of property other than property resulting from claims brought by the estate against persons who have not filed claims against the estate; (O) other proceedings affecting the liquidation of the assets of the estate or the adjustment of the debtor-creditor or the equity security holder relationship, except personal injury tort or wrongful death claims; and (P) recognition of foreign proceedings and other matters under chapter 15 of title 11.”*

sob o *Bankruptcy Code* ou que estejam baseadas em direitos criados pelo mesmo diploma.⁵⁶⁸

No caso *Hays and Co. v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner and Smith, Inc.*,⁵⁶⁹ por exemplo, o *trustee* de uma sociedade em recuperação judicial iniciou demanda contra corretora de valores mobiliários com fundamento em diversas leis estaduais e federais, bem como no referido código falimentar norte-americano, sob a alegação de que teriam sido realizadas operações fraudulentas, as quais deveriam ser revogadas com o retorno dos ativos para a recuperanda. A corretora, por sua vez, se defendeu, arguindo a incompetência do juízo falimentar por conta da existência de convenção de arbitragem. Após a cláusula arbitral ter sido declarada ineficaz pelo juízo falimentar, permitindo-se o prosseguimento da demanda no Poder Judiciário, a *United States Court of Appeals, Third Circuit*, reverteu a decisão, para afirmar que, com relação às *non-core claims*, o Poder Judiciário não detém discricionariedade para afastar a convenção de arbitragem, devendo conferir plena eficácia ao pacto. No caso, tão somente os pedidos de revogação das transferências fraudulentas diretamente fundamentadas na legislação falimentar codificada daquele país é que seriam da jurisdição exclusiva do juízo falimentar. Os demais pedidos, assentados nas leis estaduais e federais sobre valores mobiliários, que não se afigurariam como *core claims*, deveriam ser remetidas à arbitragem.

Posteriormente, a *United States Court of Appeals, Fifth Circuit*, teve ocasião na analisar o caso *In re National Gypsum*,⁵⁷⁰ em que os sucessores de um devedor em recuperação judicial ingressaram com demanda contra seguradora, para a esta impedir de cobrar dívida relacionada à recuperanda por conta do instituto do “*discharge*”⁵⁷¹ previsto no

⁵⁶⁸ Ver definição de: RESNICK, Alan. Op. cit., p. 193-194.

⁵⁶⁹ Ver, a respeito: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Hays and Co. v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner and Smith, Inc.**, 885 F.2d 1149, 3rd Cir., 1989. Ver também comentário de RESNICK, Alan. Op. cit., p. 204-205.

⁵⁷⁰ Ver, a respeito: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **In re National Gypsum**, 118 F.3d 1056, 5th Cir., 1997. Ver também comentário de RESNICK, 2007, p. 205/206.

⁵⁷¹ Confira-se o 11 U.S. Code, §524(a): “(a) Uma liberação em um caso sob este título: (1) anula qualquer decisão obtida a qualquer momento, na medida em que essa decisão seja uma determinação da responsabilidade pessoal do devedor em relação a qualquer dívida quitada nos termos da seção 727, 944, 1141, 1192, 1228 ou 1328 deste título, tendo ou não a liberação desse débito sido renunciada; (2) opera como uma medida injuntiva contra o início ou a continuação de uma ação, o emprego de um processo ou de um ato para cobrar, recuperar ou compensar qualquer dívida como uma responsabilidade pessoal do devedor, tendo ou não a liberação desse débito sido renunciada; e (3) opera como uma medida injuntiva contra o início ou a continuação de uma ação, o emprego de um processo ou de um ato para coletar ou recuperar ou compensar propriedade do devedor do tipo especificado na seção 541(a)(2) deste título que é adquirida após o início do caso, por causa de qualquer reivindicação comunitária permitida, exceto uma reivindicação comunitária que esteja isenta de liberação sob as seções 523, 1192, 1228(a)(1), ou 1328(a)(1), ou que assim seria excepcionada, conforme as disposições das seções 523(c) e 523(d) deste título, em um caso relativo ao cônjuge do devedor iniciado na data do ajuizamento da petição no caso referente ao devedor, tendo ou não a liberação da dívida com base em tal reivindicação comunitária sido renunciada.” Tradução livre de: “(a) A discharge in a case under this title—

código falimentar norte-americano. Nesses fatos, o tribunal decidiu que, mesmo com relação às *core claims*, não se pode admitir uma regra que afaste como um todo a aplicação das convenções de arbitragem. Deve o órgão jurisdicional, diante de um pedido de submissão à arbitragem de uma *core claim*, avaliar se a demanda envolve direitos surgidos diretamente da legislação falimentar, ou se são direitos surgidos de leis estaduais. Na primeira hipótese — isto é, de demanda envolvendo direitos surgidos diretamente do código falimentar —, a jurisdição é do juízo universal. Na segunda hipótese — ou seja, de caso envolvendo direitos surgidos de leis estaduais —, deve-se remeter a demanda à arbitragem. No caso específico, tratando-se de demanda com fundamento em direito surgido do código falimentar, isto é, do instituto do “*discharge*”, entendeu o juiz norte-americano que a demanda deveria permanecer com o juízo da falência.

Por fim, cite-se, ainda, o caso *In re United States Lines*,⁵⁷² no qual um devedor em recuperação judicial e o *trust* criado no processo de recuperação litigaram para obter declaração judicial de que o *trust* poderia se valer de alguns direitos constantes de apólices de seguro firmadas anteriormente à recuperação. Neste caso, a *United States Court of Appeals, Second Circuit*, explicou que não se pode estabelecer uma regra fixa que anule ou dê eficácia às convenções de arbitragem firmadas anteriormente à quebra. É necessário, em cada caso, analisar se há ou não conflito entre permitir a instauração/continuidade da arbitragem, de um lado, e, de outro, os objetivos do código falimentar. Na hipótese, o entendimento foi de que, mesmo em se tratando de demandas baseadas em direitos contratuais estabelecidos anteriormente à falência, portanto, sem derivar diretamente do *Bankruptcy Code*, como o resultado da demanda teria grande impacto para a administração da falência, o conflito não poderia ser submetido à arbitragem. Criou-se, portanto, uma regra

(1) voids any judgment at any time obtained, to the extent that such judgment is a determination of the personal liability of the debtor with respect to any debt discharged under section 727, 944, 1141, 1192, 1228, or 1328 of this title, whether or not discharge of such debt is waived; (2) operates as an injunction against the commencement or continuation of an action, the employment of process, or an act, to collect, recover or offset any such debt as a personal liability of the debtor, whether or not discharge of such debt is waived; and (3) operates as an injunction against the commencement or continuation of an action, the employment of process, or an act, to collect or recover from, or offset against, property of the debtor of the kind specified in section 541(a)(2) of this title that is acquired after the commencement of the case, on account of any allowable community claim, except a community claim that is excepted from discharge under section 523, 1192, 1228(a)(1), or 1328(a)(1), or that would be so excepted, determined in accordance with the provisions of sections 523(c) and 523(d) of this title, in a case concerning the debtor's spouse commenced on the date of the filing of the petition in the case concerning the debtor, whether or not discharge of the debt based on such community claim is waived.”

⁵⁷² Ver, a respeito: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *In re United States Lines*. Op. cit. Ver também comentário de RESNICK, Alan. Op. cit., p. 206-208..

flexível, na qual o intérprete deve sempre avaliar se o prosseguimento da arbitragem tem o potencial de denegrir algum objetivo do direito falimentar.

Deste relato pode-se notar que, apesar de os critérios não serem idênticos em cada país, tanto no Direito brasileiro (em que o legislador textualmente incluiu na jurisdição exclusiva do juízo falimentar determinadas demandas), quanto nos direitos francês e norte-americano, há uma clara tendência de concentrar no juízo falimentar as demandas que surjam diretamente do processo de falência ou que possam impactar na sua regular administração. Afora essas ações, como argumenta Beneti, “matérias derivadas do contrato celebrado entre as partes”⁵⁷³ podem ser livremente submetidas à arbitragem.⁵⁷⁴

Esse é, efetivamente, o melhor entendimento. As arbitragens, dada a sua natureza cognitiva, não serão atraídas para o juízo universal, mas o árbitro não tem jurisdição para dirimir as demandas reservadas, pela letra da lei falimentar, ao juízo concursal, que se relacionam diretamente com a administração do processo ou com algum princípio protegido pela lei.⁵⁷⁵

A conclusão – bastante resumida – a que se chega nesta seção é de que, apesar de as arbitragens em geral não serem atraídas para o juízo falimentar, não pode o árbitro praticar nenhuma medida que venha a violar o tratamento paritário dos credores, não sendo, ademais, arbitráveis as ações reguladas na LREF, nem aquelas relativas ao próprio funcionamento do processo falimentar.

⁵⁷³ BENETI, Giovana. Op. cit., p. 911.

⁵⁷⁴ Fora do contexto da arbitragem, o entendimento do STJ caminha no sentido de desconcentrar as ações não reguladas na lei falimentar, afastando-as da competência do juízo concursal. Confira-se: “PROCESSUAL CIVIL E COMERCIAL. AÇÃO MONITÓRIA AJUIZADA PELA MASSA FALIDA. FORO COMPETENTE. ARTIGO 7º, § 2º e § 3º, DO DECRETO-LEI 7.661/45. 1. Em se tratando de ação monitória proposta pela massa falida, não há falar-se em aplicação do princípio da universalidade, pois a demanda não é prevista na lei falimentar, tampouco existirá prejuízo a afetar os interesses da massa. 2. Aplica-se, no caso, o disposto no artigo 7º, § 3º, do Decreto-lei 7.661/45, não ocorrendo a vis attractiva do juízo falimentar. 3. Recurso especial não conhecido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 715.289/MG**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 25 ago. 2009).

⁵⁷⁵ Ver, neste sentido: RECHSTEINER, Beat Walter. Op. cit., p. 353-359, ressaltando que, além da própria ação que culminará com o decreto de falência, os atos processuais típicos do processo falimentar, como o processo de verificação de crédito e o pedido de restituição, não poderiam ser submetidos à arbitragem. No mesmo sentido, pode-se citar TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. Arbitragem... Op. cit., p. 31; e FITCHNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. Convenção de Nova Iorque... Op. cit., p. 483. Vale notar, todavia, a posição de Vasconcelos (VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins et al.), aventando a possibilidade — mas não a conveniência — de mover os procedimentos para verificação de crédito, as ações de responsabilidade dos administradores e as ações revocatórias em sede arbitral. No contexto do direito suíço, Berset e Lévy também defendem a possibilidade de submeter à arbitragem mesmo essas demandas diretamente relacionadas ao processo falimentar (BERSSET, Dominique; LÉVY, Laurent. Op. cit., p. 672-674).

Estabelecido que os procedimentos arbitrais não são atraídos para o juízo universal, deve-se analisar a questão de quem deve figurar como parte nas arbitragens envolvendo os interesses do falido.

4.1.2 O administrador judicial, agindo em nome próprio, deve substituir o falido nos procedimentos arbitrais, sob pena de nulidade

O parágrafo único do art. 76 da LREF prevê que “Todas as ações, inclusive as excetuadas no caput deste artigo, terão prosseguimento com o administrador judicial, que deverá ser intimado para representar a massa falida, sob pena de nulidade do processo”. Perde, portanto, o falido, além da legitimidade para administrar e para dispor dos seus bens e direitos, a legitimidade processual para figurar como parte nos processos correspondentes.⁵⁷⁶

Diante dessa perda de legitimidade, cabe questionar: quem deve, pois, substituir o falido como parte nos processos?

Com base na redação do parágrafo único do art. 76 da LREF, bem como na locução de outros dispositivos (como a do art. 22, III, “n”, da LREF⁵⁷⁷), alguns autores veem, na massa falida, uma personagem autônoma, que, conquanto não ostente a qualidade de pessoa jurídica, seria sujeito de direito capaz de contrair direitos e obrigações na ordem civil, e, portanto, apto a substituir o falido nos processos judiciais e arbitrais.⁵⁷⁸ A massa falida atuaria, nesse sentido, representada pelo administrador judicial nos respectivos processos.

⁵⁷⁶ Sobre a perda da legitimação processual pelo falido, ver seção 1.3.4.1, acima. Confira-se, a respeito, que também nos direitos argentino (Ley 24.552/1995, art. 110), italiano (Regio Decreto n. 267/1942, art. 43) e português (Decreto-Lei n. 53/2004, art. 85), o falido perde a legitimidade processual para figurar como parte nos processos envolvendo os bens e direitos da massa. Leia-se, tratando do Direito italiano, a doutrina de ZUCCONI GALLI FONSECA: “Em minha opinião, qualquer que seja a solução, é necessário observar que, limitadamente às relações ao abrigo do art. 43 l. fall. nas quais a falência esteja envolvida (ou, seguindo a jurisprudência, se decida envolver), o falido perde a legitimação para agir.” Tradução livre de: “*Quale che sia la soluzione, occorre prendere atto, a mio avviso, che, limitatamente ai rapporti di cui all’art. 43 l. fall., nei quali il fallimento sia coinvolto (o, seguendo la giurisprudenza, decida di essere coinvolto), il fallito perde la legittimazione ad agire.*” (ZUCCONI GALLI FONSECA, Elena. Op. cit., p. 7-8)

⁵⁷⁷ “Art. 22. Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe: [...] III – na falência: [...] n) representar a massa falida em juízo, contratando, se necessário, advogado, cujos honorários serão previamente ajustados e aprovados pelo Comitê de Credores;” (Lei n. 11.101/2005).

⁵⁷⁸ Ver, por exemplo: RECHSTEINER, Beat Walter. Op. cit., p. 357; CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo...** Op. cit., p. 37); VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Op. cit., 2015, p. 189; e CRIPPA, Carla de Vasconcelos. Op. cit., p. 189. Sob a égide do Decreto n. 5.764/1929, partilhava desta opinião MENDES: “Isso não importa em negar à massa falida capacidade para contractar, para se obrigar, para estar em juízo. O simples condomínio ou comunhão de bens é suficiente para conferir essa capacidade. Tal é o caso da herança jacente, e da massa falida.” (MENDES, Octávio. Op. cit., p. 135).

Há, nessa esteira, precedente do TJSP (o Caso Jackson), em que a Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, em acórdão da lavra do Des. Pereira Calças, proclamou que “versando a demanda sobre quantia ilíquida, o processo não é suspenso em virtude da falência da devedora, inexistindo a ‘*vis attractiva*’ do art. 76, ‘*caput*’, devendo o procedimento arbitral prosseguir com o administrador judicial que representará a massa falida, sob pena de nulidade”.⁵⁷⁹

Não se concorda, contudo, com essa conclusão.

A massa falida é um complexo de direitos e de obrigações⁵⁸⁰ do falido, todos destacados⁵⁸¹ do patrimônio e destinados pela lei para atender a determinado fim: pagar os credores. A massa falida não goza de personalidade jurídica e não é, como leciona Miranda Valverde,⁵⁸² sujeito de direitos e obrigações, não ostentando capacidade de contratar ou capacidade processual. De seu turno, o administrador judicial tampouco é representante da massa falida, mas, pelo contrário, é órgão auxiliar do juízo na falência, criado com a finalidade de cumprir com os objetivos da lei.⁵⁸³ Decretada a falência, é ao administrador judicial, e não à massa, que se transferem o poder de administrar e dispor dos bens do falido, bem como a legitimidade processual para figurar como parte nos processos envolvendo o seu patrimônio.

Nos processos envolvendo os bens e direitos do falido, portanto, é o administrador, não a massa, que atua como substituto processual⁵⁸⁴ do falido, por força de hipótese de legitimação extraordinária criada por lei.⁵⁸⁵

⁵⁷⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 531.020-4/3-00**. Op. cit., grifo nosso.

⁵⁸⁰ Sobre o conceito de massa falida, ver seção 1.1.3, acima.

⁵⁸¹ Sobre a autorização do ordenamento jurídico para a existência de patrimônios separados, ver Gomes: “A tese da unidade do patrimônio confunde duas noções distintas: a de patrimônio e a de personalidade. O patrimônio seria a aptidão para ter direitos e contrair obrigações, tornando-se, assim, um conceito inútil. Contra esse subjetivismo, nascido de preocupações lógicas, levanta-se a doutrina moderna, que justifica a coesão dos elementos integrantes de uma universalidade de direito pela sua destinação comum. O vínculo é objetivo. Patrimônio será, desse modo, o conjunto de bens coesos pela afetação a fim econômico determinado. Quebra-se o princípio da unidade e indivisibilidade do patrimônio, admitindo-se um patrimônio geral e patrimônios especiais. No patrimônio geral, os elementos unem-se pela relação subjetiva comum com a pessoa. No patrimônio especial, a unidade resulta objetivamente da unidade do fim para o qual a pessoa destacou, do seu patrimônio geral, uma parte dos bens que o compõem, como o dote e o espólio. A ideia de afetação explica a possibilidade da existência de patrimônios especiais. Consiste numa restrição pela qual determinados bens se dispõem, para servir a fim desejado, limitando-se, por este modo, a ação dos credores.” (GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19. ed. Op. cit., p. 182-183).

⁵⁸² MIRANDA VALVERDE, Trajano de. Op. cit., v. 1, p. 280-285.

⁵⁸³ Sobre a natureza da função exercida pelo administrador judicial, ver seção 1.1.3, acima.

⁵⁸⁴ Essa substituição processual, contudo, é de natureza *sui generis*, já que obriga o administrador judicial a agir, por vezes, contra os interesses do substituído — o falido —, ao passo que usualmente o substituto age sempre no melhor interesse daquele que substitui. Ver, a respeito: SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. Op. cit., 2018, p. 675.

⁵⁸⁵ Confira-se, a esse respeito, a lição de Miranda Valverde: “Conclui-se que há substituição de administrador

Considerando que o falido perde, em todos os processos, a legitimidade para figurar como parte, sendo substituído no processo pelo administrador judicial, infere-se que a mesma conclusão deve-se aplicar ao procedimento de arbitragem, que – deve-se insistir – tem inegável natureza jurisdicional.

Assim, nas arbitragens em que o falido seja parte, uma vez decretada a falência, ele deve ser substituído processualmente pelo administrador judicial, o qual, por sua vez, atuará em nome próprio, não como representante de ninguém, na condição de titular do poder de administrar e de dispor do patrimônio concursal e, ainda, na qualidade de parte legítima para figurar nos processos relacionados.

A não efetivação da substituição processual determinada no parágrafo único do art. 76 da LREF — que, no processo civil ordinário, gera a nulidade do processo por falta de uma das condições da ação, a legitimidade processual —,⁵⁸⁶ no caso do procedimento

do patrimônio, por efeito da falência do seu titular, e não, propriamente, sucessão. O síndico não sucede, na verdade, ao falido na administração do patrimônio, porquanto o falido continua a ser o sujeito ativo ou passivo das relações jurídicas que formam esse patrimônio. Ele o substitui, isto é, exerce direitos do falido, mas na qualidade de síndico. Daí a consequência: nos processos judiciais, em que a massa falida é interessada, o síndico figura como parte. O devedor perde, com a decretação da falência, a capacidade de estar em juízo, como autor ou réu, relativamente aos direitos e obrigações compreendidos na execução falimentar. Ele continua a ser o sujeito da relação substancial deduzida na lide, mas o sujeito da relação processual é o síndico. Eis porque concede a lei ao falido o direito de intervir como assistente nas questões pró ou contra a massa (art. 36). Se o falido fosse parte no processo, não se compreenderia como pudesse ao mesmo tempo ser assistente.” (MIRANDA VALVERDE, Trajano de. Op. cit., v. 1, p. 447). Essa também é a opinião de Provinciali, sob a ótica do direito italiano, como se lê a seguir: “Uma consequência da declaração de falência e da inerente perda do livre exercício dos direitos é também a perda, no falido, da legitimação processual (art. 43), ou seja, da capacidade de estar no processo como autor ou citado (art. 75 Cod. Proc. Civ.). A legitimação processual é transferida para o curador (como órgão *ad hoc* do ofício concursal) pelas mesmas razões pelas quais se transfere a legitimação negocial: isto é, depois da substituição que, para efeito da falência, o ofício opera em seu nome (supra, nº 301): se dá, portanto, igualmente fora do âmbito dos conceitos de representação e de substituição processual, pelo menos na acepção própria desses termos.” Tradução livre de: “*Consegue alla dichiarazione di fallimento ed alla inerente perdita del libero esercizio dei diritti, anche la perdita, nel fallito, della legittimazione processuale (art. 43), vale a dire la capacità di stare nel processo come attore o convenuto (art. 75 cod. Proc. Civ.). La legittimazione processuale si trasferisce al curatore (quale organo ad hoc dell’ufficio concorsuale) per le stesse ragioni che si trasferisce quella negoziale: ciò à a séguito della sostituzione che, per effetto del fallimento, l’ufficio opera a carico di lui (supra, n. 301): si à quindi, ugualmente fuori dell’ambito dei concetti di rappresentanza e di sostituzione processuale almeno nell’accezione propria di questi termini.*” (PROVINCIALI, Renzo. **Trattato di Diritto Fallimentare**: t. 2. Milano: Giuffrè, 1974, t. 2, p. 858-859). Lamartine de Oliveira prefere, todavia, a figura da “parte de ofício” para explicar a posição do administrador judicial envolvendo os bens, interesses e negócios do falido. (OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. Op. cit., p. 2.010-2.011).

⁵⁸⁶ Cf. “Se não intervir o administrador, ou quem o faça representar, a nulidade será absoluta e contaminará todos os atos processuais subsequentes, como se não tivessem sido realizados.” (ABRÃO, Carlos Henrique. Op. cit., 2009, p. 238). Ver também, de forma mais ampla, sobre os efeitos da ilegitimidade *ad causam* para o processo: MARQUES, José Frederico. Op. cit., v. 2, p. 68-69: “As formalidades previstas nos arts. 9 a 12 do Código de Processo Civil são pressupostos processuais cuja falta, por isso mesmo, torna irregular e irrita a relação processual. Nulo estará, portanto, o processo se esses pressupostos não existirem.”

arbitral constitui não observância da regra imperativa, de ordem pública, que poderá ensejar a anulação da sentença arbitral.⁵⁸⁷

O administrador judicial recebe o processo no estado em que se encontrar,⁵⁸⁸ sendo-lhe vedado, na condição de substituto,⁵⁸⁹ praticar atos de disposição ou oneração de direito, ou mesmo transigir sobre os direitos e obrigações do falido, sem autorização judicial e oitiva do comitê de credores e do devedor (LREF, arts. 22, § 3º, e 99, VI).

É incorreta, pois, a ideia de que a massa falida seria um ente despersonalizado capaz de contrair direitos e obrigações, como também está equivocado o entendimento de que a massa substituiria o falido nos processos envolvendo os bens, interesses e negócios do falido, inclusive nas arbitragens. Quem substitui o falido nos processos jurisdicionais, também nas arbitragens, é o administrador judicial, agindo em nome próprio, mas para promover os interesses da lei falimentar. O fato de a LREF e o CPC utilizarem a expressão “representação

⁵⁸⁷ Sobre a possibilidade de anular a sentença arbitral no Direito brasileiro com fundamento na alegação de violação à ordem pública, ver: CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem...** Op. cit., p. 411-418). Esta também parece ser posição de Lazic: “Ao examinar a adequação da aplicação análoga na arbitragem das disposições sobre a suspensão de ações judiciais pendentes, deve-se considerar não apenas a natureza das demandas, mas também a representação adequada da parte na arbitragem. O descumprimento dessas disposições pode, em determinadas circunstâncias, influenciar a validade da sentença, se for emitida em violação da exigência do devido processo legal ou resultar em violação da ordem pública.” Tradução livre de: “*When examining the appropriateness of analogous application of the provisions on suspension of pending lawsuits in arbitration, consideration should be given not only to the nature of the claims, but also to the proper presentation of the party in arbitration. A disregard of those provisions might, under certain circumstances, influence the validity of the award if it were rendered in violation of the requirement of due process or resulted in violation of public policy.*” (LAZIC, Vezna. p. cit., p. 317). Há precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo defendendo essa mesma posição: “Cumprimento de sentença. Título executivo originário de sentença arbitral. No transcurso da arbitragem, a devedora tivera a decretação da falência. Ausência de intimação do administrador judicial síndico. Nulidade da sentença arbitral configurada. Após a quebra, os representantes legais da falida não tinham mais legitimidade para a representação da empresa. Questões outras sobre a substituição da devedora pelos seus sócios também sem suporte, uma vez que não participaram do processo de conhecimento arbitragem. Honorários advocatícios mantidos, levando-se em consideração os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Apelo desprovido.” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 1117820-92.2015.8.26.0100**. Rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda, 4ª Câmara de Direito Privado, j. 25 set. 2019).

⁵⁸⁸ Vale ler, a respeito, a opinião de Chiovenda: “Em todos esses casos [*o que inclui os casos de substituição processual realizada no curso da lide*], a relação processual permanece a mesma, se bem que mudada subjetivamente: todos os efeitos substanciais e processuais da demanda, todas as situações jurídicas processuais já existentes e as preclusões consumadas afetam o sujeito substituído na causa.” (CHIOVENDA, Giuseppe. Op. cit., v. 3, p. 208) Ver, tratando especificamente do processo arbitral, Zucconi Galli Fonseca: “Em ambos os casos, aceitará o processo arbitral no estado em que se encontra, sem poder exercer influência sobre a designação dos árbitros, caso já tenham sido nomeados, em linha com a disciplina ordinária da intervenção do terceiro.” Tradução livre de: “*In entrambi i casi, accetterà il processo arbitrale nello stato in cui si trova, senza poter influire sulla designazione degli arbitri in ipotesi già nominati, in linea con la disciplina ordinaria dell'intervento del terzo.*” ((ZUCCONI GALLI FONSECA, Elena. Op. cit., p. 16).

⁵⁸⁹ A respeito dos poderes do substituto processual em geral, vale ler Marinoni e Mitidiero: “No plano processual, o substituto tem todos os poderes inerentes à ação, podendo alegar, postular a admissão de provas, recorrer e outros, sendo-lhe vedado, todavia, prestar depoimento pessoal. Não pode, contudo, praticar atos que importem em disposição do direito material afirmado em juízo (renúncia ao direito, reconhecimento do pedido, transação), salvo com prévia e expressa anuência do substituído.” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 1º ao 69. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 394)

da massa” para se dirigir à posição do administrador judicial nos processos envolvendo os interesses do falido não altera essa conclusão, posto que, como assinala Carvalho de Mendonça, “nem sempre se pode exigir em uma lei correção absoluta de linguagem”.⁵⁹⁰

4.1.2.1 Não há sub-rogação na convenção de arbitragem

Por fim, vale considerar, ainda, a posição de Valença Filho⁵⁹¹ de que, em se tratando de processo arbitral, com origem consensual, essa substituição processual, por si só, não seria suficiente para permitir ao administrador participar da arbitragem. Segundo o referido autor, para que a massa falida possa participar de uma arbitragem, é preciso, para além da substituição processual, a sub-rogação material da própria massa na posição ocupada pelo falido na convenção arbitral. Isso, ainda sob esse pensamento, ocorreria por força do disposto no art. 117 da LREF, que autoriza o administrador judicial a dar cumprimento aos contratos bilaterais firmados pelo falido ainda não executados.⁵⁹²

A nosso ver, contudo, a posição não está correta. O decreto de falência não extingue a personalidade jurídica do devedor,⁵⁹³ nem lhe retira a propriedade dos bens e direitos sujeitos ao concurso.⁵⁹⁴ Há, apenas e tão somente, a perda da legitimidade para administrar e dispor desses bens, bem como a perda da legitimidade para figurar como parte nos processos correspondentes.

As obrigações e direitos contraídos pelo falido anteriormente à falência, entretanto, permanecem tendo nele — o falido — o seu centro de imputação. A relação de direito material não se altera.

É verdade que o administrador judicial passa a deter os poderes de administração e disposição sobre os bens e direitos do falido, e, também, a legitimidade processual para figurar nos processos correspondentes. É o administrador quem, por exemplo, dá

⁵⁹⁰ CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. Op. cit., v. 7, p. 373, nota 6.

⁵⁹¹ VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Op. cit., p. 188-190.

⁵⁹² Essa também parece ser a posição adotada por Lima: “De modo semelhante, a massa falida sucede o falido nos poderes de administração e disposição sobre os seus bens. Opera-se aqui uma verdadeira sucessão *ope legis*, não no direito subjetivo de propriedade sobre os bens, mas sobre específicos poderes instrumentais ao pleno exercício da propriedade, cuja finalidade, uma vez decretada a falência, não mais se alinha aos interesses do titular (o falido), mas aos interesses da coletividade de credores. Assim, as mesmas razões que constituem o cessionário do crédito, e da posição contratual, o terceiro que assume dívida, o terceiro que sub-roga posição do credor ou devedor, apontam para a constituição da massa falida como parte de convenção de arbitragem celebrada pelo falido.” (LIMA, Bernardo. Op. cit., p. 6).

⁵⁹³ Sobre a manutenção da personalidade jurídica do falido mesmo após a extinção da falência, ver seção 1.5, acima.

⁵⁹⁴ Sobre a manutenção pelo falido da propriedade dos bens e direitos submetidos ao concurso, ver seção 1.3.1, acima.

cumprimento aos contratos bilaterais não executados e firma novos contratos relativamente aos bens submetidos ao concurso. Entretanto, em todas essas situações o administrador age em nome próprio, legitimado por força de lei, vinculando a parcela do patrimônio do falido submetida a sua administração.

Assim, apesar da substituição do falido pelo administrador judicial nos processos, fenômeno que opera no mundo do direito processual, não há nenhuma interferência na relação de direito material entre o falido e a contraparte na arbitragem, que são efetivamente aqueles que devem estar vinculados à convenção arbitral.⁵⁹⁵ É dizer que, para que o administrador judicial possa participar de uma arbitragem, quem deve estar vinculado à convenção arbitral é o falido, titular da relação de direito material que o administrador tem, por força de lei, legitimidade para tutelar.

E, tanto não está correta a premissa de que a massa falida se sub-roga nos direitos e obrigações relacionados à convenção de arbitragem, que, em caso de levantamento da falência, há a extinção da massa falida, retornando a legitimidade material e processual para tutelar o patrimônio concursal às mãos do falido, sem a prática de nenhum ato posterior, que permanece vinculado às obrigações assumidas anteriormente à quebra, inclusive à convenção de arbitragem, as quais só serão extintas por declaração judicial nos casos específicos do art. 158 da LREF.⁵⁹⁶

Não é o caso, portanto, de sub-rogação material. O que há é apenas uma substituição processual, por força de lei, do falido pelo administrador judicial.

⁵⁹⁵ Ver, no mesmo sentido, Badel (com a particularidade de que, para o referido autor, no Direito suíço, é a massa, não o administrador judicial, que deve atuar nos processos representando os interesses do falido): “Esta tese é no mínimo discutível pois ela tem origem em uma premissa que me parece errada, isto é, que teria havido uma transferência da cláusula compromissória à massa. Todavia, e quando uma falência é decretada, os bens e direitos do falido não são transferidos à massa, mas unicamente subtraídos do poder de disposição do falido. Consequentemente, o falido mantém-se titular e, no contexto de um processo pendente, conserva a legitimação ativa e passiva; tendo, todavia, perdido seu poder de dispor, seus direitos processuais serão exercidos pela massa enquanto representante legal do falido.” Tradução livre de: “*Cette thèse est à tout le moins discutable car elle procède d’une prémisses qui me paraît erronée, à savoir qu’il y aurait eu un transfert de la clause compromissoire à la masse. Or, et lorsqu’une faillite a été prononcée, les biens et les droits du failli ne sont pas transférés à la masse mais sont uniquement soustraits au pouvoir de disposition du failli. En conséquence, le failli en reste titulaire et dans le cadre d’un procès pendant, il conservera la légitimation active et passive ; ayant toutefois perdu son pouvoir de disposer, ses droits procéduraux seront exercés par la masse en qualité de représentant légal du failli.*” (BADEL, 2007, p. 42).

⁵⁹⁶ Ver, no mesmo sentido, Baccaglioni: “O fato de o processo pendente no momento da decretação de falência prosseguir em relação à administração falimentar (como emerge atualmente da leitura combinada dos parágrafos primeiro e terceiro do artigo 43 l.f.) pode ser explicado de forma mais simples se percebermos a curadoria como um substituto processual do falido, isto é, um sujeito dotado de legitimação extraordinária para agir.” Tradução livre de: “*Il fatto che il processo pendente al momento della dichiarazione di fallimento prosegua nei confronti dell’amministrazione fallimentare (come oggi emerge dalla lettura combinata dei commi primo e terzo dell’art. 43 legge fall.) può spiegarsi più pianamente se si scorge nella curatela un sostituto processuale del fallito, un soggetto dotato cioè di legittimazione straordinaria ad agire.*” (BACCAGLINI, Laura. Op. cit., p. 76-80).

Definido que o administrador judicial substitui o falido nos procedimentos arbitrais, deve-se, ainda, esclarecer que segue detendo o falido legitimidade para intervir em todas as ações na condição de assistente.

4.1.3 O falido tem legitimidade para intervir como assistente nos procedimentos arbitrais

O parágrafo único do art. 103 da LREF prevê que o falido poderá “fiscalizar a administração da falência, requerer as providências necessárias para a conservação de seus direitos ou dos bens arrecadados e intervir nos processos em que a massa falida seja parte ou interessada, requerendo o que for de direito e interpondo os recursos cabíveis.” Pode o falido, portanto, de acordo com a autorização legal, figurar como assistente nos processos envolvendo os interesses da massa.

A assistência, por sua vez, é modalidade de intervenção de terceiro, que se subdivide em dois tipos: a assistência simples e a litisconsorcial. Na assistência simples, o “assistente intervém em auxílio de uma das partes contra a outra, em razão do interesse jurídico que tem na vitória daquela e na derrota desta”.⁵⁹⁷ A assistência litisconsorcial, por sua vez, ocorre quando

o interveniente se encontra com o adversário (ou, na opinião de outros, com a própria parte auxiliada) em relação tal que a decisão da causa teria influência, ainda, sobre sua própria relação mesmo que ele não interviesse (como quando o herdeiro intervém nos pleitos do executor testamentário com terceiros; [...] do falido nas questões de falência, CCom, art. 699). Nesses exemplos, o interveniente conserva autonomia de um litisconsorte.⁵⁹⁸

No Direito brasileiro, o falido, apesar de perder o poder de administrar e dispor dos seus bens, bem como a legitimidade *ad causam* para figurar como parte nos processos que envolvam os bens e direitos submetidos ao concurso, não tem a personalidade extinta com o decreto de falência, não perde sua capacidade, nem a propriedade dos ativos. Inclusive, se

⁵⁹⁷ AMARAL SANTOS, Moacyr. Op. cit., 1999, v. 2, p. 51.

⁵⁹⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. Op. cit., v. 2, p. 285-286. No mesmo sentido, vale conferir a lição de Amaral Santos, esclarecendo que na assistência litisconsorcial “o terceiro se apresenta como titular de uma relação jurídica idêntica ou dependente da relação jurídica deduzida em juízo, ou seja, de uma relação jurídica contra o adversário do assistido, que será normada pela sentença.” (AMARAL SANTOS, Moacyr. Op. cit., v. 2, p. 52).

houver saldo após pagamento dos credores, nos termos do art. 153 da LREF,⁵⁹⁹ o valor remanescente deverá ser entregue ao falido.

Assim, a sentença que será proferida no processo envolvendo o administrador judicial irá, necessariamente, produzir efeitos diretos na esfera jurídica do falido.

Por isso, tem ele — o devedor — interesse jurídico para figurar como assistente em todos os processos envolvendo a massa falida, para defender seus interesses sobre os bens e direitos de que é titular.

Essa assistência, por sua vez, é do tipo “litisconsorcial” porque, mais do que um interesse na vitória ou derrota do administrador, a sentença que será proferida efetivamente afetará a sua esfera jurídica.⁶⁰⁰

Ou seja: como a sentença irá produzir efeitos diretos em relação ao falido, apesar de ele não figurar como parte no processo, participa da demanda na condição de assistente litisconsorcial,⁶⁰¹ sendo-lhe permitido requerer o que for de direito e interpor os recursos cabíveis.

Registre-se, no entanto, que, do mesmo modo que ocorre com a substituição processual do administrador judicial, a assistência tem natureza *sui generis*, porque, no mais das vezes, os interesses do falido (assistente) não coincidirão com os do administrador judicial (assistido), cada um defendendo no processo as próprias posições.⁶⁰²

Se, portanto, o falido tem interesse em participar, na condição de assistente litisconsorcial, de todos os processos envolvendo a massa falida, deve ter ele, igualmente, o mesmo interesse jurídico de participar de todos os procedimentos arbitrais dos quais o administrador judicial seja parte. Isto é, se a LREF assegura ao falido o direito de intervir nos processos em geral como assistente litisconsorcial, assim também deverá ocorrer no caso

⁵⁹⁹ “Art. 153. Pagos todos os credores, o saldo, se houver, será entregue ao falido.” (Lei n. 11.101/2005).

⁶⁰⁰ Ver, nesse sentido: REQUIÃO, Rubens. Op. cit., v. 1, p. 142-143; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: t. 28. Op. cit., p. 321-322; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.003.359/RS**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 06 set. 2012 (“No caso em julgamento, defendendo o Falido interesse próprio em face de controvérsia instalada em habilitação de crédito incidental à falência, sua posição mais se assemelha à de assistente litisconsorcial.”). Aliás, corrobora a conclusão de que o falido, nos processos em que é substituído pelo administrador judicial, retém o direito de intervir no processo como assistente litisconsorcial, o disposto no art. 18, parágrafo único, do CPC, que prevê, de forma mais genérica, que “Havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial.”

⁶⁰¹ Sobre a representação do falido no processo, vale notar que, nos termos do art. 81, § 2º, da LREF, “As sociedades falidas serão representadas na falência por seus administradores ou liquidantes, os quais terão os mesmos direitos e, sob as mesmas penas, ficarão sujeitos às obrigações que cabem ao falido.” (Lei n. 11.101/2005). Portanto, o falido, se sociedade, atuará por meio dos seus órgãos sociais no processo judicial.

⁶⁰² Ver, a respeito: “É uma espécie de assistência litisconsorcial *sui generis* porque, muito embora a Massa Falida Subjetiva seja a comunhão de interesses dos credores, representada pelo Síndico/Administrador, em não raras vezes os interesses da coletividade testilham com os interesses individuais do Falido, hipóteses em que não se pode falar, verdadeiramente, que este mantém relação de auxílio com a Massa.” (Ibidem).

de um procedimento arbitral. Opina, na mesma direção, Valença Filho,⁶⁰³ ressaltando que, no Direito brasileiro, em vista do princípio do acesso à justiça, seria inconstitucional qualquer dispositivo de lei que criasse hipótese de legitimação extraordinária exclusiva, com exclusão do titular do direito debatido.⁶⁰⁴

Ademais, saliente-se que não há, aqui, nenhum problema na vinculação das partes à convenção de arbitragem, visto que o falido é o próprio signatário do pacto arbitral, podendo participar livremente do processo, mesmo que na condição de assistente.

Delimitado que o processo arbitral não é atraído pelo juízo falimentar, bem como que o administrador judicial deve substituir o falido na condição de parte no processo, o qual, nada obstante, segue tendo legitimidade para intervir nos processos na condição de assistente, como último ponto dessa seção pretende-se ainda discutir se o Ministério Público deve participar dos procedimentos arbitrais.

4.1.4 O Ministério Público não intervém nas arbitragens

Questiona-se se seria necessária a participação do Ministério Público nas arbitragens envolvendo os bens e direitos do falido.

Da natureza pública da falência decorre a noção de que se faria necessária a participação do Ministério Público em todas as ações relacionadas com o processo falimentar. Nesse sentido, o Decreto-Lei n. 7.661/1945 previa, no seu art. 210, que “O representante do Ministério Público, além das atribuições expressas na presente lei, será ouvido em toda ação proposta pela massa ou contra esta. [...]”. A mesma ideia constava do artigo 4º do projeto de lei que se transformou na LREF, com a seguinte redação:

Art. 4º O representante do Ministério Público intervirá nos processos de recuperação judicial e de falência.

⁶⁰³ VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Op. cit., p. 190-191.

⁶⁰⁴ Ver: “No ordenamento brasileiro, há supremacia da Constituição Federal (CF) em relação ao Parlamento. Se aquela não permite que este aprecie proposição de lei tendente a subtrair lesão ou ameaça a direito à apreciação do Poder Judiciário, logo, existe vedação constitucional à legitimação extraordinária exclusiva — com exclusão do titular do direito debatido [...]”. (VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Op. cit., p. 190). Defende a mesma posição Alvim: “Feriria a Constituição Federal interpretação que ensejasse a impossibilidade de acesso ao Poder Judiciário para defender-se de lesão ou ameaça de lesão à afirmação de direito, quer no polo ativo, quer passivo. Consequentemente, inadmite-se como válida a legitimação extraordinária exclusiva, interpretando o instituto como sempre (e ao longo de toda esta obra) dando margem à legitimação extraordinária concorrente com a ordinária.” (ALVIM, Thereza. **O direito processual de estar em juízo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 92).

Parágrafo único. *Além das disposições previstas nesta Lei, o representante do Ministério Público intervirá em toda ação proposta pela massa falida ou contra esta.* (grifo nosso)

Esse dispositivo, no entanto, foi vetado pelo Presidente da República com a justificativa de que

a intervenção do parquet não apenas no processo falimentar, mas também em todas as ações que envolvam a massa falida, ainda que irrelevantes, e.g. execuções fiscais, ações de cobrança, mesmo as de pequeno valor, reclamações trabalhistas etc., [está] sobrecarregando a instituição e reduzindo sua importância institucional.⁶⁰⁵

Como, de fato, criticava a doutrina,⁶⁰⁶ além de tornar o processo de falência mais lento, entendeu-se que a participação do Ministério Público em todos os atos do processo falimentar poderia sobrecarregar, sem nenhum benefício para o interesse público, o trabalho do Parquet.⁶⁰⁷

Excluiu-se, pois, de maneira clara e deliberada, na LREF a necessidade de participação do Ministério Público em todas as ações envolvendo os bens e direitos do falido.

Isso, contudo, não quer dizer que o Ministério Público não participa do processo de falência. Muito pelo contrário, são dezesseis os dispositivos da LREF que invocam a

⁶⁰⁵ Confira-se: “O dispositivo reproduz a atual Lei de Falências – Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, que obriga a intervenção do parquet não apenas no processo falimentar, mas também em todas as ações que envolvam a massa falida, ainda que irrelevantes, e.g. execuções fiscais, ações de cobrança, mesmo as de pequeno valor, reclamações trabalhistas etc., sobrecarregando a instituição e reduzindo sua importância institucional. Importante ressaltar que no autógrafo da nova Lei de Falências enviado ao Presidente da República são previstas hipóteses, absolutamente razoáveis, de intervenção obrigatória do Ministério Público, além daquelas de natureza penal. Senão, veja-se: [...] O Ministério Público é, portanto, comunicado a respeito dos principais atos processuais e nestes terá a possibilidade de intervir. Por isso, é estreme de dúvidas que o representante da instituição poderá requerer, quando de sua intimação inicial, a intimação dos demais atos do processo, de modo que possa intervir sempre que entender necessário e cabível. A mesma providência poderá ser adotada pelo parquet nos processos em que a massa falida seja parte. Pode-se destacar que o Ministério Público é intimado da decretação de falência e do deferimento do processamento da recuperação judicial, ficando claro que sua atuação ocorrerá *pari passu* ao andamento do feito. Ademais, o projeto de lei não afasta as disposições dos arts. 82 e 83 do Código de Processo Civil, os quais prevêem a possibilidade de o Ministério Público intervir em qualquer processo, no qual entenda haver interesse público, e, neste processo específico, requerer o que entender de direito.” (BRASIL. **Projeto de Lei n. 4.376, de 1993**: Mensagem n. 59, de 09 de janeiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Msg/Vep/VEP-0059-05.htm. Acesso em: 05 dez. 2019).

⁶⁰⁶ Ver, a respeito, crítica de MIRANDA VALVERDE, Trajano de. Op. cit., v. 1, p. 435-437.

⁶⁰⁷ Confira-se, a respeito, excerto de julgado do STJ lidando com a questão: “[...] se o interesse público primário, via de regra, está presente em todos os processos de falência, tornando indispensável a atuação do representante do Ministério Público, o mesmo não se pode dizer de todas as demais ações em que figurar a massa falida, seja como autora, seja como ré, porquanto, em boa parte das vezes, apenas se discutirão meros interesses econômicos dos credores.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 235.679/SP**. Rel. Min. Castro Meira, 2ª T., j. 08 maio 2007).

participação do membro do Ministério Público na falência, como reporta Penteado⁶⁰⁸: ele deve ser intimado da decretação da falência (LREF, art. 99, XIII), pode apresentar impugnação de crédito (LREF, art. 8), pedir a exclusão de qualquer crédito, nos casos de descoberta de falsidade, dolo, simulação, fraude, erro essencial ou, ainda, documentos ignorados na época do julgamento do crédito ou da inclusão no quadro-geral de credores (LREF, art. 19), dentre as outras prerrogativas expressas nos artigos 22, § 4º; 30, § 2º; 104, VI; 132; 142, § 7º; 143; 154, § 3º; 171; 177; 184, parágrafo único; e 187, *caput* e §§ 1º e 2º.

Ocorre que a arbitragem, apesar de ostentar a natureza jurisdicional, se desenvolve sempre e invariavelmente por processo de conhecimento, que termina com a prolação de uma sentença arbitral, garantindo-se aos árbitros o poder de aplicar o direito, mas não o de invadir o patrimônio do devedor para executar sua decisão.⁶⁰⁹

Se, pois, apesar da natureza pública da falência, a LREF reserva a participação do membro do Ministério Público às hipóteses específicas delineadas na lei, dentre as quais não se incluem as ações de conhecimento movidas contra ou a favor do devedor, o que, aliás, foi vetado por ocasião da edição da LREF, e se a arbitragem tem natureza de processo de conhecimento, pode-se concluir que o Ministério Público não tem legitimidade para intervir nas arbitragens em curso envolvendo o falido.⁶¹⁰ Sua atuação ficará reservada para o

⁶⁰⁸ PENTEADO, Mauro Rodrigues. Disposições preliminares... Op. cit., p. 124-129.

⁶⁰⁹ Sobre a natureza cognitiva do procedimento de arbitragem, ver seção 2.1, acima.

⁶¹⁰ Confira-se, nesse sentido, as opiniões de Armelin: “Portanto, é de se concluir no sentido da iniciação e continuidade da arbitragem resultante de convenção de arbitragem celebrada antes da decretação da falência de uma das partes nela envolvidas. Esta conclusão não se altera pela circunstância de ter o Ministério Público uma atividade fiscalizadora na tela falimentar, estando, pois, legitimado a ajuizar as ações cabíveis na defesa dos direitos e interesses da massa falida, mas não para ingressar em arbitragem para monitorar ou nela atuar como custos legis. Caber-lhe-á, se admissível for, postular o reconhecimento de invalidade da decisão arbitral que se encarta em uma das hipóteses previstas no art. 32 da Lei 9.307/96. Isto em razão de ser a arbitragem terreno exclusivo de litígios sobre direitos patrimoniais disponíveis já submetidos, mediante convenção de arbitragem anterior à quebra, à jurisdição privada. A intervenção fiscalizadora do Parquet haverá de ocorrer após o término da arbitragem e a inserção de seu resultado na execução concursal correspondente à falência, se e quando tal sentença convolar-se em título executivo judicial.” (ARMELIN, Donaldo. A arbitragem... Op. cit., p. 23); Correa: “Um argumento que poderia inviabilizar o prosseguimento ou instauração de arbitragem quando da superveniente decretação de falência de uma das partes contratantes refere-se à eventual necessidade de intervenção do Ministério Público em ações em que é parte a massa falida, em observância ao interesse público envolvido em tais processos. Ocorre, contudo, que o artigo 4º da Lei 11.101/05 que regularia a atuação do Ministério Público nas ações em que é parte a massa falida foi objeto de veto presidencial. Tendo em vista que o procedimento arbitral ‘só pode envolver interesses disponíveis de pessoas capazes’, conclui-se ser dispensada a atuação do Ministério Público, não existindo qualquer óbice ao desenrolar de arbitragem que envolva a massa falida. Ao Ministério Público é outorgada a função fiscalizadora no processo de falência, tendo, inclusive, a prerrogativa de nele intervir e promover ações judiciais na defesa dos interesses da massa falida. Todavia, por se tratar a arbitragem de procedimento autônomo equiparado a uma ação judicial em que a massa falida seja parte, a atuação do Ministério Público é dispensada, por expressa ausência de legitimação legal para tanto” (CORREA, Raphael Nehin. Op. cit., p. 94-95); e Almeida e Ramalho: “A última questão a ser tratada deste estudo é a atuação do Ministério Público nos processos de falência e recuperação judicial e se isso poderia obstar a realização de arbitragem. Muito embora seja comum a participação do ministério público

momento de verificação e inclusão do crédito representado pela respectiva sentença arbitral no quadro geral de credores.

Ressalve-se somente o caso das ações reguladas na LREF, que, apesar de contar com a participação do Ministério Público, nos termos da LREF, não podem ser submetidos à arbitragem,⁶¹¹ visto que o Estado reservou para si a exclusividade da jurisdição com relação a estas matérias.

Não é o caso, por outro lado, de se justificar a participação do Ministério Público nas arbitragens envolvendo os interesses do falido com fundamento na legitimidade que lhe foi atribuída pela Constituição Federal (art. 127⁶¹²) e pelo Cód. de Processo Civil (arts. 176⁶¹³ e 178, I⁶¹⁴) para figurar na condição de fiscal da lei nos processos que envolverem interesse público ou direitos indisponíveis.⁶¹⁵

Estando a atuação do Ministério Público restrita aos processos que envolvem interesse público ou direitos indisponíveis, e restringindo-se a arbitragem — sempre — a litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, não se cogita, também na condição de *custus legis*, da participação do Ministério Público nos procedimentos de arbitragem envolvendo os bens e direitos da massa.

Vale notar, a esse respeito, que, no já citado Caso Jackson, o Tribunal de Justiça de São Paulo teve ocasião de responder à alegação de que, dada a necessidade de o Ministério

durante os procedimentos de falência, especialmente, a sua obrigação não é obrigatória. Na realidade, à época em que a tramitou no congresso nacional a lei 11;101/2005, idealizou-se no artigo 4º a ideia de tornar obrigatória participação do ministério público em todas as demandas em que figurasse a massa falida. Ocorre, porém, que o referido artigo foi vetado. [...] A participação do Ministério Público em procedimentos de falência e recuperação judicial deverá ocorrer apenas quando houver casos de indissociável interesse público que envolvam a massa falida, o que ocorre apenas em hipóteses excepcionais. [...] Assim, não sendo a intervenção do ministério público obrigatória, não há o que se falar em sua intervenção mandatória em todas as arbitragens que envolvam partes em recuperação judicial ou em estado de falência. Além disso, qualquer irregularidade que o Ministério Público vislumbrar na sentença arbitral que eventualmente for levada para habilitação no processo de falência e de recuperação judicial, poderá essa ser atacada por meio da ação de nulidade arbitral, dada a legitimidade inequívoca do parque manejar esta medida.” (ALMEIDA, José Gabriel Lopes Pires Assis de; RAMALHO, Matheus Sousa. Op. cit., p. 140-142). Ver, no mesmo sentido, VIEIRA, Maíra de Melo. Op. cit., p. 308; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. Arbitragem. Op. cit., p. 48-50; e FITCHNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. Convenção de Nova Iorque... Op. cit., p. 485.

⁶¹¹ Sobre a impossibilidade de se submeter à arbitragem as causas reguladas na LREF, ver seção 4.1.1.1, acima.

⁶¹² “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

⁶¹³ “Art. 176. O Ministério Público atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis.”

⁶¹⁴ “Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: I - interesse público ou social;”

⁶¹⁵ Ver, a respeito da participação do Ministério Público no contexto falimentar, mesmo fora das hipóteses expressamente previstas na LREF: SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. Op. cit., p. 191-192.

Público participar de todas as ações envolvendo os bens e direitos da massa, não seria possível ao administrador judicial participar de um procedimento arbitral. Na oportunidade, disse o Tribunal o seguinte:

Fundamenta-se a decisão recorrida ainda na indispensabilidade da intimação do Ministério Público para acompanhar o procedimento da arbitragem. Mais uma vez, equivoca-se o duto sentenciante. Isto porque, ao contrário da previsão do artigo 210 do revogado Decreto-lei n° 7 661/45, que determinava a oitiva do representante do Ministério Público em todas as ações propostas pela massa ou contra ela, o veto ao artigo 4° da Lei n° 11 101/2005, cuja redação era similar à do antigo artigo 210, afasta a determinação de participação do representante do 'Parquet' em todas as ações em que a massa falida seja autora ou requerida. Apenas quando o JUIZ constatar que há algum interesse público ou da atividade empresarial em geral é que deverá intimar o Ministério Público para se manifestar nos processos de falência, recuperação judicial ou causas conexas a eles. Se não há exigência da participação obrigatória do Ministério Público em todas as ações judiciais em que a massa falida for autora ou requerida, da mesma forma, não é indispensável, nem cabível, a participação da referida Instituição nos procedimentos de arbitragem em que uma das partes seja a massa falida.⁶¹⁶

Desse modo, o Ministério Público não intervém nas arbitragens envolvendo os bens e direitos da massa. Sua atuação fica reservada às hipóteses previstas na LREF, nenhuma das quais poderia ocorrer no contexto de uma arbitragem. A atuação do membro do *Parquet* ficará reservada para o momento da verificação do crédito no processo falimentar, quando ele terá legitimidade para impugnar a tentativa de inclusão no quadro geral de credores do crédito representado pela sentença arbitral.

Finalizada a análise dos efeitos da *vis attractiva* do juízo falimentar sobre os procedimentos arbitrais, passa-se, na próxima seção, a cuidar dos impactos da regra de suspensão dos processos sobre as arbitragens.

4.2 Dos efeitos da regra de suspensão dos processos na falência sobre o procedimento arbitral

Nesta segunda seção, pretende-se analisar os efeitos da regra do art. 6° da LREF sobre os procedimentos arbitrais que envolvem o falido. Nos termos da LREF, com o decreto de quebra, determina-se a suspensão de todas as ações e execuções contra o devedor. Diante desse quadro de suspensão geral, questiona-se: os procedimentos de arbitragem envolvendo

⁶¹⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 531.020-4/3-00**. Op. cit.

o falido deveriam ser também suspensos? Na França, por exemplo, existem julgados anulando sentenças arbitrais com o fundamento de violação à ordem pública porque o tribunal arbitral não teria respeitado a regra para suspender o processo por conta do decreto de falência.⁶¹⁷ No Direito francês, as arbitragens devem ser suspensas, e os credores devem apresentar suas habilitações de crédito ao juízo falimentar. Isso feito, pode-se então dar prosseguimento à arbitragem, mas exclusivamente com o fito de definir a existência e o montante do crédito; veda-se a condenação.⁶¹⁸ No mesmo sentido, a Lei Modelo de Insolvência Transnacional da The United Nations Commission on International Trade Law (“UNCITRAL”) também recomenda a suspensão de todos os procedimentos de arbitragem com o decreto falimentar.⁶¹⁹ Uma análise mais aprofundada da questão, entretanto, evidencia que esta posição não subsiste no Direito brasileiro pelo mesmo motivo que faz com que as arbitragens não sofram os efeitos da *vis attractiva* do juízo universal: trata-se de processo de natureza cognitiva, sem risco para o desenvolvimento do processo falimentar. Pretende-se evidenciar duas teses principais nesta seção: (i) que as arbitragens não são suspensas com o decreto de quebra do falido porque têm natureza cognitiva; e (ii) que o árbitro tem competência para decidir sobre pedido de reserva formulado pela parte, mas essa decisão pode ser revista pelo juízo falimentar, respeitados os limites legais.

⁶¹⁷ Ver, a respeito: FRANÇA. Cour de Cassation. *Société Almira Films v. Pierrel, ès qualités*. Op. cit.; FRANÇA. Cour de Cassation. *Société Thinet v. Labrely ès-qualités*. Op. cit.; FRANÇA. Cour de Cassation. *Société Almira Films v. Pierrel, ès qualités*. Op. cit.; e FRANÇA. Cour d’Appel de Paris (1re Ch. C.). *Consorts de Coninck v. Zanzi et Société Torelli ès qual.* Op. cit. Há, em sentido similar, julgado da Cour de Cassation anulando uma sentença arbitral porque condenou a parte falida no pagamento de valores, sem que esses valores tivessem sido previamente declarados no juízo falimentar (FRANÇA. Cour de Cassation. **Carrefour v. Le Castel AS**, Caso n. 10-18320, j. 28/09/2011, com comentários de DERAÏNS, Bertrand. *Carrefour v. Le Castel AS*, Cour de Cassation, Case n. 10-18320, 28 set. 2011. **A contribution by the ITA Board of Reporters**. The Hague: Kluwer Law International, 2011). Atente-se, no entanto, que, conforme julgado da Cour d’Appel de Paris, cabe aos árbitros, em consonância com o princípio competência-competência, determinar em primeiro lugar a aplicabilidade à demanda dos dispositivos da lei falimentar francesa (FRANÇA. Cour d’Appel de Paris (1re Ch. D.). *Société Matra Hachette v. société Reteitalia*. Op. cit.). Ver também, a respeito do procedimento a ser observado nas arbitragens em caso de falência: ANCEL, Pascal. *Arbitrage...* Op. cit., p. 266-267.

⁶¹⁸ FOUCHARD, Philippe. Op. cit., p. 481-482.

⁶¹⁹ “180. Alínea 1 (a), ao não distinguir entre vários tipos de ação individual, também abrange ações perante um tribunal arbitral. Assim, o artigo 20 estabelece uma limitação obrigatória à eficácia de uma convenção arbitral. Essa limitação é adicionada a outras possíveis limitações que possa existir pelo direito nacional que restrinjam a liberdade das partes de concordar com a arbitragem (por exemplo, limites de arbitrabilidade ou capacidade de celebrar uma convenção arbitral).” Tradução livre de: “180. *Subparagraph 1 (a), by not distinguishing between various kinds of individual action, also covers actions before an arbitral tribunal. Thus, article 20 establishes a mandatory limitation to the effectiveness of an arbitration agreement. This limitation is added to other possible limitations restricting the freedom of the parties to agree to arbitration that may exist under national law (e.g. limits as to arbitrability or as to the capacity to conclude an arbitration agreement).*” (UNITED NATIONS. Commission on International Trade Law. **UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation**. New York: United Nations, 2014. Disponível em: https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency. Acesso em: 25 nov. 2019).

4.2.1 As arbitragens não são suspensas com o decreto de quebra do falido porque têm natureza cognitiva

O art. 6º da LREF prevê que, com o decreto de falência, suspendem-se todas as ações e execuções contra o devedor.⁶²⁰ A finalidade da regra é garantir a universalidade do concurso falimentar e, na ponta, a igualdade de tratamento dos credores. Não seria lógico, como corretamente aponta De Lucca,⁶²¹ que, instaurado o concurso falimentar, pudessem os credores individuais seguir com suas ações e execuções, porque isso violaria a soberania da *par conditio*. Essa regra se aplica tanto às ações em curso quanto às novas ações iniciadas após o advento do decreto falimentar.

A regra de suspensão, todavia, não atinge a totalidade das ações e execuções movidas contra o devedor. Excepcionam-se, entre outras, as chamadas “ações que demandarem quantias ilíquidas”, que devem ter prosseguimento nos respectivos juízos em que estiverem se processando, sendo facultado aos referidos juízos determinarem a reserva da importância devida na falência (LREF, art. 6, § 1º). Ações que demandam quantias ilíquidas, de seu turno, são as ações de conhecimento, isto é, aquelas em que se pretende constituir título passível de execução. Como, nesse caso, não há risco para a *par conditio creditorum*, a própria LREF incluiu previsão autorizando a continuidade do processo.

A arbitragem, por sua vez, tem necessariamente natureza de processo de conhecimento, cabendo ao árbitro dizer o direito, mas sem poderes para invadir a esfera patrimonial da parte perdedora para executar a decisão.

Se, portanto, a LREF excepciona da regra de suspensão dos processos as ações de conhecimento em geral, e se a arbitragem tem indiscutível natureza de processo de conhecimento, é consequência direta que, também por este motivo, não há que se falar na aplicação da regra do art. 6 da LREF às arbitragens.⁶²² Tanto a doutrina quanto a jurisprudência, a propósito, confirmam essa inaplicabilidade. Ver, nesse sentido, as posições

⁶²⁰ Sobre os efeitos da regra do art. 6º da LREF, que determina a suspensão dos processos, ver seção 1.3.3.2, acima.

⁶²¹ DE LUCCA, Newton. Comentários aos artigos 1º ao 6º. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (coord.). **Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 71-126, p. 114-115.

⁶²² Revemos, assim, posição anteriormente adotada em artigo publicado em 2016 no sentido de que “Se a Arbitragem versar sobre quantia líquida [...] estará sujeita ao período de suspensão, como todas as demais ações, e deverá ficar sobrestada pelo prazo legal.” (DECCACHE, Antonio Carlos Fernandes. *Convenção...* Op. cit., p. 180).

de Armelin,⁶²³ Alves e Veronese,⁶²⁴ Moraes,⁶²⁵ Crippa,⁶²⁶ Toledo,⁶²⁷ bem como os julgados do STJ nos Casos Interclínicas⁶²⁸ e Kwikasair,⁶²⁹ e do TJSP, nos Casos Jackson,⁶³⁰ Unimed 1⁶³¹ e Unimed 2.⁶³²

⁶²³ Ver: “Deveras, a falência é, sob o prisma processual, uma execução que, por ser concursal, deve albergar todas as execuções dos credores do falido. Mas inexistente fundamento jurídico para a suspensão das ações de conhecimento, cujo escopo é tão-somente aparelhar títulos executivos que habilitem os credores do falido a participar da execução dessa natureza. [...] Não há, pois, obstáculo jurídico à continuidade da arbitragem, quando decretada a falência de uma das partes litigantes na tela arbitral. Atuam ambas em campos diversos, ainda que o resultado da arbitragem possa, eventualmente, implicar consequências na execução concursal, na medida em que fixará a existência ou não do direito patrimonial questionado e, pois, influenciará na possibilidade de sua habilitação no juízo falimentar. Esse posicionamento pró-arbitragem lastreia-se na circunstância de se manter hígida e eficaz a convenção da arbitragem a despeito de decretação da falência de um dos seus signatários, como tem sido acentuado supra.” (ARMELIN, Donaldo. A arbitragem... Op. cit., p. 20-22).

⁶²⁴ Ver: “A arbitragem é processo de conhecimento, isto é, não envolve atos de constrição ou expropriação patrimonial. Salvo casos excepcionais, a arbitragem lida com quantias ilíquidas, que serão quantificadas no curso do procedimento (*quantum debeatur*), mesmo que já esteja determinado o dever de indenizar (*an debeatur*). Em se tratando de quantias ilíquidas, o prosseguimento da arbitragem não viola as normas aplicáveis aos créditos concursais. (GRION, PAIVA e ANDRADE SILVA, 2016, p. 100; TOLEDO, 2009, p. 28; FARIA e COZER, 2011, p. 253; ARMELIN, 2007, p. 19-20). Proferida a sentença arbitral e liquidado o crédito, este deverá ser comunicado ao juízo da recuperação ou falimentar para que seja pago nos termos da Lei n. 11.101/2005.” (ALVES, Rafael Francisco; VERONESE, Ligia Espolaor. Op. cit., 2016, p. 179)

⁶²⁵ Ver: “O Direito norte-americano igualmente impõe determinadas exceções em relação à *automatic stay*. Nesse sentido, Douglas G. Baird: De longe, a mais importante destas secções é §362, que impõe a suspensão automática a todos os credores. Ela exige que os credores interrompam todas as ações de cobrança no momento em que o requerimento é distribuído. A suspensão automática produz efeitos tão grandes que torna fácil esquecer que a suspensão é simplesmente uma presunção. O tribunal (estatal) pode afastar a suspensão sempre que um credor demonstrar que não há fundamento ou que o seu interesse está inadequadamente protegido (BAIRD, 2006, p. 14). Em relação ao Direito brasileiro, entende-se que a primeira delas possui aplicabilidade para os procedimentos arbitrais. Essa aplicação irrestrita aos procedimentos arbitrais decorre da natureza da jurisdição arbitral, que é essencialmente cognitiva (processo de conhecimento), carecendo-lhe força executiva. Uma vez que a arbitragem não se presta à execução, é possível presumir que os procedimentos arbitrais podem ser enquadrados necessariamente no critério acima mencionado, por tratarem de processos em que são discutidos direitos e obrigações relacionados a quantias ilíquidas.” (MORAES, Felipe Ferreira Machado. Arbitragem. Op. cit., p. 779-780).

⁶²⁶ CRIPPA, Carla de Vasconcelos. Op. cit., p. 196.

⁶²⁷ TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. Arbitragem... Op. cit., p. 27.

⁶²⁸ Confira-se: “A suspensão das ações e execuções envolvendo direitos e interesses do acervo de entidade em regime de liquidação extrajudicial, prevista no art. 18, “a”, da Lei nº 6.024/74, he de ser aplicada com temperamento, mormente quando se tratar de ação de conhecimento, na qual se busca tão somente o reconhecimento do direito do autor.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Medida Cautelar n. 14.295/SP**. Op. cit.)

⁶²⁹ Confira-se: “Tendo em vista que a arbitragem encontra-se atualmente no mesmo plano do processo judicial de conhecimento, uma vez que sua sentença constitui título executivo judicial (art. 475-N, IV, do CPC), deve-se aplicar ao processo arbitral as mesmas regras e efeitos previstos para os demais processos judiciais de Assim, resulta injustificável qualquer pretensão de sobrestamento ou impedimento de instalação de arbitragem lastreada em convenção anterior à decretação da falência. conhecimento. Vale lembrar que, na jurisdição arbitral, por não ser dotada de poderes executivos, sempre se estará diante de demandas de conhecimento.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.355.831/SP**. Op. cit.)

⁶³⁰ Confira-se: “Além disso, não procede a afirmativa da decisão recorrida no sentido de que, decretada a quebra, deveria haver a imediata suspensão do procedimento arbitral, eis que, versando a demanda sobre quantia ilíquida, incide no caso o art. 6, § 1, da Lei 11.101/2005, que afasta a suspensão das ações movidas contra o devedor, prevista no caput do referido dispositivo legal, ao determinar que ‘terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida’, cumprindo apenas que se observe o art. 76, parágrafo único, da Lei 11.101/2005, pelo qual “todas as ações, inclusive as executadas no *caput* deste artigo, terão prosseguimento com o administrador judicial, que deverá ser intimado, sob pena de nulidade

Há, na mesma direção, dois enunciados, respectivamente, da II Jornada de Direito Comercial⁶³³ e da I Jornada “Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios” do Conselho da Justiça Federal,⁶³⁴ expressando a mesma opinião.

A título de comparação, veja-se que essa também é a solução adotada no direito português, como se lê do item 2 do art. 88 do Código de Insolvência e da Recuperação de Empresas (“Os processos pendentes à data da declaração de insolvência prosseguirão porém os seus termos, sem prejuízo, se for o caso, do disposto no n.º 3 do artigo 85.º e no n.º 5 do artigo 128”); bem como no direito argentino como se lê da segunda parte do art. 134 da Ley de Concursos y Quiebras: (“A declaração de falência produz a inaplicabilidade das cláusulas compromissórias pactuadas com o devedor, a menos que, antes de a sentença ser proferida, o tribunal arbitral tenha sido devidamente constituído.”⁶³⁵)

Nos Estados Unidos da América, por sua vez, a regra⁶³⁶ que determina a suspensão

do processo”. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 531.020-4/3-00**. Op. cit.).

⁶³¹ Confira-se: “A Lei de Recuperações e Falências não suspende as demandas de conhecimento (e os Juízos Arbitrais são de somente de conhecimento). Pretensões satisfativas derivadas de sentenças arbitrais são necessariamente dirigidas ao Poder Judiciário. Nas palavras antes vistas da Ministra NANCY, “o juízo arbitral, instaurado para apuração de crédito em favor do falido, não sofrerá os efeitos da decretação da falência.” (no caso, da liquidação extrajudicial).” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 1125817-29.2015.8.26.0100**. Op. cit.).

⁶³² Confira-se: “O fato da apelada estar em liquidação extrajudicial não afasta a competência do juízo arbitral. A competência foi fixada por meio de cláusula compromissória e o procedimento arbitral equivale ao processo de conhecimento, não se justificando a pretensão de impedimento de instalação de arbitragem. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 1008573-55.2015.8.26.0302**. Op. cit.).

⁶³³ Confira-se: “75. Havendo convenção de arbitragem, caso um 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 n. 11.101/2005; e (ii) o administrador judicial não pode recusar a eficácia da cláusula compromissória, dada a autonomia desta em relação ao contrato.” (II Jornada de Direito Comercial, 2015).

⁶³⁴ Confira-se: “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.” (I Jornada “Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios” do Conselho da Justiça Federal, 2016).

⁶³⁵ ARGENTINA. Ley 24.522, de 7 de agosto de 1995. Tradução livre de: “*La declaración de quiebra produce la inaplicabilidad de las cláusulas compromisorias pactadas con el deudor salvo que antes de dictadas la sentencia se hubiere constituido el tribunal árbitros o arbitradores.*”

⁶³⁶ Ver: “§ 362. (a) Exceto conforme disposto na subseção (b) desta seção, uma petição apresentada nos termos das seções 301, 302 ou 303 deste título ou um pedido apresentado nos termos da seção 5(a)(3) da Lei de Proteção do Investidor de Ações de 1970, opera como uma suspensão, aplicável a todas as entidades, do: (1) início ou continuação, incluindo a emissão ou emprego de processo judicial ou administrativo ou outra ação ou processo contra o devedor que foi ou poderia ter sido iniciado antes do início do caso previsto neste título ou para recuperar uma ação contra o devedor que tenha surgido antes do início do caso previsto neste título; (2) a execução, contra o devedor ou contra propriedade da massa falida, de uma sentença obtida antes do início do caso previsto neste título; (3) qualquer ato para obter posse de bens da massa falida ou de frutos originários da massa falida ou para exercer controle sobre propriedade da massa falida; (4) qualquer ato para criar, aperfeiçoar ou executar qualquer garantia contra propriedade da massa falida; (5) qualquer ato para criar, aperfeiçoar ou executar contra a massa falida do devedor qualquer garantia, na medida em que tal garantia assegure uma pleito que tenha surgido antes do início do caso previsto neste título; (6) qualquer ato para coletar, avaliar ou recuperar um pleito contra o devedor, que tenha surgido antes do início do caso previsto neste título;

dos processos é ampla,⁶³⁷ e o entendimento pretoriano caminha no sentido de que a mesma regra inclui também os procedimentos arbitrais. Contudo, suspensa a arbitragem, a parte pode diligenciar no juízo falimentar e pleitear o levantamento da suspensão para prosseguir com o processo até a apuração definitiva do seu crédito.⁶³⁸ Na análise deste pedido, como indicou a United States Court of Appeals, Second Circuit, o juízo da falência deverá levar em consideração a orientação da Suprema Corte no sentido de que convenções de arbitragens devem ser validadas “a menos que isso compromettesse seriamente os objetivos do Código [de Falências]”.⁶³⁹ Há, portanto, naquele país, uma forte inclinação no sentido de permitir o prosseguimento da arbitragem, a não ser que a continuidade possa macular o processo concursal.

Essa tendência — de aparente leniência com relação ao prosseguimento das arbitragens no curso do processo falimentar — confirma precedente norte-americano mais antigo no contexto das arbitragens internacionais, extraído do caso *Fotochrome, Inc. v. Copal Company, Limited* (“Caso Fotochrome”).⁶⁴⁰ Na hipótese, um tribunal arbitral com sede no Japão se negou a obedecer a uma ordem de suspensão do processo proferida pelo

(7) a compensação de qualquer crédito devido ao devedor que tenha surgido antes do início do processo previsto neste título contra qualquer reivindicação contra o devedor; e (8) o início ou a continuação de um processo perante o Tribunal Fiscal dos Estados Unidos referente a uma obrigação tributária de um devedor que seja uma empresa por um período fiscal, que o tribunal de falências possa determinar ou relativo à obrigação tributária de um devedor que seja pessoa natural por um período fiscal, que termine antes da data da ordem de redução prevista neste título.” Tradução livre de: “§ 362. (a) *Except as provided in subsection (b) of this section, a petition filed under section 301, 302, or 303 of this title, or an application filed under section 5(a)(3) of the Securities Investor Protection Act of 1970, operates as a stay, applicable to all entities, of— (1) the commencement or continuation, including the issuance or employment of process, of a judicial, administrative, or other action or proceeding against the debtor that was or could have been commenced before the commencement of the case under this title; (2) the enforcement, against the debtor or against property of the estate, of a judgment obtained before the commencement of the case under this title; (3) any act to obtain possession of property of the estate or of property from the estate or to exercise control over property of the estate; (4) any act to create, perfect, or enforce any lien against property of the estate; (5) any act to create, perfect, or enforce against property of the debtor any lien to the extent that such lien secures a claim that arose before the commencement of the case under this title; (6) any act to collect, assess, or recover a claim against the debtor that arose before the commencement of the case under this title; (7) the setoff of any debt owing to the debtor that arose before the commencement of the case under this title against any claim against the debtor; and (8) the commencement or continuation of a proceeding before the United States Tax Court concerning a tax liability of a debtor that is a corporation for a taxable period the bankruptcy court may determine or concerning the tax liability of a debtor who is an individual for a taxable period ending before the date of the order for relief under this title.*” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 11 U.S. Code Title 11: BANKRUPTCY).

⁶³⁷ Ver, nesse sentido, comentário de Vorburger, afirmando que o entendimento jurisprudencial norte-americano caminha no sentido de suspender todos os processos com o advento da falência, inclusive os procedimentos arbitrais. (VORBURGER, Simon. Op. cit., p. 181).

⁶³⁸ ROSELL, José; PRAGER, Harvey. Op. cit., p. 418-422.

⁶³⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **United States Lines, Inc. et al. v. United States Lines S/A Inc. Reorganization Trust et al.**, 197 F.3d 631, 2d Cir., 1999. Tradução livre de: “[...] *unless doing so would seriously jeopardize the objectives of the [Bankruptcy] Code.*”

⁶⁴⁰ Ver, a respeito do Caso Fotochrome, comentário de VORBURGER, Simon. Op. cit., p. 182.

juízo falimentar norte-americano. Posteriormente, em sede de reconhecimento da sentença estrangeira nos Estados Unidos da América, arguiu-se a impossibilidade de homologação da decisão, porque esta teria desconsiderado a ordem de suspensão do processo determinada pelo juízo falimentar, incorrendo em violação à ordem pública.

Nesse cenário, entendeu a *United States Court of Appeals, Second Circuit*, que “uma sentença arbitral estrangeira proferida após a apresentação de uma petição do Capítulo XI em um Tribunal de Falências dos Estados Unidos, em um processo de arbitragem iniciado antes de tal apresentação é uma determinação válida sobre o mérito e não pode ser revisada pelo Tribunal de Falências”,⁶⁴¹ sendo certo que somente nos casos em que “o reconhecimento violasse as noções mais básicas de moralidade e justiça do foro”,⁶⁴² o que não se vislumbrou no caso em análise, é que ele poderia ser rejeitado.⁶⁴³ Isto é, a desconsideração da ordem de suspensão do processo não se constituiria em ofensa à ordem pública a ensejar a não homologação da sentença.⁶⁴⁴

A solução que se propõe nesta tese – de não suspender os procedimentos arbitrais no curso da falência dada a sua natureza cognitiva –, caminha na mesma direção das opiniões e das decisões apresentadas acima, prestigiando, de um lado, a eficiência e a celeridade do processo falimentar (LREF, art. 75, parágrafo único), e, de outro, preservando-se íntegra a *par conditio creditorum*, razão da criação da regra do art. 6º da LREF.

Não fosse só isso, partindo-se da conclusão acima – de que a exceção à regra de suspensão dos processos prevista no art. 6º, §1º, da LREF aplica-se tanto aos processos pendentes quanto aos iniciados após o decreto de falência –, pode-se acrescentar que tanto as arbitragens em curso quanto as arbitragens novas não serão, nunca, suspensas com o advento da falência. A ordem de suspensão dos processos, portanto, não é óbice para a instauração de um processo arbitral.

⁶⁴¹ Tradução livre de: “[...] a foreign arbitral award rendered after the filing of a Chapter XI petition in a United States Bankruptcy Court in an arbitration proceeding commenced prior to such filing is a valid determination on the merits and is unreviewable by the Bankruptcy Court [...].”

⁶⁴² Tradução livre de: “[...] enforcement would violate the forum state’s most basic notions of morality and justice [...].”

⁶⁴³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Second Circuit. Fotochrome, Inc. v. Copal Company, Limited, May 29, 1975, **Yearbook commercial arbitration**, v. 1, p. 202, 1976.

⁶⁴⁴ Por fim, vale ainda notar que, do lado dos tribunais arbitrais, conforme reporta Mantilla-Serrano ao analisar um conjunto de sentenças arbitrais proferidos sob a égide da Corte Internacional de Arbitral da Câmara de Comércio Internacional – CCI, quando as partes conjuntamente requerem a suspensão do procedimento arbitral, o tribunal arbitral costuma deferir o pedido; quando, no entanto, não há consenso entre as partes, parcela relevante dos tribunais decide pela não suspensão da arbitragem com fundamento de que os árbitros não estão submetidos à legislação falimentar do local da falência (MANTILLA-SERRANO, Fernando. Op. cit., p. 56-61).

Em todo caso, tomando por base as soluções propostas na França, nos Estados Unidos da América⁶⁴⁵ e na Itália,⁶⁴⁶ afigura-se como prudente que os árbitros, decretada a falência, suspendam provisoriamente o procedimento de arbitragem com a finalidade de possibilitar que o falido informe ao juízo falimentar sobre a existência do processo,⁶⁴⁷ o que permite a sua substituição processual, na arbitragem, pelo administrador judicial, dando-lhe, ainda, prazo razoável para conhecer o processo⁶⁴⁸ e participar, em necessária e igualdade de condições, com a contraparte.⁶⁴⁹

Em resumo, portanto, as arbitragens, em vista da indiscutível natureza de processo de conhecimento, não são suspensas pelo decreto de falência, mas afigura-se como prudente, ao tribunal arbitral, suspender provisoriamente o processo de arbitragem para que se possa informar ao juízo falimentar sobre a existência do litígio e permitir a regularização da relação processual.

Assentado que as arbitragens não se suspendem com o decreto falimentar, passa-se a cuidar da competência do tribunal arbitral para decidir sobre o pedido de reserva, na falência, dos valores controvertidos.

⁶⁴⁵ Ver, a respeito da posição na França e nos Estados Unidos da América: ROSELL, José; PRAGER, Harvey. Op. cit.

⁶⁴⁶ Ver, a respeito da posição italiana, Nitrola: “Após a devida notificação da falência, o Tribunal Arbitral deverá comunicar — ou ordenar à parte não falida que o faça — a pendência do procedimento à curadoria. Isso pode acontecer obtendo o despacho adequado, no qual deverão ser indicados, em modo exaustivo, os detalhes do julgamento arbitral (cumprimentos processuais realizados e a realizar, perguntas formuladas pelas partes) e se apontará ao curador um prazo adequado para a própria constituição no procedimento. Para garantir espaço para essas avaliações, o art. 816 sexies c.p.c. prevê que os árbitros possam suspender o procedimento, dispondo, neste sentido, simultaneamente à comunicação que é feita pelo curador do procedimento ou depois que ele tiver sido notificado sobre o mesmo.” Tradução livre de: “*Avuta debita notizia del fallimento, il Tribunale Arbitrale dovrà comunicare - o mandare di farlo alla parte non fallita - la pendenza del procedimento alla curatela. Ciò può avvenire assumendo apposita ordinanza, nella quale dovranno essere indicati in modo esaustivo i dettagli del giudizio arbitrale (adempimenti procedurali svolti e da compiersi, domande formulate dalle parti) ed assegnato al curatore congruo termine per la propria costituzione nel procedimento. Per garantire spazio a tali valutazioni, l'art. 816 sexies c.p.c. prevede che gli arbitri possano sospendere il procedimento, disponendo in tal senso contestualmente alla comunicazione che viene data dal curatore del procedimento o dopo che questi abbia avuto notizia dello stesso.*” (NITROLA, Marina. Op. cit., p. 758). Na Itália — diferentemente do caso da França e dos Estados Unidos da América, em que a suspensão do processo decorre da regra de suspensão falimentar — prevalece o entendimento de que não se aplica à arbitragem a regra falimentar de suspensão dos processos, que ficaria restrita aos processos judiciais, mas de que a suspensão é medida prudente a ser tomada pelos árbitros a fim de garantir o respeito ao contraditório e à ampla defesa (Ibidem, p. 758).

⁶⁴⁷ A respeito do dever do falido de revelar a existência da arbitragem perante o juízo falimentar, ver seção 4.3.1, abaixo.

⁶⁴⁸ Cf. BADEL, Françoise. Op. cit., p. 46-47.

⁶⁴⁹ Pode-se aproveitar, por analogia (mas lembrando que, no caso da falência, o falido não morre, nem perde sua capacidade, havendo apenas a perda da legitimidade material e processual), o disposto no art. 313 do CPC, que prevê que: “Suspende-se o processo: I - pela morte ou pela perda da capacidade processual de qualquer das partes, de seu representante legal ou de seu procurador” (Lei n. 13.105/2015), de modo a permitir a regularização da relação processual.

4.2.2 O árbitro tem competência para decidir sobre pedido de reserva do art. 6º, § 3º, da LREF, mas sua decisão pode ser recusada pelo juízo falimentar em casos excepcionais

O art. § 3º do art. 6º da LREF⁶⁵⁰ faculta que, nos casos das ações que não são suspensas e que seguem tramitando no curso da falência, seja pedida, aos respectivos juízos em que estiverem se processando, a reserva da importância estimada devida no processo concursal. Uma vez proferida a ordem, deve ela, para que seja implementada, ser comunicada ao juízo falimentar. Trata-se de medida relevante para garantir a paridade de tratamento na falência,⁶⁵¹ criando para os potenciais credores do falido, enquanto não tiverem seus créditos reconhecidos, mecanismo que lhes permita participar do processo falimentar e ter assegurados os seus rateios na falência.⁶⁵²

O mecanismo é diferente daquele prescrito na lei falimentar anterior, porque desloca a prerrogativa de determinar a reserva dos valores do juízo falimentar para o juízo competente para o processamento das ações de conhecimento, o qual, por conhecer melhor o mérito da demanda, está mais bem posicionado para tomar uma decisão.⁶⁵³

⁶⁵⁰ “Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário. § 1º Terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida. [...] § 3º O juiz competente para as ações referidas nos §§ 1º e 2º deste artigo poderá determinar a reserva da importância que estimar devida na recuperação judicial ou na falência, e, uma vez reconhecido líquido o direito, será o crédito incluído na classe própria.” (Lei n. 11.101/2005).

⁶⁵¹ Cf. Bezerra Filho: “[...] Na falência é necessária a reserva, tendo em vista existir ordem rígida para o pagamento, respeitado o *par conditio creditorum*” (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei... Op. cit.*, p. 77). Também Scalzilli, Spinelli e Tellechea: “A reserva de valores constitui um importante mecanismo de tutela de pretensos credores que ainda não podem incluir seus créditos para a satisfação no processo falimentar (e da própria *par conditio creditorum*).” (SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Op. cit.*, p. 977).

⁶⁵² Nos termos do art. 149, § 1º, da LREF, os dividendos reservados aos potenciais credores do falido ficarão depositados em juízo até o reconhecimento definitivo do seu crédito: “Art. 149. [...] § 1º Havendo reserva de importâncias, os valores a ela relativos ficarão depositados até o julgamento definitivo do crédito e, no caso de não ser este finalmente reconhecido, no todo ou em parte, os recursos depositados serão objeto de rateio suplementar entre os credores remanescentes.” (Lei n. 11.101/2005).

⁶⁵³ Cf. De Lucca: “Assinale-se, em primeiro lugar, que esse §3º não guarda correspondência substancial com o art. 130 do Dec.-Lei 7.661. Neste, possibilita-se aos credores que requeiram ao juiz da falência a reserva das importâncias que venham a ter direito em razão de ações próprias já anteriormente promovidas contra o falido, especialmente no que se refere àquelas que tramitam na Justiça do Trabalho, as mais recorrentes de todas, por certo. Já no §3º do art. 6º da NLF a modificação havida foi no sentido de transferir ao juiz competente para julgar as ações referidas nos §§ 2º e 3º desse art. 6º (as que demandarem quantia ilíquida e as trabalhistas) a providência de determinação da reserva do crédito respectivo, não sendo mais o juiz da falência o competente para decidir sobre esse pedido de reserva [...]” (DE LUCCA, Newton. *Op. cit.*, p. 116). Na jurisprudência, ver: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência n. 95.627/SP**. Rel. Min. Fernando Gonçalves, 2ª S., j. 26 nov. 2008 (“A competência para determinar a reserva de valores na recuperação judicial é do juízo perante o qual tramita a reclamação trabalhista não suspensa, a teor do que dispõe o art. 6º, § 3º, da Lei 11.101/05.”)

Assim, se o pedido de reserva é cabível em todas as ações em que se demande quantia ilíquida, e se este pedido deve ser formulado perante o juízo competente para processar a referida demanda, e não perante o juízo universal, também assim deverá ocorrer com as arbitragens: a parte pode requerer ao tribunal arbitral a reserva dos valores que estimar como devidos, e ele proferirá decisão,⁶⁵⁴ requerendo o cumprimento pelo juízo universal por carta arbitral, nos termos do art. 22-C da LARB.⁶⁵⁵

Relevante registrar que, nesses casos, não cabe ao juízo falimentar rever o mérito da decisão arbitral, a qual deverá ser cumprida, como ocorre em todos os demais casos de cooperação entre a arbitragem e o Poder Judiciário.⁶⁵⁶ É preciso, no entanto, como em qualquer carta arbitral, analisar se existem vícios formais no instrumento ou violação à

⁶⁵⁴ Ver, concordando com essa posição: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. Arbitragem... Op. cit., p. 34.

⁶⁵⁵ “Art. 22-C. O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro.” (Lei n. 9.307/1996).

⁶⁵⁶ Cf. Figueira Junior: “Outrossim, salienta-se que o poder conferido ao Estado-juiz é limitado aos exatos termos de verificação dos requisitos de fundo e de forma da carta, sem qualquer possibilidade jurídica de adentrar na análise do seu objeto ou mérito da decisão em razão da absoluta ausência de jurisdição para tanto. Frise-se que o Poder Judiciário, nesses casos, é órgão meramente colaborador do juiz privado deprecante, competindo-lhe, nos termos do art. 69 do CPC, repita-se, atender prontamente à solicitação que lhe foi encaminhada, ou, rejeitar o cumprimento da carta arbitral, com base no art. 267 do mesmo Diploma.” (FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Op. cit., p. 315). Aliás, a impossibilidade da revisão do mérito da decisão do “juízo prolator” pelo “juízo executor” também incide nos casos de cartas precatórias, como denota a jurisprudência do STJ: “O juízo deprecado não é o da causa, mas o simples executor dos atos deprecados, não lhe cabendo perquirir o merecimento, só podendo recusar o cumprimento e devolução da precatória sob o arnês das hipóteses amoldadas no art. 209, i, ii e iii, CPC.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência n. 13.728-4/SP**. Rel. Min. Milton Luiz Pereira, 1ª S., j. 08 ago. 1995).

ordem pública,⁶⁵⁷ como também, como bem aponta Carreteiro,⁶⁵⁸ se carta arbitral não incorre em nenhum dos vícios prescritos no art. 32 da LARB: por exemplo, se for nula a convenção de arbitragem ou se foi proferida por corrupção.⁶⁵⁹

A nosso ver, a mesma posição é válida para os casos de decisão do tribunal arbitral sobre pedido de reserva de valores. Este, remetido ao juízo universal para cumprimento, poderá ser recusado apenas nos casos de vícios formais, de violação à ordem pública, bem como nos casos que ensejariam a anulação da sentença arbitral prescritos no art. 32 da LARB.

A conclusão a que se chega nesta seção, portanto, é de que o árbitro de fato tem competência para decidir sobre pedido de reserva formulado pelo credor do falido, mas essa decisão pode ser recusada pelo juízo falimentar nos casos de existência de vícios formais,

⁶⁵⁷ Ver, a respeito, Carmona: “[...] Recebido o ofício e os documentos, o juiz verificará se a convenção arbitral é regular e se os dados recebidos permitem-lhe avaliar (sempre formalmente) se a solicitação preenche os requisitos que levarão ao seu cumprimento. Em caso positivo, determina as providências deprecadas (solicitadas, pedidas, rogadas) pelo árbitro; em caso negativo, informará ao árbitro o motivo da recusa de cumprimento, devolvendo o ofício recebido. Se, de um lado, o concurso do Poder Judiciário não é arbitrário, por outro não se pode esperar que o juiz aja como verdadeiro autômato no cumprimento das decisões do árbitro. Por conseguinte, se o juiz togado negar-se a atender, sem motivo, a solicitação do árbitro, este poderá requerer as providências correccionais cabíveis; o juiz, por seu turno, se não sentir segurança relativamente à instituição da arbitragem (ou seja, a respeito da nomeação dos árbitros para a função e conseqüente aceitação do encargo), ou ainda quanto ao limite dos poderes do árbitro, devolverá o ofício recebido, explicando as razões pelas quais não fará executar a medida cautelar. Não é preciso esforço para perceber que o juiz tomará, ao atender qualquer solicitação do árbitro, as mesmas cautelas que lhe são exigidas pelo art. 209 do Código de Processo Civil para o cumprimento de carta precatória expedida por outro juiz.” (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**... Op. cit., p. 325-326). No mesmo sentido, Martins: “Nesses casos, o poder do julgador estatal deve limitar-se à análise do cumprimento de preceitos de ordem pública e das formalidades essenciais ao ato, pois ao árbitro também compete a apreciação de pressupostos legais, inclusive a necessidade e urgência na adoção do remédio jurídico.” (MARTINS, Pedro A. Batista. Da ausência de poderes coercitivos e cautelares do árbitro. In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 357-382, p. 365). E, ainda, Carreteiro: “No processo estatal, conquanto seja vedado ao juiz deprecado rever o mérito da decisão, permite-se que o cumprimento da carta precatória seja recusado por questões formais. No processo arbitral, o raciocínio é semelhante, apesar de o escopo da análise ser diferente. Levando-se em consideração que a comunidade empresarial deseja que haja algum tipo de controle das decisões arbitrais, caberá ao juiz verificar, antes de dar cumprimento à solicitação, se já algum vício formal. [...] guardadas as devidas proporções e com análise cuidadosamente cum grano salis, poderia dizer-se que o juiz caminhará bem se utilizar como referência os róis dos arts. 32 ou 38 da Lei de Arbitragem para o exame formal antes de determinar a efetivação da medida.” (CARRETEIRO, Matheus A. **Tutelas de urgência e processo arbitral**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 292-294).

⁶⁵⁸ Ibidem, p. 292-294.

⁶⁵⁹ Carreteiro (Ibidem, p. 292-294) aponta, nesse sentido, que a Lei Modelo de Arbitragem da UNCITRAL, no seu art. 17-I (UNITED NATIONS. Commission on International Trade Law. **UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration**... Op. cit.) define os casos em que o Poder Judiciário estaria autorizado a recusar o cumprimento de uma ordem expedida pelo tribunal arbitral, entre os quais destacam-se os seguintes: (i) os casos que autorizam a recusa da homologação da sentença estrangeira; e (ii) os casos de violação à ordem pública. Apesar de tratar da arbitragem internacional, o entendimento pode ser adaptado, segundo sugere Carreteiro, para autorizar o Poder Judiciário brasileiro a recusar o cumprimento de uma carta arbitral também nos casos que ensejam a anulação da sentença arbitral prescritos no art. 32 da LARB (CARRETEIRO, Matheus A. Op. cit., p. 292-294).

de violação à ordem pública, bem como nos casos que ensejam a anulação da sentença arbitral.

Encerra-se, com a conclusão acima, a seção que analisa os impactos da regra de suspensão dos processos na falência sobre os procedimentos arbitrais, devendo-se passar, na sequência, para o estudo dos impactos da falência sobre a confidencialidade do procedimento arbitral.

4.3 Dos efeitos da falência sobre a confidencialidade do procedimento arbitral

Nesta terceira seção, pretende-se analisar os efeitos da falência sobre a confidencialidade do procedimento arbitral. A falência constitui processo de execução coletiva que visa reunir a totalidade dos credores do falido para tratá-los de forma paritária, bem como proteger o crédito em geral.⁶⁶⁰ Ostenta a falência, portanto, inegável natureza pública.⁶⁶¹ A arbitragem, de outra maneira, é meio privado de resolução de controvérsias, usualmente confidencial.⁶⁶² Diante disso, natural questionar se, decretada a falência de uma das partes, a confidencialidade da arbitragem deve, ou não deve, ceder em benefício da publicidade do processo falimentar. À primeira vista, considerando a natureza eminentemente pública da falência e os interesses envolvidos, seria possível pensar que confidencialidade do procedimento de arbitragem deveria ser mitigada como um todo. Uma análise mais cautelosa da questão, todavia, evidencia ser possível encontrar uma solução intermediária para o problema, na qual tanto se preserva a privacidade do procedimento de arbitragem quanto se obedece às exigências do processo falimentar. O que se pretende demonstrar nesta seção, portanto, são duas premissas principais: (i) as arbitragens envolvendo a massa falida mantêm-se privadas, mas que o falido e o administrador judicial têm o dever de prestar na falência as informações necessárias para o regular desenvolvimento do processo falimentar; e (ii) a sentença arbitral necessariamente se tornará pública. Que se analise cada uma dessas assertivas mais detidamente.

⁶⁶⁰ Sobre os objetivos do processo falimentar, ver seção 1.1.2, acima.

⁶⁶¹ Sobre a natureza pública do processo falimentar, ver seção 1.1.2, acima.

⁶⁶² Sobre a confidencialidade na arbitragem, ver seção 2.4.1, acima.

4.3.1 As arbitragens envolvendo os bens e direitos do falido mantêm-se privadas, mas o falido e o administrador judicial têm o dever de prestar, na falência, as informações necessárias para o desenvolvimento do processo falimentar

É consenso, na doutrina, que a falência tem natureza de execução coletiva. Nela reúnem-se todos os credores do falido, liquidando-se os ativos deste e distribuindo-se o produto desta liquidação de acordo com as preferências legais. A finalidade da falência pode ser, em linhas muito resumidas, bipartida: de um lado, a satisfação dos credores, respeitado o tratamento paritário desses, dando, pois, efetividade ao princípio da *par conditio creditorum*; e, de outro, o saneamento do mercado, com a exclusão das empresas inviáveis, visando proteger, em última análise, o crédito e a economia popular. Trata-se, ainda, de processo informado pelo princípio da publicidade, no qual se conta com a participação da totalidade dos credores⁶⁶³ do devedor e do Ministério Público, aos quais são garantidos o direito de fiscalizar e participar de todas as fases processuais.⁶⁶⁴

Por outro lado, a arbitragem constitui meio privado de solução de controvérsias, apoiando-se em dois princípios fulcrais: o da autonomia da vontade, somente obrigando aqueles que com ela concordaram,⁶⁶⁵ e o da relatividade dos contratos, somente permitindo tomarem parte no procedimento aqueles que fizeram parte do acordo arbitral.⁶⁶⁶

Ocorre que, apesar da natureza privada da arbitragem, tanto no contexto internacional⁶⁶⁷ quanto no doméstico,⁶⁶⁸ a tendência é de não tratar a confidencialidade como uma característica indissociável da arbitragem, mas como uma vantagem comparativa, que pode, portanto, ser afastada, sem afronta aos princípios gerais do processo arbitral, se confrontada com outros valores mais relevantes.

⁶⁶³ A lei faculta aos credores do falido, entre outros, os direitos de discutir a tentativa de inclusão de qualquer crédito no quadro geral de credores (LREF, art. 8) e de fiscalizar as atividades do administrador judicial, pedindo, se for o caso, a sua destituição (LREF, art. 31).

⁶⁶⁴ Cf. CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. Op. cit., v. 7, p. 418-421.

⁶⁶⁵ Cf. PARK, William W. Op. cit., p. 3.

⁶⁶⁶ Cf. Verçosa: “No caso da arbitragem, a sua natureza contratual a par do princípio do devido processo legal apresenta duas vertentes. Em relação à primeira, não podem as partes nem os árbitros exigirem que terceiro não signatário da convenção arbitral ou do compromisso arbitral se submetam ao procedimento. Quanto à segunda, corolário daquela, é vedado que os efeitos da sentença arbitral alcancem terceiros que não foram partes.” (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Direito**... Op. cit., p. 436). Ver também: RECENA COSTA, Guilherme. Op. cit., p. 46.

⁶⁶⁷ Sem olvidar as relevantes exceções apontadas na seção 2.4.1, acima, notadamente a Inglaterra e a Espanha, que tratam a confidencialidade como uma característica inerente à arbitragem.

⁶⁶⁸ Sem tampouco olvidar as relevantes exceções apontadas na seção 2.4.1, acima, notadamente Pinto (PINTO, José Emílio Nunes. A confidencialidade... Op. cit., p. 36) e Braghetta (BRAGHETTA, Adriana. Op. cit.), que tratam a confidencialidade como uma característica inerente à arbitragem.

A mitigação à obrigação de confidencialidade, inclusive, já consta de diversos regulamentos de instituições arbitrais, quando, por exemplo, autoriza-se às partes divulgar informações relativas à arbitragem quando for necessário para cumprir com seus deveres legais ou exercer direitos.⁶⁶⁹

As próprias cortes inglesas, que tradicionalmente se posicionam pela existência de um dever de sigilo implícito em toda convenção de arbitragem, admitem exceções à obrigação quando a parte divulga informações para proteger seus interesses em face de terceiros, ou, ainda, quando existe razão legítima que autorize a divulgação, como é o caso de dever de revelação da companhia em relação aos seus acionistas, se a disputa puder afetar sua situação econômica.⁶⁷⁰

No mesmo sentido, o relatório datado de 2010 do Comitê de Arbitragem Comercial Internacional da International Law Association⁶⁷¹ também aponta para a existência de algumas exceções ao dever de confidencialidade, tal como nos casos em que a parte divulga a informação para: (i) demandar ou defender-se, tanto na arbitragem quanto em processos correlatos (incluindo as ações de execução e anulação da sentença arbitral), ou, ainda, reivindicar seus direitos; (ii) responder a uma ordem ou pedido de informações de ordem governamental ou regulatório; (iii) fazer uma revelação requerida por lei ou por regras de mercados de capitais; ou (iv) obter aconselhamento legal, contábil ou de outro serviço profissional, ou responder a pedidos de informações de potenciais compradores, investidores ou financiadores.

A propósito da discussão, ressalte-se que o mercado de capitais configura bom exemplo prático da tensão existente entre a confidencialidade da arbitragem e a publicidade que permeia determinadas áreas do Direito.⁶⁷²

⁶⁶⁹ Ver, por exemplo, o Regulamento de Arbitragem do CAM-CCBC, art. 14; o Regulamento de Arbitragem do CCMA-CIESP/FIESP, art. 10.6; e o Regulamento de Arbitragem do CAMARB, art. 13.1. Na doutrina, Cabral (CABRAL, Thiago Dias Delfino. A mitigação... Op. cit., p. 55-56) dá o exemplo da hipótese em que a parte tenha necessidade de utilizar informações conhecidas no contexto de uma arbitragem para defender seus direitos em uma demanda judicial. Ver também, tratando das hipóteses de exceção ao dever de confidencialidade: FONSECA, Rodrigo Garcia da; CORREIA, André de Luizi. Op. cit., p. 416-448 (fala-se em mitigação da confidencialidade: (i) quando a informação já estiver em domínio público; (ii) no caso da “publicação impessoal de decisões”; (iii) quando houver dever legal de informar; (iv) nos casos de execução e anulação da sentença arbitral; (v) para viabilizar o exercício do direito de ação; e (vi) nas arbitragens envolvendo a administração pública).

⁶⁷⁰ Ver, a respeito: LEMBO, Saverio; GUIGNET, Vicent. Confidentiality in Arbitration: From Myth to Reality. In: FALL MEETING. Montreal: American Bar Association, International Section, set. 2015, p. 4.

⁶⁷¹ Ver: INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. International Commercial Arbitration Committee. **Confidentiality in International Arbitration**. 2010. Disponível em: <https://www.ila-hq.org/index.php/committees>. Acesso em: 05 dez. 2019.

⁶⁷² Ver, a respeito da discussão sobre a confidencialidade da arbitragem e a publicidade do mercado de capitais: BASÍLIO, Ana Tereza; LINS, Thiago. A relativização da confidencialidade na arbitragem: companhias

Nesse segmento específico, em que vigora com especial importância o princípio da publicidade,⁶⁷³ o órgão regulador – a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) – instituiu, por meio da Instrução CVM 358,⁶⁷⁴ a obrigação de as companhias abertas divulgarem ao mercado todos os fatos relevantes que possam impactar na decisão de investidores em comprar, vender ou manter ações da companhia, dentre as quais estão incluídos os procedimentos arbitrais que possam impactar na situação econômico-financeira da sociedade. Além disso, a Instrução CVM 480,⁶⁷⁵ que dispõe sobre o registro de emissores de valores mobiliários admitidos à negociação no mercado, também prevê que os participantes do mercado devam divulgar os processos, inclusive arbitrais, nos quais estejam envolvidos.

O conteúdo da divulgação não está delimitado pela CVM, mas, a partir da redação do Anexo 24 da ICVM 480,⁶⁷⁶ é possível extrair que, para os processos em geral, a CVM reputa como relevantes as seguintes informações: (i) juízo, (ii) instância, (iii) data da instauração, (iv) partes no processo, (v) valores, (vi) bens ou direitos envolvidos, (vii) principais fatos, (viii) chances de perda, (ix) a análise do impacto para a sociedade em caso de perda e (xi) o valor provisionado, se houver.

A própria ICVM 480, contudo, isenta as companhias do dever de revelar essas informações no Formulário de Referência, se os processos forem sigilosos, mas o órgão regulador orienta, por meio do Ofício-Circular/CVM/SEP/n.02/2016,⁶⁷⁷ as companhias a, mesmo em caso da dispensa da obrigatoriedade, aferir a relevância da informação para fins de divulgação ou não, levando em conta a capacidade que a revelação teria de influenciar a decisão de investimento dos investidores.

abertas. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 49, p. 157-172, abr./jun. 2016, p. 157-172; BOCCARDO, Victor Cogliati. **Arbitragem e deveres de informação no mercado de capitais**. 30 jan. 2017. Disponível em: <http://cbar.org.br/site/arbitragem-e-deveres-de-informacao-no-mercado-de-capitais>. Acesso em: 05 dez. 2019; e SALOMÃO FILHO, Calixto. Breves notas sobre transparência e publicidade na arbitragem societária. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 52, p. 63-69, jan./mar. 2017.

⁶⁷³ Ver, a respeito do dever de transparência no mercado de capitais, Martinez: “A existência de um mercado de capitais eficiente está diretamente ligada à credibilidade que as companhias gozam entre os investidores e essa credibilidade é maior ou menor em função da qualidade e do número de informações disponíveis sobre as mesmas. Se é verdade que a assimetria de informações entre companhia e mercado estará sempre presente, é também verdade que ela pode ser reduzida significativamente por meio de uma boa política de divulgação de informações. A garantia de acesso a informações necessárias para que o investidor tenha conhecimento de todos os riscos existentes ao fazer seu investimento funciona como um incentivo ao investimento e ao consequente desenvolvimento do mercado de capitais e do país.” (MARTINEZ, Ana Paula. Política de Divulgação de informações no âmbito do mercado de capitais. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 28, p. 95-109, abr./jun., 2005, p. 95).

⁶⁷⁴ BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. **Instrução CVM n. 358**, de 3 de janeiro de 2002.

⁶⁷⁵ BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. **Instrução CVM n. 480**, de 7 de dezembro de 2009.

⁶⁷⁶ *Ibidem*, p. 111.

⁶⁷⁷ BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. **Ofício-Circular/CVM/SEP/n.02/2016**, de 29 de fevereiro de 2016.

Assim, segundo o regramento atualmente vigente no mercado de capitais, se uma companhia aberta entende que procedimento arbitral confidencial do qual seja parte tem o potencial de impactar na situação econômico-financeira da sociedade e, portanto, o de influenciar a decisão de investimento dos investidores, ela – a companhia – é orientada pela CVM a considerar a divulgação da sua existência e das demais informações pertinentes, colocando todos os participantes do mercado em igual, e necessária, situação de conhecimento da informação.⁶⁷⁸

Ao assim proceder, não incorrerá a companhia em nenhuma violação do dever de confidencialidade: pelo contrário, observará as orientações legitimamente ditadas pelo órgão regulador do mercado de capitais.

O raciocínio, correto, aplicado ao mercado de capitais, é extensível à seara falimentar. Com efeito, no caso da falência, de modo similar ao que ocorre no mercado de capitais, o processo está necessariamente permeado por interesse público, afigurando-se a publicidade e a transparência como atributos essenciais.⁶⁷⁹ O processo tem natureza coletiva,⁶⁸⁰ contando com ampla participação da universalidade dos credores do falido, que participam no processo diretamente e por meio do comitê de credores, bem como do Ministério Público, estando tudo isso sob a direção do juízo falimentar.⁶⁸¹

Se, pois, o processo de quebra está necessariamente permeado por interesse público, e se a arbitragem, apesar de ser usualmente confidencial, pode ter o traço da confidencialidade mitigado em face de outros interesses relevantes que se sobreponham, é de se inferir que, no caso de a arbitragem envolver os bens e interesses do falido, a

⁶⁷⁸ Discussão diferente é aquela relativa ao direito essencial do acionista à informação (Lei das S/A, art. 109, III) e sua pretensão de obter acesso às informações confidenciais de uma arbitragem envolvendo companhia da qual detenha participação. Nessa hipótese específica, a CVM já se pronunciou no contexto de processo administrativo, afirmando o seguinte: “8. Reitero, desta maneira, que não existe um direito à informação *in abstracto*, motivo pelo qual não vislumbro irregularidade nas disposições do Regimento e do Regulamento da CAM ora atacadas. Irregularidade haveria se o sigilo neles previsto fosse impeditivo da prestação de informações obrigatórias ao mercado. Não é o que ocorre, porém: a rigor, o dever de sigilo não vigora – e nem poderia vigorar – se houver obrigação de efetuar a comunicação ao mercado. 9. Assim, pelo exposto, nego provimento ao recurso, acompanhando a posição da PFE, posteriormente acatada pela SEP.” (BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. **Processo Administrativo CVM RJ 2008/0713**. Rel. Otávio Yasbek, j. 09 fev. 2010). Ver, a respeito dessa discussão: FITCHNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções. **Revista de Direito Privado**, n. 49, 2012, p. 227-285.

⁶⁷⁹ Sobre o princípio da publicidade no contexto do processo falimentar, ver seção 1.2.5, acima.

⁶⁸⁰ Sobre a natureza coletiva do processo falimentar, ver seção 1.1.4, acima.

⁶⁸¹ Vasconcelos e Carnaúba enumeram três fundamentos a justificar a publicidade no contexto falimentar: (i) um econômico (visando reduzir a assimetria de informações existente entre os participantes do processo falimentar); (ii) um social (visando criar uma relação de confiança entre os participantes do processo falimentar); e (iii) outro jurídico (visando garantir o controle social sobre a atividade jurisdicional) (VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins. Arbitragem... Op. cit.).

confidencialidade deverá, em caso de impossibilidade de coexistência, ceder em favor da publicidade.⁶⁸²

É dizer que o interesse público que ilumina o processo falimentar justifica, nos casos de impossibilidade de coexistência, a relativização da confidencialidade nos processos arbitrais envolvendo os bens e direitos submetidos ao concurso, a fim de que todos os participantes da falência possam conhecer as informações que se afigurem como necessárias para exercer suas prerrogativas legais.

Ocorre que, ao passo que a falência tem natureza de execução concursal coletiva, a arbitragem constitui processo de conhecimento que visa constituir título passível de participação no processo falimentar. Somente se julgada procedente a demanda é que o crédito será constituído por sentença, autorizando o credor a habilitá-lo na falência. Até que isso ocorra, o autor da ação não é credor do falido e só participa da execução concursal – em caráter provisório – se tiver deferido pedido de reserva, nos termos do § 3º do art. 6º da LREF. Na arbitragem, por sua vez, só participam o administrador judicial, na condição de substituto do falido, o terceiro contra quem ele litiga e o falido, que pode intervir como assistente. Nem os demais credores do falido, nem o Ministério Público, têm interesse jurídico para intervir nesses processos de conhecimento, reservando-se sua atuação para quando for incluído o crédito na falência.⁶⁸³

⁶⁸² Essa posição, que admite a manutenção da confidencialidade na arbitragem, mas a mitiga para permitir aos envolvidos cumprirem com os seus deveres legais de divulgação, também é partilhada por Gagliardi, que, ao aventar a hipótese, defende o seguinte: “Já no segundo grupo encontram-se empresas que tenham caído em regime de insolvência, como já antes mencionado. Para essas empresas, no mais das vezes, as legislações nacionais determinam a obrigatoriedade de divulgação da existência de demandas relevantes, bem como a prestação de informações de fatos que possam representar contingências ou ativos possíveis de serem angariados pela parte. A propósito, cita-se a Lei 11.101/2005, que disciplina a recuperação e a falência de empresários e sociedades empresárias brasileiros. Em diversos dispositivos, o legislador brasileiro determina a obrigação de revelação, seja de dado do processo, seja de informações de interesse dos credores, como costumam ser as contingências derivadas de procedimentos arbitrais.” (GAGLIARDI, Rafael Villar. Op. cit., p. 131).

⁶⁸³ É verdade que na lei anterior (Decreto-Lei n. 7.661/1945) havia previsão, no seu art. 30, de que “Aos credores que tenham apresentado a declaração de crédito de que trata o art. 82, ficam garantidos os direitos seguintes, desde o momento da declaração da falência: I - intervir, como assistentes, em quaisquer ações ou incidentes em que a massa seja parte ou interessada”. Sob a égide da lei anterior, há acórdão do STJ entendendo que qualquer credor tem interesse jurídico para intervir nos processos envolvendo os bens e direitos da massa falida (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.025.633/RJ**. Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª T., j. 24 maio 2011). A LREF, entretanto, não seguiu a linha de orientação do antigo Decreto-Lei n. 7.661/1945, preferindo definir algumas hipóteses específicas em que os credores do devedor poderão insurgir-se contra a pretensão de inclusão de crédito no quadro geral de credores, como é caso do disposto no art. 8º e 19 da LREF, mas sem previsão de participação nos processos de conhecimento envolvendo os interesses do falido. Essa, efetivamente, a posição correta. Enquanto em fase processo de conhecimento, não há sequer crédito contra o falido, não se podendo falar na existência de interesse jurídico para os demais credores do falido intervirem na demanda. Formado o título contra o devedor e submetido o mesmo título à verificação no processo falimentar, aí, sim, passarão os credores do falido a ter interesse jurídico — e legitimidade, por força de lei — para se oporem à pretensão de inclusão no quadro geral de credores.

Assim sendo — e, mais uma vez, considerando-se que a arbitragem tem natureza cognitiva e termina com a prolação de sentença, a qual deverá ser habilitada no processo falimentar, o qual, por sua vez, tem natureza executiva e se preocupa com os créditos já constituídos em face do falido —, não há impossibilidade, a nosso ver, de coexistência que justifique a eliminação por completo da confidencialidade da arbitragem em favor da falência. A arbitragem seguirá em sigilo, normalmente, até a prolação da sentença arbitral, que então deverá ser apresentada na falência para inclusão no quadro geral de credores.

Deve haver, no entanto, algumas nuances nessa posição.⁶⁸⁴ São três possibilidades:

Em primeiro lugar, nos termos do art. 104, I, “g”, da LREF, o falido está obrigado, com a decretação da falência, a declarar todos os processos de que participe. A ideia é apresentar, logo no início do processo falimentar, um quadro completo da situação econômico-financeira e jurídica do falido, comunicando todos os participantes do concurso para que eles possam tomar suas decisões de maneira informada. Apesar de a LREF não mencionar expressamente o termo “procedimentos arbitrais”, a *ratio* da norma, sem dúvidas, permite concluir que os processos de arbitragem — que, como os processos judiciais, são relevantes para entender a situação do falido — também devem ser informados pelo falido ao juízo falimentar.⁶⁸⁵

Com relação ao conteúdo da revelação, como aponta Braghetta, “os limites da divulgação são impostos pela razoabilidade”.⁶⁸⁶ Assim, pode-se adaptar os elementos de identificação apontados no Anexo 24 da ICVM 480, para que sejam reveladas as seguintes informações: (i) a câmara arbitral, (ii) o número do procedimento, (iii) a data da instauração, (iv) as partes no processo, (v) os valores, (vi) os bens ou direitos envolvidos, e (vii) o objeto do litígio. Excluem-se, de modo distinto, os itens de maior pertinência para o mercado de capitais, como a existência ou não de provisionamento para o caso de perda.

⁶⁸⁴ CABRAL, Thiago Dias Delfino. A mitigação... Op. cit., p. 57-58. Toledo sugere que as partes podem abrir mão do sigilo (TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. Arbitragem... Op. cit., p. 34). De fato, isso resolveria o problema. O que se discute nesta tese, entretanto, é a situação em que as partes não abriam mão do sigilo da arbitragem e, diante da decretação do processo falimentar, devem decidir sobre como proceder com relação à obrigação de manter o processo arbitral confidencial.

⁶⁸⁵ Ver, no mesmo sentido, Crippa: “Independentemente do prosseguimento do procedimento arbitral, a Lei 11.101/2005 estabelece que quaisquer ações iniciadas em face do devedor deverão ser prontamente comunicadas ao juízo falimentar ou da recuperação judicial pelo juiz competente, quando do recebimento da petição inicial, ou pelo devedor, imediatamente após a citação. Assim, o juízo falimentar deve ser imediatamente cientificado da instituição de qualquer arbitragem envolvendo devedor, devendo tal comunicação ser feita pelos árbitros ou pelo devedor.” (CRIPPA, Carla de Vasconcelos. Op. cit., p. 198).

⁶⁸⁶ BRAGHETTA, Adriana. Op. cit. Ver, corroborando a posição, Gagliardi: “Seja como for, as exceções ou restrições ao dever de confidencialidade devem sempre ser interpretadas com parcimônia e em harmonia com a regra que reprime o exercício abusivo de direitos e prestigia a conduta de boa-fé, a fim de evitar que a divulgação ocorra sem efetiva necessidade ou, pior ainda, apenas com o fito de causar danos à outra parte.” (GAGLIARDI, Rafael Villar. Op. cit., p. 131).

Os elementos indicados nos itens (i) a (vii) são informações relevantes para que os participantes do processo falimentar possam conhecer os principais elementos do processo e, assim, avaliar o seu impacto para o falido, informando as decisões que serão tomadas no processo falimentar. Não há, nesse caso, qualquer violação à confidencialidade, na medida em que o falido revelará as informações com a finalidade de cumprir com os deveres legais.

Em segundo lugar, o devedor (LREF, art. 6º, § 6º) e o administrador judicial (LREF, 22, III, “c”), tem o dever de informar na falência todos os processos que surgirem após a decretação da quebra contra o falido e/ou o administrador judicial e que envolverem os bens e direitos submetidos ao concurso. A razão de ser aqui é similar à anterior: permitir que os participantes do processo falimentar, os quais, em conjunto, decidirão sobre a melhor maneira de liquidar os ativos do falido, possam conhecer a sua real situação. O conteúdo da revelação – por coerência – também deve ser idêntico àquele sugerido acima. Revela-se: (i) a câmara arbitral, (ii) o número do procedimento, (iii) a data da instauração, (iv) as partes no processo, (v) os valores, (vi) os bens ou direitos envolvidos, e (vii) o objeto do litígio; sem que se possa falar em qualquer violação ao dever de confidencialidade.

Por fim, há ainda uma terceira situação que, a nosso ver, exige a mitigação da confidencialidade da arbitragem em benefício da publicidade e da transparência do processo falimentar. São os casos em que o juízo concursal ou o comitê de credores solicitarem informações sobre o processo para o falido ou para o administrador judicial. Tanto o juízo falimentar quanto o comitê de credores têm a função de fiscalizar as atividades do administrador judicial, de zelar pelo bom andamento do processo falimentar e de cuidar para que não ocorram violações aos direitos nem prejuízos aos interesses dos credores (LREF, art. 27). A participação do comitê de credores é essencial para o êxito do processo falimentar, dependendo de sua oitiva as principais decisões a serem tomadas, como, entre outras, a venda antecipada de bens perecíveis ou não do falido, os pedidos de restituição e a prática de qualquer ato de oneração ou de disposição de bens. Assim, quando, no exercício das suas funções, o juízo falimentar ou o comitê de credores solicitarem ao falido ou ao administrador judicial qualquer informação adicional com relação à arbitragem, estarão estes obrigados, nos termos dos arts. 104, VI e 22, I, “b”, da LREF, a repassar essas informações, sem que, com isso, incorram em violação à confidencialidade.

Nesse caso, não há restrição para os pedidos do juízo falimentar e do comitê de credores. Estão ambos livres para solicitar qualquer informação que julguem como relevantes para exercer suas funções, bastando justificar o pedido — tomando-se por base a razoabilidade —, o qual deverá ser atendido pelo falido ou pelo administrador judicial.

A informação, contudo, não deverá ser de pronto publicada no processo falimentar. Parece razoável seguir, aqui, a sugestão de Cabral,⁶⁸⁷ no sentido de que o juízo falimentar pode funcionar, nesses casos, como um “filtro” para apreciar os interesses conflitantes. Caso se entenda que dar conhecimento da informação aos participantes do processo falimentar é necessário para que eles possam exercer seus direitos, optará o juízo universal pela mitigação da confidencialidade. Caso contrário, mantém-se a informação em sigilo, restrita ao conhecimento do juízo falimentar.

Conclui-se, desse modo, que as arbitragens envolvendo o falido ou o administrador judicial mantêm-se privadas, mas que eles — tanto o falido quanto o administrador — têm o dever de prestar, na falência, as informações relevantes, nos termos sugeridos nesta seção. A solução tem finalidade dupla: tanto preserva a privacidade da arbitragem, permitindo a manutenção de um ambiente mais tranquilo para o litígio, quanto atende às exigências impostas pelo interesse público, o qual permeia o instituto falimentar.⁶⁸⁸

Visto que as arbitragens se mantêm privadas, resta ainda analisar o que se passa com a sentença arbitral.

4.3.2 A sentença arbitral se tornará pública no contexto do processo falimentar

Se, por um lado, a arbitragem pode manter-se privada, a sentença arbitral, por outro, necessariamente deverá tornar-se pública, para o conhecimento dos participantes do processo falimentar.

Nos termos da LREF, todos os créditos contra o falido devem submeter-se a procedimento de verificação de créditos na falência,⁶⁸⁹ sendo passíveis de serem impugnados⁶⁹⁰ pelo falido, pelo comitê de credores, por qualquer credor e pelo Ministério

⁶⁸⁷ CABRAL, Thiago Dias Delfino. A mitigação... Op. cit.

⁶⁸⁸ A solução que aqui se aventa caminha na mesma linha da posição adotada por Vasconcelos e Carnáuba: “A ausência de previsão legal expressa sobre a confidencialidade na arbitragem — e, mais especificamente, naquela relativa a processos concursais — leva à conclusão de que apenas de maneira casuística poderá se verificar o andamento aos deveres de publicidade e transparência do direito das empresas em crise. E essa análise casuística deverá passar por um exame de proporcionalidade e razoabilidade do eventual sigilo de certos documentos ou atos processuais. É dizer: não é porque o processo concursal possui um dever de publicidade que a arbitragem a ele relativa deverá ser integralmente pública. De outro lado, também não parece adequado que a arbitragem seja totalmente sigilosa (como poderia ser se não fosse a crise da empresa a alterar as circunstâncias fáticas), porque isso pode, por exemplo, impossibilitar a compreensão da situação econômica da devedora — e prejudicar a aprovação de um plano de recuperação judicial.” (VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins. Arbitragem... Op. cit., p. 410).

⁶⁸⁹ Com as poucas exceções descritas e analisadas na seção 1.4.2.1, acima.

⁶⁹⁰ “Art. 8º. No prazo de 10 (dez) dias, contado da publicação da relação referida no art. 7º, § 2º, desta Lei, o Comitê, qualquer credor, o devedor ou seus sócios ou o Ministério Público podem apresentar ao juiz

Público. Se não impugnados, ou se rejeitada a impugnação, os créditos serão incluídos no quadro geral de credores da falência⁶⁹¹ para recebimento de acordo com a ordem legal. Contra essa inclusão, cabe ainda a apresentação da ação rescisória do art. 19 da LREF pelos mesmos legitimados para interpor a impugnação, com a finalidade de rescindir a decisão que homologou o quadro geral.⁶⁹²

Por conta disso, todos os participantes do processo falimentar, aí incluídos o falido, o Comitê, seus credores, o administrador judicial e o membro do Ministério Público, devem ter conhecimento da sentença arbitral — título representativo do crédito que se pretende incluir no quadro geral — para exercer seus direitos, inclusive, o de se insurgir contra a pretensão de inclusão deste crédito na falência.

Registre-se que o interesse de tornar conhecida a sentença arbitral para os participantes do processo de falência permanece, seja nos processos arbitrais em que o administrador judicial figure como autor, seja naqueles em que atue como réu. Em ambos os casos, a vitória ou a derrota no processo tem o condão de influir diretamente nas decisões que serão tomadas no curso do processo de falência. Essa potencialidade justifica a divulgação para os interessados.

Além disso, o conteúdo inteiro da sentença deve ser apresentado aos participantes do processo falimentar. Tanto o histórico processual, que consta do relatório da sentença, quanto as razões de decidir, que constam da sua fundamentação, são relevantes para que os participantes do processo falimentar possam avaliar, por exemplo, a atuação do administrador judicial e a existência de algum vício que possa tornar nula a decisão.

Por fim, saliente-se que não há, aqui, nenhuma surpresa para as partes signatárias da convenção de arbitragem. Mesmo fora do ambiente falimentar, a expectativa das partes com relação à confidencialidade da sentença arbitral tende a ser menor que aquela relativa à

impugnação contra a relação de credores, apontando a ausência de qualquer crédito ou manifestando-se contra a legitimidade, importância ou classificação de crédito relacionado.” (Lei n. 11.101/2005).

⁶⁹¹ “Art. 15. Transcorridos os prazos previstos nos arts. 11 e 12 desta Lei, os autos de impugnação serão conclusos ao juiz, que: I – determinará a inclusão no quadro-geral de credores das habilitações de créditos não impugnadas, no valor constante da relação referida no § 2º do art. 7º desta Lei; II – julgará as impugnações que entender suficientemente esclarecidas pelas alegações e provas apresentadas pelas partes, mencionando, de cada crédito, o valor e a classificação; III – fixará, em cada uma das restantes impugnações, os aspectos controvertidos e decidirá as questões processuais pendentes; IV – determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.” (Lei n. 11.101/2005).

⁶⁹² “Art. 19. O administrador judicial, o Comitê, qualquer credor ou o representante do Ministério Público poderá, até o encerramento da recuperação judicial ou da falência, observado, no que couber, o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil, pedir a exclusão, outra classificação ou a retificação de qualquer crédito, nos casos de descoberta de falsidade, dolo, simulação, fraude, erro essencial ou, ainda, documentos ignorados na época do julgamento do crédito ou da inclusão no quadro-geral de credores.” (Lei n. 11.101/2005).

confidencialidade do processo arbitral.⁶⁹³ Afinal, é comum que as instituições arbitrais contenham regras de publicação do conteúdo das sentenças arbitrais para fins informativos,⁶⁹⁴ bem como corriqueiro que as sentenças venham a se tornar públicas por conta de posterior ação judicial de anulação/execução do laudo arbitral.⁶⁹⁵

É certo que o CPC de 2015 trouxe disposição⁶⁹⁶ prevendo que correrão em segredo de justiça os processos que versem sobre arbitragem (inclusive sobre cumprimento de carta arbitral), desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada em juízo. Trata-se, no entanto, de regra aplicável fora, e não dentro, do ambiente falimentar, sendo certo que, no caso do decreto de quebra, no qual os interesses envolvidos são eminentemente públicos e coletivos, a regra deve ceder em favor da publicidade do processo falimentar, de modo a equalizar todos os participantes na mesma posição para reclamarem seus direitos.

No caso de falência, portanto, a sentença arbitral necessariamente deverá tornar-se pública.

Assim estabelecidos os efeitos da falência sobre a confidencialidade do procedimento de arbitragem, cumpre estudar, na última seção deste Capítulo 4, os efeitos que a falência projeta sobre as custas, despesas e honorários de sucumbência arbitrais.

4.4 Dos efeitos da falência sobre as custas, as despesas e os honorários de sucumbência do procedimento arbitral

Nesta última seção, serão analisados os impactos da falência para as custas, despesas e honorários de sucumbência arbitrais. No processo civil ordinário, quando uma parte não dispõe de recursos para arcar com a sua parcela das custas processuais, pode valer-se do

⁶⁹³ Ver, a respeito, Born: “Por outro lado, as expectativas de confidencialidade são substancialmente menores com relação a sentenças arbitrais.” Tradução livre de: “*On the other hand, expectations of confidentiality are materially lower with regard to arbitral awards.*” (BORN, Gary B. Op. cit., v. 2, p. 2.284).

⁶⁹⁴ Ver, no contexto nacional, o Regulamento de Arbitragem da CAM-BOVESPA (art. 7.10) e o Regulamento de Arbitragem do CAM-CCBC (art. 14.1.1), e, como aponta Lemes, no contexto internacional, os “ementários de instituições arbitrais internacionais (Recueil des Sentences Arbitrales de la CCI, Recueil des Décisions de Procédure dans l’Arbitrage CCI) e publicadas em compêndios e revistas especializadas (Yearbook Commercial Arbitration – ICCA, Bulletin de L’Association Suisse de L’ Arbitrage – ASA, Revue de L’ Arbitrage, Revista de La Corte Española de Arbitraje, Arbitration International, Journal of International Arbitration, Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, etc).” (LEMES, Selma M. Ferreira. Arbitragem na concessão... Op. cit., p. 18).

⁶⁹⁵ Ver, a respeito: CHÁVEZ BARDALES, Enrique Miguel. **Privacidad y Confidencialidad en el Arbitraje Comercial Internacional**. Disponível em: www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/privacidad-arbitraje.html. Acesso em: 05 dez. 2019.

⁶⁹⁶ “Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos: [...] IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.” (Lei n. 13.105/2015).

benefício da gratuidade de justiça,⁶⁹⁷ acessando o serviço público judiciário sem arcar com os custos correspondentes. Essa prerrogativa também está disponível para partes em falência, desde que comprovem a necessidade de invocá-la.⁶⁹⁸ De modo oposto, em arbitragem, não existe a possibilidade de pleitear a concessão do benefício da justiça gratuita. Trata-se de serviço privado, cuja prestação demanda remuneração. Nesse quadro, afiguram-se três questionamentos principais: (i) se o administrador judicial também está obrigado a adiantar a sua parcela das custas arbitrais e quais os efeitos da eventual impossibilidade de fazê-lo para a convenção arbitral; (ii) em caso de dispor de recursos suficientes, como o administrador judicial deve realizar esse pagamento; e, por fim, (iii) qual o tratamento dado pela LREF para as condenações nas custas, despesas e honorários arbitrais. Cada uma dessas indagações será analisada na sequência.

4.4.1 O administrador judicial está obrigado a pagar as custas arbitrais, mas a falta de recursos para fazê-lo pode tornar a convenção de arbitragem inexecutável

A primeira questão que se coloca — sob o tema dos efeitos da falência sobre as custas, as despesas e os honorários de sucumbência arbitrais — é se o administrador judicial está obrigado a arcar com a sua parcela das custas arbitrais.⁶⁹⁹

O art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, no que é complementado pelo disposto no inciso LXXIV, que dispõe que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Além disso, implementando os referidos princípios, o art. 98 do Código de Processo Civil prevê que “A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios têm direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.”

⁶⁹⁷ Ver, a respeito, o disposto no art. 98 do CPC: “Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.”

⁶⁹⁸ Ver, a esse respeito, os seguintes julgados: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.648.861/PR**. Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., julgado em 06/04/2017; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 855.020/PR**. Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª S., j. 28 out. 2009; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo n. 1.292.537/MG**. Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., j. 05 ago. 2010, DJe 18 ago. 2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1.136.707/PR**. Rel. Min. Sérgio Kukina, 1ª T., j. 02 out. 2014, DJe 17 out. 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.111.103/SP**. Rel. Min. Sérgio Kukina, 1ª T., j. 16 set. 2014, DJe 24 set. 2014.

⁶⁹⁹ Sobre o conceito de custas, despesas e honorários de sucumbência arbitrais, ver seção 2.4.2, acima.

Essa prerrogativa de gratuidade também está disponível para partes em falência, desde comprovem o efetivo estado de miserabilidade. O decreto de quebra, em si, não vale como presunção única para garantir a concessão do benefício.⁷⁰⁰

No caso da arbitragem, todavia, a gratuidade não é uma opção. Trata-se de serviço privado, que não prescinde de contraprestação. Em sede arbitral, como forma de garantir o pagamento das custas arbitrais, os regulamentos das câmaras de arbitragem usualmente preveem que as custas devam ser adiantadas, no todo ou de forma parcelada, por ambas as partes, ficando caucionadas na câmara para pagamento à medida que se tornarem devidas.⁷⁰¹

Assim, se o administrador judicial resolve participar de uma arbitragem envolvendo os bens, interesses e negócios do falido, deve ele – frise-se, necessariamente – arcar com a sua parcela do adiantamento das custas arbitrais, sob pena de inviabilizar o prosseguimento do processo.

É fato que parte relevante dos regulamentos de arbitragem nacionais e internacionais estipula que, se uma das partes não arcar com a sua parcela das custas, a outra parte poderá fazê-lo no seu lugar para impedir a extinção da arbitragem, cabendo, ao final do processo, decisão do tribunal arbitral sobre a alocação da responsabilidade pelo pagamento das custas.⁷⁰² Além disso, não se pode olvidar o crescente mercado de financiamento de terceiros

⁷⁰⁰ Ver, nesse sentido, entendimento consolidado do STJ no sentido de que o “benefício da gratuidade pode ser concedido às massas falidas apenas se comprovarem que dele necessitam, pois não se presume a sua hipossuficiência” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.648.861/PR**. Op. cit.). No mesmo sentido, ver ainda os seguintes julgados: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 855.020/PR**. Op. cit.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.292.537/MG**. Op. cit.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1.136.707/PR**. Op. cit.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.111.103/SP**. Op. cit.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.488.508/RS**. 2ª T., DJe 10 dez. 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 580.930/SC**. 2ª T., DJe 05 dez. 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 860.182/SP**. 2ª T., DJe 09 maio 2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.075.767/MG**. 2ª T., DJe 18 dez. 2008.

⁷⁰¹ Sobre o tratamento das custas, despesas e honorários de sucumbência arbitrais, ver seção 2.4.2, acima.

⁷⁰² No Direito, italiano, positivou-se a possibilidade de a parte inocente adiantar o valor total das custas arbitrais, como se vê da redação do art. 816 septies do Código de Processo Civil italiano: “Os árbitros podem subordinar o prosseguimento do procedimento ao depósito antecipado das despesas previsíveis. Salvo acordo diferente entre as partes, os árbitros determinam a medida da antecipação a cargo de cada uma das partes. Se uma das partes não fornecer a antecipação que lhe foi requisitada, a outra parte poderá antecipar a totalidade das despesas. Se as partes não providenciarem a antecipação dentro do prazo estabelecido pelos árbitros, não estarão mais vinculadas à convenção de arbitragem no que diz respeito à controvérsia que deu origem ao procedimento arbitral.” Tradução livre de: “*Gli arbitri possono subordinare la prosecuzione del procedimento al versamento anticipato delle spese prevedibili. Salvo diverso accordo delle parti, gli arbitri determinano la misura dell’anticipazione a carico di ciascuna parte. Se una delle parti non presta l’anticipazione richiestale, l’altra può anticipare la totalità delle spese. Se le parti non provvedono all’anticipazione nel termine fissato dagli arbitri, non sono più vincolate alla convenzione di arbitrato con riguardo alla controversia che ha dato origine al procedimento arbitrale.*” (ITÁLIA. Reggio Decreto 28 ottobre 1940, n. 1443). Nesse caso, eliminada a causa que poderia impedir a continuidade da arbitragem, nada impede o cumprimento da convenção de arbitragem (GABARDO, Rodrigo Araújo. Op. cit., 2014, p. 112).

para disputas submetidas à arbitragem, que também funciona como um mecanismo a permitir o prosseguimento do processo nos casos da falta de recursos de uma das partes.⁷⁰³

Se, no entanto, essas alternativas de pagamento não estiverem disponíveis, indaga-se se a falta de recursos para arcar com as custas arbitrais tornaria a convenção de arbitragem inexecutável, abrindo caminho para as partes litigarem no Poder Judiciário.

No âmbito da arbitragem comercial internacional, as soluções apresentadas para o problema da impecuniosidade variam. As cortes inglesas, por exemplo, adotam tradicionalmente a posição de que a falta de recursos para arcar com os custos da arbitragem não torna a cláusula compromissória incapaz de ser executada.⁷⁰⁴ Ainda sob a égide daquele ordenamento, a ausência de recursos de uma parte para iniciar a arbitragem em nada diferiria da situação em que, firmado um contrato de compra e venda de imóvel, venha a faltar ao comprador os recursos necessários para pagar o preço no vencimento. Isso não torna o contrato inexecutável, mas evidencia apenas que uma das partes não é capaz de cumprir com a sua obrigação.

As cortes alemãs, de modo distinto, adotam conclusão diversa: para elas, a falta de recursos de uma parte para adiantar os custos da arbitragem efetivamente implica a inoperância,⁷⁰⁵ ou, mais recentemente, a impossibilidade de se executar⁷⁰⁶ a convenção arbitral,⁷⁰⁷ abrindo caminho para as partes litigarem no Poder Judiciário. Há, no mesmo

⁷⁰³ Ver, a respeito: GABARDO, Rodrigo Araújo. Op. cit.; ALVES, Rafael Francisco; VERONESE, Ligia Espolaor. Op. cit.; e CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem comercial internacional e acesso à justiça: o novo paradigma do third party funding**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2014. Como alerta Gabardo (GABARDO, Rodrigo Araújo. Op. cit., p. 43), contudo, porque depende de uma série de fatores que podem ou não se implementar, o financiamento de terceiros não pode servir como solução única para o problema da impecuniosidade na arbitragem.

⁷⁰⁴ Ver, a respeito: REINO UNIDO. Court of Appeal. **Janos Paczy v. Haenlder&Natermann GmbH**, [1981] 1 Lloyd's Rep 302 (CA); e, mais recentemente: REINO UNIDO. **Northern Ireland High Court. Trunk Flooring Ltd v HSBC Asset Finance (UK) Ltd and Costa Rica SRL**, [2015] NIQB 23. Ver, ainda, Chin, afirmando que, apesar de a falta de recursos não ser causa de inoperância da convenção de arbitragem, no caso específico, as partes haviam expressamente repudiado a cláusula compromissória porque consideraram os custos da arbitragem exorbitantes (CHIN, Andrew. What Can Happen if Parties Fail to Pay the Advance on Costs Requested by the ICC. **Global Arbitration News**, 21 abr. 2015. Disponível em: <https://globalarbitrationnews.com/failing-to-pay-the-advance-on-costs-requested-by-the-icc-20150420>. Acesso em: 11 out. 2019).

⁷⁰⁵ Ver, a respeito: GABARDO, Rodrigo Araújo. Op. cit., p. 47.

⁷⁰⁶ A expressão utilizada no contexto da arbitragem comercial internacional é “*incapable of being performed*”. Ver, a respeito, artigo 3.II da Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras — “Convenção de Nova Iorque” ou “CNI”. (UNITED NATIONS. Conference on International Commercial Arbitration. **Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards**. New York: United Nations, 1958. Disponível em: <http://www.newyorkconvention.org>. Acesso em: 05 dez. 2019).

⁷⁰⁷ Cf. ŽIVKOVIĆ, Patricia. Impecunious Parties in Arbitration: An Overview of European National Courts’ Practice. **Croatian Arbitration Yearbook**, v. 23, 13 dez. 2016 (citando: ALEMANHA. Bundesgerichtshof. Clout Case 404, not indicated v. not indicated. 14 set. 2000. **Yearbook Commercial Arbitration**. Kluwer Law International, v. 27, p. 265, 2002). Ver também: WAGNER, Philipp. Op. cit., p. 197.

sentido, decisão da *United States Court of Appeals, Ninth Circuit*,⁷⁰⁸ bem como do Supremo Tribunal de Justiça português⁷⁰⁹ arguindo, de forma similar, que entender de modo diverso seria denegar à parte o acesso à prestação jurisdicional.

Por fim, há ainda uma terceira perspectiva, expressada pelas cortes francesas, ao declararem que é da competência do tribunal arbitral,⁷¹⁰ não do Poder Judiciário, analisar a alegação de que a impecuniosidade de uma das partes acabará por impedi-la de participar da arbitragem. Impõe-se, pois, ao tribunal arbitral o dever de garantir o acesso à justiça.

No âmbito do Direito brasileiro, por sua vez, existem alguns trabalhos acadêmicos tratando do tema: (i) uns sugerindo que, se comprovado perante um juiz estatal que uma das partes efetivamente não tinha condições de arcar com as custas da arbitragem, a convenção de arbitragem deveria ser afastada para permitir que as partes litiguem no Poder Judiciário;⁷¹¹ (ii) outros propondo que se abra uma autorização para o juízo estatal adaptar a convenção de arbitragem para a realidade financeira das partes, permitindo a preservação do pacto arbitral;⁷¹² e, ainda, (iii) mais alguns defendendo a tese de que a falta de recursos não afeta a validade e a eficácia da convenção de arbitragem, constituindo, na verdade, renúncia indireta ao próprio direito material que se pretendia disputar.⁷¹³

Já no âmbito dos tribunais pátrios, conforme reporta Cabral,⁷¹⁴ a questão foi submetida algumas poucas vezes à apreciação, tendo sido proferidas decisões que: (i) entenderam que a insuficiência de recursos não libera as partes da obrigação assumida na

⁷⁰⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Court of Appeals. **Tillman v. Tillman**, 825 F.3d 1069, 9th Cir., June 15, 2016.

⁷⁰⁹ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Agravo n. 1015/99**. Rel. Aragão Seia, 1ª Seção, j. 18 jan. 2000.

⁷¹⁰ Cf. KÜHNER, Detlev. The Impact of Party Impecuniosity on Arbitration Agreements: The Example of France and Germany. **Journal of International Arbitration**. Kluwer Law International; Kluwer Law International, v. 31, n. 6, p. 807-818, 2014 (citando: FRANÇA. Cour d'Appel de Paris, SARL Lola Fleurs v. Societé Morceau Fleur et al., 26/02/2013. **Revue de l'arbitrage**, v. 3, 2013, p. 749-751, 2013, em que se decidiu que cabe aos árbitros analisar a alegação de que a falta de recursos de uma das partes inviabilizará a instauração do procedimento arbitral, garantindo o acesso à justiça; e FRANÇA. Cour de Cassation. Societé Pirelli & Cie Spa v. Societé Licensing Projets et al., 28/03/2013. **Revue de l'arbitrage**, v. 3, 2013, p. 746-749, 2013, em que se decidiu que constitui violação do acesso à justiça excluir os pleitos reconventionais da parte impecuniosa, se esses pedidos forem indissociáveis dos pedidos formulados pela contraparte na arbitragem). Mais recentemente, ver: FRANÇA. Cour de Cassation (1st Ch.). **Société Aéronautique et technologies embarques (ATE) v. Companies Airbus helicopters and Airbus Helicopters Deutschland**. Caso n. 15-19389, 13/07/2016, comentado por: MERCEREAU, Ana Gerdau de Borja. Note: Société Aéronautique et technologies embarqués (ATE) v. Companies Airbu helicopters and Airbus Helicopters Deutschland, Court of Cassation of France, First Civil Law Chamber, Case No. 15-19389, 13 July 2016. **Revista Brasileira de Arbitragem**. Kluwer Law International, v. 14, n. 55, p. 149-155, 2017.

⁷¹¹ VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Op. cit., p. 194.

⁷¹² GABARDO, Rodrigo Araújo. Op. cit.; CASADO FILHO, Napoleão. Op. cit.

⁷¹³ ALVES, Rafael Francisco; VERONESE, Ligia Espolaor. Op. cit.

⁷¹⁴ CABRAL, Thiago Dias Delfino. **A impecuniosidade na arbitragem**: um grave problema na instauração do procedimento arbitral, um novo conceito e uma proposta de solução à luz do princípio do acesso à justiça. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2019.

convenção de arbitragem,⁷¹⁵ não se podendo acionar o Poder Judiciário para solucionar o conflito; bem como outras que, em sentido diametralmente contrário, (ii) entenderam que a insuficiência de recursos efetivamente autoriza as partes a desconsiderar a convenção arbitral para acessar diretamente o Poder Judiciário, que poderá cuidar do mérito da questão.⁷¹⁶ Todas essas decisões foram proferidas por Tribunais de Justiça estaduais, não tendo o STJ se manifestado sobre o tema até aqui.

A despeito da pouca — e não consensual — discussão existente, com base na análise da legislação, da doutrina e da jurisprudência, é possível extrair algumas conclusões aplicáveis para os casos de empresas falidas.

4.4.1.1 Necessária mitigação do efeito negativo da convenção de arbitragem

Pergunta-se, de saída, se a falta de recursos para arcar com as custas arbitrais efetivamente constitui problema de violação do acesso à justiça. Sobre esse ponto, Alves e Veronese (2016, p. 179) relembram que o STF, por ocasião do julgamento da constitucionalidade da LARB,⁷¹⁷ firmou entendimento de que o princípio da inafastabilidade da jurisdição constitui vedação voltada para o legislador, que o impede de editar lei que restrinja o acesso à justiça, mas não inibe que o particular renuncie ao direito de acesso ao Poder Judiciário para disputar direitos patrimoniais disponíveis.⁷¹⁸

Se, portanto, não há, na contratação da arbitragem, nenhuma violação ao princípio do acesso à justiça, não parece, segundo os referidos autores, haver razão para que fato superveniente (isto é, a situação de impecuniosidade de uma das partes), tenha o condão de tornar inválida ou ineficaz a convenção de arbitragem.⁷¹⁹

No Direito brasileiro, em qualquer negócio jurídico as partes não estão desculpadas do cumprimento das suas obrigações por conta da falta de recursos, afora os casos

⁷¹⁵ Ver, a respeito: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 1010893-44.2016.8.26.0011**. Rel. Des. Fortes Barbosa, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 03 ago. 2017; e SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 0003784-70.2012.8.26.0161**. Rel. Des. Ênio Zuliani, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 21 maio 2013 (afirmando que os altos custos da arbitragem é fator “irrelevante” para a análise do afastamento da convenção de arbitragem).

⁷¹⁶ Ver, a respeito: “Admitida a validade da cláusula, não se afasta de todo a possibilidade de a incapacidade financeira daquele que subscreve cláusula compromissória ser invocada para impor a jurisdição estatal, se - o que não ocorreu neste caso - vier a demonstrar modificação de riqueza após a celebração do contrato” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 1049478-63.2014.8.26.0100**. Rel. Des. Hamid Bdine, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 13 set. 2017); e PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 1431047-5**. Rel. Des. Sigurd Roberto Bengtsson, 11ª Câmara Cível, j. 11 maio 2016.

⁷¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206/EP**. Op. cit.

⁷¹⁸ Ver, a respeito: *Ibidem*.

⁷¹⁹ Cf. ALVES, Rafael Francisco; VERONESE, Ligia Espolaor. Op. cit., p. 179.

excepcionais previstos nos arts. 248 e 478 do Código Civil, para os quais, segundo os autores, seria muito difícil utilizar a alegação de impecuniosidade superveniente. Isso não deveria ser diferente no caso da arbitragem, restrita que está a direitos patrimoniais disponíveis, isto é, àqueles sobre os quais as partes estão livres para renunciar.

Assim, Alves e Veronese⁷²⁰ prosseguem, se uma parte firmou convenção de arbitragem válida e eficaz, mas posteriormente caiu em situação de insolvência e não tem condições de arcar com as custas da arbitragem, isso, ainda assim, não lhe dará o direito de ignorar o efeito negativo da convenção de arbitragem e iniciar demanda perante o Poder Judiciário. Importa, na realidade, em renúncia indireta da própria pretensão que seria submetida à solução arbitral.⁷²¹

Há de discordar-se dessa conclusão. O princípio do acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, dita que o Estado não poderá excluir nenhuma lesão ou ameaça de direito da apreciação do Poder Judiciário.⁷²² Deve o Estado, portanto, garantir a todos o acesso à prestação jurisdicional.⁷²³ A violação desse direito é denominada de “denegação de justiça”.⁷²⁴

⁷²⁰ ALVES, Rafael Francisco; VERONESE, Ligia Espolaor. Op. cit., p. 180-182.

⁷²¹ Alves e Veronese concluem com a seguinte proposição: “Caso a parte pretenda formular suas próprias pretensões com base na cláusula arbitral, terá que pagar por isso, conforme as regras aplicáveis. Foi o que ela contratou (*pacta sunt servanda*). Portanto, caso não possa pagar, a situação levaria a uma renúncia indireta de suas pretensões já que provavelmente a arbitragem será extinta, sem julgamento do mérito e sem prejuízo de eventual repositura quando houver recursos suficientes. A extinção da arbitragem por falta de pagamento faz parte do risco que as partes assumiram ao contratar a cláusula arbitral e, em se tratando de direitos disponíveis, não há nada de errado nisso.” (Ibidem, p. 182).

⁷²² Segundo Pontes de Miranda: “No seu conteúdo lógico, o § 4º estatui: a) que a lei ordinária não pode excluir da apreciação judicial, ou *judicial control*, as próprias leis, nem os direitos individuais que se fundem em normas da Constituição; b) que a lei ordinária não pode excluir da apreciação judicial os direitos individuais que se fundem em leis ordinárias.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**, v. 3. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947, p. 230). Vale anotar também a definição de Cappelletti e Grath: “A expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar suas finalidades básicas do sistema jurídico — o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.” (CAPPELLETTI, Mauro; GRATH, Brant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 8).

⁷²³ Watanabe acrescenta que “A problemática do acesso a Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.” (WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128).

⁷²⁴ Visscher define denegação de justiça como sendo “[...] toda falha na organização ou no exercício da função jurisdicional implicando incumprimento do Estado em seu dever internacional de proteção judicial aos estrangeiros.” Tradução livre de: “[...] *toute défaillance dans l’organisation ou dans l’exercice de la fonction juridictionnelle qui implique manquement de l’Etat à son devoir international de protection judiciaire des étrangers*.” (VISSCHER, Charles de. Le déni de justice en Droit International. **Recueil des Cours de La Haye**, t. 52, 1935, p. 390). Para ler sobre a evolução histórica da vedação à denegação de justiça no Direito Internacional, bem como sobre suas modalidades, ver: SIOUFI FILHO, Alfred Habib. Denegação de Justiça.

No caso da arbitragem, se, firmada convenção arbitral, a parte vier posteriormente cair em insolvência, não podendo arcar com as custas arbitrais, eventual recusa do Poder Judiciário em apreciar a controvérsia acabará por deixar a parte impecuniosa sem acesso a nenhuma prestação jurisdicional, em flagrante situação de denegação de justiça.

Por isso, a nosso ver, se uma parte firma uma convenção de arbitragem, mas posteriormente tem a sua quebra decretada e assim se vê sem recursos para arcar com as custas arbitrais, deve-se mitigar o efeito negativo da convenção de arbitragem para permitir que as partes submetam sua disputa ao Poder Judiciário, sob pena de violação ao disposto no art. 5º, XXXV, da CF/88.

Não se trata, registre-se, de invalidade da convenção de arbitragem, já que a falta de recursos não atinge nem os elementos de existência e tampouco os requisitos de validade do negócio jurídico. Também não é o caso de inoperância da convenção de arbitragem, como entendeu, no passado, a jurisprudência alemã, espécie de ineficácia decorrente de ato imputável às partes, como seria o caso se as partes renunciassem ao pacto arbitral. Trata-se, a nosso ver, de causa de inexecutabilidade da convenção de arbitragem, que é espécie de meio de resolução da obrigação resultante da impossibilidade fática do cumprimento por fato não imputável às partes. É dizer, portanto, que a impecuniosidade torna o cumprimento da obrigação de fazer assumida na convenção de arbitral materialmente impossível, sem culpa das partes, causando a resolução da obrigação⁷²⁵.

Confira-se, a título de comparação, que a solução aqui veiculada é análoga àquela adequadamente alcançada em Portugal, tanto pelo Tribunal Constitucional⁷²⁶ quanto pelo Supremo Tribunal de Justiça daquele país. Do último órgão, é conveniente citar:

O direito de acesso aos tribunais impõe que se permita o recurso aos tribunais estaduais, não obstante a existência de uma convenção arbitral, sempre que – mas só quando –, a parte, sem culpa, se vê superveniente colocada numa situação de insuficiência econômica que a impossibilita de custear as despesas da arbitragem, sem que lhe seja possível opor-lhe a competente exceção dilatória.⁷²⁷

Revista Brasileira de Arbitragem, edição especial: A proteção ao investimento estrangeiro, p. 161-179, 2011; e MOURRE, Alexis; VAGENHEIM, Alexandre. Some Comments on Denial of Justice in Public and Private International Law After Loewen and Saipem. In: FERNANDEZ- BALLESTER, Miguel Angel; LOZANO, David Arias (ed.). **Liber Amicorum Bernardo Cremades**. Wolters Kluwer Espanha; La Ley, 2010, p. 843-866, p. 843-866.

⁷²⁵ Segundo dispõe o art. 248 do Código Civil, “Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos”. Caso, portanto, o cumprimento de uma obrigação se torne impossível sem culpa da parte obrigada, a obrigação se resolve.

⁷²⁶ Ver, a respeito: PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Processo n. 753/2007**. Rel. Joaquim de Sousa Ribeiro, 2ª Secção, j. 30 maio 2008.

⁷²⁷ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Processo n. 99 A 1015**. Rel. Aragão Seia, 18 jan. 2010.

Do mesmo modo, a solução é igualmente similar àquela adotada pelas cortes alemães ao argumentarem, como reporta G. Wagner, que “Se a parte desprovida de recursos tivesse que cumprir com seu acordo, ela seria privada não apenas do seu direito de recorrer a um tribunal, mas também do seu direito de recorrer como um todo”.⁷²⁸

É verdade — como alegam Alves e Veronese⁷²⁹ — que o STF decidiu, no julgamento do AgRG na SE n. 5206-7, que a celebração de uma cláusula compromissória não constituiria ofensa ao princípio do acesso à justiça. Mas também é verdade que o STF assim o fez sob a premissa de que às partes seria dado o direito de resolver sua controvérsia por meio da arbitragem, não se tendo cogitado, na ocasião, do caso da impossibilidade superveniente de se dar cumprimento ao pacto arbitral pela falta de recursos.⁷³⁰

O voto do Min. Nelson Jobim, que liderou a divergência vencedora no Plenário do STF, ressaltou, a propósito, que, no caso da celebração de uma convenção de arbitragem, as partes não estão renunciando à pretensão material por completo, mas tão somente à jurisdição estatal, para eleger uma forma privada de resolução de conflitos⁷³¹.

Ocorre que, no caso da falta de recursos para dar início ao procedimento de arbitragem, a parte ficará privada do direito de resolver suas controvérsias pela via arbitral, como também pela via judicial, acabando, por fim, sem acesso a nenhuma jurisdição⁷³². Essa situação particular não foi analisada pelo STF, não se podendo extrair do voto proferido no AgRG na SE n. 5206-7 nenhuma conclusão a respeito do tema.

⁷²⁸ Tradução livre de: “*If the impecunious party were held to its agreement, it would be deprived not only of its right to recourse in a court of law but of its right to recourse altogether.*” (WAGNER, Gerhard. *Impecunious Parties and Arbitration Agreements*. **German Arbitration Journal**. Kluwer Law International, v. 1, n. 5, p. 206-218, 2003).

⁷²⁹ ALVES, Rafael Francisco; VERONESE, Lúcia Espolaor. Op. cit., p. 182.

⁷³⁰ Tratou-se, por exemplo, dos casos de ineficácia superveniente da convenção de arbitragem por conta da incapacidade da parte ou indisponibilidade do direito quando da instauração do procedimento arbitral. Ver: (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206/EP**. Op. cit.)

⁷³¹ Confirma-se: “A Constituição proíbe que lei exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV). Ela não proíbe que as partes pactuem formas extrajudiciais de solução de seus conflitos, atuais ou futuros. Não há nenhuma vedação constitucional a que as partes, maiores e capazes, ajustem a submissão de conflitos, que possam decorrer de relações jurídicas decorrentes de contrato específico, ao sistema de arbitragem. Não há renúncia abstrata à jurisdição. Há isto sim convenção de arbitragem sobre litígios futuros e eventuais, circunscritos a específica relação contratual, rigorosamente determináveis.” (Ibidem). No mesmo sentido opinam Mendes e Branco, explicando que no dito julgamento afirmou-se “a legitimidade da cláusula compromissória como instrumento apto para, em casos de lesão ou ameaça a direitos patrimoniais disponíveis por descumprimento da convenção arbitral, acionar garantias judiciais do processo perante o Poder Judiciário” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 435).

⁷³² Ver, no mesmo sentido: GABARDO, Rodrigo Araújo. Op. cit., p. 111.

Alves e Veronese⁷³³ também sustentam que, ao eleger resolver o conflito por arbitragem e ao não dispor de recursos para dar início ao processo, a parte renunciaria indiretamente à própria pretensão. Não é verdade. É certo que, em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis, as partes estão autorizadas pelo ordenamento, inclusive, a renunciar⁷³⁴ por completo ao direito. Também é certo, contudo, que, no caso da celebração de uma convenção de arbitragem, as partes não manifestam a vontade de renunciar ao direito material, mas apenas à jurisdição estatal, a fim de eleger um meio privado, com natureza igualmente jurisdicional, de resolver seus litígios. Já é, afinal, passado o tempo em que se confundia a arbitragem com os atos de disposição.⁷³⁵

O art. 114 do Código Civil, por sua vez, prevê que a renúncia deve ser interpretada restritivamente.⁷³⁶ Trata-se de ato de disposição de direito e, como tal, não se deve estendê-lo para incluir casos não contemplados pelo renunciante. Admite-se, é verdade, a renúncia tácita, quando a parte, por meio de comportamento concludente, manifesta com a sua conduta a vontade de renunciar.⁷³⁷ Todavia, como assentado pelo STJ, “não é qualquer postura do obrigado que enseja a renúncia tácita, mas aquela considerada manifesta, patente, explícita, irrefutável e facilmente perceptível”.⁷³⁸

Portanto, como a renúncia só é interpretada restritivamente, e como a renúncia tácita depende de comportamento irrefutável que evidencie a vontade de renunciar, a nosso ver não é correto deduzir — da celebração de uma convenção de arbitragem e superveniente falta de recursos para arcar com as custas arbitrais — uma renúncia tácita da própria pretensão que seria submetida à solução arbitral.

Isso seria interpretar um fato superveniente (no caso, a impecuniosidade da parte), fora do seu controle, como um comportamento concludente caracterizador da renúncia da própria pretensão que se pretendia submeter à arbitragem, o que viola frontalmente o princípio de interpretação previsto no art. 114 do CC no sentido de que a renúncia se interpreta de forma restritiva.

⁷³³ ALVES, Rafael Francisco; VERONESE, Lígia Espolaor. Op. cit., p. 182.

⁷³⁴ A renúncia, na lição de Pereira, caracteriza-se como “modalidade particularizada de extinção subjetiva” de um direito, e ocorre com a “abdicação que o titular faz do seu direito, sem transferi-lo a quem quer que seja” (PEREIRA, Caio Mario da Silva. Op. cit., v. 1, p. 470).

⁷³⁵ Sobre a distinção entre a arbitragem e os atos de disposição, ver seção 3.1.3.2, acima.

⁷³⁶ “Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.” (Lei n. 10.406/2002).

⁷³⁷ “Renúncia é o fato pelo qual o titular do direito declara a vontade de se desfazer dele, ou de não o aceitar. Não se presume, mas pode resultar de manifestações tácitas de vontade que sejam unívocas.” (GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19. ed. Op. cit., p. 222).

⁷³⁸ Ver: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.250.583/SP**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 03 maio 2016.

Não fosse só isso, deve-se ainda registrar que, no caso da falência, a ideia de interpretar a falta de recursos da parte para instaurar a arbitragem como uma renúncia indireta da própria pretensão é ainda mais grave: afinal, com o decreto de quebra, fica proibida a prática de qualquer ato de disposição ou de oneração de bens e direitos do falido.⁷³⁹ O art. 129, IV, da LREF, inclusive, torna ineficazes os atos a título gratuito praticados pelo falido nos dois anos anteriores à falência.⁷⁴⁰ Assim sendo, entender que, por não ter recursos para iniciar arbitragem, a parte renunciaria indiretamente à própria pretensão, acabaria por afrontar, também, o comando do art. 99, VI, da LREF, pois implicaria ato de renúncia expressamente vedado na lei.

A nosso ver, portanto, se uma parte firma uma convenção de arbitragem, mas posteriormente tem a sua quebra decretada e fica sem recursos para arcar com as custas arbitrais, é imperioso mitigar o efeito negativo da convenção de arbitragem para permitir que as partes submetam sua disputa ao Poder Judiciário, sob pena de violação ao disposto no art. 5º, XXXV, da CF/88. A impecuniosidade da parte, portanto, gera a inexecuibilidade⁷⁴¹ da convenção arbitral.

Por fim, é preciso consignar: não basta alegar a falta de recursos para impedir o efeito negativo da convenção de arbitragem. Como teve ocasião de afirmar a corte portuguesa em julgamento recente versando sobre o tema, “a circunstância de uma sociedade comercial se encontrar em PER ou em processo de insolvência, não significa que não tenha meios económicos para suportar as custas com um procedimento arbitral”.⁷⁴²

Com efeito, no Direito brasileiro, para que uma parte possa valer-se da regra do art. 248 do Código Civil e obter a exoneração da obrigação, deve ser a mesma parte capaz de demonstrar a ocorrência de um obstáculo intransponível,⁷⁴³ não de uma mera dificuldade de

⁷³⁹ “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;” (Lei n. 11.101/2005).

⁷⁴⁰ “Art. 129. São ineficazes em relação à massa falida, tenha ou não o contratante conhecimento do estado de crise econômico-financeira do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores: [...] IV – a prática de atos a título gratuito, desde 2 (dois) anos antes da decretação da falência;” (Lei n. 11.101/2005).

⁷⁴¹ Como reporta Gabardo, a Corte Federal de Justiça alemã já proclamou: “a convenção de arbitragem torna-se inexecuível quando o Requerente não pode suportar os custos do procedimento arbitral e não há outro processo estabelecido para prover tais custos.” (GABARDO, Rodrigo Araújo. *Op. cit.*, p. 53). Não é o caso, a nosso ver, de renúncia tácita à convenção de arbitragem pela parte que dispunha de recursos e se recusou a adiantar a parcela das custas da contraparte impecuniosa (como opina VALENÇA FILHO, Cláudio de Melo. *Op. cit.*, p. 199), visto que não se interpreta a renúncia de modo extensivo.

⁷⁴² PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Processo n. 1212/14**. Rel. Ana Paula Boularot, 6ª Seção, j. 26 abr. 2016.

⁷⁴³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Op. cit.*, v. 2, p. 19.

prestar, que poderia ser remediada com esforços adicionais da parte contra quem se volta a obrigação.⁷⁴⁴ O obstáculo, entretanto, deve abarcar também os casos em que o cumprimento da obrigação implicaria forçar a parte a fazer sacrifícios que superem os limites da razoabilidade, da proporcionalidade e da boa-fé.⁷⁴⁵

No caso de pretensão de exoneração da obrigação assumida na convenção arbitral por conta da falta de recursos para arcar com as custas arbitrais, deve a parte, portanto, efetivamente comprovar a impossibilidade de arcar com essas despesas, não valendo a falência como presunção suficiente para tanto.

A ressalva que aqui se faz é similar àquela adequadamente adotada no direito alemão, no qual pedidos dessa natureza já foram rejeitados pelas cortes nacionais, sob o legítimo fundamento de que a parte impecuniosa disporia de outros meios de se financiar, como, por exemplo, pela venda de um imóvel de alto valor que lhe pertencia.⁷⁴⁶

De acordo com a sugestão de Gabardo,⁷⁴⁷ a situação de impecuniosidade da parte deveria ser verificada por meio da comprovação de três elementos: (i) a comprovação fática da ausência de recursos; (ii) a inexistência de outros meios que permitam a solução do impasse; e (iii) a efetiva existência da situação de denegação de justiça ante a recusa da contraparte em adiantar as custas arbitrais e a recusa da câmara ou dos árbitros em prestar o serviço sem remuneração.⁷⁴⁸

Parece razoável a sugestão. O estado de falência, apesar de constituir evidência de pobreza, não cria uma presunção a autorizar, *per se*, a desconsideração da convenção de arbitragem para permitir às partes litigarem no Poder Judiciário. Deve-se proceder à análise específica da situação concreta para saber se a falta de recursos é tamanha que efetivamente impede a parte de obter a prestação jurisdicional, afigurando-se a impecuniosidade, somente nesse caso, em causa de inexecutabilidade da convenção arbitral.

⁷⁴⁴ CARVALHO SANTOS, João Manuel de. **Código civil brasileiro interpretado**: principalmente do ponto de vista prático: v. 15. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989, p. 210-211.

⁷⁴⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: t. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 191.

⁷⁴⁶ ALEMANHA. OLG München. **Az. 34 ScH 6/11**. 29 fev. 2012, comentado por GABARDO, Rodrigo Araújo. Op. cit., p. 52. Do mesmo modo, há sentença arbitral proferida em uma arbitragem CCI que defende que a insolvência, por si só, não serve de presunção de insolvência, na medida em que a massa falida pode dispor de outros bens para arcar com as custas arbitrais, devendo haver prova da efetiva impossibilidade de instaurar o procedimento arbitral (CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL. X. S.A.R.L., Lebanon v. Y. AG, Germany, Procedural Order n. 3, 2008. **ASA Bulletin**. Kluwer Law International, v. 28, n. 1, p. 37-45, 2010).

⁷⁴⁷ GABARDO, Rodrigo Araújo. Op. cit., p. 100. O autor define os critérios para aferição da impecuniosidade, mas propõe, como solução para o problema, a adaptação pelo juiz estatal da convenção de arbitragem, não acesso direto ao Poder Judiciário.

⁷⁴⁸ Essa é a posição adotada no Direito alemão, como reporta Gabardo (Ibidem, p. 117).

Em resumo, portanto, o administrador judicial está obrigado a adiantar a sua parcela das custas arbitrais, mas se comprovadamente não dispuser de quaisquer meios de fazê-lo, isso tornará a convenção de arbitragem inexecutável.

Uma vez definido que a falta de recursos pode ser invocada pela parte falida para mitigar o efeito negativo da convenção de arbitragem, surge a questão sobre quem seria competente para analisar a alegação.

4.4.1.2 Necessária mitigação do efeito negativo do princípio *Kompetenz-Kompetenz*

O art. 8º da LARB⁷⁴⁹ internaliza, no Direito brasileiro, o princípio competência-competência, segundo o qual cabe ao árbitro, em primeiro lugar, decidir sobre a própria competência.⁷⁵⁰ Trata-se de regra amplamente difundida no contexto arbitral, que outorga aos árbitros a primazia para analisar todas as questões relacionadas à existência, à validade e à eficácia da convenção de arbitragem, ao mesmo tempo em que afasta a atuação do Poder Judiciário, que fica relegada ao momento da anulação/execução da sentença arbitral.⁷⁵¹ Seguindo essa regra, portanto, deveria caber ao árbitro, de saída, a tarefa de decidir se a falta de recursos de uma das partes poderia ser causa de inexecução da convenção de arbitragem.

Essa é a solução adotada na França, como se vê, por exemplo, do caso *Sarl Lola Fleur* (“Lola Fleur”) v. *Société Morceau Fleur et al.* (“Morceau”) (“Caso Lola Fleur”)⁷⁵². Na ocasião, a Lola Fleur ingressou, perante o Poder Judiciário francês, com demanda que veio a ser extinta por conta da existência de convenção de arbitragem. Lola Fleur apelou da extinção e a *Cour d’Appel de Paris* confirmou a sentença, declarando que a inexecutabilidade da convenção de arbitragem não pode ser deduzida da impecuniosidade de uma das partes, bem como que cabe ao tribunal arbitral, nos termos do princípio competência-competência, analisar a alegação e garantir que as partes não se confrontem com uma situação de denegação de justiça.⁷⁵³

A mesma solução foi posteriormente confirmada no julgamento do caso *Société Aéronautique et Technologies Embarques (ATE) v. Companies Airbus Helicopters and*

⁷⁴⁹ “Art. 8º [...] Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.” (Lei n. 9.307/1996).

⁷⁵⁰ ALVES, Rafael Francisco. Op. cit., p. 178-204.

⁷⁵¹ Sobre a natureza, o alcance e os limites do princípio competência-competência, ver seção 2.2.3, acima.

⁷⁵² FRANÇA. *Cour d’Appel de Paris, SARL Lola Fleurs v. Société Morceau Fleur et al.* Op. cit.

⁷⁵³ KÜHNER, Detlev. Op. cit., p. 808.

Airbus Helicopters Deutschland (“Caso Airbus”), julgado pela Cour de Cassation em julho de 2016.⁷⁵⁴

Como acertadamente opina Valença Filho,⁷⁵⁵ contudo, a solução francesa cria um problema prático intransponível, já que, se a parte com recursos financeiros não estiver disposta a adiantar integralmente as custas arbitrais para permitir o início ou a continuidade do processo (o que muito provavelmente ocorrerá se a parte for ré), a solução é inaplicável, não sendo possível sequer submeter aos árbitros a questão preliminar.

Assim, considerando a impossibilidade prática, no caso de alegação de falta de recursos, de se dar início ou continuidade ao procedimento de arbitragem para submeter a questão da impecuniosidade ao tribunal arbitral, a nosso ver, nessa situação excepcional deve-se mitigar o efeito negativo do princípio competência-competência para permitir que o Poder Judiciário analise a alegação de inexecutibilidade da convenção arbitral na hipótese de a parte falida não dispor de nenhum meio de arcar com a sua parcela das custas arbitrais.

É verdade que jurisprudência brasileira já permite, nos casos de vício manifesto, aferível *prima facie*, a mitigação do efeito negativo do princípio competência-competência para permitir que o Poder Judiciário aprecie a validade da convenção de arbitragem.⁷⁵⁶ Ocorre que, no caso da alegação de impecuniosidade, a parte que quiser desvincular-se da convenção de arbitragem deve fazer prova da efetiva falta de recursos, não servindo a falência como presunção da incapacidade de cumprir com o pacto arbitral.

Por isso, a nosso ver, nas hipóteses de alegação de inexecutibilidade da convenção arbitral pela falta de recursos para iniciar ou dar prosseguimento à arbitragem, o juiz estatal não deve restringir-se aos casos aferíveis *prima facie*, abrindo-se, assim, o necessário espaço para que a parte possa fazer prova da sua situação de precariedade e da inexistência de quaisquer outros meios de cumprir com a obrigação.⁷⁵⁷ Não se pode, efetivamente, exigir que a parte ofereça prova cabal da falta de recursos, ao mesmo tempo que se restringe a alegação de impecuniosidade aos casos aferíveis sem necessidade de dilação probatória.

⁷⁵⁴ FRANÇA. Cour de Cassation (1st Ch.). **Société Aéronautique et technologies embarques (ATE) v. Companies Airbus helicopters and Airbus Helicopters Deutschland**. Op. cit., com comentários de MERCEREAU, Ana Gerdau de Borja. Op. cit., p. 149-155.

⁷⁵⁵ VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Op. cit., p. 196-197.

⁷⁵⁶ Sobre a possibilidade de mitigar o efeito negativo do princípio competência-competência, remeter-se à seção 2.2.3, acima.

⁷⁵⁷ Ver, no entanto, em sentido contrário, Gabardo, para quem, seguindo a orientação adotada na França, caberia aos árbitros, em primeiro lugar, analisar a alegação de impecuniosidade da parte (GABARDO, Rodrigo Araújo. Op. cit., p. 88-105).

Por fim, mas não menos importante, registre-se que, como reporta Valença Filho,⁷⁵⁸ a situação é diferente se o administrador judicial for réu, não autor, do processo arbitral. Isso porque, nesse caso, a contraparte não falida possivelmente terá incentivos para adiantar a totalidade das custas arbitrais, de modo a dar início ou continuidade ao feito.

Na hipótese, entretanto, caso a parte falida tenha formulado pedidos reconventionais, questiona-se se podem eles ser excluídos de acordo com as regras usualmente inseridas nos regulamentos das câmaras arbitrais.⁷⁵⁹

O Poder Judiciário francês já se manifestou sobre a questão no caso *Société Pirelli & Cie Spa (“Pirelli”) v. Société Licensing Projéts et al. (“Licensing”)* (“Caso Pirelli”).⁷⁶⁰ No caso, a parte ré em uma arbitragem perante a CCI formulou pedidos reconventionais, mas veio cair em falência e ficar impossibilitada de pagar as custas arbitrais. Seguindo prática arbitral disseminada, o tribunal arbitral decidiu dar prosseguimento à arbitragem, mas retirou os pedidos reconventionais da parte inadimplente do processo. Proferida a sentença, a parte ré manejou ação anulatória, que, apesar de ser rejeitada pela Cour d’Appel de Paris, foi posteriormente acolhida pela Cour de Cassation, sob a alegação peremptória de que, quando os pleitos reconventionais da parte inadimplente forem “indissociáveis” dos pleitos principais, não será possível excluí-los da apreciação do tribunal arbitral, sob pena de violação do direito de defesa.

Para Valença Filho,⁷⁶¹ a solução francesa pode ser transposta para o Direito brasileiro com algumas adequações, com o que se concorda nesta tese. Desse modo, caso a parte ré-reconvinte em uma arbitragem não pague a sua parcela das custas arbitrais, os árbitros estarão livres para aplicar as regras constantes dos regulamentos de arbitragem que os autorizam retirar os pleitos reconventionais da parte inadimplente, salvo nas hipóteses em que os ditos pedidos reconventionais forem “antecedentes lógicos preliminares” ou “prejudiciais de mérito”⁷⁶² do pedido principal.

Nesses casos, excluir o pleito reconvenicional acabaria por dificultar o exercício do próprio direito de defesa da parte inadimplente, o que inequivocamente não se pode admitir.

⁷⁵⁸ VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Op. cit., p. 196-197.

⁷⁵⁹ Isso consta, por exemplo, dos regulamentos de arbitragem do CAM-CCBC (art. 12.10.1); do CCMA-FIESP/CIESP (Tabela de Custas, art. 6.4); e da CAMARB (art. 11.5).

⁷⁶⁰ FRANÇA. Cour de Cassation. *Société Pirelli & Cie Spa v. Société Licensing Projéts et al.* Op. cit.

⁷⁶¹ VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Op. cit., p. 196-197.

⁷⁶² Ver, nesse sentido: *Ibidem*, p. 196-197.

Assim, sempre que a não apreciação do pleito reconvenicional puder impactar no direito de defesa da parte inadimplente, deverá ser apreciado pelo tribunal arbitral, nada obstante a falta de pagamento das custas arbitrais.

Nos demais casos, o tribunal arbitral estará liberado para excluir os pedidos reconvencionais da arbitragem, mas a parte inadimplente poderá valer-se do Poder Judiciário para iniciar demanda própria e formular os pedidos que não foram apreciados pelo árbitro.

Se, no entanto, o administrador judicial dispuser de recursos ou de meios de se financiar para promover o pagamento da sua parcela das custas da arbitragem, indaga-se, ainda, sobre como essa despesa deve ser realizada.

4.4.2 Afora casos excepcionais, o administrador judicial deve pedir autorização do juízo falimentar para realizar o pagamento das custas arbitrais

O art. 22, nos incisos I, “h”, e III, “h”, “l”, e “n”, da LREF, prevê que o administrador judicial pode praticar no curso do processo falimentar todos os atos conservatórios de direitos e ações, mas, sempre que for contratar auxiliares ou avaliadores (isto é, sempre que for contratar serviços que venham a onerar a massa), deve fazê-lo mediante autorização judicial. Além disso, o §1º do mesmo art. 22 da LREF também prevê que será o juízo falimentar que fixará o valor da remuneração dos auxiliares do administrador.⁷⁶³ Portanto, além da contratação, também a efetiva fixação do valor da despesa deve passar pelo crivo judicial.

No caso da arbitragem, a fixação das custas arbitrais fica a cargo das câmaras de arbitragem, não sendo possível ao juízo universal interferir. Em todo caso, em se tratando de despesa usualmente de valor bastante relevante, parece razoável que o pagamento seja previamente submetido à apreciação judicial, que, apesar de não poder opinar sobre a fixação do valor, ao menos poderá tomar conhecimento da necessidade de realização da despesa e, assim, autorizar a respectiva realização.

É possível indagar se o administrador judicial poderia recorrer, para pagar as custas arbitrais, ao disposto no art. 150 da LREF,⁷⁶⁴ que o autoriza a realizar as despesas

⁷⁶³ “Art. 22. [...] § 1º As remunerações dos auxiliares do administrador judicial serão fixadas pelo juiz, que considerará a complexidade dos trabalhos a serem executados e os valores praticados no mercado para o desempenho de atividades semelhantes.” (Lei n. 11.101/2005).

⁷⁶⁴ “Art. 150. As despesas cujo pagamento antecipado seja indispensável à administração da falência, inclusive na hipótese de continuação provisória das atividades previstas no inciso XI do caput do art. 99 desta Lei, serão pagas pelo administrador judicial com os recursos disponíveis em caixa.” (Lei n. 11.101/2005).

indispensáveis para a administração da falência com os recursos do caixa da empresa, sem necessidade de prévia autorização judicial. Para se valer da prerrogativa, o administrador judicial deve ser capaz de evidenciar que a despesa que pretende realizar é indispensável para preservar os interesses da massa⁷⁶⁵ ou para permitir a continuidade da atividade empresária,⁷⁶⁶ bem como que deva impreterivelmente ser paga de forma antecipada.⁷⁶⁷ No caso da arbitragem, apesar de ser razoável defender que o pagamento das custas arbitrais pode configurar — em alguns casos — medida indispensável para preservar os interesses da massa (principalmente, se o administrador judicial for demandante no procedimento arbitral), parece mais difícil convencer que a despesa deve ser paga antecipadamente, sem que seja possível aguardar pela autorização judicial. A forma de fixação das custas arbitrais consta dos regulamentos arbitrais e é do conhecimento das partes desde o momento da contratação. Além disso, após a fixação em sede arbitral, há tempo mais que suficiente para solicitar a autorização judicial correspondente para realizar a despesa. Não é, portanto, razoável — afora uma situação absolutamente excepcional — argumentar que o pagamento das custas deva ser realizado de imediato, sob pena de perda para a massa. Portanto, afora situações excepcionais, revela-se como prudente solicitar a competente autorização judicial para que se efetuem o pagamento das custas arbitrais.⁷⁶⁸

Em resumo, pois, o administrador deve pedir autorização judicial para realizar o pagamento das custas arbitrais. Se o fizer sem autorização judicial, deve ser capaz de demonstrar que o pagamento era indispensável para a administração da falência e que não podia esperar por autorização do juízo, sob pena de responder pelas perdas ocasionadas, caso fique comprovado que a referida despesa não se enquadra na hipótese de exceção.

Assentado que afigura-se prudente solicitar autorização judicial para pagamento das custas arbitrais, cabe, por fim, responder à pergunta sobre como serão classificados os

⁷⁶⁵ Note-se, todavia, a posição de Sztajn, arguindo que a regra do art. 150 da LREF deve estar restrita aos casos de continuação da atividade da sociedade falida, conforme autorizado pelo art. 99, XI, da LREF (SZTAJN, Rachel. Comentários ao art. 150. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 465-466, p. 466).

⁷⁶⁶ SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 508-509. A continuidade da atividade empresária aqui mencionada é aquela prevista no art. 99, XI, da LREF.

⁷⁶⁷ Confira-se: “Tendo-se, portanto, o adiantamento como indispensável, deverá o administrador judicial promovê-lo com os recursos disponíveis em caixa, como para atender aos seus auxiliares (contadores, peritos, avaliadores, advogados etc.) e quitar gastos com depósitos, seguros, leilões, editais etc., sem o que o processo falimentar não terá adequado e ágil andamento, frustrando os seus fins.” (CAMPINHO, Sérgio. **Falência**... Op. cit., p. 433).

⁷⁶⁸ Valendo lembrar que o administrador judicial, nos termos do art. 32 da LREF, responderá pelos atos que praticar com culpa ou dolo.

créditos decorrentes de condenação no ressarcimento das custas, despesas e honorários de advogado na arbitragem.

4.4.3 O tratamento das custas, despesas e honorários de sucumbência arbitrais na falência

Os arts. 5, II, e 84, III, IV e V, da LREF estabelecem o seguinte sistema classificatório para tratar as custas, despesas e honorários de sucumbência na falência:

- **Custas judiciais:** São exigíveis do devedor as custas para tomar parte no próprio processo de falência (LREF, art. 84, III) e aquelas relativas às ações contra o falido (LREF, art. 5º, II) e contra o administrador judicial (LREF, art. 84, IV). As custas incorridas anteriormente à decretação da quebra constituem créditos quirografários (LREF, art. 83, VI), ao passo que as surgidas do próprio processo de falência e nas ações e execuções posteriores à quebra ostentam natureza extraconcursal (LREF, art. 84, III e IV).
- **Despesas:** Não são exigíveis do devedor as despesas para tomar parte no próprio processo de falência (LREF, art. 5º, II).⁷⁶⁹ Assim, por exemplo, as despesas feitas pelo credor com o requerimento de falência não podem ser cobradas do devedor,⁷⁷⁰ como também não o podem aquelas decorrentes das habilitações e impugnações de crédito.⁷⁷¹ Podem, no entanto, ser exigidas aquelas relativas às ações contra o falido⁷⁷² e contra o administrador judicial.⁷⁷³ As despesas incorridas anteriormente à

⁷⁶⁹ Para Sacramone (SACRAMONE, Marcelo. Op. cit., p. 73/74), a LREF só exclui a possibilidade de cobrar na falência as chamadas despesas voluntárias realizadas pelo credor para tomar parte no processo de falência. As despesas legais, isto é, aquelas impostas pela lei e que não variam conforme a vontade da parte, poderiam ser cobradas na falência. Em sentido contrário, ver: SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. Op. cit., p. 175, entendendo que toda e qualquer despesa realizada para “tomar parte na falência” não poderia ser apresentada no processo falimentar.

⁷⁷⁰ PENTEADO, Mauro Rodrigues. Disposições comuns... Op. cit., p. 133-134.

⁷⁷¹ CAMPINHO, Sérgio. **Falência**... Op. cit., p. 110-111.

⁷⁷² Ver, a respeito, Sacramone: “Também poderão ser exigidos despesas, honorários judiciais e custas despendidos pelo credor em ação própria em face do devedor para reconhecimento do seu crédito. A ação de conhecimento que forma o título executivo judicial, com as verbas de sucumbência dela decorrentes, não poderá ser considerada modo de o credor tomar parte na recuperação judicial ou na falência, conforme previsão do artigo. Trata-se de medida efetuada pelo credor para o reconhecimento e a satisfação de seu crédito, a despeito da condição falimentar ou recuperacional do devedor. Desse modo, poderá ser exigida pelo credor.” (SACRAMONE, Marcelo. Op. cit., p. 74).

⁷⁷³ Ver, a respeito, Campinho (CAMPINHO, Sérgio. **Falência**... Op. cit., p. 432), com a particularidade de

decretação da quebra constituem créditos quirografários (LREF, art. 83, VI), ao passo que as surgidas nas ações posteriores ostentam natureza extraconcursal (LREF, art. 84, V).

- **Honorários de sucumbência:** Historicamente, há controvérsia acerca do cabimento dos honorários de sucumbência em falência. Enquanto Miranda Valverde,⁷⁷⁴ por um lado, sustenta o cabimento da sua cobrança em sede falimentar, por outro, pode-se citar, exemplificativamente, Coelho⁷⁷⁵ defendendo ser incabível a cobrança de honorários de sucumbência na falência. A despeito da divergência doutrinária, na jurisprudência, assentou-se o entendimento de que é cabível a cobrança em sede falimentar dos honorários de sucumbência, inclusive nos procedimentos em que o credor participar para tomar parte na falência, desde que haja resistência da parte contrária.⁷⁷⁶ Os honorários incorridos anteriormente à decretação da quebra constituem créditos quirografários (LREF, art. 83, VI), mas têm natureza alimentar até o limite de 150 salários mínimos,⁷⁷⁷ ao passo que os surgidos nas ações posteriores à quebra ostentam natureza extraconcursal (LREF, art. 84, V).

Por sua vez, os conceitos de custas arbitrais, despesas arbitrais e honorários de sucumbência em sede arbitral se equiparam aos conceitos dos mesmos institutos em sede judicial.⁷⁷⁸

Se, portanto, não há diferença no tratamento dos institutos em sede judicial e arbitral, a nosso ver, o mesmo tratamento conferido pela LREF aos institutos judiciais deve ser

que, para o referido autor, as ações são movidas contra a massa, não contra o administrador judicial: “Os titulares desses direitos, destarte, são credores da massa e, como tal, determina a lei sejam pagos com precedência sobre os créditos concursais, na ordem que o artigo 84 estabelece, a saber: [...] IV - custas judiciais, aqui entendidas no sentido de despesas judiciais para perfeita harmonização com o conceito traduzido no § 2º, do artigo 20 do Código de Processo Civil, relativas às ações e execuções em que a massa falida tenha sido vencida; [...]”

⁷⁷⁴ MIRANDA VALVERDE, Trajano de. Op. cit., v. 1, p. 210.

⁷⁷⁵ COELHO, Fabio Ulhoa. Op. cit., p. 34.

⁷⁷⁶ Ver, a respeito: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.261.915/SP**. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, decisão monocrática, j. 18 out. 2013; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.197.177/RJ**. Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 03 set. 2013; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 62.801/SP**. Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª T., j. 20 ago. 2013.

⁷⁷⁷ “1.1) Os créditos resultantes de honorários advocatícios têm natureza alimentar e equiparam-se aos trabalhistas para efeito de habilitação em falência, seja pela regência do Decreto-Lei n. 7.661/1945, seja pela forma prevista na Lei n. 11.101/2005, observado, neste último caso, o limite de valor previsto no artigo 83, inciso I, do referido Diploma legal.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.152.218/RS**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Corte Especial, j. 07 maio 2014).

⁷⁷⁸ Sobre a equiparação do tratamento das custas, despesas e honorários de sucumbência em sede judicial e arbitral, ver seção 2.4.2, acima.

transposto para a sede arbitral. Daí se pode concluir que o tratamento das custas, despesas e honorários arbitrais na falência deve ser o seguinte:

- **Custas arbitrais:** São exigíveis do devedor as custas arbitrais relativas às ações contra o falido e contra o administrador judicial. As custas incorridas anteriormente à decretação da quebra constituem créditos quirografários (LREF, art. 83, VI), ao passo que as surgidas nas ações posteriores à quebra ostentam natureza extraconcursal (LREF, art. 84, IV).
- **Despesas:** São exigíveis do devedor as despesas arbitrais relativas às ações contra o falido e o administrador judicial. As despesas incorridas anteriormente à decretação da quebra constituem créditos quirografários (LREF, art. 83, VI), ao passo que as surgidas nas ações posteriores à quebra ostentam natureza extraconcursal (LREF, art. 84, V).
- **Honorários de sucumbência:** São exigíveis do devedor os honorários de sucumbência arbitrais relativos às ações contra o falido e o administrador judicial. Os honorários incorridos anteriormente à decretação da quebra constituem créditos quirografários (LREF, art. 83, VI), mas têm natureza alimentar até o limite de 150 salários mínimos, ao passo que os surgidos nas ações posteriores à quebra ostentam natureza extraconcursal (LREF, art. 84, V).⁷⁷⁹

Esse, em resumo, o tratamento que o direito falimentar deve dispensar às custas, despesas e honorários de sucumbência arbitrais.

⁷⁷⁹ Aqui, registre-se nossa discordância da posição expressada pelo STJ em sede de recuperação judicial, no sentido de que se a ação que originou a condenação nos honorários de sucumbência for para reconhecimento de créditos já existentes na data do pedido de recuperação, os honorários de sucumbência, apesar de terem sido fixados após a quebra, devem também se submeter aos efeitos da recuperação, não ostentando natureza extraconcursal (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.443.750/RS**. Rel. p/ acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. 20 out. 2016). Ora, o crédito decorrente dos honorários sucumbenciais só surge com a sua fixação por sentença. Se a sentença foi proferida após a decretação da falência, trata-se, efetivamente, de dívida da massa, ostentando natureza extraconcursal, devendo, por isso, ser paga com prioridade. O fato de ser “previsível”, como afirmou o STJ, que esse crédito iria surgir desde antes da quebra, em nada deveria interferir na natureza do mesmo crédito. O entendimento do STJ expande o alcance do concurso para abranger créditos surgidos após a instauração dele, o que, espera-se, será corrigido pelo Tribunal Superior em oportunidades futuras.

Finaliza-se, assim, a análise dos efeitos da falência sobre o procedimento de arbitragem, restando ainda o estudo dos efeitos do processo falimentar sobre a sentença arbitral.

5 DOS EFEITOS DA FALÊNCIA SOBRE A SENTENÇA ARBITRAL

Neste quinto e último capítulo, pretende-se analisar os efeitos da falência sobre a sentença arbitral. O decreto de falência determina a suspensão de todas as ações e execuções contra o devedor, e ordena que todos os credores concuram para o processo falimentar para habilitarem seus créditos a fim de recebê-los de acordo com a ordem legal. Nesse cenário, dois questionamentos principais se assomam depois de proferida a sentença arbitral: (i) deve a sentença arbitral submeter-se a procedimento de verificação de créditos perante o juízo falimentar? E (ii) caso seja submetida, qual o conteúdo da impugnação que os participantes do processo falimentar podem apresentar? Cada uma dessas indagações merece análise individualizada mais detida. É o que se faz a seguir.

5.1 Os créditos representados por sentença arbitral devem submeter-se ao processo de verificação de créditos na falência

A falência tem natureza de execução coletiva universal⁷⁸⁰ e, como tal, pressupõe que todas as ações e execuções movidas contra o falido sejam interrompidas. Devem, assim, todos os credores apresentar os respectivos créditos perante o juízo concursal para recebimento de acordo com a ordem legal. Trata-se de medida indispensável, para dar cumprimento à *par conditio creditorium*, e, desse modo, permitir o tratamento paritário dos credores no contexto falimentar.

Entre os arts. 7 e 17 da LREF, está descrito o processo de verificação de créditos, objeto inicial desta análise. Todos os credores do falido – com poucas exceções, analisadas a seguir – devem submeter-se ao referido procedimento para inclusão do respectivo crédito no quadro geral.

Essa verificação de créditos se afigura fundamental porque é nela que os participantes do processo falimentar, isto é, o comitê de credores, os credores, o falido ou seus sócios, e o Ministério Público, terão a oportunidade de discutir (por meio de impugnação de crédito) a pretensão de inclusão de qualquer crédito no quadro geral (LREF, art. 8). No caso, a lei efetivamente reconhece a excepcionalidade da situação e cria hipótese

⁷⁸⁰ Sobre a natureza jurídica da falência, ver seção 1.1.4, acima.

de legitimidade, para que todos aqueles identificados no referido dispositivo possam impugnar qualquer crédito que se pretenda incluir no processo falimentar.⁷⁸¹

Nem todos os credores do falido, contudo, se submetem ao processo de verificação. Assim, estão excluídos: (i) os créditos extraconcursais, que, por surgirem após a decretação da falência, não fazem parte do concurso falimentar nos termos do art. 84 da LREF, sendo classificados como “despesas da massa”; (ii) os créditos tributários, que por força do disposto no art. 187 do CTN, combinado com o disposto no art. 29 da Lei n. 6.830/1980, não se submetem à habilitação; e (iii) os créditos trabalhistas, que podem até ser habilitados na falência, mas cujas impugnações tramitarão na justiça especializada por força do disposto no art. 6, § 2º, da LREF.

Além destes, deve-se destacar o caso das ações que demandem quantias ilíquidas, as quais, por força do art. 6, §1º, da LREF, não são suspensas pelo decreto falimentar e seguem tramitando nos seus respectivos juízos até a apuração do montante devido. Neste caso, pode-se formular pedido de reserva na forma do disposto no §3º do mesmo dispositivo legal, que prevê o seguinte:

Art. 6. [...] § 3º O juiz competente para as ações referidas nos §§ 1º e 2º deste artigo poderá determinar a reserva da importância que estimar devida na recuperação judicial ou na falência, e, uma vez reconhecido líquido o direito, será o crédito incluído na classe própria.

A partir da leitura do dispositivo, especialmente da sua parte final (“[...] uma vez reconhecido líquido o direito, *será o crédito incluído na classe própria*” — grifo nosso), alguns autores entendem que os créditos decorrentes de ações ilíquidas em curso quando da decretação da falência não se submetem ao processo de verificação de créditos, devendo, uma vez proferida a sentença pelo juízo competente, ser inscrito no quadro geral de credores independentemente de habilitação.⁷⁸²

⁷⁸¹ Ver, a respeito: “Qualquer credor tem legitimidade para impugnar a legitimidade, importância ou classificação de crédito arrolado na relação de credores elaborada pelo administrador judicial” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 685.039-4/9-00**. Rel. Des. Pereira Calças, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, j. 27 out. 2009).

⁷⁸² Para Bezerra Filho, por exemplo, “Declarado por sentença o direito que o autor tem contra o devedor falido ou em recuperação, bastará apenas comunicar o fato ao juízo da recuperação ou da falência, comprovando o alegado, para que o crédito seja automaticamente incluído no quadro geral de credores, independentemente de habilitação. Aliás, o valor suficiente para atendimento do crédito poderá já estar reservado, na forma do art. 6º, § 3º.” (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei...** Op. cit., p. 74). Do mesmo modo, vale notar a opinião de Moraes: “Nitidamente é possível verificar que o sistema falimentar, nessa hipótese de eventual reserva prévia de valor, não contempla necessidade de habilitação do crédito contemplado na sentença proferida pela justiça especializada, mas, tão somente, a sua inclusão direta.” (MORAES, Felipe Ferreira Machado. **A utilização...** Op. cit., p. 90).

A ideia, segundo se depreende, é que, como já submetido a crivo judicial, não faria sentido submeter esse crédito novamente ao procedimento de verificação a ser conduzido perante o administrador (no caso da habilitação) ou o juízo falimentar (no caso da impugnação).

Se essa posição for acolhida, deve ela ser estendida para as arbitragens em curso quando do decreto de quebra, determinando-se que elas seguirão regularmente até a prolação da sentença arbitral, a qual, por sua vez, deverá ser inscrita no quadro de credores independentemente de habilitação.

A nosso ver, contudo, esse entendimento não está correto. Apesar de não haver impedimento quanto a se suprimir a fase administrativa do processo de verificação de créditos (isto é, a habilitação de crédito direcionada ao administrador judicial), até porque esse momento processual muito provavelmente já se terá esgotado quando da prolação da sentença na ação que tramita em paralelo com o processo falimentar, não se pode, de maneira nenhuma, estender essa posição à fase contenciosa, isto é, à fase de apresentação de impugnações de crédito, sob pena de se suprimir dos legitimados pela lei falimentar, por completo, o direito de impugnar os créditos decorrentes de ações em curso quando da decretação da falência, discutindo sua legitimidade, importância ou classificação.

Efetivamente, não faz sentido que um crédito decorrente de sentença judicial transitada em julgado ao tempo da decretação da falência seja obrigado a submeter-se à possibilidade de impugnação, mas que um crédito formado por sentença judicial proferida após a decretação da quebra esteja, de modo contrário, protegido, não impugnável pelo único fato de ser decorrente de uma demanda em trâmite quando da sentença falimentar. Em ambos os casos, o crédito já foi submetido ao crivo judicial, mas não se deu a oportunidade — garantida no art. 8º da LREF — aos legitimados pela lei para impugnarem a pretensão de inclusão de crédito no quadro geral.

E se assim é para os créditos representados por títulos judiciais em geral, assim também deve ser para os créditos representados por sentenças arbitrais, cujos efeitos se equiparam às primeiras.⁷⁸³ As sentenças arbitrais, portanto, sejam as proferidas antes do

⁷⁸³ Confira-se que essa é a opinião de Nitrola, analisando dispositivo similar contido na lei processual italiana que expressa que a sentença arbitral “produz os efeitos de uma sentença proferida por uma autoridade judicial”: “O art. 824 bis c.p.c., introduzido em 2006, prevê que, a partir da data da sua última subscrição, a decisão tenha “os efeitos da sentença proferida pela autoridade judiciária”; consequentemente, o juiz da verificação do passivo, mediante um crédito reconhecido pelo árbitro, deverá assumir a mesma posição que assumiria mediante os créditos verificados com sentença proferida por um juiz togado.” Tradução livre de: “L’art. 824 bis c.p.c., introdotto nel 2006, prevede che, a far data dalla sua ultima sottoscrizione, il lodo abbia “gli effetti della sentenza pronunciata dall’autorità giudiziaria”; di conseguenza il giudice della verifica del passivo, di

decreto falimentar, sejam as depois, devem necessariamente se submeter a procedimento de verificação de créditos na falência, garantindo-se aos demais participantes do processo o direito de insurgência, se for o caso, contra a pretensão de inclusão da sentença no quadro geral.

Na realidade, no caso da arbitragem (em que, lembre-se, o processo é privado e corre em sigilo), a necessidade de submeter a sentença arbitral à fase de verificação de créditos faz-se ainda mais relevante do que no processo civil, visto que esta será a primeira e única oportunidade que os legitimados pelo art. 8 da LREF terão para conhecer e eventualmente impugnar a sentença arbitral.⁷⁸⁴

Conclui-se: os créditos representados por sentença arbitral devem se submeter ao processo de verificação de créditos na falência. Isso vale para as sentenças proferidas tanto antes quanto depois do decreto falimentar.

Visto que a sentença arbitral deve se submeter ao processo de verificação de créditos, passa-se a discutir qual o conteúdo da impugnação que pode ser apresentada nos termos do art. 8º da LREF.

5.2 O conteúdo da impugnação no caso de crédito representado por sentença arbitral

De acordo com o disposto no art. 8º da LREF, o conteúdo da impugnação falimentar pode dizer respeito à ausência de um crédito que deveria constar da lista, ou, ainda, à legitimidade, à importância ou à classificação de crédito dela constante (LREF, art. 8).⁷⁸⁵

fronte ad un credito riconosciuto dall'arbitro, dovrà assumere la stessa posizione che terrebbe di fronte ai crediti accertati con sentenza pronunciata da un giudice togato." (NITROLA, Marina. Op. cit., p. 759).

⁷⁸⁴ Confirma-se que a solução é similar àquela adotada o Direito argentino: "No que diz respeito tanto aos processos de falência quanto de reorganização, uma sentença arbitral afirmando um pleito contra o devedor falido deverá ser levada ao tribunal de falências para sua admissão. Tal pleito, assim como qualquer outro, deve ser verificado pelo tribunal de falências para ser incluído na lista de pleitos admitidos. Como pode acontecer com qualquer outro pleito, o administrador tem o direito de opor objeções contra sua admissão. Se a sentença arbitral for proferida ou o pedido de admissão do crédito for feito após o término do prazo legal para solicitar a aprovação de pleitos, tal procedimento de admissão será considerado um processo para um pedido tardio de aprovação dos pleitos." Tradução livre de: "*Both with respect to bankruptcy and reorganization proceedings, an arbitral award asserting a claim against the bankrupt debtor shall be brought before the bankruptcy court for its admission. Such claim – as with any other – must be verified by the bankruptcy court in order to be included within the admitted list of claims. As may happen with any other claim, the trustee is entitled to file objections against its admission. If the arbitral award is rendered or the request for admission of the credit is made after the statutory period for requesting admission of claims has elapsed, such admission procedure will be held as a proceeding for a late request for admission of claims.*" (TAWIL, Guido Santiago. National Report for Argentina (2019). In: BOSMAN, Lise. (ed.). **ICCA International Handbook on Commercial Arbitration**. ICCA & Kluwer Law International 2019, Supplement n. 107, p. 1-54, 2019, p. 13).

⁷⁸⁵ Sobre o conteúdo da impugnação de crédito, ver seção 1.4.2.1, acima.

Carvalho de Mendonça⁷⁸⁶ opina sobre o dispositivo, arguindo que legitimidade, aqui, deve ser entendida em sentido amplo. Assim,

Toda a vez que o crédito declarado na falência se preste a ser atacado, porque não tem apoio legal, porque não é válido para os efeitos da lei, porque não pode ser oposto à massa, é direito de qualquer credor concorrente impugná-lo, e é obrigação do juiz apreciar e julgar a impugnação, oferecida em forma regular.

É o caso, por exemplo, dos créditos eivados de vício de dolo ou simulação.⁷⁸⁷

Do modo similar, Tavares Guerreiro⁷⁸⁸ expressa que os fundamentos para a impugnação que constam do art. 8º da LREF não devem ser lidos como taxativos, podendo-se invocar as determinantes que constam do art. 956 do Código Civil, como a nulidade, simulação, fraude, ou falsidade das dívidas e contratos, como fundamento da impugnação.

Esse entendimento, por sua vez, está em linha com o espírito que deve orientar a fase de verificação de créditos na falência, no sentido de se permitir a mais ampla discussão possível na definição do quadro geral, com finalidade de efetivar os objetivos da lei falimentar de tratar com igualdade os credores e sanear o mercado, com impacto no crédito em geral.⁷⁸⁹

Deve-se atentar, contudo, que, no caso dos créditos representados por títulos judiciais não se pode esbarrar na coisa julgada. Nesses casos, o conteúdo da impugnação deve ficar limitado àquelas matérias que seriam arguíveis, fora da falência, em sede de impugnação ao cumprimento da sentença.⁷⁹⁰

Isto é, apesar de não estarem “isentos de impugnação os créditos fundados em sentença transitada em julgado, que podem como qualquer outro crédito”⁷⁹¹ ser atacados, nestas hipóteses deve-se restringir a discussão às questões dedutíveis como matéria de defesa

⁷⁸⁶ CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. Op. cit., v. 8, p. 205-206.

⁷⁸⁷ Os exemplos são de Carvalho de Mendonça: “Em tais condições se acham os créditos eivados de fraude, dolo ou simulação, os que não designam causa certa de que deriva a obrigação (Cód. Comercial, art. 129, ns. 3 e 4), e os fundados nos arts. 24, parágrafo único e 55, ns. 3 e 4, da Lei n. 2.024.” (CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. Op. cit., v. 7, p. 206).

⁷⁸⁸ TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. Op. cit., p. 148.

⁷⁸⁹ Sobre os objetivos da lei falimentar, ver seção 1.1.2, acima.

⁷⁹⁰ Assim opina Barbosa Moreira: “[...] em relação aos credores munidos de título extrajudicial, a impugnabilidade é ampla, podendo o executado suscitar qualquer das matérias deduzíveis como defesa em processo de conhecimento (arg. ex art. 745); se se tratar, porém, de título judicial, as alegações do devedor ficam limitadas ao âmbito das que poderiam fundamentar embargos à execução da sentença.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 370-371). A citação permanece igual na versão atualizada da obra (ver: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 29ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. [Edição Kindle]).

⁷⁹¹ MIRANDA VALVERDE, Trajano de. Op. cit., v. 2, p. 89.

nos processos de execução de títulos judiciais, que, atualmente, são aquelas que constam do art. 525, § 1º, do CPC.⁷⁹² A impugnação, portanto, será cabível, mas de amplitude restrita.

De seu turno, nos termos do art. 31 da LARB, “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”, o que é reiterado no art. 515, VII, do CPC.⁷⁹³ Além disso, nos termos do art. 18 da LARB, a sentença arbitral não está sujeita a recurso — é, portanto, definitiva⁷⁹⁴ — e tampouco depende de homologação do Poder Judiciário para tornar-se eficaz.⁷⁹⁵

Assim sendo, se os créditos representados por títulos judiciais só podem ser impugnados na falência com fundamento nas causas de impugnação constantes do art. 525,

⁷⁹² “Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação. § 1º Na impugnação, o executado poderá alegar: I - falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia; II - ilegitimidade de parte; III - inexecutibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação; IV - penhora incorreta ou avaliação errônea; V - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções; VI - incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução; VII - qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença.” (Lei n. 13.105/2015).

⁷⁹³ Martins comenta o dispositivo: “A sentença arbitral equivale, para todos os fins de direito, à decisão emanada do Poder Judiciário — daí as terminologias utilizadas pelo legislador, sentença, tribunal, juízo — pois assegura a tutela jurisdicional requerida pelas partes e consubstancia verdadeiro ato de autoridade que põe fim ao conflito, aplicando o direito ao caso concreto.” E ainda mais uma vez: “Ambas as decisões — arbitrais e judiciais — estão equiparadas para todos os fins legais e, sendo de conteúdo similar, irradiam idêntica eficácia; e, ainda, por advirem de poder jurisdicional conferido aos julgadores refletem, por isso, os mesmos efeitos jurídicos.” (MARTINS, Pedro A. Batista. *Anotações...* Op. cit., p. 384).

⁷⁹⁴ Cretella Neto discorre sobre a imutabilidade da sentença arbitral: “Cumprir notar que, excetuados os embargos de declaração e eventuais ação de nulidade da sentença e embargos de terceiro, adquire esta, desde logo, a segurança jurídica propiciada pela força da coisa julgada, vale dizer, passa a ser imutável, inatacável por meio de qualquer recurso, ordinário ou extraordinário. Alcançada, portanto a situação de estabilidade, estará apta a produzir todos os efeitos jurídicos nela declarados. Entenda-se que tanto a sentença arbitral condenatória quanto a declaratória de conciliação entre as partes valem como título executivo judicial, sempre que de um ou de ambos os litigantes for exigida obrigação de fazer, de não-fazer ou de prestar.” (CRETILLA NETO, José. *Curso...* Op. cit., p. 171). No mesmo sentido, veja-se Dinamarco: “Em sua configuração atual segundo o direito brasileiro, a sentença dos árbitros é portadora de aptidão a produzir seus efeitos por si própria, independentemente de qualquer chancela judicial (LA, arts. 18 e 31). A homologação do laudo é coisa do passado neste País (autonomia da arbitragem — supra, n. 9, e infra, n. 83). A presença de eventuais vícios poderá ser objeto de uma ação anulatória ou de uma impugnação ao cumprimento de sentença, se for o caso — e a sentença então produzida pelo juiz togado, quando for pela procedência da anulatória ou da impugnação, produzirá a desconstituição dos efeitos da sentença arbitral, ou seja, será uma sentença constitutiva negativa (LA, arts. 32 e 33, *caput* e §3º — infra, n. 92). Até que tal anulação se dê por ato dos juizes togados a sentença arbitral será eficaz, produzindo todos os efeitos substanciais contidos em seu decisório.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem...* Op. cit., p. 181).

⁷⁹⁵ Registre-se que os dois atributos — a definitividade e a eficácia imediata — são relevantes para garantir a executividade da sentença arbitral. Nesse particular, vale destacar a distinção feita por Carreira Alvim entre eficácia e imutabilidade da sentença: “Em doutrina, distingue-se a eficácia da sentença da sua imutabilidade, podendo uma sentença ser eficaz e produzir efeitos antes mesmo de tornar-se imutável, qualidade que ela só adquire a partir da preclusão do prazo para recurso de efeito devolutivo ou que não seja mais impugnável por nenhum recurso.” No caso da sentença arbitral, como explica o ilustre professor, “uma vez proferida a sentença apresenta-se ela provida de eficácia e, portanto, com aptidão de produzir, desde logo, todos os seus efeitos, porquanto a própria lei não admite a sua impugnação por meio de recurso.” (CARREIRA ALVIM, J. E. *Comentários...* Op. cit., p. 151).

§ 1º, do CPC, e se a sentença arbitral se equipara à sentença judicial, o crédito por esta representado, assim como ocorre com os créditos representados por sentenças judiciais, tão somente pode ser impugnado, na falência, com fundamento nas causas de impugnação constantes do § 1º do art. 525 do CPC.

Em essência: é dizer que o conteúdo da impugnação apresentada contra a pretensão de inclusão de crédito representado por sentença arbitral na falência ficará restrito às causas de impugnação aplicáveis aos casos de créditos representados por sentenças judiciais.

Contudo, a análise não se esgota aqui. No caso da sentença arbitral, deve-se perquirir, adicionalmente, se na correspondente impugnação falimentar, é possível levantar, como argumento para impedir a inclusão do crédito no quadro geral de credores, as causas de nulidade da sentença arbitral constantes do art. 32 da LARB.

No contexto do processo civil ordinário (portanto, fora do ambiente falimentar), não há nenhuma dúvida de que o executado pode arguir, em sede de impugnação ao cumprimento de sentença, as causas de nulidade que constam do art. 32 da LARB para resistir à sentença arbitral. Isso está expresso no § 3º do art. 33 da LARB.⁷⁹⁶

Ocorre que o § 1º do art. 33 da LARB, que trata da ação de nulidade da sentença arbitral, fixa o prazo de noventa dias para o ajuizamento da referida ação. Diante disso, surge a discussão de se esse prazo também seria aplicável à pretensão de arguir a nulidade da sentença arbitral em sede de impugnação ao cumprimento de sentença (LARB, art. 33, § 3º), ou se somente à ação anulatória propriamente dita.

Se, por um lado, for acolhido o entendimento de que o referido prazo também se aplica à impugnação ao cumprimento de sentença, então, se a impugnação for apresentada depois de passados os noventa dias previstos no § 1º do art. 33 da LARB, não poderá o executado arguir a nulidade da sentença, com base naqueles fundamentos, ficando sua impugnação restrita às matérias do art. 525, § 1º, do CPC. Se, por outro lado, o entendimento não for esse, então o executado estará livre para arguir, em impugnação, a nulidade da sentença arbitral mesmo que isso seja feito mais de 90 (noventa) dias após a sua prolação.

Do lado daqueles que defendem a inaplicabilidade do prazo do § 1º do art. 33 da LARB à impugnação, vale conferir a opinião de Wladeck, para quem “O direito (previsto no § 3º do art. 33) de obter a anulação da sentença segundo o regime dos embargos ou impugnação, especificamente, permanece pleno a despeito do decurso *in albis* do prazo do

⁷⁹⁶ “Art. 33. [...] “§3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser requerida na impugnação ao cumprimento da sentença, nos termos dos arts. 525 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.” (Lei n. 9.307/1996).

§ 1º, não sendo atingido pela decadência”.⁷⁹⁷ No mesmo sentido, opinam Guerreiro,⁷⁹⁸ Armelin,⁷⁹⁹ Figueira Júnior,⁸⁰⁰ Gajardoni⁸⁰¹ e Cremasco e Viana.⁸⁰²

Em posição oposta, no entanto, está o entendimento de Nasser,⁸⁰³ de Carmona,⁸⁰⁴ de

⁷⁹⁷ WLADECK, Felipe Sripes. **Impugnação da sentença arbitral**. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 430.

⁷⁹⁸ GUERREIRO, Luis Fernando. Cumprimento da sentença arbitral e a Lei 11.232/2005. **Revista de Mediação e Arbitragem**, v. 15, p. 102-116, out./dez. 2007, p. 114-115. Confira-se: “A decretação de nulidade da sentença arbitral, embora prevista no art. 33 da Lei de Arbitragem e a ação ali prevista possui prazo decadencial para ser intentada, poderá ser obtida pela via dos embargos à execução e estes serão oponíveis no prazo de 15 (quinze) dias dado por aplicação análoga ao art. 475-J, §1º, do CPC, mesmo que o termo inicial deste prazo seja posterior ao término do prazo decadencial da ação de nulidade. [...] Em relação ao direito à execução poderá ser alegada a inexistência do título, iliquidez ou inexigibilidade do crédito, ilegitimidade ad causam ou excesso de execução, sempre pelas regras ordinárias dos embargos. Quanto à nulidade da sentença arbitral, as hipóteses serão mais amplas do que a regra ordinária do art. 741, I, do CPC (réu revel não citado), englobando também as hipóteses dos arts. 32 e 33 da Lei de Arbitragem, desde que estas outras hipóteses não tenham sido deduzidas na ação de nulidade.” (Ibidem, p. 108-109).

⁷⁹⁹ Confira-se: “[...] embora o prazo de noventa dias seja decadencial para a anulação de sentenças arbitrais declaratórias ‘stricto sensu’ e constitutivas, não o é para aquelas condenatórias, que são passíveis de serem atacadas por vício de nulidade. A exaustão do prazo para a propositura da ação anulatória deixa aberta a oportunidade para propor a mesma ação, agora rotulada de embargos de executado.” (ARMELIN, Donaldo. Notas... Op. cit., 2004, p. 15).

⁸⁰⁰ Confira-se: “Nessa lide incidental de natureza desconstitutiva, terá a parte que sucumbiu na jurisdição privada (ora executada) oportunidade de deduzir em sua defesa as matérias elencadas no art. 32 da Lei 9.307/96 (art. 33, §3º). Parece-nos que, nesses casos, mesmo se decorrido em branco o prazo de noventa dias para o ajuizamento da ação declaratória de nulidade, o mesmo resultado (tutela jurisdicional) poderá ser obtido através da interposição dos embargos de devedor, conforme o regime estabelecido no Livro II do Código de Processo Civil.” (FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Op. cit., p. 271).

⁸⁰¹ Confira-se: “Pode a parte prejudicada pela nulidade, ainda, argui-la em sede de embargos do devedor (art. 33, §3º, da Lei n. 9.307/1996). Evidentemente que, em virtude das disposições processuais que regem a espécie, somam-se às causas de nulidades previstas no art. 32 da Lei n. 9.307/1996 as constantes do art. 741 do CPC. Observe-se a natureza também rescisória da presente ação incidental desconstitutiva, sem, contudo, necessidade de obediência ao prazo decadencial de 90 dias.” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Aspectos fundamentais de processo arbitral e pontos de contato com a jurisdição estatal. **Revista de Processo**, v. 106, p. 189-216, abr./jun. 2002, p. 212).

⁸⁰² Confira-se: “Mais que os argumentos em si, a Teoria Restritiva leva vantagem sob a Teoria Ampliativa pela compatibilidade que tem com as regras brasileiras de construção de uma regra legal. Enquanto a Teoria Ampliativa cria duas exceções virtualmente equivalentes, a Teoria Restritiva faz com que os §§ 1º e 3º do art. 33 cumpram ambos com o papel legal que o *parágrafo* deve exercer na técnica legislativa, criando duas exceções autônomas ao *caput*.” (CREMASCO, Suzana Santi; VIANA, Bruno Giannetti. Aspectos contemporâneos da execução de sentença arbitral: uma análise em torno da certeza, liquidez e exigibilidade do título. In: MARX NETO, Edgard Audomar et al. (org.). **Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 885-900, p. 889-890).

⁸⁰³ Confira-se: “Isso porque, diferentemente do que ocorre com a prescrição de uma dada pretensão, o prazo decadencial não nasce da violação de um direito. A decadência, em especial nas situações em análise, afeta o exercício de um direito potestativo à invalidação da sentença arbitral. Nesse ponto, é de pouco ou nenhum relevo o fato de que a Lei de Arbitragem permite a anulação da sentença por mais de um meio — ação anulatória e impugnação ao cumprimento de sentença —, pois o que importa de fato para a verificação ou não da decadência, é o exercício do direito à anulação. Se a referida anulação se dará por meio da ação própria prevista no art. 33 ou por meio de impugnação, o fato singular é que o manejo desta pretensão de invalidação deve se dar dentro do lapso temporal de 90 (noventa) dias, contados da ciência do teor da sentença pela parte interessada.” (NASSER, Paulo Magalhães. Apontamentos sobre o desenvolvimento da arbitragem comercial e o controle de legalidade das sentenças arbitrais por meio de ação anulatória e impugnação ao cumprimento de sentença. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (org.). **Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 475-492, p. 487).

⁸⁰⁴ Confira-se: “Na segunda situação (ou seja, a impugnação é manejada depois de decorrido o prazo decadencial para a propositura da ação anulatória), o legislador reservou ao impugnante a possibilidade de alegar todas as matérias relativas ao ataque dos títulos executivos judiciais, nada mais: terá o impugnante, em

Câmara⁸⁰⁵ e de Alvim,⁸⁰⁶ todos com base no mesmo fundamento de que, em se tratando de prazo decadencial,⁸⁰⁷ o escoamento deste gera a perda do próprio direito potestativo à anulação da sentença arbitral, e não da pretensão, não sendo possível exercê-lo por modo diverso, como, por exemplo, em sede de impugnação.⁸⁰⁸

Concorda-se com o entendimento de que, em sendo o direito de pleitear a anulação um direito potestativo,⁸⁰⁹ sujeito, portanto, a prazo decadencial, seu transcurso fulmina o

tal hipótese, perdido, por inércia, o direito de levar ao conhecimento do juiz togado qualquer uma das matérias enumeradas no art. 32 da Lei. Enfrentará o impugnante as mesmas limitações impostas ao executado que ataca a sentença judicial condenatória.” (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo...** Op. cit., p. 430-431).

⁸⁰⁵ Confira-se: “Entendo que a resposta negativa se impõe. O prazo decadencial é, como se sabe, fatal, fazendo desaparecer o direito potestativo de índole substancial. Decorrido tal prazo, portanto, desaparece o direito de ver reconhecida a invalidade do laudo. Assim sendo, se após o decurso do prazo o executado opuser embargos alegando nulidade do laudo arbitral, deverá o juiz proferir sentença definitiva, “pondo termo ao processo com resolução de mérito”, por força da decadência (art. 269, IV do Código de Processo Civil). Não será possível, pois, após o decurso do prazo decadencial, que se reconheça em juízo a existência da nulidade, vez que por força da decadência estará sanado o vício. Devem, pois, pelos motivos expostos, ser rejeitados os embargos de executado.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p. 148).

⁸⁰⁶ Confira-se: “Equivocada, portanto, a doutrina quando entende que existem duas portas abertas à parte sucumbente para impugnar a sentença arbitral (através da ação de nulidade ou dos embargos de devedor), porque, na verdade, cada uma dessas portas possui uma dimensão própria, só permitido a passagem por elas, no momento próprio, de determinadas matérias. Portanto, a primeira regra a ser observada é a seguinte: a) a ação de nulidade comporta discussão somente da matéria constante do art. 32 da Lei de Arbitragem; b) os embargos do devedor comportam discussão apenas da constante do art. 741 do Código de Processo Civil.” E continua: “[...] se a parte sucumbente não mover a ação de nulidade no prazo de noventa dias, previsto no art. 33, §1º, da Lei de Arbitragem, e vier credor a executar a sentença arbitral, após a sua passagem em julgado, não poderá o devedor pretender discutir a validade da sentença, arguindo a sua nulidade por um dos motivos previstos no art. 32 da mesma lei; a coisa julgada terá cobertura a sentença com o manto da imutabilidade. Fechou-se a primeira porta que permitira discutir a validade da sentença, restando-lhe tão somente a segunda porta que permite à parte sucumbente discutir apenas o que é pertinente à execução, limitada pelas hipóteses previstas o art. 741 do Código de Processo Civil [...]” (CARREIRA ALVIM, J. E. **Direito...** Op. cit., p. 410).

⁸⁰⁷ Sobre o conceito de decadência, ver: “Decadência é a perda do direito potestativo pela inércia do seu titular no período determinado em lei.” (AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 10. ed. rev. e mod. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 686-687).

⁸⁰⁸ Há precedentes do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e do Tribunal de Justiça de São Paulo defendendo essa mesma posição (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 1.0000.18.047239-1/001-7/0004**. Rel. Des. Pedro Bernardes, 9ª C. C., j. 22 jan. 2019; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 1.0000.18.009008-6/003**. Rel. Des. Sérgio André da Fonseca Xavier, 18ª C. C., j. 16 jul. 2019; e SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 1020976-33.2018.8.26.0405**. Rel. Des. Sá Duarte, 33ª Câmara de Direito Privado, j. 23 set. 2019). Anote-se, no entanto, a existência de precedentes do Tribunal de Justiça de São Paulo também em sentido contrário (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 0171521-92.2009.8.26.0100**. Rel. Des. Matheus Fontes, 22ª Câmara de Direito Privado, j. 20 jun. 2013; e SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2060557-31.2014.8.26.0000**. Rel. Des. Fortes Barbosa, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 17 jul. 2014).

⁸⁰⁹ Sobre o conceito de direito potestativo, ver: “Direito potestativo é o poder que a pessoa tem de influir na esfera jurídica de outrem, sem que este possa fazer algo que não seja sujeitar-se. Consiste em um poder de produzir efeitos jurídicos mediante declaração unilateral de vontade do titular, ou decisão judicial, constituindo, modificando ou extinguindo relações jurídicas. Opera na esfera jurídica de outrem, sem que este tenha algum dever a cumprir.” (AMARAL, Francisco. Op. cit., p. 301). Em sentido similar, conferir também a definição de Amorim Filho: “A segunda grande categoria é a dos denominados “direitos potestativos”, e compreende aqueles poderes que a lei confere a determinadas pessoas de influírem, com uma declaração de vontade, sobre situações jurídicas de outras, sem o concurso da vontade dessas.” (AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista de**

próprio direito de obter a decretação da nulidade do laudo, e não meramente a pretensão (e, indiretamente, o direito de ação), como seria o caso da prescrição.⁸¹⁰

Ocorre que o prazo decadencial só se inicia com o nascimento do direito,⁸¹¹ de modo que, antes do seu surgimento, não está a parte sujeita — com não poderia estar — a fluência do prazo decadencial.

Assim, se o prazo decadencial só nasce com o nascimento do direito, transpondo-se essas conclusões para o caso da impugnação falimentar, pode-se afirmar que:

(i) enquanto que as partes que participaram do procedimento de arbitragem⁸¹² — para quem o direito potestativo de arguir a nulidade da sentença arbitral nasceu desde a sua prolação — estão sujeitas ao prazo de 90 dias previsto no § 1º do art. 33 da LARB, não podendo arguir as causas de nulidade da sentença arbitral em sede de impugnação falimentar após o escoamento do referido prazo;

(ii) os demais participantes do processo falimentar, como o Comitê de Credores, os demais credores do falido e o Ministério Público, que não participaram do procedimento de arbitragem — para quem o direito potestativo de arguir a nulidade

Direito Processual Civil, v. 3, p. 95-132, jan./jun. 1961). E, ainda, Moreira Alves: “O Direito potestativo, é um poder a que não corresponde um dever, mas é um poder que se exercita dentro de uma relação jurídica, submetendo a outra parte dessa relação jurídica; que fica sujeita à atuação unilateral do titular do poder. Em outras palavras, no Direito subjetivo, há a necessidade de colaboração de alguém — que é o devedor — no Direito potestativo, há um poder que não necessita de colaboração de ninguém, porque é um poder que se exercita unilateralmente, e sujeita outra ou outras pessoas a esse poder. Dizia Chiovenda: ‘A ação é um direito potestativo, com relação ao réu’, porque no momento em que o autor provoca o Estado a prestar jurisdição, o réu está submisso a isso.” (MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito subjetivo, pretensão e ação*. **Revista de Processo**, v. 12, n. 47, p. 109-123, jul./set. 1987).

⁸¹⁰ Segundo Gomes, “Diz-se que a prescrição ataca a ação e não o direito, que só se extingue por via de consequência, enquanto a decadência atinge diretamente o próprio direito, mas desde que o efeito é o mesmo, torna-se difícil, na prática, saber se o alvo foi a ação ou o direito, tanto mais quanto a extinção deste coincide com a daquela. Diz-se que a decadência é simples medida de política jurídica (Josserand), enquanto a prescrição visa a proteger e consolidar os patrimônios, ferindo igual e indistintamente todos os direitos subjetivos.” (GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19. ed. Op. cit., p. 451). Ver, a respeito da distinção entre prescrição e decadência: AMORIM FILHO, Agnelo. Op. cit.

⁸¹¹ Ver: “Na decadência, ainda, o prazo começa a correr no momento em que o direito nasce, surgindo, simultaneamente, direito e termo inicial do prazo, o que não ocorre na prescrição, em que este só corre da lesão do direito subjetivo.” (AMARAL, Francisco. Op. cit., p. 686-687). No mesmo sentido: “Na caducidade, podemos dizer que nos encontramos perante um direito a prazo. Desde o início, constitutivamente, o direito é previsto para vigorar só durante certo prazo.” (ASCENSÃO, José Oliveira. **Direito Civil**: v. 3: relações e situações jurídicas. 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 279). Ver também: GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: v. 1: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 557; AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil**: teoria geral do direito civil: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 392.

⁸¹² Somente o falido, se o procedimento arbitral encerrou-se antes do início do processo falimentar; e o administrador judicial e o falido (na condição de assistente litisconsorcial), se o procedimento arbitral tramitou em conjunto com o processo falimentar.

da sentença arbitral não nasceu até a sua apresentação para habilitação na falência — não tiveram contra si iniciado o prazo de 90 dias previsto no § 1º do art. 33 da LARB, podendo arguir, na impugnação falimentar,⁸¹³ as causas de nulidade da sentença arbitral previstas no art. 32 da LARB.⁸¹⁴

A posição que se adota nessa tese, portanto, é de que o prazo decadencial de noventa dias do § 1º do art. 33 da LARB, no que concerne à impugnação falimentar, aplica-se para as partes que participaram do procedimento arbitral, cujo direito de anulação da sentença arbitral nasceu desde a sua prolação, mas não se aplica para aquelas partes que não participaram do procedimento arbitral e que, somente por força da apresentação da sentença arbitral na falência, passaram a ter legitimidade para impugnar a sentença arbitral nos termos do art. 8º da LREF.

Para esses — que não participaram da arbitragem e só passaram a ter o direito de impugnar a sentença arbitral por força do processo falimentar —, o prazo de 90 dias do § 1º do art. 33 da LARB só começa a correr a partir da apresentação da sentença no processo falimentar, sendo plenamente possível a arguição, em sede de impugnação falimentar, além das matérias previstas no art. 525, § 1º, do CPC, aquelas descritas no art. 32 da LARB.

Isso equivale a afirmar que os legitimados pelo art. 8º da LREF poderão impedir a inclusão de crédito representado por sentença arbitral no quadro geral de credores por meio de impugnação, na qual poderão arguir também as matérias previstas no art. 32 da LARB, mas que estão excluídos dessa regra aqueles que participaram do procedimento arbitral, os quais só poderão suscitar as matérias do art. 32 da LARB em sede de impugnação falimentar se apresentada dentro do prazo de 90 dias do § 1º do art. 33 da LARB a partir da sua prolação, sob pena de decadência do direito.

A conclusão, de seu turno, está em linha com o espírito que deve orientar a amplitude das matérias que podem ser arguidas em sede de impugnação falimentar, que, nas palavras de Miranda Valverde:

⁸¹³ Desde que essa impugnação seja apresentada dentro do prazo de noventa dias a contar da sua apresentação na falência, o que invariavelmente será o caso considerando-se que a impugnação de crédito deve ser apresentada no prazo de dez dias da apresentação do crédito para habilitação no procedimento falimentar.

⁸¹⁴ Há precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo defendendo esse mesmo racional para justificar a não aplicação do prazo decadencial de noventa dias do § 1º do art. 33 da LARB para o administrador judicial que não foi cientificado da existência da arbitragem e dela não pôde participar: “[...] Ressalte-se, por oportuno, que o lapso cronológico de noventa dias de que teria configurado decadência não se aplica ao caso em exame, pois envolve exclusivamente as partes e, sem a ciência do administrador judicial, nenhuma repercussão tem em relação à pretensa eficácia da sentença arbitral. [...]” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 1117820-92.2015.8.26.0100**. Op. cit.).

[...] exige, com efeito, a mais ampla devassa sobre os créditos habilitados e a mais franca discussão entre os credores sobre a legitimidade das pretensões de cada um deles. É que, tanto no concurso civil de credores, quanto na falência, o produto dos bens do devedor tem que ser repartido, segundo a ordem legal, por todos os credores e, geralmente, não basta para a satisfação integral de todos eles.⁸¹⁵

Encerra-se, pois, com isso, a análise dos efeitos da falência sobre a arbitragem, passando pela convenção de arbitragem, pelo procedimento e pela sentença arbitral. A seguir passamos às considerações conclusivas da tese.

⁸¹⁵ MIRANDA VALVERDE, Trajano de. Op. cit., v. 2, p. 90.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Síntese dos achados de pesquisa

Esta tese teve como escopo a análise dos efeitos da falência sobre a arbitragem. Partiu-se da hipótese de que a falência, apesar de operar efeitos sobre a arbitragem, não torna inviável a coexistência entre os dois institutos. Para testar a hipótese de pesquisa, o trabalho foi dividido em duas grandes partes: (i) na parte I, tratou-se de apresentar algumas noções introdutórias sobre os institutos da falência e da arbitragem, com a finalidade de fixar as premissas que serviram de base para a análise a ser realizada na parte II; e (ii) na parte II, cuidou-se de analisar os efeitos propriamente ditos da falência sobre a arbitragem, com o fito de avaliar a possibilidade de coexistência entre os dois institutos.

A parte I, dedicada a definir os conceitos e as premissas relevantes para a tese proposta, foi dividida em dois capítulos, nos quais foram apresentadas, sucessivamente, (i) noções introdutórias sobre a falência e (ii) noções introdutórias sobre a arbitragem. A parte II, a seu turno, cuidando da análise propriamente dita dos efeitos da falência sobre a arbitragem, foi dividida em três capítulos, nos quais se cuidou, na seguinte sequência: (i) dos efeitos da falência sobre a convenção de arbitragem; (ii) dos efeitos da falência sobre o procedimento arbitral; e (iii) dos efeitos da falência sobre a sentença arbitral.

Parte I

Esta parte analisou, em separado, os institutos da falência e da arbitragem. Viu-se, de especial importância para o presente trabalho, que a falência:

(i) constitui um regime complexo, formado por regras materiais e processuais, criado para lidar com o problema da insolvência empresarial, por meio do qual procede-se à liquidação organizada dos ativos do devedor para pagar seus credores de acordo com a ordem legal;

(ii) tem como objetivos o pagamento dos credores do falido, respeitada a máxima da *par conditio creditorum*, e o saneamento do mercado, com impacto no crédito em geral, congregando, pois, além de interesses privados, interesses de ordem pública;

(iii) apresenta natureza de execução coletiva, reunindo todos os credores do falido e todos os seus bens e direitos, os quais devem ser liquidados e seu produto repartido nos termos da lei;

(iv) orienta-se pelos princípios da igualdade entre os credores, da unidade e universalidade do juízo falimentar, da economia e celeridade processual, da viabilidade e maximização do valor dos ativos do falido, e da publicidade;

(v) para dar consecução aos seus objetivos, opera efeitos diretos sobre a pessoa do devedor, seus bens, seus contratos e seus processos: (a) inabilitando o falido para o exercício da atividade empresarial; (b) retirando do falido o poder de administrar e de dispor dos seus bens; (c) garantindo ao administrador judicial a prerrogativa de resolver os contratos bilaterais firmados, mas ainda não executados, pelo falido; (d) determinando a atração (*vis attractiva*) das ações envolvendo os bens e direitos do falido para o juízo falimentar; (e) decretando a suspensão de todas as ações e execuções contra o devedor; e (f) tornando obrigatória a submissão de todos os créditos contra o falido à processo de verificação perante o juízo falimentar;

(vi) realiza-se por meio de procedimento administrado pelo Poder Judiciário, centralizado, público, por meio do qual serão, de um lado, verificados e incluídos no quadro geral de credores todos os créditos contra o falido; e, de outro, arrecadados e liquidados todos os seus ativos; e

(vii) se encerra com a prolação de sentença, o que não implica na extinção das obrigações falido, nem da sua personalidade jurídica, que podem sobreviver ao processo falimentar.

Por outro lado, também se viu que a arbitragem:

(i) é meio privado de solução de controvérsias por meio do qual partes capazes elegem um terceiro, da sua confiança, para resolver litígio versando sobre direitos patrimoniais disponíveis;

(ii) orienta-se pelos princípios da autonomia da vontade, da autonomia da convenção de arbitragem, *Kompetenz-Kompetenz* e do devido processo legal;

(iii) é contratada por meio do negócio jurídico do tipo “convenção arbitral”, que tem natureza de negócio jurídico plurilateral, e só pode ser firmado por partes capazes e versar sobre direitos patrimoniais disponíveis;

(iv) uma vez contratada, é vinculativa, produz efeitos desde a contratação e afasta a jurisdição do Poder Judiciário para dirimir o mérito da controvérsia;

(v) desenvolve-se por meio de processo jurisdicional, mas restringe-se à fase de conhecimento, detendo os árbitros os poderes de conhecer e dizer o direito, mas não de substituir a vontade do jurisdicionado para fazer cumprir sua decisão;

(vi) realiza-se por meio de procedimento descentralizado, privado, remunerado, usualmente sigiloso, no qual as partes têm ampla liberdade para definir as regras materiais e processuais aplicáveis; e

(vii) se encerra com a prolação da sentença arbitral, a qual não se sujeita à recurso e tem força de título judicial.

Com ambos os institutos – falência e arbitragem – assentados, foi então possível passar a análise propriamente dita dos efeitos da falência sobre a arbitragem.

Parte II

Na parte II, por sua vez, foram analisados os efeitos da falência sobre a arbitragem. Dada a complexidade do assunto, a análise foi repartida em três capítulos, tratando: (i) da convenção de arbitragem; (ii) do procedimento arbitral; e (iii) da sentença arbitral.

As principais conclusões alcançadas nesta segunda parte da pesquisa serão sintetizadas a seguir:

Dos efeitos da falência sobre a convenção de arbitragem

No capítulo 3, foram analisados os efeitos da falência sobre a convenção de arbitragem. A análise foi dividida em duas seções, nas quais se cuidou, respectivamente, (i) dos efeitos da falência sobre a pessoa e os bens do falido e seu impacto na convenção de arbitragem; e (ii) dos efeitos da falência sobre os contratos do falido e seu impacto na convenção de arbitragem.

A seguir, arrolam-se as principais conclusões encontradas na pesquisa quanto a este subtema.

Dos efeitos da falência sobre a pessoa e os bens do falido e seu impacto na convenção de arbitragem

O primeiro ponto analisado foram os efeitos da falência sobre a pessoa e os bens do falido e o seu impacto para a convenção de arbitragem.

A primeira conclusão é de que a convenção de arbitragem firmada pelo falido antes do decreto de quebra permanece, depois da falência, válida e eficaz. O decreto de falência inabilita o falido para o exercício da atividade empresarial e retira dele a legitimidade para administrar e dispor dos seus bens, mas não afeta a capacidade jurídica, que permanece hígida durante — e sobrevive a — todo o processo falimentar. Além disso, o decreto de falência tampouco torna os bens do falido indisponíveis. É o falido que perde a legitimidade para administrar e dispor dos seus bens, a qual passa para o administrador judicial. Isso, contudo, não altera a natureza dos bens, que, se eram disponíveis antes do decreto falimentar, assim continuarão a ser. Portanto, em nada se passando com a capacidade jurídica do falido e tampouco com disponibilidade dos seus bens, a convenção de arbitragem firmada pelo falido antes do decreto de quebra permanece válida e eficaz. Equivoca-se, pois, a jurisprudência nacional ao concluir pela validade da convenção de arbitragem com o fundamento de que o pacto foi firmado antes da falência, quando as partes ainda eram capazes. Se nada ocorre com a capacidade do falido, o fato de a convenção ter sido firmada antes da quebra não é decisivo para a discussão.

A segunda conclusão é de que a convenção de arbitragem firmada pelo falido depois do decreto de quebra é válida, mas inoponível em relação à massa. O falido, com o decreto de falência, perde a legitimidade para administrar e dispor dos seus bens e direitos. Por sua vez, os atos praticados quem não detém legitimidade para praticá-los não são inválidos, mas

apenas ineficazes. No caso da falência, portanto, quando o falido pratica um ato versando sobre os bens e direitos submetidos ao concurso, dos quais é proprietário, mas em relação aos quais perdeu a legitimidade para dispor, esse ato é válido, mas ineficaz. Essa ineficácia, por sua vez, é relativa, porque o ato produz efeitos entre as partes contratantes, mas é inoponível em relação ao administrador judicial. Se, pois, o falido, após o advento da quebra, firmar uma convenção de arbitragem versando sobre os bens e direitos submetidos ao concurso, esse negócio será válido e eficaz entre as partes contratantes, mas ineficaz em relação à massa.

A terceira conclusão é de que a convenção de arbitragem firmada pelo administrador judicial depois do decreto de quebra é válida e eficaz, mas depende de autorização judicial. Com a perda pelo falido do poder de administrar e dispor dos seus bens, a prerrogativa se transfere para o administrador judicial, o qual, por sua vez, pode praticar todos os atos para a realização do ativo, o pagamento dos credores e a conservação dos direitos e ações da massa, observados os limites legais. Se a LREF autoriza o administrador judicial, na condição de titular do poder de administração e disposição dos bens do falido, a praticar todos os referidos atos, que são conceitos bastante amplos, não se vê por que, apesar de não estar expresso na lei, não se inseriria nessas prerrogativas a de firmar o negócio jurídico do tipo convenção de arbitragem, desde que para cumprir os objetivos da LREF (isto é, desde que evidencie que a convenção de arbitragem pode trazer benefícios para a massa) e observados os limites legais. Registre-se que quem firmará a convenção de arbitragem é o administrador judicial, em nome próprio, na condição de titular do poder de administrar e dispor do patrimônio do falido, e não a massa falida, que não é sujeito, mas objeto de direito. A LREF prevê em diversos dispositivos a necessidade de obtenção, pelo administrador, de autorização judicial para a prática de atos em geral que tenham potencial de onerar ou criar despesas para a massa. Como a celebração da convenção de arbitragem importa na assunção da obrigação de realizar despesas, pode-se concluir que, também para a celebração de uma convenção de arbitragem, o administrador judicial deve obter autorização judicial. A falta desse requisito, por constituir requisito de validade, torna nulo o negócio. Por fim, não é o caso de se exigir a autorização do comitê de credores para celebração da convenção de arbitragem. O comitê de credores deve ser ouvido em diversas ocasiões da lei falimentar, mas a LREF só exige a obtenção de autorização prévia dele nos casos dos atos de oneração ou disposição dos bens e direitos da massa (LREF, art. 99, VI) e quando se pretende dar cumprimento aos contratos bilaterais (LREF, art. 117). Como, ao firmar uma convenção de arbitragem, não se está praticando nenhum ato de disposição de direito, mas meramente se

assumindo obrigação de dar consistente no pagamento das custas e despesas arbitrais (isto é, criando uma despesa para a massa), não é o caso de se exigir a autorização do Comitê para celebração do pacto arbitral. Basta a autorização judicial.

Dos efeitos da falência sobre os contratos do falido e a convenção de arbitragem

O segundo ponto analisado foram os efeitos da falência sobre os contratos do falido e seus impactos para a convenção de arbitragem.

A primeira conclusão é de que a submissão da convenção de arbitragem à regra do art. 117 da LREF deve ser analisada de forma autônoma e independente em relação ao contrato em que está inserida. A convenção de arbitragem é negócio distinto do negócio principal, submetendo-se a regime jurídico próprio, de modo que também assim — de forma segregada — deve ser feita a análise dos impactos da regra do art. 117 da LREF sobre a validade e eficácia da cláusula arbitral.

A segunda conclusão é de que a convenção de arbitragem não se submete à regra do art. 117 da LREF porque não tem natureza de contrato bilateral. A regra do art. 117 da LREF está voltada para os contratos bilaterais, assim entendidos os negócios jurídicos em que as partes assumem obrigações contrapostas, recíprocas e dependentes uma da outra. A convenção de arbitragem, todavia, tem natureza de negócio plurilateral, em que as manifestações de vontade das partes são paralelas e convergem para o fim comum, que é resolver seus litígios por meio da arbitragem. Não se afigurando como contrato bilateral, à convenção de arbitragem não é aplicável à regra do art. 117 da LREF. Além disso, a referida regra volta-se para os negócios jurídicos que envolvam atribuição patrimonial, podendo gerar ganhos ou perdas para a massa. Sendo, entretanto, a convenção de arbitragem negócio jurídico que não envolve em si atribuição patrimonial, mas tem natureza colaborativa, instrumental, que não implica a circulação de riqueza, não se pode cogitar de aplicar ao pacto arbitral a regra do art. 117 da LREF.

A terceira conclusão é de que a convenção de arbitragem não se submete à regra do art. 117 da LREF porque produz efeitos desde a sua assinatura. A regra do art. 117 da LREF tem aplicação restrita aos contratos bilaterais ainda não executados quando da decretação da falência. Por meio da convenção de arbitragem, contudo, as partes assumem reciprocamente, entre outras obrigações, a de não fazer consistente em não ingressar no Poder Judiciário para resolver litígio abrangido pelo pacto arbitral, a qual produz efeitos desde o momento da contratação. Além disso, essa obrigação de não fazer, apesar de ser “de duração”, é do tipo

indivisível, não se podendo fracioná-la no tempo para segregar os atos praticados no passado. Se, portanto, a LREF autoriza o administrador judicial a não cumprir os contratos bilaterais cuja execução ainda não tenha se iniciado, mas se, por outro lado, a convenção de arbitragem já produz efeitos desde o momento da contratação, não se podendo fracioná-los no tempo, pode-se concluir que não se afigura possível aplicar a regra do art. 117 da LREF aos pactos arbitrais, que, mesmo após o advento da falência, permanece válido e eficaz.

Dos efeitos da falência sobre o procedimento arbitral

No capítulo 4, por sua vez, foram analisados os efeitos da falência sobre o procedimento de arbitragem. A análise foi dividida em quatro seções, nas quais cuidou-se, respectivamente: (i) dos efeitos da *vis attractiva* do juízo falimentar sobre o procedimento arbitral; (ii) dos efeitos da regra de suspensão dos processos na falência sobre o procedimento arbitral; (iii) dos efeitos da falência sobre a confidencialidade do procedimento arbitral; e (iv) dos efeitos da falência sobre as custas, despesas e honorários arbitrais. A seguir, as principais conclusões encontradas na pesquisa.

Dos efeitos da *vis attractiva* do juízo falimentar sobre o procedimento arbitral

O primeiro ponto analisado foram os efeitos da *vis attractiva* do juízo falimentar sobre o procedimento arbitral.

A primeira conclusão é de que as arbitragens não são atraídas para o juízo falimentar porque têm natureza cognitiva. A regra do art. 76 da LREF fixa a universalidade do juízo falimentar. A finalidade da regra é reunir todos os credores do falido, bem como todos os seus bens e direitos, dando vigência à *par conditio creditorium*. Porque, entretanto, não apresentam riscos para a igualdade dos credores, estão excluídas desta regra, nos termos previstos no § 1º do art. 6º da LREF, as ações de conhecimento em geral, abrangendo-se tanto as ações já existentes no momento da decretação da falência quanto as ajuizadas posteriormente. A arbitragem, por sua vez, tem natureza de processo de conhecimento, detendo os árbitros os poderes de conhecer e de dizer o direito, bem como o de coagir as partes ao cumprimento das suas ordens pelos meios que visam influir sobre a sua vontade, sem dispor, contudo, dos chamados meios de sub-rogação, ou de substituição da vontade do obrigado, mediante o emprego da força e da constrição, reservados aos juízes estatais. Desse modo, se se excepcionam da regra de concentração dos processos no juízo falimentar as

ações de conhecimento em geral, e se a arbitragem desenvolve-se sempre — e somente — através de processo de conhecimento, pode-se concluir que a regra do art. 76 da LREF não se aplica às arbitragens. Os procedimentos arbitrais podem continuar a tramitar regularmente mesmo no curso do processo falimentar, devendo os títulos resultantes desses procedimentos ser apresentados na falência para verificação. Isso, deve-se dizer, vale tanto para as arbitragens em curso quanto para as arbitragens iniciadas após o decreto falimentar. Deve-se atentar, contudo, que o árbitro não poderá tomar nenhuma medida que possa a denegrir a igualdade no tratamento dos credores do falido; e que não serão arbitráveis as causas reguladas na lei falimentar, para as quais, por motivos de interesse público, o legislador expressamente reservou a jurisdição para o juízo universal.

A segunda conclusão é de que o administrador judicial, agindo em nome próprio, deve substituir o falido nos procedimentos arbitrais, sob pena de nulidade. Por conta da perda, pelo falido, da legitimidade para administrar e dispor do seu patrimônio, ele perde também a legitimidade processual para figurar como parte nos processos envolvendo os bens e direitos da massa falida. Essa legitimidade, tanto material quanto processual, passa não para a massa falida — que é um complexo de bens e direitos, não um sujeito de direito —, mas para o administrador judicial, que deve exercê-la, sob supervisão judicial e do comitê de credores, para cumprir os objetivos da lei. O administrador judicial, por sua vez, que não é representante de ninguém, mas órgão auxiliar do juízo criado por lei, atua, na condição de detentor da legitimidade material e processual dos bens e direitos do falido, em nome próprio, como substituto processual do falido por força de disposição expressa de lei. A não efetivação da substituição processual gera a nulidade do processo por falta de condição da ação, o que, no caso da arbitragem, conduzirá à nulidade da sentença arbitral por inobservância de norma imperativa de ordem pública. Não é o caso de sub-rogação material da massa falida, ou do administrador judicial, na convenção de arbitragem. O decreto de falência não extingue a personalidade jurídica do devedor, não lhe retira a propriedade dos bens e direitos, nem transfere a propriedades desses para um novo sujeito. Há, apenas e tão somente, a perda da legitimidade para administrar e dispor dos seus bens e direitos, e a perda da legitimidade para figurar como parte nos processos correspondentes. As obrigações e direitos contraídos pelo falido anteriormente à falência, entretanto, permanecem tendo nele — o falido — o seu centro de imputação. Assim, apesar da substituição do falido pelo administrador judicial nos processos, fenômeno que opera no mundo do direito processual, isso não interfere na relação de direito material entre o falido e a contraparte na arbitragem, que são efetivamente aqueles que devem estar vinculados à convenção arbitral.

A terceira conclusão é de que o falido tem legitimidade para intervir como assistente nos procedimentos arbitrais. Como a sentença que será proferida nos processos envolvendo o administrador judicial irá, necessariamente, produzir efeitos diretos na esfera jurídica do falido, tem ele — o falido — interesse jurídico para figurar como assistente em todos os processos envolvendo os bens e direitos submetidos ao concurso, para defender os próprios interesses. E se assim é, deve ter o falido, também, o mesmo interesse jurídico de participar de todos os procedimentos arbitrais de que o administrador judicial seja parte. Entender de outro modo seria negar ao falido o direito de defender seus interesses em juízo, em situação de denegação de justiça.

A quarta conclusão é de que o Ministério Público não participa das arbitragens. A LREF reserva a participação do membro do Ministério Público às hipóteses específicas delineadas na lei, dentre as quais não se incluem as ações de conhecimento movidas contra ou a favor do devedor. Além disso, o Ministério Público poderá intervir em todos os processos, desde que envolvam interesse público ou direitos indisponíveis. A arbitragem, todavia, é processo de conhecimento e se restringe aos direitos patrimoniais disponíveis. Assim sendo, infere-se diretamente que o Ministério Público não tem legitimidade para intervir nas arbitragens em curso envolvendo o falido. A atuação do membro do *Parquet* ficará reservada para o momento de verificação e de inclusão do crédito representado pela respectiva sentença arbitral no quadro geral de credores. Ressalve-se somente o caso das ações reguladas na LREF, que, apesar de contar com a participação do Ministério Público, nos termos da LREF, não podem ser submetidas à arbitragem, visto que o Estado reservou para si a exclusividade da jurisdição.

Dos efeitos da regra de suspensão dos processos na falência sobre o procedimento arbitral

O segundo ponto analisado foi a regra de suspensão dos processos na falência e seus impactos para a convenção de arbitragem.

A primeira conclusão é de que as arbitragens não são suspensas com o decreto de quebra do falido porque têm natureza cognitiva.⁸¹⁶ A regra do art. 6º da LREF determina a suspensão de todas as ações e execuções contra o falido. A finalidade da regra, assim como a universalidade, é de reunir todos os credores do falido no juízo falimentar, dando vigência

⁸¹⁶ A análise, aqui, espelha a conclusão alcançada quando do estudo dos efeitos da *vis attractiva* do processo falimentar sobre os procedimentos arbitrais.

à *par conditio creditorium*. Porque, entretanto, não apresentam riscos para a igualdade dos credores, estão excluídas dessa regra, nos termos previstos no § 1º do art. 6º da LREF, as ações de conhecimento em geral. A arbitragem, por sua vez, tem natureza de processo de conhecimento, detendo os árbitros os poderes de conhecer e dizer o direito, mas não dispondo dos meios de sub-rogação mediante o emprego da força e da constrição. Desse modo, se excluem-se da regra de suspensão dos processos no juízo falimentar as ações de conhecimento em geral, e se a arbitragem desenvolve-se sempre por meio de processo de conhecimento, disso se aduz que a regra do art. 6º da LREF não se aplica às arbitragens. Os procedimentos arbitrais podem continuar a tramitar regularmente mesmo no curso do processo falimentar, devendo os títulos que resultarão desses procedimentos ser apresentados na falência. Isso, deve-se dizer, vale tanto para as arbitragens em curso quanto para as arbitragens iniciadas após o decreto falimentar.

A segunda conclusão é de que o árbitro tem competência para decidir sobre pedido de reserva do art. 6º, § 3º, da LREF, mas sua decisão pode ser recusada pelo juízo falimentar em casos excepcionais. De acordo com a lei falimentar, é cabível à parte de uma ação que demande quantia ilíquida realizar pedido de reserva de valores na falência. Este pedido deve ser formulado perante o juízo competente para processar a demanda, e não perante o juízo universal. E se assim é, o mesmo deve ocorrer nas arbitragens: a parte pode requerer ao tribunal arbitral a reserva dos valores que estimar como devidos, que proferirá decisão, requerendo o cumprimento desta pelo juízo universal por carta arbitral, nos termos do art. 22-C da LARB. Relevante registrar que, nesses casos, não cabe ao juízo falimentar rever o mérito da decisão arbitral, que deve ser cumprida, como ocorre em todos os demais casos de cooperação entre a arbitragem e o Poder Judiciário. Cabe, no entanto, como em qualquer carta arbitral, analisar se existem vícios formais, ou violação à ordem pública, como também se a carta arbitral não incorre em nenhum dos vícios prescritos no art. 32 da LARB.

Dos efeitos da falência sobre a confidencialidade do procedimento arbitral

O terceiro ponto analisado foram os efeitos da falência sobre a confidencialidade do processo arbitral.

A primeira conclusão é de que as arbitragens envolvendo os bens e direitos do falido se mantêm privadas, mas o falido e o administrador judicial têm o dever de prestar, na falência, as informações necessárias para o desenvolvimento do processo falimentar. A arbitragem, apesar de ser usualmente confidencial, pode ter o traço do sigilo mitigado em

face de outros interesses relevantes que se sobreponham. Se assim é, no caso de a arbitragem envolver os bens e interesses do falido, a confidencialidade deverá, em caso de impossibilidade de coexistência com os princípios do Direito Falimentar, ceder em favor da publicidade. Como, entretanto, a arbitragem tem natureza cognitiva e termina com a prolação de sentença, que deverá ser habilitada no processo falimentar — o qual, por sua vez, tem natureza de execução coletiva e se preocupa com os créditos já constituídos em face do falido —, não há impossibilidade de coexistência a justificar a eliminação por completo da confidencialidade da arbitragem em favor da falência. A arbitragem seguirá em sigilo, normalmente, até a prolação da sentença arbitral, a qual, então, deverá ser apresentada na falência para inclusão no quadro geral de credores. Essa regra, contudo, não é absoluta. Nos termos da lei falimentar, tanto o falido quanto o administrador judicial têm o dever de informar ao juízo falimentar sobre a existência ou sobre o início de qualquer processo envolvendo os bens e direitos do falido. Assim, apesar de a arbitragem se manter privada, tanto o falido quanto o administrador judicial têm o dever de informar ao juízo falimentar sobre a existência do processo, com informações mínimas que permitam aos participantes da falência avaliar o impacto da demanda para o processo concursal. Por outro lado, tanto o juízo falimentar quanto o comitê de credores têm a função de fiscalizar as atividades do administrador judicial, de zelar pelo bom andamento do processo falimentar e de cuidar para que não ocorram violações aos direitos ou prejuízos aos interesses dos credores. Assim, quando, no exercício das suas funções, o juízo falimentar ou o comitê de credores solicitarem ao falido, ou ao administrador judicial, qualquer informação adicional com relação a arbitragem, estarão estes obrigados, nos termos dos arts. 104, VI, e 22, I, “b”, da LREF, a repassar essas informações. Nesse caso, não há restrição para os pedidos do juízo falimentar e do comitê de credores, bastando justificar o pedido tomando por base a razoabilidade. A informação, contudo, não deverá ser de pronto publicada no processo falimentar. O juízo falimentar pode funcionar, nesses casos, como um filtro para apreciar os interesses conflitantes. Se entender que dar conhecimento da informação aos participantes do processo falimentar é necessário para que eles possam exercer seus direitos, optará o juízo universal pela mitigação da confidencialidade. Caso contrário, mantém-se a informação em sigilo, restrita ao conhecimento do juízo falimentar. Desse modo, preserva-se a privacidade do procedimento de arbitragem, ao mesmo tempo que se atende às exigências do processo falimentar.

A segunda conclusão é de que a sentença arbitral se tornará pública no contexto do processo falimentar. Nos termos da LREF, todos os créditos contra o falido devem submeter-

se a procedimento de verificação de créditos na falência, sendo passíveis de serem impugnados pelo falido, pelo comitê de credores, por qualquer credor e pelo Ministério Público. Se não impugnado, ou se rejeitada a impugnação, esse crédito será incluído no quadro geral de credores da falência para recebimento de acordo com a ordem legal. Contra essa inclusão, cabe ainda a apresentação da ação rescisória do art. 19 da LREF, com a finalidade de rescindir a decisão que homologou o quadro geral, pelos mesmos legitimados para interpor a impugnação. Por conta disso, todos os participantes do processo falimentar, aí incluídos o falido, o Comitê, seus credores, o administrador judicial e o membro do Ministério Público, devem ter conhecimento da sentença arbitral — título que representa o crédito que se pretende incluir no quadro geral — para exercer seus direitos, inclusive o de se insurgir contra a pretensão de inclusão deste crédito na falência. O interesse de tornar conhecida a sentença arbitral para os participantes do processo de falência permanece, seja nas arbitragens em que o administrador judicial figure como autor, seja nos em que atue como réu. Em ambos os casos, a vitória ou derrota no processo tem o condão de influir diretamente nas decisões que serão tomadas no curso do processo de falência, justificando a sua divulgação para os interessados. Além disso, todo o conteúdo da sentença deve ser apresentado aos participantes do processo falimentar. No caso da sentença arbitral, portanto, a confidencialidade deverá ser mitigada.

Dos efeitos da falência sobre as custas, despesas e honorários de sucumbência do procedimento arbitral

O quarto ponto analisado foram os efeitos da falência sobre as custas, despesas e honorários de sucumbência do procedimento arbitral.

A primeira conclusão é de que o administrador judicial está obrigado a pagar as custas arbitrais, mas a falta de recursos para fazê-lo pode tornar a convenção de arbitragem inexecutável. O princípio do acesso à justiça dita que o Estado não poderá excluir nenhuma lesão ou ameaça a direito da apreciação do Poder Judiciário. Se, firmada uma convenção arbitral, a parte vier posteriormente a cair em insolvência, não podendo arcar com as custas arbitrais, uma eventual recusa do Poder Judiciário em apreciar a controvérsia acabará por deixar a parte impecuniosa sem acesso a nenhuma prestação jurisdicional, em situação de denegação de justiça. Por isso, se uma parte firma uma convenção de arbitragem, mas posteriormente tem a sua quebra decretada e fica sem recursos para arcar com as custas arbitrais, deve-se mitigar o efeito negativo da convenção de arbitragem para permitir que as

partes submetam sua disputa ao Poder Judiciário. Trata-se de causa de inexecutabilidade da convenção de arbitragem, espécie de meio de resolução da obrigação em decorrência da impossibilidade fática de seu cumprimento por fato não imputável às partes. Para que se configure a inexecutabilidade da convenção de arbitragem, o falido deve comprovar a ausência de recursos e a inexistência de outros meios que permitam a solução do impasse. O estado de falência, apesar de constituir evidência de dificuldade financeira, não cria uma presunção a autorizar *per se* a desconsideração da convenção de arbitragem. Deve-se proceder à análise específica da situação concreta, para saber se a falta de recursos é tamanha, que efetivamente impede a parte de obter a prestação jurisdicional, afigurando-se a impecuniosidade, somente neste caso, em causa de inexecutabilidade da convenção arbitral.

A segunda conclusão é de que, em caso de alegação de inexecutabilidade da convenção de arbitragem pela falta de recursos, deve-se mitigar o efeito negativo do princípio competência-competência para autorizar o Poder Judiciário a ingressar no mérito e proferir decisão sobre a questão. No Direito brasileiro, vigora o princípio competência-competência, segundo o qual cabe aos árbitros, em primeiro lugar, analisar as questões relacionadas à existência, à validade e à eficácia da convenção de arbitragem, restringindo-se atuação do Poder Judiciário à fase de anulação/execução da sentença. Em casos extraordinários, entretanto, admite-se a mitigação do efeito negativo do princípio competência-competência, para que o Poder Judiciário possa analisar as questões relativas à existência, à validade e à eficácia do pacto arbitral, sem aguardar a análise dos árbitros. No caso da alegação da parte falida sobre a falta de recursos para iniciar um procedimento arbitral, se a alegação for verdadeira, a recusa do Poder Judiciário em analisar a questão irá deixá-la sem acesso nem ao Poder Judiciário nem à solução arbitral, criando-se situação de denegação de justiça. Assim, considerando a impossibilidade prática, no caso de alegação de falta de recursos, de se dar início ao procedimento de arbitragem, deve-se também mitigar o efeito negativo do princípio competência-competência para permitir que o Poder Judiciário analise a alegação de inexecutabilidade da convenção arbitral no caso de a parte falida não dispor de nenhum meio de arcar com a sua parcela das custas da arbitragem. A situação será diferente, entretanto, se a parte falida impecuniosa for ré, não autora do procedimento arbitral. Nesse caso, a contraparte não falida possivelmente irá adiantar a totalidade das custas arbitrais de modo a dar início ou prosseguimento ao procedimento de arbitragem. Se, na hipótese, a parte falida tiver formulado pedido reconvenicional, o tribunal deverá analisar se exclusão desse pedido pode prejudicar o direito de defesa do falido, caso em que, mesmo sem o pagamento das custas, não será possível descartar o pedido, que deverá ser apreciado.

Nos demais casos, o tribunal arbitral estará liberado para excluir os pedidos reconventionais da arbitragem, mas a parte inadimplente poderá valer-se do Poder Judiciário para iniciar demanda própria e formular os pedidos que não foram apreciados pelo tribunal arbitral

A terceira conclusão é de que o administrador judicial deve pedir autorização do juízo falimentar para realizar o pagamento das custas arbitrais. A LREF prevê que o administrador judicial pode praticar, no curso do processo falimentar, todos os atos conservatórios de direitos e ações, mas sempre que for contratar auxiliares ou avaliadores (isto é, sempre que for contratar serviços que venham a onerar a massa falida), deve fazê-lo mediante autorização judicial. Ademais, além da contratação, também a efetiva fixação do valor da despesa deve passar pelo crivo judicial. No caso da arbitragem, a fixação das custas arbitrais fica a cargo das câmaras de arbitragem, não sendo fixáveis pelo juízo universal. Em todo caso, em sendo a despesa usualmente de valor bastante relevante, parece razoável que o seu pagamento seja previamente submetido à apreciação judicial, que, apesar de não opinar sobre a fixação do valor, ao menos poderá tomar conhecimento da necessidade de realização da despesa e autorizar a sua realização. Se o fizer sem autorização judicial, deve ser capaz de comprovar, nos termos do art. 150 da LREF, que o pagamento era indispensável para a administração da falência, e que não podia esperar por autorização judicial, sob pena de responder pelas perdas causadas.

A quarta conclusão é de que o mesmo tratamento dispensado pela LREF às custas, às despesas e aos honorários de sucumbência no processo civil ordinário deve ser aplicado às custas, às despesas e aos honorários arbitrais. Os conceitos de custas arbitrais, despesas arbitrais e honorários de sucumbência em sede arbitral se equiparam aos conceitos dos mesmos institutos em sede judicial. Não havendo diferença no tratamento dos institutos em sede judicial e arbitral, o mesmo tratamento conferido pela LREF aos institutos judiciais deve ser transposto para a sede arbitral. Assim: (i) são exigíveis do devedor as custas arbitrais relativas às ações contra o falido e contra o administrador judicial (as incorridas anteriormente à decretação da quebra constituem créditos quirografários, ao passo que as surgidas nas ações posteriores à quebra ostentam natureza extraconcursal); (ii) são exigíveis do devedor as despesas arbitrais relativas às ações contra o falido e o administrador judicial (as incorridas anteriormente à decretação da quebra constituem créditos quirografários, ao passo que as surgidas nas ações posteriores à quebra ostentam natureza extraconcursal); e (iii) são exigíveis do devedor os honorários de sucumbência arbitrais relativos às ações contra o falido e o administrador judicial (os incorridos anteriormente à decretação da quebra constituem créditos quirografários, mas têm natureza alimentar até o limite de 150 salários

mínimos, ao passo que os surgidos nas ações posteriores à quebra ostentam natureza extraconcursal).

Dos efeitos da falência sobre a sentença arbitral

Por fim, no capítulo 5, foram analisados os efeitos da falência sobre a sentença arbitral. A análise foi dividida em duas seções, nas quais se questionou se, proferida a sentença arbitral, (i) deve esta se submeter a procedimento de verificação de créditos perante o juízo falimentar; e (ii) em caso positivo, qual o conteúdo da impugnação que os participantes do processo falimentar podem apresentar.

Os créditos representados por sentença arbitral devem submeter-se ao processo de verificação de créditos na falência

O primeiro ponto analisado foi a necessidade de submissão dos créditos representados por sentença arbitral ao processo de verificação de créditos em sede falimentar.

A conclusão é de que os créditos representados por sentença arbitral devem submeter-se ao processo de verificação de créditos na falência. Todos os créditos contra o falido, mesmo os representados por títulos judiciais, devem submeter-se ao processo de verificação de créditos na falência. E, se assim é para os créditos representados por títulos judiciais em geral, assim também deve ser para os créditos representados por sentenças arbitrais, cujos efeitos se equiparam às primeiras. As sentenças arbitrais, portanto, sejam as proferidas antes ou depois do decreto falimentar, devem necessariamente se submeter a procedimento de verificação de créditos na falência, garantindo-se aos demais participantes do processo o direito de se insurgir, se for o caso, contra a pretensão de inclusão da sentença no quadro geral.

O conteúdo da impugnação de crédito no caso de crédito representado por sentença arbitral

O segundo ponto analisado foi o conteúdo da impugnação falimentar.

A conclusão é que o conteúdo da impugnação de crédito no caso de crédito representado por sentença arbitral deve restringir-se às matérias previstas no art. 525, § 1º,

do CPC, bem como àquelas descritas no art. 32 da LARB, mas essas últimas desde que arguidas dentro do prazo de 90 dias do § 1º do art. 33 da LARB: (i) a contar da prolação da sentença, para aqueles que participaram do procedimento arbitral; e (ii) a contar da sua apresentação na falência, para aqueles que só passaram a ter o direito de impugnar a sentença no processo falimentar. Todos os créditos representados por títulos judiciais podem ser impugnados no âmbito falimentar, mas o conteúdo da impugnação deve restringir-se às matérias argúveis em sede de impugnação ao cumprimento de sentença. Os créditos representados por sentença arbitral, por equipararem-se à sentença judicial, também só poderão ser atacados com fundamento nas causas de impugnação ao cumprimento de sentença. No caso da sentença arbitral, contudo, sua nulidade também pode ser arguida com fundamento no disposto no art. 32 da LARB. A arguição de nulidade da sentença arbitral com base no disposto no art. 32 da LARB está limitada ao prazo de 90 dias previsto no § 1º do art. 33 da LARB a contar da prolação da sentença, para aqueles que participaram do procedimento arbitral, mas não atinge aqueles que não participaram da arbitragem e que só passaram a ter o direito de arguir a nulidade da sentença por ocasião da sua apresentação no processo falimentar. Para esses, o prazo decadencial de 90 dias do § 1º do art. 33 da LARB só passa a correr com o surgimento do direito à impugnação da sentença no processo falimentar. Assim, no caso dos créditos representados por sentença arbitral, deve-se acrescentar às causas de impugnação aplicáveis aos títulos judiciais em geral, também as causas de impugnação argúveis em sede de impugnação ao cumprimento da sentença arbitral, como matérias argúveis em sede de impugnação falimentar, desde que respeitados os termos iniciais dos respectivos prazos decadenciais nos termos descritos acima.

Confirma-se, pois, parcialmente a hipótese de pesquisa levantada na introdução: de fato, a falência opera efeitos diretos sobre a arbitragem, a esta impondo limites no contexto falimentar, mas isso não torna inviável a utilização do instituto arbitral.

Mais especificamente, confirma-se a ideia de que a falência não invalida a convenção arbitral celebrada antes da falência, mas acrescenta-se a essa afirmação dois fatos primordiais: primeiro, de que a convenção firmada pelo falido também é válida, mas inoponível à massa; e segundo, de que o administrador, com autorização judicial, está autorizado a celebrar o pacto arbitral.

Comprova-se, também, que o advento da falência não atrai nem suspende os procedimentos arbitrais em curso, mas qualifica-se essa afirmação com a condicionante de que a lei falimentar impõe determinadas condições para que o processo possa desenvolver-se, como a substituição do falido pelo administrador judicial e a mitigação da confidencialidade — se existente — em algumas situações.

Por fim, confirma-se, ainda, a ideia de que a sentença arbitral, uma vez proferida, deve ser submetida à processo de verificação no processo falimentar.

Respeitadas essas condições, conclui-se, inversamente, que nem a celebração da convenção de arbitragem, nem o desenvolvimento do procedimento arbitral, nem mesmo a prolação da sentença, viola a *par conditio creditorium*, objetivo máximo do sistema falimentar.

Não há, pois, nenhuma incompatibilidade conceitual entre a falência e a arbitragem, que, nas condições estabelecidas nesta tese, podem pacificamente coexistir.

Proposições objetivas

Por fim, considerando que se discute atualmente a modificação da legislação falimentar, propõe-se, ao final desta tese, a introdução de três proposições na LREF, com a finalidade de pacificar a discussão sobre a possibilidade de coexistência entre a arbitragem e a falência.⁸¹⁷

Proposição n. 1

As convenções de arbitragem firmadas pelo falido anteriormente à quebra permanecem válidas e eficazes no curso da falência. O administrador pode, mediante autorização judicial, firmar convenção de arbitragem versando sobre os bens e direitos

⁸¹⁷ Registre-se que o Projeto de Lei n. 10.220/2018, no contexto do qual a Câmara dos Deputados atualmente discute a introdução de alterações na LREF que contemplam algumas das sugestões aqui propostas, como, por exemplo: (i) a não suspensão dos processos arbitrais em que se demanda quantia ilíquida; (ii) a competência do árbitro para decidir sobre os pedidos de reserva; e (iii) a de que a decretação da falência não impede a adoção da via arbitral (BRASIL. **Projeto de Lei n. 10.220/2018**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2174927>. Acesso em: 05 jan. 2020). A nosso ver, entretanto, as inclusões que constam do referido Projeto de Lei são insuficientes para pacificar a discussão acerca da convivência dos institutos da falência e da arbitragem no Direito brasileiro, motivo pelo qual entende-se que as proposições objetivas aqui colocadas viriam em benefício do aperfeiçoamento da lei.

submetidos ao concurso. A convenção de arbitragem não se submete à regra do art. 117 da LREF.

Proposição n. 2

Os procedimentos arbitrais iniciados antes e depois do decreto de falência não são atraídos para o juízo falimentar. O administrador judicial deve substituir o falido em todos os procedimentos arbitrais, sob pena de nulidade. O falido poderá intervir como assistente em todos os procedimentos arbitrais. São inarbitráveis as causas expressamente reguladas na LREF, que tramitarão exclusivamente no juízo da falência.

Os procedimentos arbitrais iniciados antes e depois do decreto de falência não são suspensos pelo decreto falimentar. O árbitro tem competência para decidir sobre pedido de reserva de valores na falência, mas o juízo falimentar pode recusar o cumprimento da ordem em caso de existirem vícios formais, violação à ordem pública ou qualquer dos vícios prescritos no art. 32 da LARB.

Os procedimentos arbitrais, em sendo a confidencialidade comprovada perante o juízo falimentar, poderão manter-se confidenciais no curso da falência, mas o falido e o administrador judicial têm o dever de informar ao juízo falimentar sobre a existência do processo e prestar as informações solicitadas pelo juízo falimentar. A sentença arbitral deverá tornar-se conhecida de todos os participantes do processo falimentar.

Proposição n. 3

Os créditos representados por sentença arbitral deverão ser submetidos ao processo de verificação de créditos no processo falimentar, e poderão ser impugnados nos termos do art. 8º da LREF. A impugnação falimentar poderá versar sobre as causas de impugnação do art. 525, §1º, do CPC, bem como sobre as causas de nulidade previstas no art. 32 da LARB. As causas de nulidade previstas no art. 32 da LARB só serão admissíveis, desde que arguidas dentro do prazo de 90 dias do § 1º do art. 33 da LARB, a contar da prolação da sentença, para aqueles que participaram do procedimento arbitral, e a contar da sua apresentação na falência, para aqueles que só passaram a ter o direito de impugnar a sentença no processo falimentar.

Espera-se, com esta tese, ter contribuído para lançar alguma luz sobre a complexa relação entre a falência e a arbitragem. Buscou-se desfazer alguns equívocos interpretativos doutrinários e jurisprudenciais, bem como apresentar respostas para outros pontos que ainda não haviam sido suficientemente elucidados. Ao analisar os efeitos que a falência opera sobre a arbitragem, e demonstrar em que condições os dois institutos podem conviver, pretende-se, ainda que de forma singela, colaborar para o desenvolvimento da ciência jurídica, bem como para o aumento da segurança jurídica e da previsibilidade no mundo empresarial.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique. Comentários ao art. 70 ao 104. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles; ABRÃO, Carlos Henrique (coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 209-335.

ABRÃO, Nelson. **Os credores na falência**. 2. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Universitária de Direito, 1998.

ABREU, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. São Paulo: Saraiva, 1984.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof. Clout Case 404, not indicated v. not indicated. 14 set. 2000. **Yearbook Commercial Arbitration**. Kluwer Law International, v. 27, p. 265, 2002.

ALEMANHA. OLG München. **Az. 34 ScH 6/11**. 29 fev. 2012.

ALMEIDA, José Gabriel Lopes Pires Assis de; RAMALHO, Matheus Sousa. A compatibilidade da Arbitragem com a falência e a recuperação judicial. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 24.: “Direito Privado, Formas de Resolução de Controvérsias e Direitos Fundamentais”. Belo Horizonte, UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara, 2015, p. 117-144.

ALVARES, Walter T. **Direito falimentar**: v. 1. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Sugestões Literária, 1968.

ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no Direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2009.

ALVES, Rafael Francisco; VERONESE, Ligia Espolaor. Arbitragem e empresas em crise: o acesso à Justiça e o cumprimento da convenção de arbitragem em vista da incapacidade financeira de uma das partes. **Revista do Advogado**, v. 36, n. 131, p. 176-187, out. 2016.

ALVIM, Thereza. **O direito processual de estar em juízo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras linhas de direito processual civil**: v. 1. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras linhas de direito processual civil**: v. 2. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 10. ed. rev. e mod. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

AMBROSINI, Stefano; CAVALLI, Gino; JORIO, Alberto. Il fallimento. In: COTTINO, Gastone (coord.). **Trattato di Diritto Commerciale**: v. 11, t. 2. Pádova: CEDAM, 2009.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista de Direito Processual Civil**, v. 3, p. 95-132, jan./jun. 1961.

ANCEL, Bertrand. O controle de validade da convenção de arbitragem: o efeito negativo da “competência-competência”. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 2, n. 6, p. 52-64, 2005.

ANCEL, Pascal. Arbitrage et procedures collectives. **Revue de l'Arbitrage**, v. 1983, p. 255-279.

ANCEL, Pascal. Note: Cour de cassation (Ch. com.) 19 mai 1987. **Revue de l'Arbitrage**, v. 1988, n. 1, p. 142-148, 1988.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Alocação de custas e despesas e a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais em arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma M. Ferreira; MARTINS, Pedro A. Batista (coord.). **20 anos da Lei de Arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. Rio de Janeiro: Atlas, 2017, p. 649-671.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Cláusula compromissória: aspectos contratuais. **Revista do Advogado**, v. 30, n. 116, jul. 2012.

AQUINO, Diva Carvalho de. Dos efeitos da decretação da falência em relação aos bens e pessoas do devedor e administradores. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). **Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 383-414.

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

ARMELIN, Donaldo. Notas sobre a ação rescisória em matéria arbitral. **Revista de Mediação e Arbitragem**, v. 1, p. 11-20, jan./abr. 2004.

ASCARELLI, Túlio. **Problemas das sociedades anônimas e Direito comparado**. São Paulo: Quorum, 2008.

ASCENSÃO, José Oliveira. **Direito Civil**: v. 3: relações e situações jurídicas. 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 2010.

AUSTRÁLIA. High Court of Australia. Esso Australia Resources Ltd. and others v. The Honourable Sidney James Plowman, The Minister for Energy and Minerals and others. 7 abr. 1995, **Yearbook Commercial Arbitration**, v. 21, p. 137-171, 1996.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: teoria geral do direito civil: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Considerações sobre a boa-fé objetiva em acordos de acionistas com cláusula de preferência: excertos teóricos de dois pareceres. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 123-135.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

BACCAGLINI, Laura. **Fallimento e arbitrato rituale: profili di interrelazione e autonomia tra i due procedimenti**. Trento: Università degli Studi di Trento, 2018.

BADEL, Françoise. Faillite et Arbitrage International. **ASA Bulletin**. Kluwer Law International, v. 25. n. 1, p. 36-47, 2007.

BALBINO, Inês. A arbitrabilidade do Direito Falimentar. In: LEMES, Selma M. Ferreira; BALBINO, Inês (coord.). **Arbitragem: temas contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 199-219.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Confidencialidade na arbitragem. In: CONGRESSO DO CENTRO DE ARBITRAGEM COMERCIAL, 5. Coimbra: Almedina, 2012.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Invalidez e ineficácia do negócio jurídico. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Obrigações e contratos: obrigações: funções e eficácia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 2, p. 639-654. [Coleção “Doutrinas Essenciais”].

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. 29.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. [Edição Kindle].

BASÍLIO, Ana Tereza; LINS, Thiago. A relativização da confidencialidade na arbitragem: companhias abertas. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 49, p. 157-172, abr./jun. 2016.

BATALHA, Wilson de Souza Campos; BATALHA, Silvia Marina Labate. **Falências e concordatas: comentários à lei de falências: doutrina, legislação, jurisprudência**. São Paulo: LTr, 1991.

BENETI, Giovana. Arbitragem e empresas em crise: o problema da arbitrabilidade objetiva. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, v. 5, n. 1, p. 879-917, 2019.

BERNARDES DE MELLO, Marcos. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 8. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

BERNARDES DE MELLO, Marcos. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BERSET, Dominique; LÉVY, Laurent. Faillite et arbitrage. **ASA Bulletin**. Kluwer Law International, v. 16, n. 4, p. 664-680, 1998.

BESSONE, Darcy. **Do contrato**: teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BESSONE, Darcy. **Instituições de Direito Falimentar**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**: t. 1. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**: t. 2. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Capítulo XVIII – Os efeitos da decretação da falência sobre as obrigações do devedor – Exame dos arts. 119 a 128 da Lei 11.101/2005. In: CARVALHOSA, Modesto (coord.). **Tratado de Direito Empresarial**, v. 5: recuperação judicial e falência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência**: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 9. ed, rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BOCCARDO, Victor Cogliati. **Arbitragm e deveres de informação no mercado de capitais**. 30 jan. 2017. Disponível em: <http://cbar.org.br/site/arbitragem-e-deveres-de-informacao-no-mercado-de-capitais>. Acesso em: 05 dez. 2019.

BONELLI, Gustavo. **Del fallimento**: v. 1. Milano: Dotto Francesco Vallardi, 1938.

BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**: v. 1. Netherlands: Kluwer International Law, 2009.

BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**: v. 2. Netherlands: Kluwer International Law, 2009.

BOSCO LEE, João. O princípio da confidencialidade na arbitragem comercial internacional. In: VALENÇA FILHO, Clávio de Melo; BOSCO LEE, João. **Estudos de arbitragem**. Curitiba: Juruá, 2008.

BOVE, Mauro. **Arbitrato e fallimento**. 2012. Disponível em: <http://www.judicium.it/arbitrato-e-fallimento>. Acesso em: 08 dez. 2019.

BRAGHETTA, Adriana. Notas sobre confidencialidade na arbitragem. **Revista do Advogado**, v. 33, n. 119, p. 7-13, abr. 2013.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. **Processo Administrativo CVM RJ 2008/0713**. Rel. Otávio Yasbek, j. 09 fev. 2010.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 4.376, de 1993**: Mensagem n. 59, de 09 de janeiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Msg/Vep/VEP-0059-05.htm. Acesso em: 05 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento no Agravo em Recurso Especial n. 425.955/MG**. Rel. Min. Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. 25 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1.617.538/PR**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 01 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo n. 1.292.537/MG**. Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., j. 05 ago. 2010, DJe 18 ago. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 371.993/RJ**. Rel. Min. Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. 14 out. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 713.217/RS**. Rel. Min. Vasco Della Giustina, 3ª T., j. 19 nov. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 580.930/SC**. 2ª T., DJe 05 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 62.801/SP**. Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª T., j. 20 ago. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 860.182/SP**. 2ª T., DJe 09 maio 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.471.615/SP**. Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª T., j. 16 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.488.508/RS**. 2ª T., DJe 10 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.111.103/SP**. Rel. Min. Sérgio Kukina, 1ª T., j. 16 set. 2014, DJe 24 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.265.548/SC**. Rel. p/ acórdão Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 25 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.355.386/SP**. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª T., j. 23 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 219.866/SP**. Rel. Min. João Otávio Noronha, 3ª T., j. 15 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 914.712/PR**. Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., j. 09 nov. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência n. 111.230/DF**. Rel. Min. Nancy Andrighi, 2ª S., j. 08 maio 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência n. 112.697/SP**. Rel. Min. Raul Araújo, 3ª T., j. 22 nov. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência n. 113.260/SP**. Rel. Min. Nancy Andrighi, 2ª S., j. 08 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência n. 122.869/GO**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 2ª S., j. 22 out. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência n. 13.728-4/SP**. Rel. Min. Milton Luiz Pereira, 1ª S., j. 08 ago. 1995.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência n. 139.519/RJ**. Rel. p/ acórdão Min. Regina Helena Costa, 1ª S., j. 11 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência n. 146.939/PA**. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 2ª S., j. 23 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência n. 148.728/RJ**. Rel. Min. Marco Buzzi, decisão monocrática, j. 06 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência n. 84.752/RN**. Rel. Min. Nancy Andrighi, 2ª S., j. 27 jun. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência n. 95.627/SP**. Rel. Min. Fernando Gonçalves, 2ª S., j. 26 nov. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1.136.707/PR**. Rel. Min. Sérgio Kukina, 1ª T., j. 02 out. 2014, DJe 17 out. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 235.679/SP**. Rel. Min. Castro Meira, 2ª T., j. 08 maio 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 855.020/PR**. Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª S., j. 28 out. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Medida Cautelar n. 14.295/SP**. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 09 jun. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.003.359/RS**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 06 set. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.013.252/RS**. Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., j. 19 nov. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.025.633/RJ**. Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª T., j. 24 maio 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.075.767/MG**. 2ª T., DJe 18 dez. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.082.498/MT**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 20 nov. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.126.521/MT**. Rel. p/ acórdão Min. João Otávio Noronha, 3ª T., j. 17 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.152.218/RS**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Corte Especial, j. 07 maio 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.197.177/RJ**. Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 03 set. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.250.583/SP**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 03 maio 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.261.915/SP**. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, decisão monocrática, j. 18 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.277.725/AM**. Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 12 mar. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.302.900/MG**. Rel. Sidnei Beneti, 3ª T., j. 09 out. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.327.619/MG**. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª T., j. 20 ago. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.355.831/SP**. Rel. Min. Sidnei Beneti, voto-vista da Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 19 mar. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.443.750/RS**. Rel. p/ acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. 20 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.500.667/RJ**. Rel. Min. João Otávio Noronha, 3ª T., j. 09 ago. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.550.260/RS**. Rel. p/ voto Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. 3ª T., j. 12 dez. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.602.076/SP**. Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 15 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.602.696/PI**. Rel. Min. Moura Ribeiro, 3ª T., j. 09 ago. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.614.070/SP**. Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 26 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.636.102/SP**. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. 13 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.643.856/SP**. Rel. Min. Og Fernandes, 1ª S., j. 13 dez. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.643.873/SP**. Rel. Min. Og Fernandes, 1ª S., j. 13 dez. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.648.861/PR**. Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., julgado em 06/04/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.678.667/RJ**. Rel. Min. Raul Araújo, 4ª T., j. 06 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.733.685/SP**. Rel. Min. Raul Araújo, 4ª T., j. 08 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 154.789/SP**. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª T., j. 07 dez. 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 188.148/RS**. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Corte Especial, j. 19 dez. 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 40.991-8/SP**. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª T., j. 02 fev. 1994.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 702.835/PR**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 16 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 715.289/MG**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 25 ago. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 883.802/DF**. Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 27 abr. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 944.917/SP**. Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 18 set. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Sentença Estrangeira Contestada n. 12.781/EX**. Rel. Min. João Otávio Noronha, Corte Especial, j. 07 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Sentença Estrangeira Contestada n. 5.692/US**. Rel. Min. Ari Pargendler, Corte Especial, j. 20 ago. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Sentença Estrangeira Contestada n. 826/KR**. Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Corte Especial, j. 15 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Sentença Estrangeira Contestada n. 856/GB**. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Corte Especial, j. 18 maio 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Sentença Estrangeira Contestada n. 9.412/US**. Rel. p/ acórdão Min. João Otávio Noronha, Corte Especial, j. 19 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206/EP**, voto do Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, j. 12 dez. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 584.049/RJ**. Rel. Min. Eros Grau, 2ª T., j. 08 ago. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Conflito de Competência n. 7.116/SP**. Rel. Min. Ellen Gracie, Plenário, j. 07 ago. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 583.955-9/RJ**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, j. 28 maio 2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação n. 5041848-93.2011.404.7000/PR**. Rel. Des. Marga Inge Barth Tessler, 3ª T., j. 23 out. 2013.

CABRAL, Thiago Dias Delfino. **A impecuniosidade na arbitragem**: um grave problema na instauração do procedimento arbitral, um novo conceito e uma proposta de solução à luz do princípio do acesso à justiça. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2019.

CABRAL, Thiago Dias Delfino. A mitigação da confidencialidade da arbitragem na recuperação judicial. **Revista Brasileira de Arbitragem**. Kluwer Law International, v. 15, n. 57, p. 45-66, 2018.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação, tribunal multiportas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CAHALI, Yussef Said. **Honorários advocatícios**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL. X. S.A.R.L., Lebanon v. Y. AG, Germany, Procedural Order n. 3, 2008. **ASA Bulletin**. Kluwer Law International, v. 28, n. 1, p. 37-45, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**: Lei n. 9.307/96. 3. ed. rev. amp. atual. Rio de Janeiro. Lumen Iures, 2002.

CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial**: falência e recuperação de empresa, 2018.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa**: o novo regime da insolvência empresarial. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

CANALE, Guido. Capítulo XV: Clausola arbitrale. In: CAGNASSO, Oreste; PANZANI, Luciano. **Crisi di impresa e procedure concorsuali**: t. 1. Turim: Utet, 2016, p. 1.563-1.590.

CAPPELLETTI, Mauro; GRATH, Brant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARAMELO, António Sampaio. A “autonomia” da cláusula compromissória e a competência da competência do Tribunal Arbitral. In: **Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, 90 Anos**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 105-128.

CARAMELO, António Sampaio. Critérios da arbitrabilidade dos litígios: revisitando o tema. **Revista de Mediação e Arbitragem**, v. 7, v. 27, p. 129-161, out./dez. 2010.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e administração pública: primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública. **Revista Brasileira de Arbitragem**. Kluwer Law International, v. 8, n. 51, p. 7-21, 2016.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n. 9.307/96. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

CARREIRA ALVIM, J. E. **Comentários à Lei de Arbitragem**: Lei n. 9.307, de 23/9/1996. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARREIRA ALVIM, J. E. **Direito arbitral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CARRETEIRO, Matheus A. **Tutelas de urgência e processo arbitral**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. **Tratado de Direito Comercial brasileiro**: v. 7. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946.

CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. **Tratado de Direito Comercial brasileiro**: v. 8. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947.

CARVALHO SANTOS, João Manuel de. **Código civil brasileiro interpretado**: principalmente do ponto de vista prático: v. 15. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.

CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem comercial internacional e acesso à justiça**: o novo paradigma do third party funding. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2014.

CASTAGNOLA, Angelo. Procedimento arbitral, lodo e fallimento. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, n. 3, p. 821-835, 2016.

CASTRO NEVES, José Roberto. Os honorários advocatícios de sucumbência na arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma M. Ferreira; MARTINS, Pedro A. Batista (coord.). **20 anos da Lei de Arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. Rio de Janeiro: Atlas, 2017, p. 622-632.

CENSONI, Paolo Felice. Effetti sui rapporti giuridici preesistenti. In: DIDONE, Antonio. **Le riforme della legge fallimentare**. UTET, 2009, p. 769-817.

CHÁVEZ BARDALES, Enrique Miguel. **Privacidad y Confidencialidad en el Arbitraje Comercial Internacional**. Disponível em: www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/privacidad-arbitraje.html. Acesso em: 05 dez. 2019.

CHIN, Andrew. What Can Happen if Parties Fail to Pay the Advance on Costs Requested by the ICC. **Global Arbitration News**, 21 abr. 2015. Disponível em: <https://globalarbitrationnews.com/failing-to-pay-the-advance-on-costs-requested-by-the-icc-20150420>. Acesso em: 11 out. 2019.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**: v. 1. Campinas, SP: Bookseller, 1998.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**: v. 2. Campinas, SP: Bookseller, 1998.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**: v. 3. Campinas, SP: Bookseller, 1998.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas**: Lei n. 11.101, de 9-2-2005. 4. ed.. São Paulo: Saraiva, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Parecer para cervejaria Petrópolis**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-cervejaria-petropolis-bva.pdf>. 2015. Acesso em: 23 ago. 2019.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CORREA, Raphael Nehin. Arbitragem e Insolvência. In: PEREIRA LIMA, Flávio; MIRANDA, Daniel Calhman de et al. **Arbitragem no Brasil**. São Paulo: Imprensa Régia, 2010, p. 81-95.

COSSÍO, Francisco González de. El principio competencia-competence revisitado. **Revista de Mediação e Arbitragem**, v. 4, n. 13, p. 100-122, abr./jun. 2007.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: Depalma, 1993.

CREMASCO, Suzana Santi. O artigo 485, VII, do Novo Código de Processo Civil e o reconhecimento de competência pelo árbitro como pressuposto processual negativo no processo judicial. **Revista Brasileira de Arbitragem**. Kluwer Law International, v. 14, n. 53, p. 7-24, 2017.

CREMASCO, Suzana Santi; VIANA, Bruno Giannetti. Aspectos contemporâneos da execução de sentença arbitral: uma análise em torno da certeza, liquidez e exigibilidade do título. In: MARX NETO, Edgard Audomar el al. (org.). **Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 885-900.

CRETELLA NETO, José. **Curso de Arbitragem**: arbitragem comercial, arbitragem internacional, lei brasileira de arbitragem, instituições internacionais de arbitragem, Convenções internacionais sobre arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CRETELLA NETO, José. Quão sigilosa é a arbitragem? **Revista de Arbitragem e Mediação**, n. 25, p. 44-70, 2010.

CRIPPA, Carla de Vasconcelos. Recuperação Judicial, falência e arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 8, n. 29, p. 183-206, abr./jun. 2011.

CRUZ E TUCCI, Jose Rogério. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

D'AVACK, Carlo. **La natura giuridica del fallimento**. Pádua: CEDAM, 1940.

DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil**: v. 1. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1979.

DE LUCCA, Newton. Comentários aos artigos 1º ao 6º. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (coord.). **Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 71-126.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. Atualização de Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DEBOURG, Claire; SILVEIRA, Gustavo Scheffer da. Note: Jutai 661 Equipamentos Eletrônicos Ltda. v. PSI Comércio e Prestação de Serviços em Telefones Celulares Ltda., Superior Tribunal de Justiça do Brasil, Recurso Especial n. 1.277.725-AM (2011/0146922-2), 12 March 2013. **Revue de l'Arbitrage**, v. 2014, n. 3, p. 735-737, 2014.

DECCACHE, Antonio Carlos Fernandes. **Cláusula de arbitragem nos contratos comerciais internacionais**. São Paulo: Altas, 2015.

DECCACHE, Antonio Carlos Fernandes. Convenção de arbitragem, recuperação judicial e falência. **Revista de Direito Empresarial**, v. 19, p. 163-182, out. 2016.

DERAINS, Bertrand. Carrefour v. Le Castel AS, Cour de Cassation, Case n. 10-18320, 28 set. 2011. **A contribution by the ITA Board of Reporters**. The Hague: Kluwer Law International, 2011.

DERAINS, Yves; KIFFER, Laurence. National Report for France (2013 through 2018). In: BOSMAN, Lise. (ed.). **ICCA International Handbook on Commercial Arbitration**. ICCA & Kluwer Law International, Supplement n. 99, 2018, p. 1-98.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. t. 1. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros. 2000.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 1999.99.2.003864-6**. Rel. Des. Waldir Leôncio Júnior, 2ª T., j. 06 abr. 2000.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2006.00.2.007941-3**. Rel. Des. Souza e Ávila, 3ª T., j. 27 jun. 2007.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2007.00.2.000698-8**. Rel. Des. Antoninho Lopes, 4ª T., j. 11 abr. 2007.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 2002.01.1.019294-9**. Rel. Des. Silvânio Barbosa, 1ª T., j. 24 maio 2006.

ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLF, Martin. **Tratado de Derecho Civil**: v. 1. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1953.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Court of Appeals. **Tillman v. Tillman**, 825 F.3d 1069, 9th Cir., June 15, 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Hays and Co. v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner and Smith, Inc.**, 885 F.2d 1149, 3rd Cir., 1989.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **In re National Gypsum**, 118 F.3d 1056, 5th Cir., 1997.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **In re United States Lines**, 197 F.3d 631, 2d Cir., 1999.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Industrotech Constructors Inc. v. Duke University**, 67 NC App 741, 1984.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **Prima Paint v. Flood & Conklin**, 388 U.S. 395, 402, j. June 12, 1967.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Second Circuit. **Fotochrome, Inc. v. Copal Company, Limited**, May 29, 1975, **Yearbook commercial arbitration**, v. 1, p. 202, 1976.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **United States Lines, Inc. et al. v. United States Lines S/A Inc. Reorganization Trust et al.**, 197 F.3d 631, 2d Cir., 1999.

FARIA, Luis Cláudio Furtado; COZER, Felipe Rodrigues. A arbitragem e a recuperação judicial em um estudo sobre a conveniência e possíveis conflitos entre os institutos. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: RT, v 7, n. 31, p. 251-261, out./dez. 2011.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de Direito Comercial**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FERRARA JUNIOR, Francesco; BORGIOI, Alessandro. **Il Fallimento**. 5. ed. Milano: Giuffrè, 1995.

FERRARA, Francesco. **Il Fallimento**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1974.

FERREIRA, Waldemar. **Instituições de Direito Comercial**: v. 4. Freitas Bastos, 1946.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**: v. 14. São Paulo: Saraiva, 1965.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Arbitragem**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FITCHNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções. **Revista de Direito Privado**, n. 49, 2012, p. 227-285.

FITCHNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. Convenção de Nova Iorque e pacto arbitral nulo, sem efeitos, inoperante ou inexecutável: convenção de arbitragem, princípio da competência-competência (*Kompetenz-Kompetenz*) e *more-favourable-right provision*. In: LEMES, Selma Ferreira; LOPES, Christian Sahb Batista (org.). **Arbitragem comercial internacional e os 60 anos da Convenção de Nova Iorque**. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 217-278.

FITCHNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FONSECA, Rodrigo Garcia da; CORREIA, André de Luiz. A confidencialidade na arbitragem. Fundamentos e limites. In: LEMES, Selma M. Ferreira; BALBINO, Inês. **Arbitragem: temas contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 416-448.

FONTES, Marcos Rolim Fernandes. A arbitragem e a decretação da falência no curso do procedimento arbitral. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 23, p. 297-311, jan./jun. 2009.

FOUCHARD, Philippe. Arbitrage et faillite. **Revue de l'Arbitrage**, v. 1998, n. 3, p. 471-494, 1998.

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. **International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

FRANÇA. Cour d'Appel de Paris (1re Ch. C.). Consorts de Coninck v. Zanzi et Société Torelli ès qual., 3/03/1998. **Revue de l'Arbitrage**, v. 2003, n. 1, p. 207-208.

FRANÇA. Cour d'Appel de Paris (1re Ch. C.). SCP d'architecture Global v. SCI Delessert Beethoven et al., 10/02/1994. **Revue de l'Arbitrage**, v. 1998, n. 3, p. 549-551.

FRANÇA. Cour d'Appel de Paris (1re Ch. C.). Société des Ets Marcel Sebin et autres v. société Irridelco International Corp. et autres, 23/03/1993. **Revue de l'Arbitrage**, v. 1998, n. 3, p. 541-544.

FRANÇA. Cour d'Appel de Paris (1re Ch. D.). Société Matra Hachette v. société Reteitalia, 20/09/1995. **Revue de l'Arbitrage**, v. 1996, n. 1, p. 87-91, 1996.

FRANÇA. Cour d'Appel de Paris, SARL Lola Fleurs v. Société Morceau Fleur et al., 26/02/2013. **Revue de l'arbitrage**, v. 3, 2013, p. 749-751, 2013.

FRANÇA. Cour de Cassation (1e civ.). **Ets. Raymond Gosset v. Carapelli**, 07/05/1963.

FRANÇA. Cour de Cassation (1re Ch. C.). Société MJA v. International Company for Commercial Exchange. **Revue de l'Arbitrage**, n. 2, p. 299-302, 2010.

FRANÇA. Cour de Cassation (1st Ch.). **Société Aéronautique et technologies embarques (ATE) v. Companies Airbus helicopters and Airbus Helicopters Deutschland**. Caso n. 15-19389, 13/07/2016.

FRANÇA. Cour de cassation (Ch. com.). Société Prodim v. Société Logidis, 14/01/2004. **Revue de l'Arbitrage**, v. 2004, n. 3, p. 591-593.

FRANÇA. Cour de Cassation (Ch. Comm.). Partes não informadas. **N. da apelação 90-13821**, j. 08/06/1993.

FRANÇA. Cour de Cassation (Ch. Comm.). Partes não informadas. **N. da apelação 02-18700**, j. 02/04/2004.

FRANÇA. Cour de Cassation (Ch. commerciale). Société Industry et autres v. Société Alstom Power Turbomachines, 2 /06/2004. **Revue de l'Arbitrage**, v. 2004, n. 3, p. 595-596.

FRANÇA. Cour de Cassation (Ch. commerciale). Société Saret v. SBBM, 04/02/1992. **Revue de l'Arbitrage**, v. 1992, n. 4, p. 625-684, 1992.

FRANÇA. Cour de Cassation. **Carrefour v. Le Castel AS**, Caso n. 10-18320, j. 28/09/2011.

FRANÇA. Cour de Cassation. Société Almira Films v. Pierrel, ès qualités, 05/02/1991. **Revue de l'Arbitrage**, v. 1991, n. 4, p. 625-632.

FRANÇA. Cour de Cassation. Société Pirelli & Cie Spa v. Société Licensing Projets et al., 28/03/2013. **Revue de l'arbitrage**, v. 3, 2013, p. 746-749, 2013.

FRANÇA. Cour de Cassation. Société Thinet v. Labrely ès-qualités, 08/03/1988. **Revue de l'Arbitrage**, v. 1989, n. 3, p. 473-480.

FRONTINI, Paulo Salvador. Comentários aos arts. 115-128. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antonio Sérgio A. e Moraes (coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 434-468.

GABARDO, Rodrigo Araújo. **A insuficiência de recursos financeiros na instauração da arbitragem comercial: efeitos no direito brasileiro a partir de uma perspectiva comparada**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

GAGLIARDI, Rafael Villar. Confidencialidade na arbitragem comercial internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**, n. 36, p. 95-135, 2013.

GAILLARD, Emmanuel. O efeito negativo da competência-competência. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 6, n. 24, p. 219-233, 2009.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Aspectos fundamentais de processo arbitral e pontos de contato com a jurisdição estatal. **Revista de Processo**, v. 106, p. 189-216, abr./jun. 2002.

GALVÃO TELLES, Inocêncio. **Manuel dos contratos em geral**. 3. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 1965.

GASIOROWSKI, Kuba; KOS, Rafal. **Elektrim case comes to an end**, 23 jul. 2015. Disponível em: <https://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Arbitration-ADR/Poland/Kubas-Kos-Gakowski/Elektrim-case-era-comes-to-an-end?redir=1>. Acesso em: 25 nov. 2019.

GENOVIVA, Pietro. Gli effetti patrimoniali e personali del fallimento per il fallito. In: FAUCEGLIA, G.; PANZANI, L... **Fallimento e altre procedure concorsuali**, v. 1. UTET, 2009, p. 443-477.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19. ed. rev., atual e aum. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: v. 1: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GONÇALVES, Eduardo Damião. **Arbitrabilidade objetiva**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

GRAZIANI, Carlo Alberto; MINERVINI, Gustavo; BELVISO, Umberto; SANTORO, Vittorio. **Manuale di Diritto Commerciale**. 15. ed. Pádova: CEDAM, 2013, p. 777-783.

GRION, Renato Stephan; PAIVA, Luiz Fernando Valente de; ANDRADE SILVA, Guilherme Piccardi de. A arbitragem no contexto das recuperações judiciais e extrajudiciais e das falências. In: CAMPOS MELO, Leonardo de; BENEDUZI, Renato Rezende. **A reforma da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 83-114.

GUERREIRO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. Rio de Janeiro: Atlas, 2014.

GUERREIRO, Luis Fernando. Cumprimento da sentença arbitral e a Lei 11.232/2005. **Revista de Mediação e Arbitragem**, v. 15, p. 102-116, out./dez. 2007.

GUGLIELMUCCI, Lino. Gli effetti del fallimento per il fallito. In: VASSALLI, Francesco; LUISO, Francesco P.; GABRIELLI Enrico. Trattato di Diritto Fallimentare e Delle Altre Procedure Concorsuali, v. 3: **Gli effetti del fallimento**, Torino: Giappichelli, 2014, p. 1-48.

HANOTIAU, Bernard; SHCWARTZ, Eric. **Multiparty Arbitration**. International Chamber of Commerce – ICC, 2010.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. Comentários aos artigos 115 ao 128. In: DE LUCCA, Newton; e SIMÃO FILHO, Adalberto (coord.). **Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration**. 2014. Disponível em: https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx. Acesso em: 05/dez./2019.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. International Commercial Arbitration Committee. **Confidentiality in International Arbitration**. 2010. Disponível em: <https://www.ila-hq.org/index.php/committees>. Acesso em: 05 dez. 2019.

ITÁLIA. Corte di Cassazione (Sezioni Unite Civili). **Processo 10800/2015**, j. 14/04/2015.

JACKSON, Thomas. **The Logic and Limits of Bankruptcy Law**. Cambridge, Mas.: Harvard University, 1986.

JARROSSON, Charles. Reflexões sobre o imperium. **Revista brasileira de arbitragem**. São Paulo: Síntese, v. 7, n. 27, jul./set, p. 203-231, 2010.

JUDICE, José Miguel. Anotação ao acórdão ESO Australia Resources Limited and Others v. The Honourable Sidney James Plowman and Others. In: **100 Anos de Arbitragem: os casos essenciais comentados**. Coimbra: Coimbra Editora, 2016. [Coleção “PLMJ”, n. 9, p. 153-164].

KARRER, Pierre A. Views on the Decision by the Swiss Supreme Court: Note: 31 March 2009: Swiss Supreme Court. **ASA Bulletin**. Association Suisse de l'Arbitrage; Kluwer Law International, v. 28, n. 1, p. 111-112, 2010.

KIRGIS, Paul. Arbitration, Bankruptcy and Public Policy: A Contractarian Analysis. **American Bankruptcy Institute Law Review**, v. 17, n. 2, p. 503-549, 2009.

KÜHNER, Detlev. The Impact of Party Impecuniosity on Arbitration Agreements: The Example of France and Germany. **Journal of International Arbitration**. Kluwer Law International; Kluwer Law International, v. 31, n. 6, p. 807-818, 2014.

LACERDA, Paulo Maria de. **Da Fallencia no Direito brasileiro**. São Paulo: Editora Nacional, 1931.

LARENZ, Karl. **Derecho Civil**: parte general. Tradução Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Jaén: Revista de Derecho Privado, 1978.

LAZIC, Vezna. **Insolvency Proceedings and Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 1998.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Os efeitos da insolvência sobre os processos de arbitragem internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 43, p. 297-305, out./dez. 2014.

LEMBO, Saverio; GUIGNET, Vicent. Confidentiality in Arbitration: From Myth to Reality. In: FALL MEETING. Montreal: American Bar Association, International Section, set. 2015.

LEMES, Selma M. Ferreira. **Arbitragem em números e valores**: Pesquisa de Arbitragem em Número e Valores: 2010-2017. 2018. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/publicacoes.asp?linguagem=Portugu%EA&secao=Publica%E7%F5es&subsecao=T%F3picos&acao=Consulta&especificacao=Artigos>. Acesso em: 05 jan. 2020.

LEMES, Selma M. Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública**: fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LEMES, Selma M. Ferreira. Arbitragem na concessão de serviços públicos: arbitrabilidade objetiva: confidencialidade ou publicidade processual? Palestra proferida na reunião do Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAR realizada em São Paulo, em 06.05.2003. **RDM**, n. 134, p. 148-163, abr./jun. 2004.

LEMES, Selma M. Ferreira. **Árbitro**: princípios da independência e da imparcialidade: abordagem no direito internacional, nacional e comparado: jurisprudência (Lei n. 9.307/96, sobre arbitragem). São Paulo: LTr, 2001.

LEMES, Selma M. Ferreira. Os princípios jurídicos da lei de arbitragem. In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 73-112.

LEW, Mathew et al. **Comparative International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2003.

LIEBSCHER, Christoph. Insolvency and Arbitrability. In: MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stravos (ed.). **Arbitrability: International and Comparative Perspectives**. The Hague: Kluwer Law International; Kluwer Law International, 2009. International Arbitration Law Library, v. 19, cap. 9, p. 165-178.

LIMA, Bernardo. Decurso simultâneo de processo falimentar e procedimento arbitral. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, v. 9, jul./set. 2018.

LY, Filip de; BROZOLO, Luca G. Radicati di; FRIEDMAN, Mark. Confidentiality in International Commercial Arbitration. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 31, p. 191-246, 2011.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **Arbitragem e Convenção Arbitral**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

MANGE, Flavia Foz. **Processo arbitral: aspectos transnacionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

MANTILLA-SERRANO, Fernando. International Arbitration and Insolvency Proceedings. **Arbitration International**. Londres, v. 11, n. 1, p. 51-74, 1995.

MARCONDES, Sylvio. **Questões de Direito Mercantil**. São Paulo: Saraiva, 1977.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 1º ao 69. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**: v. 1. Campinas, SP: Millennium, 2000.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**: v. 2. Campinas, SP: Millennium, 2000.

MARTINEZ, Ana Paula. Política de Divulgação de informações no âmbito do mercado de capitais. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 28, p. 95-109, abr./jun., 2005.

MARTINS, Pedro A. Batista. Anotações sobre a sentença proferida em sede arbitral. In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 383-420.

MARTINS, Pedro A. Batista. Apontamentos sobre a arbitragem no Brasil. **Revista do Advogado**. São Paulo, n. 51, p. 36-45, out. 1997.

MARTINS, Pedro A. Batista. **Apontamentos sobre a lei de arbitragem**: comentários à lei 9.307/96. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARTINS, Pedro A. Batista. Da ausência de poderes coercitivos e cautelares do árbitro. In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 357-382.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**: v. 5, t. 1: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MATTOS NETO, Antônio José de. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei de arbitragem. **Revista de Processo**, v. 106, p. 221-236, abr./jun. 2002.

MELLO FRANCO, Vera Helena de. Comentários ao art. 103. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de (coord.); PITOMBO, Antônio Sérgio A. De Moraes (coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**: Lei 11.101/2005: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 419-421.

MELLO FRANCO, Vera Helena de. **Contratos**: Direito Civil e Empresarial. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO FRANCO, Vera Helena; SZTAJN, Rachel. **Falência e recuperação da empresa em crise**: comparação com as posições do direito europeu. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MELO, Leonardo de Campos. **Extensão da cláusula compromissória e grupos de sociedades**: a prática arbitral CCI e sua compatibilidade com o direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MENDES, Octávio. **Fallencias e concordatas**: de acordo com o Decreto n. 5.746, de 9 de dezembro de 1929. São Paluo: Saraiva, 1930.

MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. **Arbitragem**: lex mercatória e Direito estatal. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2010.

MERCEREAU, Ana Gerdau de Borja. Note: Société Aéronautique et technologies embarqués (ATE) v. Companies Airbu helicopters and Airbus Helicopters Deutschland, Court of Cassation of France, First Civil Law Chamber, Case No. 15-19389, 13 July 2016. **Revista Brasileira de Arbitragem**. Kluwer Law International, v. 14, n. 55, p. 149-155, 2017.

MESSINEO, Francesco. **Doctrina general del contrato**: t. 1. Tradução de R. O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo e M. Volterra. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1986.

MESSINEO, Francesco. **Manual de Derecho Civil y Comercial**: t. 2. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1954.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 1.0000.18.009008-6/003**. Rel. Des. Sérgio André da Fonseca Xavier, 18ª C. C., j. 16 jul. 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 1.0000.18.047239-1/001-7/0004**. Rel. Des. Pedro Bernardes, 9ª C. C., j. 22 jan. 2019.

MIRANDA VALVERDE, Trajano de. **Comentários à Lei de Falências**: v. 1. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Forense, 1999.

MIRANDA VALVERDE, Trajano de. **Comentários à Lei de Falências**: v. 2. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Forense, 1999.

MONTEIRO, Andre Luis. The Kompetenz-Kompetenz Rule in Brazilian Arbitration Law. **Kluwer Arbitration Blog**, 29 maio 2019. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/05/29/the-kompetenz-kompetenz-rule-in-brazilian-arbitration-law>. Acesso em: 03 dez. 2019.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: v. 1: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MORAES, Felipe Ferreira Machado. **A utilização da arbitragem por empresas em falência**. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2014.

MORAES, Felipe Ferreira Machado. Arbitragem e falência. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma M. Ferreira; MARTINS, Pedro A. Batista (coord.). **20 anos da Lei de Arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. Rio de Janeiro: Atlas, 2017, p. 763-792.

MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito subjetivo, pretensão e ação. **Revista de Processo**, v. 12, n. 47, p. 109-123, jul./set. 1987.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3. ed. atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

MOURRE, Alexis; VAGENHEIM, Alexandre. Some Comments on Denial of Justice in Public and Private International Law After Loewen and Saipem. In: FERNANDEZ-BALLESTER, Miguel Angel; LOZANO, David Arias (ed.). **Liber Amicorum Bernardo Cremades**. Wolters Kluwer España; La Ley, 2010, p. 843-866.

NAEGELI, Georg. Chapter III: The Award and the Courts: Bankruptcy and Arbitration: What Should Prevail? The Impact of Bankruptcy on Pending Arbitral Proceedings. **Austrian Yearbook on International Arbitration**, v. 2010, p. 193-207, 2010.

NANNI, Giovanni Ettore. **Direito civil e arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014.

NARDO, Giulio Nicola. Art. 72 Rapporti Pendenti. In: FERRO, Massimo. **La legge fallimentare: commentario teorico-pratico**. Torino: CEDAM, 2014, p. 968-980.

NASSER, Paulo Magalhães. Apontamentos sobre o desenvolvimento da arbitragem comercial e o controle de legalidade das sentenças arbitrais por meio de ação anulatória e impugnação ao cumprimento de sentença. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (org.). **Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 475-492.

NAVARRINI, Umberto. **Trattato di Dirrito Fallimentare**: v. 1. Bologna: Nicola Zanchelli, 1934.

NEGRÃO, Ricardo. **Curso de Direito Comercial e de Empresa**: v. 3. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NITROLA, Marina. Arbitrato e Fallimento. **I Contratti**, n. 8-9, 2012, p. 756-759.

NONATO, Orosimbo. **Curso de obrigações**: v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

NUNES, Thiago Marinho. A prática das *anti-suit injunctions* no procedimento arbitral e seu recente desenvolvimento no Direito brasileiro. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 2, n. 5, p. 15-51, 2005.

OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

PACCHI, Stefania. Degli Effetti Del Fallimento. In: NIGRO, Alessandro; SANDULLI, Michele; SANTORO, Vittorio. **La Legge Fallimentare Dopo La Riforma**: t. 1: artt. 1-83 bis. Torino: G. Giappichelli, 2010, p. 571-586.

PACHECO, José da Silva. **Processo de falência e concordata**: comentários à lei de falência: doutrina, prática e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PAJARDI, Pietro; PALUCHOWSKI, Alida. **Manuale di Diritto Fallimentare**. 7. ed. Giuffrè, 2008.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 1431047-5**. Rel. Des. Sigurd Roberto Bengtsson, 11ª Câmara Cível, j. 11 maio 2016.

PARISI, Antonio. Articolo 42: beni del fallito. In: CAVALLINNI, Cesare. **Commentario alla legge fallimentare**: artt. 1–63. Egea, 2010, p. 881-894.

PARK, William W. Non-Signatories and International Contracts: An Arbitrator's Dilemma. In: PERMANENT COURT OF ARBITRATION. **Multiple Party Actions in International Arbitration**. Oxford: Oxford University, 2009.

PENALVA SANTOS, J. A. O instituto da arbitragem no âmbito da recuperação judicial. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva (coord.). **Arbitragem doméstica e internacional**: estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 155-171.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. Disposições comuns à recuperação judicial e à falência. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de (coord.); PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**: Lei 11.101/2005: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 131-143.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. Disposições preliminares. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de (coord.); PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**: Lei 11.101/2005: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 57-129.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**: v. 1. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**: v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**: v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PEREIRA, Thomaz Henrique Junqueira de Andrade. **Princípios do direito falimentar e recuperacional brasileiro**. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009.

PINTO, José Emílio Nunes. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. **Migalhas**, 28 set. 2004. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI7218,71043-A+clausula+compromissoria+a+luz+do+Codigo+Civil>. Acesso em: 14 nov. 2019.

PINTO, José Emílio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 2, n. 6, p. 25-36, jul./set. 2005.

PITOMBO, Eleonora C. Os efeitos da convenção de arbitragem: adoção do princípio *kompetenz-kompetenz* no Brasil. In: LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; e MARTINS, Pedro A. Batista (coord.). **Arbitragem**: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares. São Paulo: Atlas, 2007, p. 326-338.

POLÔNIA, Tribunal de Apelação de Varsóvia. **Caso n. I Acz 1883/09**, Vivendi S.A. et al. v. Alektrim S.A. et al., Varsóvia, 26/11/2009. Não publicado.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**, v. 3. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. t. 1. Campinas, SP: Bookseller, 1998.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: t. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: t. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: t. 5. 3. ed. Rio de Janeiro: RT, 1984.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: t. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: t. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: t. 27. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: t. 28. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: t. 38. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Agravo n. 1015/99**. Rel. Aragão Seia, 1ª Seção, j. 18 jan. 2000.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Processo n. 1212/14**. Rel. Ana Paula Boularot, 6ª Seção, j. 26 abr. 2016.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Processo n. 99 A 1015**. Rel. Aragão Seia, 18 jan. 2010.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Processo n. 753/2007**. Rel. Joaquim de Sousa Ribeiro, 2ª Secção, j. 30 maio 2008.

PROVINCIALI, Renzo. **Trattato di Diritto Fallimentare**: t. 2. Milano: Giuffrè, 1974.

PUCCI, Adriana Noemi. O princípio competência-competência. **Revista do Advogado**, v. 33, n. 119, p. 13-22, abr. 2013.

PUGLIESI, Adriana Valéria. **Direito Falimentar e preservação da empresa**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

RAMELLA, Agostino. **Trattato del fallimento**: v. 1. Milano: Societa Editrice Libreria, 1903.

RANZOLIN, Ricardo. **Controle judicial da arbitragem**. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

RÁO, Vicente. **Ato jurídico**: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais: o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 3. ed. anot. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

RECCHIONI, Stefano. Articolo 24: Competenza del tribunale fallimentare. In: CAVALLINNI, Cesare. **Commentario alla legge fallimentare**, Artt. 1–63. Egea, 2010, p. 469-553.

RECENA COSTA, Guilherme. **Partes e terceiros na arbitragem**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.

RECHSTEINER, Beat Walter. Efeitos jurídicos da decretação da falência e da concessão da recuperação judicial em relação à arbitragem no direito brasileiro. In: LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro A. Batista (coord.). **Arbitragem**: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares. São Paulo: Atlas, 2007, p. 351-371.

REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. **Law and Practice of International Arbitration**. 2. ed. London, UK: Sweet & Maxwell, 1991.

REINO UNIDO. Court of Appeal (Civil Division). Caso n. A2/2008/2435. José Syska, as administrator of Elektrim S.A. et al. v. Vivendo Universal S.A. et al. Rel. Lord Justice Longmore, Londres, 09/07/2009, **Yearbook Commercial Arbitration**, v. 34, p. 293-318, 2009.

REINO UNIDO. Court of Appeal. **Janos Paczy v. Haenlder&Natermann GmbH**, [1981] 1 Lloyd's Rep 302 (CA).

REINO UNIDO. **Emmott v. Michael Wilson and Partners**, [2008] EWCA Civ 18.

REINO UNIDO. **Enron Metals & Commodity Ltd v. HIH Casualty & General Insurance Ltd**. [2005] EWHC 485, 10 March, 2005.

REINO UNIDO. **Hassneh Insurance Co of Israel v. Mew**, [1993] 2 Lloyd's Rep 243 at 246-247.

REINO UNIDO. **Northern Ireland High Court. Trunk Flooring Ltd v HSBC Asset Finance (UK) Ltd and Costa Rica SRL**, [2015] NIQB 23.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**: v. 1. São Paulo: Saraiva, 1978.

RESNICK, Alan. The Enforceability of Arbitration Clauses in Bankruptcy. **American Bankruptcy Institute Law Review**, v. 15, p. 183-221, 2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 70045459880**. Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, 5ª C. C., j. 14 dez. 2011.

ROMERO, Eduardo Silva (Dir. Académico); ESPINOSA, Fabricio Mantilla (Coord. Académico). **El contrato de arbitraje**. Bogotá: Legis, 2005.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

ROSELL, José; PRAGER, Harvey. International Arbitration and Bankruptcy: United States, France and the ICC. **Journal of International Arbitration**. Kluwer Law International, v. 18, n. 4, p. 417-434, 2001.

SACRAMONE, Marcelo. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SADDI, Jairo. Arbitragem em matéria falimentar e liquidação extrajudicial. In: CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de; WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge; GUERREIRO, Carolina Dias Tavares (coord.). **Direito Empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 641-662.

SADOWSKI, Wojciech. **The European and Middle Eastern Arbitration Review 2011**. 18 out. 2010. Acesso em: <https://globalarbitrationreview.com/insight/the-european-middle-eastern-arbitration-review-2011/1036638/poland>. Acesso em: 22 nov. 2019.

SALAMA, Bruno Meyerhof; PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. **Revista Direito GV**, n. 7, p. 15-28, jan./jun. 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Breves notas sobre transparência e publicidade na arbitragem societária. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 52, p. 63-69, jan./mar. 2017.

SAMPAIO DE LACERDA, J. C. **Manual de Direito Falimentar**. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

SANTOS, Elenise Peruzzo dos. Os princípios clássicos e atuais da lei de falências e recuperação de empresas. In: BATTELO, Sílvio Javier. **Principais controvérsias na nova lei de falências**. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 13-36.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 124.217.4/0**. Rel. Des. Rodrigues de Carvalho, 5ª Câmara de Direito Privado, j. 16 set. 1999.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2040226-91.2015.8.26.0000**. Rel. Des. Carlos Alberto Garbi, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 14 maio 2016. [“Caso BTG”].

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2060557-31.2014.8.26.0000**. Rel. Des. Fortes Barbosa, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 17 jul. 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2063864-22.2016.8.26.0000**. Rel. Des. Aroldo Viotti, 11ª Câmara de Direito Público, j. 12 abr. 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2075029-95.2018.8.26.0000**. Rel. Des. Carlos Alberto de Salles, 3ª Câmara de Direito Privado, j. 07 ago. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 512.922-4/0-00**. Rel. Des. Romeu Ricupero, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, j. 31 out. 2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 531.020-4/3-00**. Rel. Des. Pereira Calças, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, j. 25 jun. 2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 576.078-4/6-00**. Rel. Des. Romeu Ricupero, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, j. 24 set. 2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 644.204-4/4-01**. Rel. Des. Maia da Cunha, 4ª Câmara de Direito Privado, j. 10 dez. 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 658.014-4/2-00**. Rel. Des. Roberto Solimene, 6ª Câmara de Direito Privado, j. 10 dez. 2009. [“Caso Ericsson”].

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 685.039-4/9-00**. Rel. Des. Pereira Calças, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, j. 27 out. 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 994.09.277325-4**. Rel. Des. Lino Machado, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, j. 14 set. 2010.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 0003784-70.2012.8.26.0161**. Rel. Des. Ênio Zuliani, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 21 maio 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 0007124-69.2012.8.26.0210**. Rel. Des. Ênio Zuliani, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 29 maio 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 0144646-17.2011.8.26.0100**. Rel. Des. Gil Coelho, 11ª Câmara de Direito Privado, j. 27 ago. 2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 0171521-92.2009.8.26.0100**. Rel. Des. Matheus Fontes, 22ª Câmara de Direito Privado, j. 20 jun. 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 0176616- 06.2009.8.26.0100**. Rel. Des. Melo Bueno, 35ª Câmara de Direito Privado, j. 26 mar. 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 1007915-84.2017.8.26.0100**. Rel. Min. Hugo Crepaldi, 25ª Câmara de Direito Privado, j. 14 set. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 1008573-55.2015.8.26.0302**. Rel. Des. Fortes Barbosa, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 07 dez. 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 1010893-44.2016.8.26.0011**. Rel. Des. Fortes Barbosa, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 03 ago. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 1020976-33.2018.8.26.0405**. Rel. Des. Sá Duarte, 33ª Câmara de Direito Privado, j. 23 set. 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 1049478-63.2014.8.26.0100**. Rel. Des. Hamid Bdine, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 13 set. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 1117820-92.2015.8.26.0100**. Rel. Des. Natan Zelinski de Arruda, 4ª Câmara de Direito Privado, j. 25 set. 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 1125817-29.2015.8.26.0100**. Rel. Des. Cesar Ciampolini, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 19 out. 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 994.09.283624-0**. Rel. Des. Pereira Calças, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, j. 02 mar. 2010.

SATTA, Salvatore. **Dirrito Fallimentare**. Padova: CEDAM, 1974.

SATTA, Salvatore. **Istituzioni di Diritto Fallimentare**. 4. ed. Roma: Foro Italiano, 1953.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2018.

SCHUNK, Giuliana Bonanno. **Contratos de longo prazo e dever de cooperação**. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

SENTENÇA ARBITRAL PARCIAL. Texaco Overseas Petroleum Company/California Asiatic Oil Company v The Government of the Libyan Arab Republic, 27/11/1975, **Yearbook Commercial Arbitration**, v. 4, p. 177-187, 1979.

SERASA EXPERIAN. **Indicadores econômicos**. Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/amplie-seus-conhecimentos/indicadores-economicos>. Acesso em: 05 jan. 2020.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil**: v. 1: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.

SILVA, Eduardo Silva da. **Arbitragem e Direito da Empresa**: dogmática e implementação da cláusula compromissória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVEIRA, Gustavo Scheffer da. O papel do juiz no fortalecimento da arbitragem: efeito negativo da competênciacompetência v. anti-suit injunctions. **Revista Brasileira de Arbitragem**. Kluwer Law International, v. 15, n. 60, p. 44-58, 2018.

SIMIONATO, Frederico A. Monte. **Tratado de Direito Falimentar**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SIOUFI FILHO, Alfred Habib. Denegação de Justiça. **Revista Brasileira de Arbitragem**, edição especial: A proteção ao investimento estrangeiro, p. 161-179, 2011.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005**: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

STEIN, Raquel. **Arbitrabilidade no Direito Societário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. **Revista de Informação Legislativa**, v. 52, n. 206, p. 33-51, abr./jun. 2015.

SUÉCIA. Swedish Supreme Court. Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd. v. A.I. Trade Finance Inc., 27 October 2000. **Yearbook Commercial Arbitration**, v. 26, p. 291-298, 2001.

SUÍÇA. Bundesgericht. Caso n. 4A_428/2008. Vivendi S.A. et al. v. Elektrim S.A. et al., 31/03/2009. **Yearbook Commercial Arbitration**, v. 34, p. 286-292, 2009.

SUÍÇA. **Caso 4A_50/2012**. Partes não reveladas.

SZTAJN, Rachel. Comentários ao art. 150. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 465-466.

SZTAJN, Rachel. Comentários ao art. 50. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de (coord.); PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 231-247.

SZTAJN, Rachel. **Contrato de sociedade e formas societárias**. São Paulo: Saraiva, 1989.

TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. Comentários aos artigos 102 ao 104. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (coord.). **Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 456-463.

TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. Da verificação de créditos. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antonio Sérgio A. e Moraes (coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 144-162.

TAWIL, Guido Santiago. National Report for Argentina (2019). In: BOSMAN, Lise. (ed.). **ICCA International Handbook on Commercial Arbitration**. ICCA & Kluwer Law International 2019, Supplement n. 107, p. 1-54, 2019.

TELLECHEA, Rodrigo. **Sociedades anônimas fechadas: direitos individuais dos acionistas e cláusula compromissória estatutária superveniente**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.

TEPEDINO, Ricardo. Comentários aos arts. 105-137. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles; ABRÃO, Carlos Henrique (coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 236-429.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Alguns aspectos processuais da nova Lei de Falências. **RDCPC**, n. 39, jan./fev. 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: v. 1. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: v. 3. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de execução**. 11. ed. São Paulo: Livraria e Universitária de Direito, 1986.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. Arbitragem e insolvência. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 6, n. 20, jan./mar. 2009, p. 25-52.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. Comentários aos arts. 1-34. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles; ABRÃO, Carlos Henrique (coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 2-93.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; PUGLIESI, Adriana V. A falência: noções gerais. In: CARVALHOSA, Modesto (coord.). **Tratado de Direito Empresarial**: v. 5: recuperação judicial e falência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, cap. 9, p. 261-282.

TOMAZZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**: v. 3: falência e recuperação de empresas. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

TONIN, Mauricio Moraes. Direito patrimonial disponível da Administração Pública: tentativa de definição. In: LEE, João Bosco; MANGE, Flavia (ed.). **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 15, n. 59, p. 61-79, 2018.

TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao código de processo civil**: v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

TRABUCCHI, Alberto. **Instituciones de Derecho Civil**: v. 1. Madrid: Editorial Revista Derecho Privado, 1967.

TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, Jose Rogério. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

UBALDINO MIRANDA, Custódio da Piedade. **Interpretação e integração dos negócios jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

UNITED NATIONS. Commission on International Trade Law. **UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation**. New York: United Nations, 2014. Disponível em: https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency. Acesso em: 25 nov. 2019.

UNITED NATIONS. Commission on International Trade Law. **UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006**. Vienna: United Nations, 2008. Disponível em: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration. Acesso em: 02 dez. 2019.

UNITED NATIONS. Conference on International Commercial Arbitration. **Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards**. New York: United Nations, 1958. Disponível em: <http://www.newyorkconvention.org>. Acesso em: 05 dez. 2019.

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **A arbitragem em juízo**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.

VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins et al. Financiamento de terceiros e arbitragem no processo concursal. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 16, n. 61, p. 36-62, 2019.

VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins. Arbitragem, insolvência e o dilema da publicidade. **Revista de Processo**, v. 292, p. 399-432, 2019.

VELLA, Paola. Art. 42 l.f. In: FERRO, Massimo. **La legge Fallimentare commentario teorico-pratico**. Padova: CEDAM, 2014, p. 582-600.

VERÇOSA, Fabiane. Arbitragem interna v. Arbitragem internacional: Breves contornos da distinção e sua repercussão no ordenamento jurídico brasileiro face ao princípio da autonomia da vontade. In: TIBÚRCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (org.). **O Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 421-449.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (org.). **Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307/1996**. São Paulo: Malheiros, 2008.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A cláusula compromissória e o art. 117, *caput*, da lei de recuperação de empresas e falência. **Migalhas**, 9 jan. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI318070,61044-A+clausula+compromissoria+e+o+art+117+caput+da+lei+de+recuperacao+de>. Acesso em: 10 jan. 2020.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Direito comercial: teoria geral do contrato**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. [Coleção “Direito Comercial”, v. 4].

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Honorários contratuais e de sucumbência na arbitragem. **Migalhas**, 18 nov. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI315209,31047-Honorarios+contratuais+e+de+sucumbencia+na+arbitragem>. Acesso em: 05 jan. 2020.

VICENTE, Dário Moura. National Report for Portugal (2018 through 2019). **ICCA International Handbook on Commercial Arbitration**. Kluwer Law International, Supplement n. 104, p. 1-40, fev. 2019.

VIEIRA, Maíra de Melo. A obrigatoriedade da cláusula compromissória em caso de litígios envolvendo empresas sujeitas a processos de falência ou recuperação. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: RT, v. 7, n. 28, jan./mar. 2011.

VISSCHER, Charles de. Le déni de justice em Droit International. **Recueil des Cours de La Haye**, t. 52, 1935.

VORBURGER, Simon. **International Arbitration and Cross-Border Insolvency: Comparative Perspectives**. The Hague: Kluwer International, 2014.

VOSER, Nathalie; GEORGE, Anya. Insolvency and Arbitration: Swiss Supreme Court revisits its Vivendi vs. Elektrim decision. **Kluwer Arbitration Blog**, 05 dez. 2012. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2012/12/05/insolvency-and-arbitration-swiss-supreme-court-revisits-its-vivendi-vs-elektrim-decision>. Acesso em: 22 nov. 2009.

WAGNER, Gerhard. Impecunious Parties and Arbitration Agreements. **German Arbitration Journal**. Kluwer Law International, v. 1, n. 5, p. 206-218, 2003.

WAGNER, Philipp. Insolvency and Arbitration: A Pleading for International Insolvency Law. **5 Disp. Rsol. Int'l 189**, 2011. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/disreint5&div=20&id=&page=>. Acesso em: 5 jan. 2020.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WLADECK, Felipe Sripes. **Impugnação da sentença arbitral**. Salvador: Juspodivm, 2014.

ZANINI, Carlos Klein. Comentários ao art. 76. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de (coord.); PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 340-344.

ŽIVKOVIĆ, Patricia. Impecunious Parties in Arbitration: An Overview of European National Courts' Practice. **Croatian Arbitration Yearbook**, v. 23, 13 dez. 2016.

ZUCCONI GALLI FONSECA, Elena. Ancora su arbitrato rituale e fallimento. **Rivista Dell'Arbitrato**, n. 1, p. 1-27, 2014.