



Centro Universitário de Brasília - UniCeub
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

CAMILA TRINDADE CARRA

**A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NOS
PLANOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL: MITIGAÇÃO DO
RISCO DE CONVOLAÇÃO EM FALÊNCIA.**

Brasília

2017

CAMILA TRINDADE CARRA

**A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NOS
PLANOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL: MITIGAÇÃO DO
RISCO DE CONVOLAÇÃO EM FALÊNCIA.**

Projeto de pesquisa apresentado como requisito para aprovação na disciplina Monografia III do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília.
Orientador: Professora. Lucineia Possar

Brasília

2017

CAMILA TRINDADE CARRA

**A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NOS
PLANOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL: MITIGAÇÃO DO
RISCO DE CONVOLAÇÃO EM FALÊNCIA.**

Projeto de pesquisa apresentado como
requisito para aprovação na disciplina
Monografia III do curso de bacharelado em
Direito do Centro Universitário de Brasília.
Orientadora: Professora. Lucineia Possar.

Brasília, _____ de 2017.

Banca Examinadora

Prof. Lucineia Possar

Orientador

Examinador

Examinador

Brasília
2017

RESUMO

O presente trabalho visa abordar a possibilidade de utilizar o instituto da arbitragem no âmbito da recuperação judicial de empresas. Para alcançar este objetivo, estudou-se doutrina referente à recuperação judicial de empresa, a recuperação extrajudicial, o instituto da concordata e a arbitragem, identificando as alterações que ocorreram com a implementação da nova lei de falência e recuperação de empresas, os procedimentos que são adotados e seguidos na recuperação judicial pela lei 11.101/2005, seus agentes diretos e indiretos, os seus elementos e requisitos, além das leis 9.307/96 e 13.129/2015 que tratam sobre a arbitragem. Logo, verificou-se a possibilidade do uso da arbitragem no instituto da recuperação judicial de empresas como forma de impedir a convolação direta da recuperação judicial em falência pelo descumprimento de cláusula constante no plano de recuperação proposto pelo devedor, e ainda houve a análise do procedimento da mediação nas causas de família e a possibilidade de sua utilização na arbitragem. Em conclusão, chegou-se a real possibilidade do uso da arbitragem na recuperação judicial de empresas.

Palavras-chave: Direito Empresarial. Recuperação de Judicial. Recuperação Extrajudicial. Concordata. Arbitragem.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	3
2 A EMPRESA, O EMPRESÁRIO	5
2.1 A Empresa	5
2.2 O Empresário	5
3 DO DECRETO-LEI 7.661	8
3.1 Da Concordata	8
3.1.1 Da Concordata Preventiva.....	9
3.1.2 Da Concordata Suspensiva.....	10
4 RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS	9
4.1 Conceito.....	9
4.2 Objetivo	11
4.3 Da Função Social da Empresa	13
4.4 Preservação da Empresa	14
4.5 Do Pedido e Processamento da Recuperação Judicial.....	15
4.6 Requisitos específicos para o requerimento da recuperação judicial	18
4.7 Da Petição Inicial.....	19
4.8 Créditos sujeitos à recuperação judicial	20
4.9 Do Plano de Recuperação Judicial	22
5 RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL.....	29
5.1 Conceito.....	29
5.2 Credores não abrangidos pela recuperação extrajudicial	30
5.3 Credores abrangidos pela recuperação extrajudicial	31
5.4 Modalidades	31
5.5 Requisitos Subjetivos	32

5.6 Requisitos Objetivos.....	33
5.7 Homologação.....	33
6 ARBITRAGEM	35
6.1 O movimento de acesso à justiça.....	35
6.2 Conceito.....	36
6.3 Cláusula Compromissória antes da Lei n. 9.307/96	39
6.4 Procedimento Arbitral	42
6.5 O Novo Código de Processo Civil e a Arbitragem.....	45
7 ARBITRAGEM NA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS	49
7.1 Arbitragem como Mecanismo de Solução de Controvérsia Decorrente da Implementação do Plano de Recuperação Judicial	53
7.2 Vinculação à Cláusula Compromissória.....	53
7.3 Análise da Cláusula Compromissória pelo Juízo da Recuperação Judicial	55
7.4 Possibilidade de Intervenção de Terceiros no Procedimento Arbitral	56
7.5 Análise do procedimento da mediação nas causas de família e a possibilidade de sua utilização na arbitragem.....	57
7.6 Mediação nas hipóteses de recuperação judicial.....	59
8 CONCLUSÃO.....	63
REFERÊNCIAS	64

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como intenção apresentar novos paradigmas jurídicos que a era globalizada passa a tratar e a necessitar, além das respectivas correntes de pensamento a favor e contra a nova lei de arbitragem e o seu sistema de privatização da jurisdição.

Hoje as empresas desempenham funções relevantes dentro da sociedade, seja no âmbito interno, seja no externo ou internacional, e a manutenção da atividade econômica empresarial representa uma necessidade no mundo contemporâneo. A empresa representa para a economia nacional e mundial moderna a maior parte de suas atividades e delimita o âmbito de atuação do direito empresarial. A atividade empresarial representa uma atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços para o mercado. O direito empresarial ao tratar sobre a atividade empresarial e os diversos atos nos quais a empresa se concretiza, disciplina ainda a empresa em crise.

Tendo em vista a necessidade da celeridade em todos os âmbitos da vida atual, um maior dinamismo que o direito passa a requerer e a necessidade do Estado em ver sua economia aquecida, mantendo as taxas de desemprego em números baixos. Abordaremos a possibilidade do direito empresarial brasileiro afirmar a posição do uso do juízo arbitral para no caso de descumprimento do plano de recuperação judicial elaborado pelos credores juntamente com o empresário devedor ou sociedade empresária e posteriormente homologado pelo juiz, não seja imediatamente convolado em falência.

O juízo arbitral está regulado na Lei nº 9.307,1 de 23 de setembro 1996. A referida lei está dominada pelos apelos da globalização econômica, que rompe o monopólio do Estado de distribuição de justiça, por meio de técnicas de mediações e de arbitragens privadas, já encontradas em países “avançados”.

Existe uma corrente contrária à privatização da jurisdição através do uso da arbitragem, entendendo que a nova lei de arbitragem se apresenta enfraquecedora do Poder Judiciário, instituindo no Brasil, a privatização da Justiça, no raio de sua competência funcional. A arbitragem, nesse contexto, é compreendida como forma de afastar a jurisdição e

1 BRASIL. *Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre arbitragem. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 20 dez. 2016.

as normas presentes no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, não sendo necessário assim, o embasamento jurisprudencial ou normativo na decretação da decisão arbitral.

Assim, de acordo com a doutrina que trata do tema em questão, como o autor Antônio Souza Prudente, entendendo que o Código Civil² tenha afirmado, impropriamente, com sua manifestação privatista, que “os árbitros são juízes de fato e de direito, não sendo sujeito o seu julgamento a alçada, ou recurso, exceto se o contrário convencionarem as partes” (art. 1.041), onde submeteu a eficácia da sentença arbitral à homologação do juiz natural (art. 1.045), assegurando à parte insubmissa o direito fundamental à ampla defesa (art. 1.046), no que foi seguido pelos artigos 1.078, 1.096 a 1.102 do Código de Processo Civil,³ agora, ambos os artigos revogados pelo legislador ordinário.

Com isso, será trazido e pontuado no presente trabalho a nova lei de falência e recuperação judicial e extrajudicial e as controvérsias doutrinárias referentes à nova lei de arbitragem e a sua aplicação nos acordos de recuperação judicial, com a possibilidade da não convalidação da recuperação judicial em falência pelo descumprimento do plano de recuperação judicial. Para tanto o trabalho necessita abordar o uso da cláusula compromissória pelas partes dentro do Plano de Recuperação Judicial, pois esta se fará imprescindível quando se tratar do uso da arbitragem dentro do processo de Recuperação Judicial.

Importante salientar que a intenção deste trabalho não é defender a possibilidade da aplicação da arbitragem na formação das assembleias de credores ou a sua utilização para montar e formalizar o Plano de Recuperação Judicial. Todavia, vislumbra-se a possibilidade da inclusão de cláusula compromissória no Plano de Recuperação Judicial da empresa em crise econômica financeira após sua aprovação e homologação judicial para solução de controvérsias decorrentes de seu cumprimento, evitando que a recuperação judicial seja convalidada em falência pelo descumprimento de obrigação constante no Plano.

² BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 out.2016.

³ BRASIL. *Lei n.5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 21 abr.2016.

2 A EMPRESA, O EMPRESÁRIO

2.1 A Empresa

O conceito econômico de empresa na visão de Fábio Nusdeo sugere, “é a unidade produtora cuja tarefa é combinar fatores de produção com o fim de oferecer ao mercado bens ou serviços, não importa qual o estágio de produção”.⁴

Empresa é a atividade econômica desenvolvida pelo empresário ou sociedade empresária com o intuito de produção ou circulação de bens ou serviços para o mercado, exercida profissionalmente e de forma organizada. A atividade empresarial tem por finalidade a obtenção de lucro através de quem a explore, em contrapartida, estes devem assumir os riscos e dificuldades inerentes à atividade, como a busca por novos mercados, a rejeição de seus produtos no mercado, as taxas de juros e os impostos sobre as mercadorias e serviços, a captação e manutenção de clientes, entre outros.

As diversas dificuldades que o empresário e a sociedade empresária se deparam para exercerem suas atividades são fatores que podem culminar em crises dos mais diversos tipos, como a crise de rigidez, econômica, financeira e patrimonial.

2.2 O Empresário

No artigo 966 do Código Civil Brasileiro de 2002, está o conceito de empresário, sendo este quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.⁵

Para caracterizar a atividade do empresário é importante que requisitos sejam considerados e preenchidos de maneira cumulativa. Assim, é necessária a personalidade do sujeito para ser caracterizado como empresário, além de exercer profissionalmente a atividade do objeto empresarial. O empresário deverá exercer a atividade empresária de forma habitual

⁴ NUSDEO, Fábio, 1997, apud, TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 1. p. 36.

⁵ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 out. 2016.

e organizada com vistas ao lucro, ou seja, a partir dos fatores de produção (capital, mão de obra e tecnologia), ainda deve este empresário suportar os riscos do seu empreendimento.

Segundo Marlon Tomazette, são elementos característicos da condição de empresário⁶:

- a) a atividade,
- b) a economicidade,
- c) a organização,
- d) a profissionalidade,
- e) a produção ou circulação de bens ou serviços,
- f) o direcionamento ao mercado e
- g) a assunção de risco.

Vale dizer que o empresário é o sujeito de direito que exerce a empresa. Neste contexto existem duas modalidades: o empresário individual e a sociedade empresária. A empresa pode ser desenvolvida por pessoas físicas ou jurídicas. O empresário individual é pessoa física que exerce atividade de empresa, em nome próprio, nos termos do artigo 966 do código civil brasileiro de 2002⁷. Todavia, se quem exerce a atividade de empresa é pessoa jurídica, em acordo com o artigo 982 do código civil brasileiro de 2002, será esta considerada sociedade empresária⁸. Ressalta-se que o sócio não exerce atividade empresarial, configurando-se como mero proprietário e não sendo reconhecido como empresário.

O código civil brasileiro prevê quem pode ser enquadrado como empresário, e ainda, as pessoas e os profissionais que são impedidos por lei de exercer a atividade empresarial. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza

⁶ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. Falência e recuperação de empresas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 3. p. 12.

⁷ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 out. 2016.

⁸ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 out. 2016.

científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.⁹

⁹ Art. 966, Parágrafo Único da Lei nº 10.406/2002. BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 out. 2016.

3 DO DECRETO-LEI 7.661

3.1 Da Concordata

A concordata, instituto previsto no Decreto-lei 7.661, de 21.06.1945,¹⁰ que rege hoje a falência e recuperação de empresas no Brasil, visava solucionar a situação econômica da insolvência do devedor, evitando (Concordata Preventiva) ou suspendendo (Concordata Suspensiva) a falência, a fim de permitir a reorganização, recuperação e restauração econômica da empresa. Este instituto tinha como característica evitar a decretação da falência, pois esta sempre tem repercussão drástica e inquietante no meio comercial.

A finalidade do instituto da concordata no conceito de Amador Paes de Almeida era salvaguardar, da falência, o devedor desventurado e honesto, e que se encontrava temporariamente endividado, impedindo tal declaração e, por via de consequência, os resultados que dela decorressem.¹¹

A concordata era um processo que o comerciante podia mover apenas contra seus credores quirografários. O concordatário continuaria exercendo o seu comércio com restrições no tocante à alienação de imóveis e a transferência de seu estabelecimento.

A lei concedia um benefício ao devedor imbuído de boa-fé, que consistia na prorrogação dos prazos de pagamento ou na diminuição do valor devido, com a finalidade de evitar a decretação da falência de sua empresa, demonstrando que o legislador apenas em última análise busca a solução da empresa pela falência.

A boa-fé do comerciante não se baseava na conduta moral deste, em si. Pois mesmo que o comportamento dele fosse condenável sob o ponto de vista moral, ele seria considerado honesto se, inobstante, atendesse aos elementos legais. Assim, cumprindo o previsto em lei, seria concedida a concordata, não sendo relevante a conduta moral do empresário.

¹⁰ BRASIL. *Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. Lei de falências. Revogado pela Lei nº 11.101, de 2005.* Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del7661.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.

¹¹ ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de Falência e Recuperação de Empresa.* 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 316.

A concordata era uma pretensão jurídica que os comerciantes utilizavam, objetivando uma dilação de prazo para o pagamento dos credores, visando uma reorganização e uma reestruturação econômico-financeira da empresa a fim de suspender ou evitar a falência. Não se tratava de um acordo entre devedor comerciante e credores, mas de uma demanda, um remédio legal e jurídico, um favor legal concedido ao comerciante honesto e de boa-fé, em virtude dos riscos que envolvem a atividade mercantil.

Por fim, a concordata nos dizeres de Amador Paes de Almeida constituía-se, pois, na única possibilidade jurídica de sobrevivência da empresa, o que por si só põe em relevo a importância do instituto que, ao longo de sua existência, passou por sucessivas alterações, sendo estas responsáveis pela existência, hoje, da recuperação judicial.¹²

3.1.1 Concordata preventiva

No mês de outubro do ano de 1890, o Decreto n. 917 introduzia, entre nós, a concordata preventiva. Como o próprio nome deixa entrever, é aquela que era requerida preventivamente como modo de se evitar a declaração da falência.¹³

A concordata preventiva era utilizada para prevenir ou evitar a falência, com a finalidade de facilitar o pagamento dos credores, através do prolongamento do prazo e da escusa de parte da dívida. Quando era verificada que a empresa estava prestes a se tornar insolvente, mas ainda possuía um lastro suficiente para se salvar, poderia o devedor, através da concordata preventiva, conseguir o seu reajustamento econômico, permitindo ao comerciante devedor evitar a falência, prosseguindo em sua atividade.

Esta modalidade de concordata só abrangia os credores quirografários, não envolvendo, os credores com garantias reais e os privilegiados. Algumas empresas também estavam excluídas da concordata, como as empresas de serviços aéreos, as seguradoras, as instituições financeiras e as sociedades irregulares ou de fato.

3.1.2 Concordata suspensiva

Amador Paes de Almeida explica sobre a concordata suspensiva, a saber:¹⁴

¹² ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de Falência e Recuperação de Empresa*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 316.

¹³ ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de Falência e Recuperação de Empresa*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 318.

“A primeira concordata a ser introduzida no direito brasileiro foi a *concordata suspensiva*, assim denominada aquela concedida no decorrer do processo falimentar, quando era restituída ao falido a livre administração dos seus bens. Dispunha o art. 847 do Código Comercial, nesta parte hoje revogado”.

Esta modalidade de concordata foi abolida na nova lei de Falência e Recuperação de empresas, Lei 11.101/2005, e não pode mais ser deferida, ainda que nas falências em andamento pelo sistema anterior. As concordatas suspensivas que foram deferidas antes da vigência da nova lei, continuam em andamento.

A concordata suspensiva servia para suspender o processo de falência que já havia sido decretado. Em um determinado momento deste processo de falência, poderia o falido, caso este preenchesse os requisitos exigidos, pedir ao juiz que lhe concedesse a concordata suspensiva, propondo assim, aos credores quirografários, o pagamento de 35% à vista ou 50% em um prazo de até dois anos, em cima do saldo de seus créditos. Se o pedido feito ao juiz fosse deferido, o falido voltaria a estar na posse de seus bens, que eram devolvidos, e este retornaria a comercializar normalmente, apenas com algumas restrições, referente à venda de imóveis e à transferência de seu estabelecimento, encerrando-se a falência com o cumprimento da concordata, em acordo com o artigo 149 do Decreto-lei.¹⁵

¹⁴ ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de Falência e Recuperação de Empresa*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 317.

¹⁵ ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de Falência e Recuperação de Empresa*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 317.

4 RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS

4.1 Conceito

A cumulação de vários aspectos negativos quanto ao uso da concordata foram sendo observados pelas empresas, credores e pelo judiciário, sendo estes os responsáveis pela alteração da lei de falência, adotando-se a partir de 2005 a recuperação judicial de empresas, que substituiu a utilizada concordata preventiva, porém a concordata suspensiva igualmente fora extinta.

Dentre os aspectos que acarretaram a substituição da concordata pela recuperação judicial, fazendo surgir uma nova lei de falência, Amador Paes de Almeida, aponta:¹⁶

“A concordata, malgrado constituir-se no instrumento jurídico indispensável à recuperação econômico-financeira dos empresários, com o correr do tempo foi-se mostrando inadequada, entre outras coisas, por não assegurar ao devedor os recursos financeiros fundamentais para a manutenção de estoques e continuação da atividade empresarial. De outro lado, sem garantia efetiva de receber seus créditos, as instituições financeiras recusavam-se, sistematicamente, a financiar a atividade comercial de concordatários, tornando impraticável o fiel cumprimento das obrigações destes, o que, na prática, culminava na convalidação da concordata em falência, com prejuízos insanáveis para o devedor, fornecedores e empregados”.

O instituto da recuperação de empresas busca através de uma série de atos acordados entre os credores e o devedor empresário, e homologados pelo juízo competente, a reestruturação e manutenção da empresa em crise econômico-financeira, através da preservação da atividade empresarial, evitando sua decretação em falência.

Diferentemente da concordata preventiva que se caracterizava como um favor legal imposto aos credores quirografários, a recuperação judicial tem um propósito maior, abrangendo todos os créditos, inclusive os vincendos. É marcada pela consensualidade e solidariedade refletidos estes no Plano de Recuperação.¹⁷

¹⁶ ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de Falência e Recuperação de Empresa*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 319.

¹⁷ PINTO, José Emílio Nunes. *A arbitragem na recuperação de empresas*. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7170/a-arbitragem-na-recuperacao-de-empresas>>.

Com efeito, entende Marlon Tomazette:¹⁸

“Em razão dos efeitos perniciosos que as crises da empresa podem gerar, nosso ordenamento jurídico, por meio da Lei nº 11.101/2005, houve por bem criar a recuperação judicial. Trata-se de uma medida genérica para solucionar a crise pela qual a empresa passa, nos termos do artigo 47 da Lei 11.101/2005. Além disso, ela também serve para evitar que uma crise iminente se instaure sobre a atividade empresarial”.

Nesse contexto, a concretização da recuperação de empresas se dá pela substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos, num programa de reengenharia da estrutura decisória da empresa, tornando-a mais ágil, mais técnica, mais competente.¹⁹

4.2 Objetivo

Gladston Mamede transmite sua análise de recuperação judicial, a saber:²⁰

“A recuperação judicial de empresas tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica (artigo 47 da Lei 11.101/05)”.

Com este viés, a recuperação de empresas tem por objetivo a superação da crise econômico-financeira, pela qual passa o devedor empresário. Contudo toma-se como premissa da recuperação de empresas a própria prevenção da crise, impedindo que esta seja instalada, e como objetivo final a sua superação.

Os objetivos da recuperação encontram-se explanados em lei estabelecendo o seguinte:²¹

¹⁸ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. Falência e recuperação de empresas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 3. p. 42.

¹⁹ MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 4. p. 160.

²⁰ MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 4. p. 122.

²¹ BRASIL. *Lei n.11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.

“Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

Dentro desse objetivo mais amplo, se inserem os objetivos mais específicos indicados no artigo 47 da Lei nº 11.101/2005, quais sejam: a manutenção da fonte produtora, a manutenção dos empregos dos trabalhadores e a preservação dos interesses dos credores.²²

A manutenção da fonte produtora é o objetivo mais importante para se alcançar a superação da situação de crise na empresa, pois sem a atividade empresarial em funcionamento, mesmo que não seja em sua plena capacidade, sua realização é de grande valia quando se trata de recuperação de empresas. Mesmo que a empresa passe a ser comandada por outro responsável ou administrador, sem a atividade empresarial em funcionamento é impossível que uma empresa em crise consiga escapar da falência.

A manutenção da atividade é essencial, sendo os demais objetivos específicos secundários. Essa corrente tem sustentabilidade na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que impedem a continuação das execuções trabalhistas contra devedor em recuperação.²³

Assim, a manutenção dos empregos dos trabalhadores é o segundo objetivo específico. Todavia, com a dificuldade de manter a atividade em pleno funcionamento, tem-se como consequência a diminuição dos postos de trabalho, gerando desempregos inevitáveis. Veem-se em grandes empresas em crise financeira que possuem inúmeras fábricas com um número altíssimo de empregados, realizando extinções dos contratos de trabalho de seus empregados em massa, férias coletivas e até mesmo acordos coletivos, atitudes estas que visam à superação do momento de crise econômico-financeira.

O terceiro e último objetivo específico da recuperação judicial de empresas é a preservação dos interesses dos credores. Entretanto este objetivo sempre estará em desvantagem quanto aos demais, principalmente no tocante à manutenção da fonte produtora. Pois o interesse dos credores em primazia é receber a totalidade dos valores devidos,

²² TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. Falência e recuperação de empresas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 3. p. 46.

²³ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. Falência e recuperação de empresas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 3. p. 47.

entretanto a continuidade da empresa gerando empregos, o aquecimento da economia, dentro outros elementos, demonstra que os interesses externos aos credores se perfazem mais relevantes em um contexto maior, em um contexto social, financeiro e político.

Portando, depreende José Emílio Nunes Pinto:²⁴

“Não há como não se afirmar que a novel legislação se encontra plenamente alinhada com os princípios constitucionais e os que se encontram inscritos no Código Civil. Veja-se que, ao submeter todos os credores à recuperação judicial, a lei materializa o dever lateral de colaboração e de proteção a ser exercido pelos credores em relação ao devedor. Mais do que isso, o exercício dos direitos individuais previstos contratualmente sofrem limitação em nome do interesse coletivo expresso no princípio da função social. Por oportuno, vale mencionar que o instrumento que materializa a recuperação de empresas é o denominado Plano de Recuperação, ajuste celebrado entre o devedor e seus credores, de inegável natureza contratual”.

4.3 Da Função Social da Empresa

A Constituição Federal de 1988,²⁵ assegura como direito fundamental o de propriedade, asseverando que “[...] a propriedade atenderá a sua função social [...]”. Desse modo, prevê a Magna Carta que a todos os particulares é assegurada a propriedade dos meios de produção e ainda o exercício de atividades econômicas empresariais, necessitando apenas que seja cumprida a função social da propriedade. Esse entendimento transmite uma ideia de propriedade-função, que possui no seu cerne um dever de agir no interesse de outrem, e não um direito absoluto de propriedade.

No entendimento de José Emílio Nunes Pinto:²⁶

“A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXIII, estatui que a propriedade atenderá a sua função social. Ao tratar da Ordem econômica e Financeira, o art. 170, inciso III estabelece como um dos princípios gerais da atividade econômica a função social da propriedade. O mesmo ocorre no inciso I do § 1º do art. 173 que, ao tratar do estatuto jurídico da empresa pública e da sociedade de economia mista, estatui que este deverá dispor sobre a função social a ser por aquelas desempenhada. Independentemente disso, as disposições contidas no art. 1º, incisos III e IV, assim como no art. 3º, inciso I, todos esses da Constituição Federal, apontam para a solidariedade, a livre iniciativa e a dignidade da pessoa humana, atributos de um Estado Social.

Propriedade e empresa devem ser exercidas atendendo à sua função social. Mais recentemente, no entanto, no nível infraconstitucional, o Código Civil regula

²⁴ PINTO, José Emílio Nunes. *A arbitragem na recuperação de empresas*. 2005. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/7170/a-arbitragem-na-recuperacao-de-empresas>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

²⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 ago. 2016.

²⁶ PINTO, José Emílio Nunes. *A arbitragem na recuperação de empresas*. 2005. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/7170/a-arbitragem-na-recuperacao-de-empresas>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

igualmente a função social, estabelecendo, em seu art. 421, que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Não é sem razão que essa disposição se encontra presente na lei civil, já que o contrato é, sem dúvida alguma, o instrumento que assegura a circulação de riquezas e consecução da atividade econômica”.

Assim, não há uma liberdade pura e simples no direito absoluto de propriedade, estando o proprietário condicionado ao cumprimento de certas funções e, por consequência, no exercício das atividades empresarias.

Segundo Marlon Tomazette:²⁷

“Pela função social que lhe é inerente, a atividade empresarial não pode ser desenvolvida apenas para o proveito do seu titular, isto é, ela tem uma função maior. Não interessam apenas os desejos do empresário individual, do titular da EIRELI ou dos sócios da sociedade empresária, vale dizer, é fundamental que a empresa seja exercida em atenção aos demais interesses que a circundam, como o interesse dos empregados, do fisco e da comunidade”.

Desse modo, o princípio da função social da propriedade na recuperação de empresas será utilizado como base para a tomada de decisões e para a interpretação da vontade do devedor empresário e dos credores. Devendo a propriedade e a empresa ser exercidas atendendo a função social.

4.4 Preservação da Empresa

Este princípio atenta para a função social da empresa, observando que esta é fonte geradora de emprego, renda e riqueza. Desta forma, torna-se essencial a manutenção da atividade empresarial. Este princípio atinente ao próprio conceito de recuperação judicial de empresas separa o benefício dado ao empresário, do benefício da empresa e ainda da própria atividade empresarial.

Demonstrada a preocupação do legislador ao formular a norma jurídica, este se ateve à manutenção da atividade exercida pela empresa para que esta saísse de uma situação desfavorável de crise econômico-financeira, e não do exercício da atividade de empresário, pois a empresa pode continuar existindo, gerando lucros e empregos, mesmo com a

²⁷ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial. Falência e recuperação de empresas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 3, p. 51.

substituição do empresário por outro ou a tomada do comando da empresa por outra pessoa ou pessoas. “Não se descarta a manutenção da atividade com o mesmo titular, mas a preferência é a manutenção da atividade em si, independentemente de quem seja o titular”.²⁸

A empresa tem em seu cerne a produção, esta é caracterizada como a fonte produtora, não sendo confundida com o empresário ou a sociedade empresária devedora. Os interesses destes não estão contemplados pelo artigo 47 da Lei 11.101/2005.

Embora a recuperação da empresa possa atender aos interesses e direitos patrimoniais do devedor ou da sociedade empresária, não é essa a finalidade da recuperação judicial da empresa.²⁹

A recuperação judicial em última análise pode até ser deferida em desfavor do empresário devedor, podendo este ser afastado da empresa, mas nunca em desfavor da manutenção da fonte produtora, que é nada mais que a atividade desempenhada pela empresa.

O Estado deve dar condições para que as sociedades e os empresários recuperáveis consigam solucionar seus problemas financeiros e econômicos, conseguindo preservar suas empresas de uma possível falência. Assim, o processo liquidatório não deve ser a primeira solução possível, pois as empresas que entram em recuperação judicial em grande parte ainda são viáveis, sendo possível preservá-las.

O passivo trabalhista, tributário, a má gestão financeira, tributária e empresarial são aspectos que levam muitas empresas a decretarem falência ou a aderirem à recuperação judicial, pois acarretam a insubsistência ou desequilíbrio econômico. Nesse contexto, cabe ao Estado em conjunto com o empresário devedor, o restabelecimento das atividades da empresa, gerando empregos, riquezas e aquecendo da economia do país.

4.5 Do Pedido e Processamento da Recuperação Judicial

A recuperação judicial depende da intervenção do poder judiciário. Esta intervenção deverá sempre ocorrer por pedido das partes, ou seja, o judiciário deve ser provocado, não podendo agir de ofício e decretando a recuperação judicial de uma empresa

²⁸ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. Falência e recuperação de empresas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 3. p. 52.

²⁹ MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 4. p. 123.

em crise por vontade própria. Essa provocação deve ser procedida mediante ação judicial, que é condição imprescindível para se obter a solução da crise empresarial. Esta ação representará o pedido de recuperação judicial por meio de petição inicial dirigida ao juízo competente.

Para poder formular o pedido de recuperação judicial é obrigatório que se tenha uma empresa regularmente constituída. Gladston Mamede depreende que não é juridicamente possível o pedido de recuperação judicial de atividades negociais conduzidas e titularizadas por trabalhador autônomo ou sociedade simples.³⁰

Gladston Mamede em seus dizeres entende:³¹

“Está ativamente legitimado para pedir a recuperação judicial o empresário (firma individual) ou sociedade empresária, representada por seu administrador societário. Havendo gerente, ou seja, segundo a definição do artigo 1.172 do Código Civil, um preposto permanente no exercício da empresa, na sede desta, ou em sucursal, filial ou agência, não terá ele legitimidade para formular o pedido, excetuada a hipótese de lhe terem sido outorgados poderes especiais e expressos para tanto, por meio de procuração escrita, caso em que haverá representação civil convencional: a manifestação de vontade pelo representante, nos limites de seus poderes, produz efeitos em relação ao representado (artigo 116 do Código Civil). Se o empresário (firma individual) padece de incapacidade civil, havendo autorização judicial para continuidade da empresa (artigo 974 do Código Civil), a legitimidade para pedir a recuperação judicial da empresa será de seu representante, sendo absoluta a incapacidade, ou do próprio empresário, assistido pelo tutor ou curador, se relativa”.

Nos termos do artigo art. 51 da Lei nº 11.101/2005, os atos têm seu início com o pedido do devedor ao juiz do benefício da recuperação judicial instruída com a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira, além das demonstrações contábeis dos três últimos exercícios, juntamente com as demonstrações especialmente levantadas para instruir o pedido de recuperação judicial. A lei ainda prevê outras documentações necessárias nos incisos do artigo supracitado, como a relação integral dos empregados, a relação dos bens particulares dos sócios e dos administradores, a relação nominal completa dos credores, dentre outros.³²

³⁰ MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 4. p. 124.

³¹ MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 4. p. 128.

³² Art 51 da Lei 11.101/2005. BRASIL. *Lei n.11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.

Nessa acepção, Marlon Tomazette infere:³³

“Cumpridos os requisitos específicos, poderá ser requerida a recuperação judicial do empresário que não se enquadre nas exclusões. Tal requerimento, normalmente, é feito pelo próprio empresário. No entanto, além dele, também têm legitimidade para requerer a recuperação os herdeiros, o cônjuge sobrevivente, o inventariante e o sócio remanescente. Não há, portanto, previsão de legitimidade para credores e para o Ministério Público na legislação brasileira, como é admitido no direito francês e no direito português”.

Dentre os diversos juízes, dotados de poder jurisdicional, a lei define como competente para apreciar o pedido de recuperação o juízo do principal estabelecimento do devedor ou o da filial no caso de empresário que tenha sede fora do país.³⁴ Entendendo como o principal estabelecimento a sede da administração da empresa pelo empresário devedor.

Nesse contexto, prevê a lei de falência e recuperação de empresas, que é competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência, o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil.³⁵

Verificada a viabilidade e conformidade com o dispositivo legal para a apresentação da petição inicial e o preenchimento dos requisitos previstos no artigo 48 da Lei 11.101/2005, definirá o juiz o processamento da recuperação judicial.

Quanto ao processamento do pedido de recuperação judicial, nos termos do artigo 52 da Lei 11.101/2005, a saber:³⁶

“Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato:

I – nomeará o administrador judicial, observado o disposto no art. 21 desta Lei;

II – determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 desta Lei;

³³ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. Falência e recuperação de empresas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 3. p. 66.

³⁴ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. Falência e recuperação de empresas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 3. p. 76.

³⁵ Art 3 da Lei n.11.101/2005. BRASIL. *Lei n.11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.

³⁶ Art 52 da Lei n.11.101/2005. BRASIL. *Lei n.11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.

III – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, na forma do art. 6º desta Lei, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam, ressalvadas as ações previstas nos §§ 1º, 2º e 7º do art. 6º desta Lei e as relativas a créditos excetuados na forma dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei;

IV – determinará ao devedor a apresentação de contas demonstrativas mensais enquanto perdurar a recuperação judicial, sob pena de destituição de seus administradores;

V – 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”.

Depois de processado o pedido, o juiz irá ordenar que seja expedido edital para publicação no órgão oficial, contendo o resumo do pedido do devedor empresário e da decisão proferida, concedendo o pedido de recuperação judicial formulado, a relação nominal dos credores e os prazos e suas advertências para a habilitação dos créditos, na forma do artigo 52, §1º, da Lei 11.101/2005. Pondera o §4º da mesma lei que “o devedor não poderá desistir do pedido de recuperação judicial após o deferimento de seu processamento, salvo se obtiver aprovação da desistência na assembleia-geral de credores”.³⁷

4.6 Requisitos específicos para o requerimento da recuperação judicial

A recuperação judicial, em regra, aplica-se aos empresários e sociedades empresárias em geral. Mas a Lei 11.101/2005, nos termos do artigo 2º, exclui as empresas públicas e sociedades de economia mista, e ainda, as instituições financeiras públicas e privadas, cooperativas de crédito, consórcio, entidades de previdência complementar, sociedades operadoras de plano de assistência à saúde, sociedades seguradoras, sociedades de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.³⁸ Essas pessoas são excluídas dos efeitos da lei e, por consequência, da recuperação judicial.

No Brasil, a Lei 11.101/2005, prevê em seu artigo 48, que o devedor empresário poderá requerer recuperação judicial, todavia no momento do pedido, deve exercer

³⁷ Art 52, §4º da Lei 11.101/2005. BRASIL. *Lei n.11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.

³⁸ Art 2 da Lei 11.101/2005. BRASIL. *Lei n.11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.

regularmente suas atividades há mais de dois anos e deve atender a alguns requisitos específicos e cumulativos.³⁹

Segundo Marlon Tomazette, são requisitos específicos e cumulativos para o pedido de recuperação judicial, a saber:⁴⁰

1. “Exercício regular de atividade empresarial há mais de 2 anos;
2. Não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas suas obrigações, por sentença transitada em julgado;
3. Não ter, há menos de 5 anos, obtido concessão de outra recuperação judicial;
4. No caso de microempresa e empresa de pequeno porte, não ter, há menos de 8 anos, obtido concessão de recuperação judicial;
5. Não ter sido condenado ou não ter administrador ou sócio controlador condenado por crime falimentar”.

Quanto ao exercício regular de atividade empresarial há mais de 2 anos, não basta ser empresário ou sociedade empresária, isto é, não disse o legislador sobre estar inscrito no Registro do Comércio há mais de dois anos. Contudo é preciso avaliar o tempo satisfatório de exercício da empresa, ou o tempo exercendo regularmente as atividades empresariais no período mínimo de dois anos, avaliado nas escriturações e demonstrações contábeis.

4.7 Da Petição Inicial

Após observados os requisitos de legitimidade para o ajuizamento da ação de recuperação judicial de empresas, deve-se elaborar a petição inicial da recuperação judicial. A petição terá que ser instruída com a exposição dos motivos que levaram o devedor a querer valer-se da recuperação judicial, além das demonstrações contábeis, certidão de regularidade, relação nominal de credores de forma completa e a relação dos empregados que possuem contrato de trabalho regido pela CLT com o devedor empresário.

A petição deverá conter uma relação dos credores, devendo o empresário ou sociedade empresária especificar, em detalhes, todas as suas obrigações jurídicas. Essa

³⁹ Art 48 da Lei 11.101/2005. BRASIL. *Lei n.11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.

⁴⁰ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. Falência e recuperação de empresas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 3. p. 60.

relação, consta do artigo 51, III, da Lei 11.101/05.⁴¹ Deverá ser organizada contendo o nome de cada um dos credores. Portanto, além dos nomes, carecerá estarem explícitas todas as obrigações, inclusive as obrigações de dar e fazer. Sendo obrigação do empresário ou sociedade empresária indicar o nome de cada credor, seja pessoa natural, seja pessoa jurídica, em modo suficiente a permitir a sua identificação. Segundo Gladston Mamede “Obviamente, é preciso que se trate de obrigações patrimoniais-econômicas e, como tal, passíveis de serem, no mínimo, convertidas em valor pecuniário”.⁴²

Destacando que o empresário ou a sociedade empresária podem relacionar apenas os créditos e credores provenientes de relações resultantes da atividade da empresa, nunca os créditos particulares do empresário, como pensões alimentícias, aluguel de imóvel residencial entre outros.

Além da relação nominal de credores, a lei prevê a necessidade de uma relação nominal de empregados, ou seja, o empregador deve fornecer a relação de todos os seus empregados que trabalham nos moldes da Consolidação das Leis do Trabalho. Os trabalhadores autônomos e os representantes comerciais, por exemplo, possuem contrato de trabalho privado, não se enquadrando no conceito de empregado para fins de inscrição no polo passivo da ação de recuperação judicial de empresas. Também não serão relacionados empregados terceirizados. Por consequência lógica, poderão recorrer à justiça do trabalho aqueles que se julguem empregados, embora sem assinatura na respectiva carteira.

Gladston Mamede, a saber:⁴³

“A relação dos empregados, a exemplo da relação de credores, será nominal, devendo informar, além do nome completo do trabalhador, a respectiva função, o salário e valores pendentes de pagamento. Não se exige, também aqui, qualificação (nacionalidade, estado civil), nem documentos de identificação (número no Cadastro de Pessoas Físicas – CPF ou número da Carteira de Identidade). O legislador não exigiu que da relação constasse o endereço, contando com os registros existentes. De qualquer sorte, é medida que apenas facilita o juízo recuperatório”.

⁴¹ Art 51 da Lei 11.101/2005. BRASIL. *Lei n.11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.

⁴² MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 4. p. 147.

⁴³ MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 4. p. 148.

4.8 Créditos sujeitos à recuperação judicial

Em conformidade com a Lei de Falência, estão sujeitos à recuperação judicial de empresas todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. São eles: os créditos com garantia real, os créditos com privilégio especial ou geral, os créditos quirografários e os créditos trabalhistas vencidos, devendo ser liquidados no prazo máximo de um ano, além dos créditos tributários e previdenciários. Assim, o direito dos credores somente pode ser exigível quanto a obrigações líquidas, vencidas e vincendas, que existam na data do pedido de recuperação judicial.

Ainda nos termos da mesma lei, têm-se os créditos inexigíveis, ou seja, que não estão sujeitos a recuperação judicial. A lei de falência e recuperação de empresas afirma ainda, que as obrigações a título gratuito e as despesas que os credores fizeram para tomar parte na recuperação judicial ou na falência, salvo as custas judiciais decorrentes de litígios com o devedor, não integram os créditos exigíveis na recuperação judicial.⁴⁴

E ainda pronuncia-se a lei de falência e recuperação judicial, os créditos do artigo 49, §3º.⁴⁵

“Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial”.

Desse modo, são excluídos da recuperação judicial além dos créditos supracitados, os créditos anteriores ao pedido, os quais são inexigíveis. Por disposição legal, os créditos fiscais, de natureza tributária, ressalvado o parcelamento especial, estão excluídos.

⁴⁴ Art 5 da Lei 11.101/2005. BRASIL. *Lei n.11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.

⁴⁵ Art 49, §3º da Lei 11.101/2005. BRASIL. *Lei n.11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.

Esta exclusão provém do Código Tributário Nacional em seu artigo 187, que afirma a exclusão do crédito fiscal a recuperação judicial de empresas. Outro crédito excluído é quanto ao credor titular de posição de proprietário fiduciário de certos bens descritos acima no artigo 49, §3º da Lei 11.101/2005.⁴⁶

4.9 Do Plano de Recuperação Judicial

Da data da decisão que proferiu o processamento do pedido de recuperação judicial, ou seja, ao longo do procedimento de verificação dos créditos, o devedor empresário ou a sociedade empresária, deverá apresentar o plano de recuperação judicial no prazo de 60 dias improrrogável. A apresentação do plano de recuperação judicial representa, em última análise, a proposta inicial de acordo a ser firmado com os credores.

O plano de recuperação judicial é a etapa mais importante da recuperação de empresas. Segundo Gladston Mamede, é o projeto de superação da crise econômico-financeira enfrentada pela organização, o caminho que o devedor propõe aos credores para sair da situação caótica, deficitária, e chegar a um estado saudável da atividade negocial.⁴⁷

Com relação ao conteúdo do plano de recuperação judicial, o artigo 53 da Lei 11.101/2005, prevê o prazo de apresentação do plano, além de estabelecer os elementos que devem constar no plano, a saber:⁴⁸

“I – discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo;

II – demonstração de sua viabilidade econômica; e

III – laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.”

Gladston Mamede quanto ao artigo 53 da Lei de falência e recuperação de empresas depreende:⁴⁹

⁴⁶ Art 49, §3º da Lei 11.101/2005. BRASIL. *Lei n.11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.

⁴⁷ MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 4. p. 158.

⁴⁸ Art 53 da Lei 11.101/2005. BRASIL. *Lei n.11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.

“A discriminação do meio ou meios a serem adotados é o cerne do plano de recuperação, vale dizer, é a sua parte essencial, seu elemento mais importante. Não atende ao artigo 53, I, a simples menção ou mera nomeação do meio ou meios que são propostos para a superação da crise econômico-financeira da empresa. O dispositivo exige *discriminação pormenorizada*, ou seja, não apenas apontar, mas explicar o que se pretende, minuciosamente, aclarando os detalhes e a mecânica de sua operação. Essa *discriminação pormenorizada*, completa-se com *demonstração da viabilidade econômica da proposta de plano de recuperação* (artigo 53, II), que é uma projeção das medidas, apontando os pontos positivos do plano, exibindo suas virtudes e, assim, provando que se pode, por aquela via, chegar à superação da crise econômico-financeira da empresa”. (Grifo do autor)

Os laudos econômico-financeiros e de avaliação dos bens da empresa, devem ser apresentados pelo empresário devedor ou pela sociedade que formulou o pedido de recuperação judicial. Devem esses laudos conter a atual condição econômico-financeira da empresa, junto com a situação de seus ativos, isso para que os credores que se habilitarão no momento oportuno tenham ciência da real condição da empresa, assim fazendo com que o plano de recuperação e as propostas de quitação dos créditos sejam possíveis de serem cumpridos e não fictícios.

O laudo econômico-financeiro será uma demonstração detalhada do patrimônio do devedor. “Trata-se, em síntese, de uma demonstração mais profunda da situação do devedor, analisando os aspectos estatísticos e dinâmicos da sua atividade”.⁵⁰

Independente do conteúdo do laudo ser sobre os ativos, passivos ou sobre o fluxo de caixa do devedor, deve sempre ser elaborado por profissionais especializados. A lei prevê que somente a subscrição necessita de profissionais especializados, todavia, a própria elaboração deverá ser realizada por estes profissionais.⁵¹

Quanto ao inciso II, do artigo 53, da Lei de falência e recuperação de empresas, que aborda a demonstração da viabilidade econômica da empresa, este entende que será passível de recuperação judicial a empresa que demonstre judicialmente de forma teórica para seus credores que sua empresa ainda é viável e que os esforços que serão empregados por todos serão recompensados. Esta demonstração de vantagens, tendo como base a manutenção da atividade da empresa, pode ser feita sem prejuízo pelo próprio devedor, porém aconselha-

⁴⁹ MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 4. p. 158.

⁵⁰ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial. Falência e recuperação de empresas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 3. p. 188.

⁵¹ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial. Falência e recuperação de empresas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 3. p. 189.

se que seja feita por profissionais com conhecimento técnico na área. “Em suma, trata-se de uma projeção dos efeitos que a recuperação terá sobre a atividade do empresário e sobre seus credores”.⁵²

O plano de recuperação judicial para se mostrar eficaz deve apresentar um equilíbrio entre os interesses dos credores e do devedor empresário ou sociedade empresária, mostrando-se proporcional em relação a todos os créditos. Segundo Gladston Mamede, facilmente se percebe que, para atender aos requisitos da Lei de falência e recuperação de empresas, o plano de recuperação deverá se mostrar líquido, vale dizer, com prestações determinadas ou determináveis.⁵³

O artigo 50 da Lei de falência e recuperação de empresas prevê um rol de meios possíveis de serem utilizados pelas partes no processo de recuperação judicial na tentativa de salvar a empresa que esta passando por um momento de crise econômico-financeira da falência, todavia, o rol não é taxativo, ou seja, trata-se de uma relação meramente exemplificativa.

Dessa forma, os meios utilizados na recuperação judicial de empresas são os mais diversos, pois basta haver concordância entre o devedor empresário ou sociedade empresária devedora em conjunto com a maioria dos credores.

Dentre os meios de operacionalização da recuperação judicial, existem as medidas financeiras, as medidas societárias (como a reorganização societária), as medidas referentes à gestão do empresário devedor, a transferência do exercício da atividade a outrem, medidas para a captação de recursos financeiros, medidas trabalhistas e medidas patrimoniais.

Como mencionado anteriormente, medidas trabalhistas também podem ser tomadas para a operacionalização da recuperação judicial, sendo passíveis de negociação durante o processo, “[...] incluindo a redução salarial, compensação de horários e redução de jornada, condicionadas ao estabelecimento de acordo ou convenção coletiva (artigo 50, VIII) [...]”.⁵⁴

⁵² TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. Falência e recuperação de empresas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 3. p. 189.

⁵³ MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 4. p. 159.

⁵⁴ MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 4. p. 162.

No entanto, as medidas sobre os créditos trabalhistas e de acidente de trabalho, possuem certas limitações impostas pela legislação ao plano de recuperação judicial. Estas limitações existem com o intuito de evitar abusos que as partes possam vir a cometer e viabilizar o atendimento aos princípios da recuperação judicial de empresas.⁵⁵

Ainda sobre os créditos trabalhistas e de acidente de trabalho, Marlon Tomazette entende:⁵⁶

“Em relação aos créditos trabalhistas e de acidente de trabalho, vencidos antes do pedido de recuperação, o plano não poderá prever superior a um ano para pagamento. No que tange aos créditos de acidente de trabalho, deve-se entender como vencidos aqueles já apurados e liquidados por decisão judicial, até o dia do ajuizamento da ação de recuperação judicial”.

Após feito o pedido de recuperação judicial pelo devedor empresário ou pela sociedade empresária, dentro do prazo previsto em lei, terá o juiz autoridade para aceitar ou não o pedido. Sendo aceito o pedido de recuperação judicial, o devedor irá elaborar o plano de recuperação judicial, observando os limites previstos em lei.

Elaborado o plano pelo devedor, no prazo inadiável de 60 dias, contados da publicação da decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência,⁵⁷ será este entregue ao juiz para que possa ser publicado edital na imprensa oficial e em jornal de grande circulação, para que os credores do devedor possam ter conhecimento do conteúdo da proposta do acordo feito pelo devedor que só irá produzir seus efeitos se aceita pelos credores. Dessa forma, todos os credores terão a oportunidade de se manifestar sobre plano de recuperação que fora apresentado.

O plano de recuperação apresentado pelo devedor pode ser aceito sem manifestações ou pode ser questionado pelos credores, e o prazo para quaisquer questionamentos “[...] é de 30 dias contados da publicação da relação de credores, elaborada pelo administrador judicial ou da publicação do edital sobre o recebimento do plano de

⁵⁵ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. Falência e recuperação de empresas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 3. p. 197.

⁵⁶ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. Falência e recuperação de empresas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 3. p. 197.

⁵⁷ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. Falência e recuperação de empresas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 3. p. 199.

recuperação judicial, o que ocorrer por último (Lei nº 11.101/2005 – art. 55)”.⁵⁸ Aceito o plano pelos credores, este irá obrigar o devedor a cumprir as metas estabelecidas e prazos devidos.

Quando algum credor se sentir prejudicado deverá propor uma objeção à proposta feita pelo devedor, pois não cabe ao credor rejeitar o plano desde logo. Para apresentar a objeção deve o credor estar admitido ao processo de recuperação judicial, além de ser esta proposta baseada em razões de fato e de direito, ou seja, não pode o credor apresentar objeção por simples discordância, mesmo que este esteja imbuído de boa-fé.

Mesmo que a objeção esteja locupletada de boa-fé e justificativas plausíveis, não cabe ao juiz a rejeição da recuperação judicial baseada em uma objeção, porém pode direcionar a proposta a alterações em seu conteúdo, sendo para tanto, necessário em alguns casos, a convocação de uma assembleia geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação apresentado pelo devedor.

O juiz da recuperação judicial irá convocar a assembleia geral de credores, caso exista alguma objeção ao plano, sendo que a assembleia será realizada em até 150 dias, a partir do deferimento do pedido de recuperação judicial feito pelo devedor empresário ou pela sociedade empresária. Caso seja necessária a realização de mais de uma assembleia geral de credores, com o intuito sempre de preservar o resultado útil da recuperação judicial e sua não convalidação em falência, poderá o juiz ultrapassar o prazo de 150 dias sem que seja empregado qualquer tipo de sanção.

A assembleia geral de credores se divide na fase de discussão do plano de recuperação, onde serão feitas as devidas alterações na proposta, que devem ter o aval do devedor, e só nos casos em que este concorda com as alterações que serão levadas à votação. E num segundo momento haverá a fase de votação do plano pelos credores, que deverá ocorrer, havendo ou não alterações na proposta. Para que ocorra a aprovação do plano, devem-se seguir alguns preceitos legais estabelecidos na Lei de falência e recuperação de empresas.

Assim, deve o plano obter voto favorável da maioria dos credores de cada classe, cumulativamente com a maioria dos créditos das classes previstas no inciso II e III do artigo 41 da lei, a saber:⁵⁹

⁵⁸TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. Falência e recuperação de empresas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 3, p. 201.

“Art. 41. A assembleia-geral será composta pelas seguintes classes de credores:

I – titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho;

II – titulares de créditos com garantia real;

III – titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados.

IV - titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte”.

Desde a formulação do pedido de recuperação judicial pelo devedor empresário ou sociedade empresária, da proposta feita sobre a égide do plano de recuperação judicial, sua votação e aprovação, se perfaz com uma grande autonomia das partes, mesmo com a presença do judiciário, na figura do juiz, estando presente em todas as fases do processo.

Assim, ficam demonstrados os limites de atuação jurisdicional no processo de recuperação de empresas. Podemos citar, como exemplo, o caso dos credores que, durante a assembleia geral de credores, decidem por aprovar o plano de recuperação judicial, não cabendo ao juiz rejeitá-lo. “Todavia, tal opinião não é pacífica, há quem reconheça um poder mais ativo de intervenção do juiz”.⁶⁰

“Aprovado o plano de recuperação judicial e apresentadas as certidões ou dispensada a sua apresentação, o juiz concederá, por sentença, a recuperação judicial”.⁶¹ A partir do momento da concessão da recuperação judicial pelo juiz, deverá o devedor empresário ou a sociedade empresária cumprir as medidas que foram estabelecidas no plano de recuperação judicial.

Nesse interstício, onde deverá o empresário devedor cumprir todas as cláusulas e obrigações estabelecidas, tais como o pagamento das custas trabalhistas e os prazos para os novos pagamentos, dentre outras obrigações, é de suma importância o cumprimento das mesmas, pois caso qualquer prazo ou cláusula seja descumprido irá causar, por sua vez, a convalidação da recuperação judicial concedida em falência empresarial.

⁵⁹ Art 41 da Lei 11.101/2005. BRASIL. *Lei n.11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.

⁶⁰ ARAGÃO, Leandro de Santos, 2006 apud TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. Falência e recuperação de empresas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 3. p. 209.

⁶¹ RESTIFFE, Paulo Sérgio, 2005 apud TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. Falência e recuperação de empresas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 3. p. 219.

Nesse contexto prevê o artigo 61 da Lei 11.101/2005:⁶²

“Art. 61. Proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial.

§ 1º Durante o período estabelecido no **caput** deste artigo, o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarretará a convalidação da recuperação em falência, nos termos do art. 73 desta Lei.

§ 2º Decretada a falência, os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial”.

Quanto ao pedido de convalidação da recuperação judicial em falência, infere José Emílio Nunes Pinto:⁶³

“É evidente que ao apreciar o pedido de convalidação da recuperação judicial em falência o juiz deverá aferir a razoabilidade do pedido. Se, de um lado, não podem os credores ficar ao sabor da vontade do devedor de implementar o Plano de Recuperação, o mecanismo de convalidação em falência, por outro, não se presta a servir como uma ameaça maior sobre o devedor. Dada a natureza contratual do Plano de Recuperação, aplicar-se-ão a este os princípios gerais relativos aos contratos, em especial a disposição contida no art. 422 do Código Civil, o que faz com que seja exigido dos credores e do devedor um *standard* de comportamento compatível com as exigências impostas pelos deveres laterais da boa fé objetiva, com ênfase, do lado do devedor, na expectativa de confiança gerada junto aos credores pela apresentação da proposta destinada a sanar a crise econômico-financeira aliada esta ao dever de colaboração e informação. Do lado dos credores, seja para a aprovação do plano apresentado, seja durante sua implementação, é justo esperar colaboração e ações alinhadas com o dever de proteção”.

Dessa forma, de acordo com o §1º, do artigo 61 da Lei, em conjunto com o artigo 73, IV, o descumprimento de qualquer obrigação adotada no plano gerará a convalidação da recuperação judicial em falência.

Além do que prevê o inciso IV, o artigo 73 apresenta outras possibilidades de convalidação em falência, a saber:⁶⁴

⁶² Art 61 da Lei 11.101/2005. BRASIL. *Lei n.11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.

⁶³ PINTO, José Emílio Nunes. *A arbitragem na recuperação de empresas*. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7170/a-arbitragem-na-recuperacao-de-empresas>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

“Art. 73. O juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial:

I – por deliberação da assembleia-geral de credores, na forma do art. 42 desta Lei;

II – pela não apresentação, pelo devedor, do plano de recuperação no prazo do art. 53 desta Lei;

III – quando houver sido rejeitado o plano de recuperação, nos termos do § 4º do art. 56 desta Lei;

IV – por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação, na forma do § 1º do art. 61 desta Lei”.

⁶⁴ Art 73 da lei 11.101/2005. BRASIL. *Lei n.11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.

5 RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL

5.1 Conceito

Com o intuito de dar celeridade na resolução da crise econômico-financeira da empresa, o legislador previu a possibilidade de um acordo extrajudicial entre as partes envolvidas, no caso, devedor empresário ou sociedade empresária e os seus credores.

A recuperação extrajudicial surgiu como a possibilidade de formulação de um acordo, sem a necessidade da presença do judiciário em suas fases, onde a intervenção estatal é apenas acessória.⁶⁵

Segundo José Emílio Nunes Pinto:⁶⁶

“Paralelamente à recuperação judicial, a novel legislação prevê a possibilidade de estabelecimento de um plano de recuperação extrajudicial. A diferença principal entre a recuperação judicial e a extrajudicial é que nesta a sua homologação pelo juiz não tem o efeito de sobrestar execuções, nem impede ela que venha a ser decretada a falência a pedido de credores que não estejam sujeitos ao respectivo plano de recuperação. Uma outra diferença fundamental é que a sentença que defere a recuperação judicial constitui título executivo judicial ao passo que a decisão que homologa a recuperação extrajudicial constitui título executivo extrajudicial”.

A lei de falência e recuperação de empresas em seus artigos 161 à 167, aborda a possibilidade da administração da recuperação pelo devedor empresário, por meio, de um acordo com seus credores.

Assim, prevê o artigo 161 da Lei 11.101/2005, “O devedor que preencher os requisitos do art. 48 desta Lei poderá propor e negociar com credores um plano de recuperação extrajudicial”.⁶⁷

⁶⁵ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. Falência e recuperação de empresas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 3. p. 250.

⁶⁶ PINTO, José Emílio Nunes. *A arbitragem na recuperação de empresas*. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7170/a-arbitragem-na-recuperacao-de-empresas>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

⁶⁷ Art 161 da Lei 11.101/2005. BRASIL. *Lei n.11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.

A recuperação extrajudicial trata-se de um acordo firmado extrajudicialmente entre o devedor e seus credores com o objetivo de superação da crise econômico-financeira, levado apenas eventualmente à homologação pelo Poder Judiciário.⁶⁸

Em contrapartida com a recuperação judicial, a extrajudicial só poderá atingir os credores que a ela tiverem aderido ou, se for o caso, todos os credores, desde que, o plano de recuperação conte com a aprovação de credores representando mais do que 60% de todos os créditos de cada espécie que venha a ser abrangida pelo plano de recuperação apresentado pelo credor.⁶⁹

5.2 Credores não abrangidos pela recuperação extrajudicial

Quanto aos credores que não podem ser abrangidos pela recuperação extrajudicial, encontramos os credores com créditos trabalhistas e de acidente do trabalho, os credores tributários (com créditos fiscais, que por sua vez, são locupletados de interesse público), os contratos mercantis, proprietários de alienação fiduciária de bens móveis e imóveis, adiantamento de contrato de câmbio, os credores possuidores de contrato de venda com reserva de domínio, além dos contratos de compra e venda de imóvel.

5.3 Credores abrangidos pela recuperação extrajudicial

“Desse modo, poderão participar da recuperação extrajudicial os credores com garantia real, os credores com privilégio especial, os credores com privilégio geral, os credores quirografários e os credores subordinados”.⁷⁰

5.4 Modalidades

As modalidades se distinguem pela aceitação de todos os credores da proposta de acordo feita pelo devedor, ou apenas em parte. Caso todos os credores abrangidos na

⁶⁸ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. Falência e recuperação de empresas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 3. p. 250.

⁶⁹ PINTO, José Emílio Nunes. *A arbitragem na recuperação de empresas*. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7170/a-arbitragem-na-recuperacao-de-empresas>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

⁷⁰ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. Falência e recuperação de empresas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 3. p. 253.

recuperação extrajudicial consintam pelo acordo, será este levado ou não à homologação judicial, ou seja, neste caso a homologação da proposta será facultativa.

Todavia, para que a proposta produza os efeitos desejados e tenha força estatal em seu cumprimento será necessário a homologação pelo magistrado. Porém, caso não seja homologado pelo juiz competente, será o acordo um instrumento particular, sendo caracterizado como um simples acordo privado.

No cômputo desse contexto, o devedor empresário nem sempre terá o aval de todos os seus credores sobre a proposta exposta. Quando isto ocorrer, existindo uma minoria contrária à aprovação do acordo, segundo a lei 11.101/2005, poderá a recuperação extrajudicial ser admitida, vinculando todos os credores ao plano, mesmo que não haja a adesão da minoria. Esta modalidade é denominada por Marlon Tomazette e Fábio Ulhôa Coelho como “Recuperação Extrajudicial de Homologação Obrigatória”.⁷¹

Assim, depreende Marlon Tomazette que caso o devedor venha a negociar o plano de recuperação extrajudicial (acordo) e obtenha o consentimento de mais de três quintos dos créditos de cada classe abrangida pelo acordo de recuperação apresentado, a lei já considera essa adesão suficientemente expressiva para considerar válido o acordo, faltando apenas a homologação judicial para que possam ser vinculados ao plano os credores do devedor empresário ou da sociedade empresária que não aderiram ao plano, ou seja, não acataram as propostas oferecidas.⁷²

5.5 Requisitos Subjetivos

Para que o devedor empresário consiga a homologação do juiz, deverá este cumprir alguns requisitos ligados a sua figura como empresário e devedor. Prevê Tomazette, que tais requisitos são exigidos para ser demonstrada a idoneidade do devedor, reforçando o interesse que este realmente pretende superar a crise econômico-financeira que esta passando.⁷³

⁷¹ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. Falência e recuperação de empresas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 3. p. 255.

⁷² TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. Falência e recuperação de empresas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 3. p. 255.

⁷³ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. Falência e recuperação de empresas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 3. p. 256.

Dentre os requisitos subjetivos exigidos está o exercício da atividade empresarial há mais de dois anos. Este período deve ser de exercício contínuo, regular e efetivo da atividade. Além do exercício regular da atividade há mais de dois anos, é essencial também que o devedor não seja falido ou, se for falido, que já tenha suas obrigações extintas.⁷⁴

Além dos requisitos supracitados, o devedor não pode ter condenação definitiva pelos crimes previstos nos artigos 168 a 178 da Lei de falência e recuperação de empresas. Esse impedimento, decorrente da condenação por crime falimentar, só passa a existir a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória, tendo em vista a presunção de inocência de que trata o artigo 5º, LVII, da Constituição Federal.⁷⁵

Isto posto, é de suma importância a impossibilidade de serem feitos dois pedidos simultaneamente, um de recuperação judicial e outro de recuperação extrajudicial. A propositura de um invalida o outro. Desse modo, o devedor empresário poderá formular apenas uma proposta, podendo esta ser alterada pelas partes e requerer somente um dos tipos de recuperação ao judiciário.

5.6 Requisitos Objetivos

Os requisitos objetivos, diferentemente dos requisitos subjetivos, abordam as questões atinentes ao plano de recuperação extrajudicial em si, ou seja, o seu conteúdo. O primeiro requisito objetivo é a concordância dos credores que representem mais de três quintos dos créditos de cada classe.⁷⁶

Quando se fala em aprovação por classe, quer dizer que em cada classe prevista em lei, deverá haver uma aprovação mínima, e não no total dos credores do devedor

⁷⁴ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. Falência e recuperação de empresas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 3. p. 257.

⁷⁵ MAMEDE, Gladston, 2006 apud TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. Falência e recuperação de empresas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 3. p. 257.

⁷⁶ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. Falência e recuperação de empresas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 3. p. 258.

empresário. Neste particular, vale a pena reiterar que só serão computados os credores abrangidos pelo acordo, segundo o valor dos seus créditos.⁷⁷

A falta de previsão de pagamento antecipado de credores é o segundo requisito objetivo. Sua intenção é evitar benefícios de alguns credores em detrimentos de outros, sendo em sua maioria credores minoritários. Assim, o plano não poderá contemplar o pagamento antecipado de dívidas, nem o tratamento desfavorável aos credores que a ele não estejam sujeitos.⁷⁸

5.7 Homologação

Quanto ao procedimento de homologação da recuperação extrajudicial, inicialmente deve ser observado se todos os requisitos subjetivos e objetivos foram contemplados. Caso tenham sido contemplados, o devedor pode pedir a homologação do acordo ao judiciário, na figura do juiz competente para a causa. Tal ação não suspende as ações e execuções em curso, nem impede o pedido de falência por iniciativa dos credores não sujeitos.⁷⁹

Tanto no caso de homologação facultativa ou obrigatória, previstas nos artigos 162 e 163 da Lei 11.101/2005, o procedimento será o constante no artigo 164, a saber:⁸⁰

“Art. 164. Recebido o pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial previsto nos arts. 162 e 163 desta Lei, o juiz ordenará a publicação de edital no órgão oficial e em jornal de grande circulação nacional ou das localidades da sede e das filiais do devedor, convocando todos os credores do devedor para apresentação de suas impugnações ao plano de recuperação extrajudicial, observado o § 3º deste artigo.

§ 1º No prazo do edital, deverá o devedor comprovar o envio de carta a todos os credores sujeitos ao plano, domiciliados ou sediados no país, informando a distribuição do pedido, as condições do plano e prazo para impugnação.

§ 2º Os credores terão prazo de 30 (trinta) dias, contado da publicação do edital, para impugnarem o plano, juntando a prova de seu crédito.

⁷⁷ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. Falência e recuperação de empresas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 3. p. 258.

⁷⁸ Art 161, §2º da Lei 11.101/2005. BRASIL. *Lei n.11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.

⁷⁹ PAIVA, Luiz Fernando Valente de, 2005, apud TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. Falência e recuperação de empresas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 3. p. 258.

⁸⁰ Art 164 da Lei 11.101/2005. BRASIL. *Lei n.11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.

§ 3º Para opor-se, em sua manifestação, à homologação do p somente poderão alegar:

I – não preenchimento do percentual mínimo previsto no **caput** do art. 163 desta Lei;

II – prática de qualquer dos atos previstos no inciso III do art. 94 ou do art. 130 desta Lei, ou descumprimento de requisito previsto nesta Lei;

III – descumprimento de qualquer outra exigência legal.

§ 4º Sendo apresentada impugnação, será aberto prazo de 5 (cinco) dias para que o devedor sobre ela se manifeste.

§ 5º Decorrido o prazo do § 4º deste artigo, os autos serão conclusos imediatamente ao juiz para apreciação de eventuais impugnações e decidirá, no prazo de 5 (cinco) dias, acerca do plano de recuperação extrajudicial, homologando-o por sentença se entender que não implica prática de atos previstos no art. 130 desta Lei e que não há outras irregularidades que recomendem sua rejeição.

§ 6º Havendo prova de simulação de créditos ou vício de representação dos credores que subscreverem o plano, a sua homologação será indeferida.

§ 7º Da sentença cabe apelação sem efeito suspensivo.

§ 8º Na hipótese de não homologação do plano o devedor poderá, cumpridas as formalidades, apresentar novo pedido de homologação de plano de recuperação extrajudicial”.

6 ARBITRAGEM

6.1 O movimento de acesso à justiça

Os tribunais a cada dia possuem números maiores de processos a serem julgados, acarretando uma profissionalização da gestão, com o intuito de obterem maior eficiência, vislumbrada pela colisão da celeridade nos julgamentos com a qualidade de seus julgados.

Depois de décadas de conflitos o judiciário atingiu o monopólio jurisdicional, possuindo com exclusividade a jurisdição, em outras palavras, possui o poder de aplicar a lei ao caso concreto, com o intuito de resolver os conflitos de interesses existentes entre as partes, objetivando resguardar a ordem jurídica e garantindo assim, maior segurança jurídica.

Todavia, a quantidade de causas empresariais, ambientais, previdenciários, comerciais, dentre outras, acarretaram uma crise ao poder judiciário, necessitando este de uma atividade jurisdicional alternativa para suprir o número imensurável de demandas.

Quando se pensou em utilizar uma atividade jurisdicional alternativa, a ideia era de complementação e não substituição da tarefa dada ao judiciário, tendo como ponto de partida, métodos consensuais praticados dentro e fora do processo com o intuito de pacificar e resolver os conflitos entre as partes.

Dentre os métodos alternativos de solução de controvérsias, foram dadas soluções autocompositivas, como a negociação, a mediação e a conciliação, isto é, quando as próprias partes decidem quais serão as medidas adotadas na resolução do conflito, utilizando um terceiro como figura guiadora do procedimento, não cabendo a este impor nenhuma condição no tocante à resolução do problema.

O segundo pilar foi o da heterocomposição, neste caso, a arbitragem. Esta modalidade entrega a uma terceira pessoa o poder de julgar e proferir sentença obrigando as partes a cumprirem com o estabelecido.

Com a implementação gradual desses métodos o poder judiciário fica mais próximo de garantir maior eficiência e sustentabilidade, trabalhando em conjunto para

promover a desjudicialização, e, assim, cumprir a razoável duração do processo, norma constitucional, prevista no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988.⁸¹

O acesso ao judiciário com o passar dos anos foi sendo mais requisitado e mais concedido, com o intuito de garantir justiça a todos. Um grande exemplo é a justiça gratuita promovida aos hipossuficientes. Entretanto, não poderá o judiciário deixar de fazer justiça como consequência do amplo acesso concedido, necessitando destarte de soluções alternativas para que não ocorra o enfraquecimento do poder judiciário, fruto do congestionamento de processo nos tribunais, além da falta de capacidade de dar respostas claras e efetivas Brasil a fora.

José Emílio Nunes Pinto infere:⁸²

“A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXIII, estatui que a propriedade atenderá a sua função social. Ao tratar da Ordem econômica e Financeira, o art. 170, inciso III estabelece como um dos princípios gerais da atividade econômica a função social da propriedade. O mesmo ocorre no inciso I do § 1º do art. 173 que, ao tratar do estatuto jurídico da empresa pública e da sociedade de economia mista, estatui que este deverá dispor sobre a função social a ser por aquelas desempenhada. Independentemente disso, as disposições contidas no art. 1º, incisos III e IV, assim como no art. 3º, inciso I, todos esses da Constituição Federal, apontam para a solidariedade, a livre iniciativa e a dignidade da pessoa humana, atributos de um Estado Social.

Propriedade e empresa devem ser exercidas atendendo à sua função social. Mais recentemente, no entanto, no nível infraconstitucional, o Código Civil regula igualmente a função social, estabelecendo, em seu art. 421, que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Não é sem razão que essa disposição se encontra presente na lei civil, já que o contrato é, sem dúvida alguma, o instrumento que assegura a circulação de riquezas e consecução da atividade econômica”.

6.2 Conceito

Existem algumas modalidades possíveis de solução de controvérsias presentes no nosso ordenamento. Dentre os meios alternativos de solução de conflitos, “tratados como

⁸¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 ago. 2016.

⁸² PINTO, José Emílio Nunes. *A arbitragem na recuperação de empresas*. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7170/a-arbitragem-na-recuperacao-de-empresas>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

meios alternativos de pacificação social”⁸³, temos a conciliação, a mediação e a arbitragem, sendo esta o objeto de estudo deste trabalho.

A arbitragem é um meio heterocompositivo de solução de conflitos, pois a decisão que vigorará entre as partes será tomada por um terceiro, escolhido pelos litigantes, onde sua decisão é imposta às partes e deverá ser cumprida. Este terceiro presente no processo é denominado árbitro.⁸⁴ Diferente quanto à conciliação e a mediação que são modalidades de autocomposição, reconhecendo o mediador apenas como uma figura, não estando as partes obrigadas a acatarem a sugestão a elas dada, tendo o poder de resolver entre si qual será a melhor solução ao caso, ou seja, se resume em um acordo de vontades entre as partes envolvidas no conflito.

A arbitragem, de forma ampla, é uma técnica para solução de controvérsias por meio da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir a eficácia de sentença judicial.⁸⁵

No Brasil, a arbitragem não se configura como um meio obrigatório de solução de controvérsias, ela é sempre voluntária, ou facultativa. Há países como Portugal e Costa Rica que aceitam a arbitragem obrigatória para certas matérias.

A arbitragem é um mecanismo colocado à disposição das partes, cuja efetividade dependerá sempre da vontade daquelas. A autonomia privada das partes dará os contornos a serem desempenhados pelos árbitros. Estes seguem os parâmetros livremente estabelecidos pelas partes, no entanto devendo obedecer à lei e seus preceitos fundamentais, como base para uma decisão assertiva. Essa é a explicação quando se afirma que a arbitragem é revestida pela ética, imparcialidade, vontade, independência e especialização.⁸⁶

Dentro do conceito de arbitragem e sua abordagem, é considerado de grande relevância a avaliação do termo jurisdição. Este, por sua vez, é o poder concedido e em posse do Estado para aplicar o direito no caso concreto, com o intuito de resolver os conflitos de

⁸³ CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada; DINAMARCO, Cândido. *Teoria geral do processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 33.

⁸⁴ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 31.

⁸⁵ CARMONA, Carlos Alberto, 1993 apud BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e Arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 96.

⁸⁶ PINTO, José Emílio Nunes. *A arbitragem na recuperação de empresas*. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7170/a-arbitragem-na-recuperacao-de-empresas>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

interesses existentes entre as partes, objetivando resguardar a ordem jurídica. A jurisdição segue princípios fundamentais, sendo estes possíveis de serem vistos no conceito e aplicação da arbitragem.

O processo de arbitragem verifica-se pela voluntariedade das partes na resolução do conflito, através da escolha de um terceiro indivíduo especializado no tema em litígio, que deverá ser imparcial e neutro ao processo. Deste modo, verifica-se a existência de princípios fundamentais à jurisdição, sendo usados na arbitragem como preceitos direcionadores, tais como o princípio da investidura, compreendendo possível o exercício da jurisdição apenas por quem tenha sido regularmente investido na autoridade de juiz. Assim, no caso em concreto o papel do árbitro assemelha-se ao papel do magistrado, sendo sua sentença válida desde o momento de sua pronúncia.

O artigo 42 do Código de Processo Civil prevê que “as causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei”.⁸⁷ Desse modo, a possibilidade do uso da arbitragem no processo e decisão das causas cíveis está garantida em lei, atribuindo, assim, à sentença arbitral o reconhecimento de sua jurisdição, ou seja, enxergando esta como um instituto jurisdicional, incluindo o princípio da inafastabilidade de jurisdição da sentença arbitral.

Quanto à matéria fruto do conflito, não bastará que o árbitro conheça e domine apenas a matéria de fundo que constitua a substância da controvérsia colocada ao seu julgamento. Isto é, deverá o árbitro entender e conhecer o direito arbitral, compreendendo este como o conjunto de regras que constituem o desenrolar do procedimento e sua origem e fundamentação. Apenas desse modo, poderá o árbitro cumprir em sua plenitude a missão que lhe tenha sido confiada pelas partes.⁸⁸

As figuras do juiz e do árbitro se aproximam, pois estes acabam desempenhando atividades semelhantes ao empregarem as normas jurídicas ao caso concreto, sendo o árbitro considerado juiz de fato e de direito segundo a lei, não podendo assim, haver qualquer distinção entre suas sentenças. Como reza o artigo 18 da Lei 9.307 de 23 de setembro de

⁸⁷ BRASIL. *Lei 13.105 de 16 de março de 2015*. Dispõe sobre o Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm >. Acesso em: 10 fev. 2017.

⁸⁸ PINTO, José Emílio Nunes. *A arbitragem na recuperação de empresas*. 2005. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/7170/a-arbitragem-na-recuperacao-de-empresas> >. Acesso em: 28 ago. 2016.

1996,⁸⁹ 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.

Quanto ao princípio do juiz natural, previsto no artigo 5º, XXXVII e LIII, da Constituição Federal de 1988,⁹⁰ estabelecendo que ninguém será processado e sentenciado senão por um juiz com competência jurisdicional definidas previamente pelas normas processuais, sendo impedida a criação de juízes de exceção.

Tanto o novo Código de Processo Civil como a Lei de arbitragem prevêm que o a sentença arbitral tem força executória, não cabendo recurso nem homologação posterior do judiciário para ter executoriedade. Por sua vez, reforçando o entendimento antes posto, o juízo arbitral possui jurisdição própria, devendo seguir os preceitos legais, quanto à aplicabilidade das normas aos casos concretos, e, ainda, o juiz arbitral possui competência jurisdicional prevista em lei.

“A solidez do processo de desenvolvimento da arbitragem está vinculada a diversos fatores, dentre eles, à elaboração doutrinária, à ética na prática arbitral e, ainda, à cooperação positiva entre a arbitragem e o Poder Judiciário”.⁹¹

6.3 Cláusula Compromissória antes da Lei n. 9.307/96

As partes, segundo o artigo 3 da Lei 9.307 de 1996,⁹² através de acordo podem submeter ao juízo arbitral seu litígio mediante convenção arbitral, entendida tanto o compromisso arbitral quanto a cláusula compromissória.

Segundo prevê a Lei de Arbitragem:⁹³

“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.

⁸⁹ BRASIL. *Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016.

⁹⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 ago. 2016.

⁹¹ PINTO, José Emílio Nunes. *A arbitragem na recuperação de empresas*. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7170/a-arbitragem-na-recuperacao-de-empresas>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

⁹² BRASIL. *Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016.

⁹³ BRASIL. *Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”.

Desse modo, a cláusula compromissória vislumbra a escolha livre de vícios das partes de entregar a árbitros a resolução de eventual controvérsia. Assim, define-se esta cláusula como a convenção preliminar ou preparatória, mediante a qual as partes se obrigam no próprio contrato ou em ajuste ulterior, a submeter todas ou algumas das controvérsias que se originam da execução contratual.⁹⁴

Poderá a parte interessada na resolução do conflito procurar o judiciário para fazer valer a cláusula compromissória instituída, infere o artigo 7 da Lei de Arbitragem.⁹⁵

“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 lavrar-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 sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral”.

⁹⁴ MARTINS, Pedro Batista, 1990 apud BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e Arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 96.

⁹⁵ BRASIL. *Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre arbitragem. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016.

Quanto à capacidade de contratar, esta se mantém adstrita à capacidade dos contratantes, ou seja, se estes são sujeitos de direitos e deveres, podendo certos sujeitos fazer uso da assistência e representação, como no caso dos deficientes mentais e toxicômanos.

Considerando-se que a instituição de juízo arbitral pressupõe a disponibilidade do direito, entende Carmona:⁹⁶

“Não podem instaurar processo arbitral aqueles que tenham apenas poderes de administração, bem como os incapazes (ainda que representados ou assistidos). Isto significa que o inventariante do Espólio e o síndico do condomínio não podem, sem permissão, submeter demanda a julgamento arbitral; havendo, porém, autorização (judicial, no caso do inventariante e do síndico da falência, ou da assembleia de condôminos, no que diz respeito ao condomínio), poderá ser celebrada a convenção arbitral. Sem a autorização, será nula a cláusula ou o compromisso arbitral”.

As empresas públicas e as sociedades de economia mista também estão livres para submeter à solução arbitral os litígios em que se envolvem. As empresas públicas são pessoas jurídicas de direito privado administradas unicamente pelo poder público, com finalidade prevista em lei, através do estatuto jurídico da empresa pública, como prevê a Constituição Federal em seu artigo 173, §1º.⁹⁷ Portanto, as empresa públicas se sujeitam ao regime jurídico próprio das empresas privadas (civis ou comerciais).

No que se refere às sociedades de economia mista, são pessoas jurídicas de direito privado, com participação do Poder Público e de particulares no seu capital e na sua administração, com o intuito de realizar atividade econômica ou prestar serviço de interesse coletivo outorgado ou delegado pelo Estado. A maior parte das ações deve estar sob o controle do Poder Público, podendo ser constituída apenas como S/A. Não existe qualquer impedimento ao uso da arbitragem para solucionar suas controvérsias, já que tais sociedades tem seu molde feito pelo direito comercial.⁹⁸

Dentre os elementos necessários, como a capacidade de contratar e submeter o conflito ao juízo arbitral, é preciso, também, que o tema trate sobre direito patrimonial

⁹⁶ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 37.

⁹⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 ago. 2016.

⁹⁸ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 46.

disponível. Prevê o artigo 1º da Lei de Arbitragem, “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.⁹⁹

Diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência.¹⁰⁰

O compromisso arbitral é vedado em alguns casos previstos expressamente em lei, como, por exemplo, o direito de prestar e receber alimentos. Assim, infere o artigo 852 do Código Civil, “é vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”.¹⁰¹

A arbitragem, portanto, coloca-se como opção válida para a solução de litígios, não se podendo confundir disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais com disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público.¹⁰²

6.4 Procedimento Arbitral

A Lei 9.307 de 1996 prevê em seu Capítulo IV o procedimento arbitral, que deve ser respeitado quando escolhida a jurisdição arbitral como a solucionadora do litígio. A lei fortaleceu os princípios básicos do devido processo legal, ao mesmo tempo em que considerou a vontade das partes quanto à escolha da disciplina procedimental que será utilizada na arbitragem. Prevê a norma que as partes podem adotar o procedimento que bem entenderem desde que respeitem os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do seu convencimento racional. Caso nenhuma regra seja estabelecida pelas partes, deverá o árbitro ou o tribunal arbitral ditar as normas a serem seguidas naquele caso, sempre respeitando os princípios supracitados.¹⁰³

⁹⁹ BRASIL. *Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016.

¹⁰⁰ LIMA, Alcides, 1986 apud CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 38.

¹⁰¹ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 out. 2016.

¹⁰² CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 50.

¹⁰³ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 23.

Prevê o artigo 19 da Lei de Arbitragem:¹⁰⁴

“Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.

§ 1o Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, adendo firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem.

§ 2o A instituição da arbitragem interrompe a prescrição, retroagindo à data do requerimento de sua instauração, ainda que extinta a arbitragem por ausência de jurisdição”.

Quando couber ao árbitro ou ao tribunal arbitral ditar as regras que serão empregadas no caso concreto, ou quando couber às partes selecionar as regras que desejam seguir, não podem estabelecer soluções e procedimentos que não estejam previstos em lei, como a alteração da forma da sentença arbitral, composta obrigatoriamente de relatório, motivação e dispositivo.

Compreende Carmona que já instituída a arbitragem, poderá o árbitro:¹⁰⁵

“Sentir a necessidade de esclarecer alguns pontos dúbios da convenção de arbitragem: pode ocorrer que o pacto arbitral não seja suficientemente explícito acerca da extensão dos poderes conferidos ao árbitro, pode haver dúvida sobre a escolha da língua a ser empregada, pode não estar clara a disposição que estabelece a sede da arbitragem. A prudência recomenda que o árbitro desde logo procure o consenso das partes para completar disposições da convenção de arbitragem (e, mais uma vez, a Lei refere-se a convenção de arbitragem, e não a compromisso, reafirmando que também a cláusula pode levar à instituição da arbitragem, sem necessidade de compromisso arbitral), evitando futura alegação de nulidade”.

Segundo o art. 6º da Lei, infere José Emílio Nunes Pinto sobre a suspensão das ações e execuções em face do devedor:¹⁰⁶

“O deferimento do processamento da recuperação judicial suspende, pelo prazo subsequente improrrogável de 180 dias, todas as ações e execuções em face do devedor. A questão é saber se essa regra se aplica igualmente às arbitragens em curso, instauradas em relação a direitos controversos entre o devedor e seus credores e surgidas no curso normal dos negócios sociais. A resposta é afirmativa. Entendemos que as arbitragens são igualmente suspensas nesse período, inexistindo razão para que sejam tratadas de forma distinta das ações judiciais, visto em que

¹⁰⁴ BRASIL. *Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre arbitragem. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016.

¹⁰⁵ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 280.

¹⁰⁶ PINTO, José Emílio Nunes. *A arbitragem na recuperação de empresas*. 2005. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/7170/a-arbitragem-na-recuperao-de-empresas>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

ambas tem-se em mente a solução de controvérsias, independentemente da via escolhida. Na realidade, ao criar o sobrestamento de ações e execuções, cuja origem está em mecanismo similar existente na legislação americana denominado "*stay*", a lei cria um período durante o qual o devedor poderá dedicar-se integralmente à elaboração do Plano de Recuperação que poderá lhe conferir o estado pretendido, sem que este venha a correr o risco de ver seus ativos executados". (Grifo do autor)

Imediatamente após o deferimento do processamento da recuperação judicial, aborda José Emílio Nunes Pinto:¹⁰⁷

“Deverá o devedor comunicar essa circunstância ao Tribunal Arbitral e à outra parte, anexando cópia da decisão judicial, e solicitando que aquele suspenda o procedimento em curso. Caberá ao Tribunal Arbitral, depois de ouvida a parte contrária, e assegurando-se de que o caso em curso não se enquadra na hipótese prevista no art. 6º, § 1º, deliberar pela suspensão do procedimento até que vencido o prazo de sobrestamento. Caso contrário, o procedimento terá continuidade, devendo o Tribunal Arbitral motivar a sua decisão ao indeferir o pedido de suspensão apresentado pelo devedor”.

Prolatada a sentença arbitral, admite José Emílio Nunes Pinto que, “à vista da ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no art. 32 da Lei de Arbitragem, o devedor tenha fundamento legal para pleitear a sua anulação”.¹⁰⁸

O prazo previsto em lei para declarar a anulação de sentença arbitral é de 90 dias “[...] contados da data em que as partes forem notificadas do conteúdo da sentença arbitral ou, se for o caso e em razão de embargos arbitrais, após o aditamento da sentença arbitral, importante será determinar o procedimento a ser adotado”.¹⁰⁹

Explica José Emílio Nunes Pinto:¹¹⁰

“Na realidade, o sobrestamento previsto em lei atinge, apenas e tão somente, as ações em face do devedor. No caso, a ação anulatória será proposta pelo devedor e não em face deste. Logo, sob este prisma, nada impediria que a ação fosse proposta e seguisse seu curso durante o período de sobrestamento. Ademais, é da maior relevância que se decida o pedido anulatório, visto que ele poderá alterar a composição do quadro geral de credores no tocante a essa parcela específica”.

¹⁰⁷ PINTO, José Emílio Nunes. *A arbitragem na recuperação de empresas*. 2005. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/7170/a-arbitragem-na-recuperacao-de-empresas>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

¹⁰⁸ PINTO, José Emílio Nunes. *A arbitragem na recuperação de empresas*. 2005. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/7170/a-arbitragem-na-recuperacao-de-empresas>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

¹⁰⁹ PINTO, José Emílio Nunes. *A arbitragem na recuperação de empresas*. 2005. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/7170/a-arbitragem-na-recuperacao-de-empresas>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

¹¹⁰ PINTO, José Emílio Nunes. *A arbitragem na recuperação de empresas*. 2005. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/7170/a-arbitragem-na-recuperacao-de-empresas>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

“Embora de natureza eminentemente judicial a recuperação, haverá sempre espaço para que as partes se utilizem da arbitragem para assegurar a implementação do Plano de Recuperação, onde a especialização dos árbitros desempenhará um papel sumamente relevante, sem mencionar a maior celeridade com que se possam obter os resultados pretendidos”.¹¹¹

Por fim, depreende José Emílio Nunes Pinto que:¹¹²

“A arbitragem nasceu com um escopo reduzido se considerarmos a dimensão do universo de direitos indisponíveis para a solução dos quais a arbitragem não se presta; da mesma forma, ainda que seja o escopo da arbitragem bastante reduzido na recuperação judicial, o recurso a esta será sempre de grande utilidade, integrando-se na consecução dos objetivos pretendidos pelo instituto”.

6.5 O Novo Código de Processo Civil e a Arbitragem

O novo Código de Processo Civil (CPC) formalizou a arbitragem como jurisdição no Direito Brasileiro. A nova norma foi inserida no §1º do artigo 3º do Novo Código. A arbitragem já é regulamentada pela lei 9.307 de 1996 com as atualizações trazidas pela lei 13.129 de 2015, mas subsidiariamente se submete às Normas do novo Código de Processo Civil. Mesmo existindo essa submissão, não é permitido aos membros do judiciário discutir o mérito das decisões arbitrais.¹¹³

“Trata-se de jurisdições paralelas, ambas reconhecidas constitucionalmente: a jurisdição estatal, que é regulada pelas normas processuais civis, e a jurisdição arbitral, que é regulada por lei extravagante”.¹¹⁴

No entendimento de Ana Flávia Magno Sandoval:¹¹⁵

“A harmonização entre ambas as jurisdições, nos termos do Novo CPC, se dá através de um novo instituto inserido no Novo CPC, que é a Carta Arbitral. Através deste instrumento jurídico é que formalmente se darão os pedidos de cooperação entre os juízes e árbitros. Este instrumento vem previsto no artigo 237, do Novo CPC. Importante salientar que este instrumento jurídico não autoriza a juízes e

¹¹¹ PINTO, José Emílio Nunes. *A arbitragem na recuperação de empresas*. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7170/a-arbitragem-na-recuperacao-de-empresas>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

¹¹² PINTO, José Emílio Nunes. *A arbitragem na recuperação de empresas*. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7170/a-arbitragem-na-recuperacao-de-empresas>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

¹¹³ SANDOVAL, Ana Flávia Magno. *A cláusula arbitral e as normas do novo CPC*. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234968,21048-A+clausula+arbitral+e+as+normas+do+novo+CPC>>.

¹¹⁴ SANDOVAL, Ana Flávia Magno. *A cláusula arbitral e as normas do novo CPC*. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234968,21048-A+clausula+arbitral+e+as+normas+do+novo+CPC>>.

¹¹⁵ SANDOVAL, Ana Flávia Magno. *A cláusula arbitral e as normas do novo CPC*. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234968,21048-A+clausula+arbitral+e+as+normas+do+novo+CPC>>.

desembargadores a revisão do mérito das decisões proferidas no âmbito arbitral. Os atos de cooperação se limitam as determinações e prática de atos definidos em arbitragem”.

Dentre as inovações trazidas pelo novo CPC, se observa a regulamentação da alegação pelo réu sobre a existência de convenção arbitral, assim, infere Ana Flávia Magno Sandoval:¹¹⁶

“Primeiramente, cumpre esclarecer que convenção de arbitragem é um fato jurídico que órgão jurisdicional não pode conhecer de ofício. Ou seja, é necessário e requisito a interpelação de uma das partes para que o juiz se manifeste a esse respeito. Ao réu, cabe a alegação da existência de convenção de arbitragem, na primeira oportunidade que lhe couber falar nos autos. E caso não o faça, o seu silêncio será considerado como aceitação da jurisdição estatal e consequentemente, renúncia ao júzo arbitral.

Isto porque, cláusula arbitral é uma cláusula negocial firmada por pessoas capazes, envolvendo direitos disponíveis. Se uma das partes desobedece a essa disposição contratual, e ajuíza ação perante o Poder Judiciário, cabe a outra parte alegar esse descumprimento contratual, demonstrando ao juiz, a existência da convenção de arbitragem. Trata-se inclusive, esta alegação, de hipótese prevista no inciso VII, do artigo 485, do Novo CPC, como causa em que o juiz não resolverá o mérito, inserida no Título III, do Livro VI da Parte Geral do Novo Código, que trata da Extinção do Processo.

Caso contrário, seria entendido esta omissão como uma aceitação da jurisdição estatal, provocada pela parte autora que quebrou o contrato, e desta forma, tacitamente, renunciou à jurisdição arbitral. Nesta hipótese, o silêncio do réu é entendido como abdicação a jurisdição arbitral e aceitação da jurisdição estatal, e clara hipótese de distrato contratual tácito”.

Assim, conclui -se que “a alegação de existência de cláusula arbitral deve ser feita na primeira oportunidade em que couber a parte falar nos autos, sob pena de preclusão”.¹¹⁷

A entrada em vigor do novo CPC para Andre Vasconcelos Roque, trará impactos significativos para os procedimentos arbitrais, tais como:¹¹⁸

- (i) “Previsão do segredo de justiça em todos os procedimentos judiciais relacionados à arbitragem, inclusive no cumprimento forçado de sentença arbitral, desde que tenha sido estipulada a confidencialidade no procedimento arbitral (art. 189, IV);

¹¹⁶ SANDOVAL, Ana Flávia Magno. *A cláusula arbitral e as normas do novo CPC*. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234968,21048-A+clausula+arbitral+e+as+normas+do+novo+CPC>>.

¹¹⁷ SANDOVAL, Ana Flávia Magno. *A cláusula arbitral e as normas do novo CPC*. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234968,21048-A+clausula+arbitral+e+as+normas+do+novo+CPC>>.

¹¹⁸ ROQUE, Andre Vasconcelos. *Arbitragem e o novo CPC: um jogo de dois tempos (e uma prorrogação)*. 2016. Disponível em: < <https://jota.info/colunas/novo-cpc/arbitragem-e-o-novo-cpc-um-jogo-em-dois-tempos-e-uma-prorroacao-25012016>>.

- (ii) (ii) disciplina da carta arbitral, a fim de que órgão do Poder Judiciário pratique de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado pelos árbitros, como a condução coercitiva de testemunhas ou a busca e apreensão de documentos (art. 237, IV);
- (iii) (iii) uniformização do regime jurídico da convenção de arbitragem, passando a haver previsão expressa, tanto para a convenção de arbitragem, como para a cláusula compromissória, de que tais matérias não podem ser conhecidas de ofício pelo juiz (art. 337, § 5º);
- (iv) (iv) previsão de que o processo judicial deve ser extinto, sem resolução de mérito, não apenas quando o juiz considerar presente a convenção de arbitragem alegada pelo réu em contestação, mas também na hipótese em que o juízo arbitral já reconheceu sua competência (art. 485, VII). Trata-se de decorrência do princípio da competência-competência, contemplado pelo art. 8º, parágrafo único da Lei nº 9.307/1996, segundo o qual incumbe ao árbitro apreciar sua própria competência;
- (v) (v) previsão de interposição imediata de agravo de instrumento contra a decisão que rejeitar a alegação de convenção de arbitragem (art. 1.015, III);
- (vi) (vi) alteração da Lei nº 9.307/1996, para prever de forma expressa a impugnação (em vez dos antigos embargos de devedor, anteriores à Lei nº 11.232/2005, que reformou a execução dos títulos judiciais) como via adequada para o executado questionar o cumprimento forçado da sentença arbitral (art. 1.061)”.

Na arbitragem, estabelece o art. 14, § 1º da Lei nº 9.307/1996 que as “pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência”.¹¹⁹

“Trata-se do dever de revelação ou *duty of disclosure*, segundo o qual, para garantir que as partes tenham um julgamento imparcial e sem interferências externas, deverá o profissional indicado, para ser árbitro, relatar toda informação que possa repercutir no processo (art. 14, *caput* da Lei nº 9.307/1996)”.¹²⁰

No entendimento de Andre Vasconcelos Roque:¹²¹

“Isso não quer dizer, porém, que os juízes não possam ter sua imparcialidade questionada por terem relações pessoais com alguma das partes, seus advogados ou mesmo com outros sujeitos do processo. A ampliação das hipóteses de impedimento do juiz no novo CPC (art. 144), ao lado dos casos de suspeição (art. 145), é eloquente demonstração do que ora se afirma.

¹¹⁹ ROQUE, Andre Vasconcelos. *Arbitragem e o novo CPC: um jogo de dois tempos (e uma prorrogação)*. 2016. Disponível em: < <https://jota.info/colunas/novo-cpc/arbitragem-e-o-novo-cpc-um-jogo-em-dois-tempos-e-uma-prorroacao-25012016>>.

¹²⁰ ROQUE, Andre Vasconcelos. *Arbitragem e o novo CPC: um jogo de dois tempos (e uma prorrogação)*. 2016. Disponível em: < <https://jota.info/colunas/novo-cpc/arbitragem-e-o-novo-cpc-um-jogo-em-dois-tempos-e-uma-prorroacao-25012016>>.

¹²¹ ROQUE, Andre Vasconcelos. *Arbitragem e o novo CPC: um jogo de dois tempos (e uma prorrogação)*. 2016. Disponível em: < <https://jota.info/colunas/novo-cpc/arbitragem-e-o-novo-cpc-um-jogo-em-dois-tempos-e-uma-prorroacao-25012016>>.

Some-se a isso que, no novo CPC, estão expressamente contemplados a boa-fé (art. 5º) e a cooperação (art. 6º), que igualmente se aplicam ao órgão jurisdicional, o qual deve atuar de forma transparente e proporcionar às partes as informações necessárias para a adequada defesa de seus direitos, inclusive para assegurar a imparcialidade e a independência do julgador. É lícito concluir, assim, que entre outros deveres fundados nestes dispositivos, encontra-se o *dever de revelação* pelo juiz”. (Grifo do autor).

José Rogério Cruz e Tucci, enumera em seu trabalho as mudanças que o novo CPC trará no tocante à arbitragem:¹²²

“Nessa significativa perspectiva, muito mais enfático do que o anterior, o código recém-sancionado prevê ainda a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pelas audiências de conciliação e mediação (artigo 165); estabelece os princípios que informam a conciliação e a mediação (artigo 166); faculta ao autor da demanda revelar, já na petição inicial, a sua disposição para participar de audiência de conciliação ou mediação (artigo 319, inciso VII); estabelece o procedimento da audiência de conciliação ou de mediação (artigo 334); e recomenda, nas controvérsias de família, a solução consensual, possibilitando inclusive a mediação extrajudicial (artigo 694)”.

Por fim, o novo Código de Processo Civil demonstra grande influência nos procedimentos arbitrais “[...] e tal repercussão já vem sendo apontada pela doutrina. Contudo, isso não significa que os processos judiciais também não possam se inspirar em práticas da arbitragem, caso compatíveis com as normas fundamentais do novo CPC (arts. 1 a 12)”.¹²³

¹²² TUCCI, José Rogério Cruz e. *Novo CPC traz mudanças na arbitragem, conciliação e mediação*. 2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-dez-08/paradoxo-corte-cpc-traz-mudancas-arbitragem-conciliacao-mediacao>>.

¹²³ ROQUE, Andre Vasconcelos. *Arbitragem e o novo CPC: um jogo de dois tempos (e uma prorrogação)*. 2016. Disponível em: < <https://jota.info/colunas/novo-cpc/arbitragem-e-o-novo-cpc-um-jogo-em-dois-tempos-e-uma-prorroacao-25012016>>.

7 ARBITRAGEM NA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

7.1 Arbitragem como Mecanismo de Solução de Controvérsia Decorrente da Implementação do Plano de Recuperação Judicial

A Nova Lei de Falências e recuperação de empresas, Lei 11.101 de 2005, não só atualizou a empoeirada lei que até então regia as falências e concordatas (Decreto-lei 7.661/45) como também introduziu em nosso sistema legislativo um sistema tendente a recuperar, quando possível, a empresa em dificuldades.¹²⁴

A nova disciplina legal acerca da reestruturação de empresas tem como escopo recuperar a empresa economicamente viável, sendo a falência hipótese residual para a empresa em crise.¹²⁵

Uma das principais inovações da Lei 11.101/2005 segundo Raphael Corrêa é:¹²⁶

“A criação do instituto da recuperação judicial, o qual inverteu a lógica da lei anterior (Decreto-Lei nº 7.661/45), que previa a concordata como mecanismo de soerguimento da empresa em crise – uma moratória de 2 (dois) anos que abrangia apenas os credores quirografários da devedora e era vista como um favor legal concedido pelo Estado. A recuperação judicial propicia uma gama de mecanismos para a devedora e seus credores negociarem e, juntos, verificarem as melhores alternativas para a reestruturação da empresa e de seu passivo, as quais serão reduzidas a termo no Plano de Recuperação, que será submetido aos credores e por estes aprovado em Assembleia Geral”.

A nova lei conferiu maior autonomia às partes envolvidas, possibilitando que estas possam deliberar sobre o futuro da empresa em crise e os métodos que serão adotados para recuperá-la, através dos instrumentos que a lei dispõe.

Os credores da empresa em crise econômica financeira detêm da prerrogativa de permitir que o devedor se valha das benesses da nova lei, ou por levá-la à falência, caso entendam não ser possível que os objetivos alvitados pela mesma lei sejam cumpridos.

¹²⁴ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 54.

¹²⁵ CORRÊA, Raphael Nehin. *Arbitragem e insolvência*. IN: MELO, Marcelo (Ed.). *Arbitragem no Brasil*. São Paulo: Imprensa Régia, 2010. V.1. p. 82.

¹²⁶ CORRÊA, Raphael Nehin. *Arbitragem e insolvência*. IN: MELO, Marcelo (Ed.). *Arbitragem no Brasil*. São Paulo: Imprensa Régia, 2010. V.1. p. 82.

O instrumento capaz de permitir a recuperação da empresa viável economicamente é o Plano de Recuperação, negociado entre devedor e seus credores para o equacionamento do passivo concursal.¹²⁷

Cumpridas todas as exigências legais, tendo o juiz concedido a recuperação judicial do devedor, após a aprovação do plano de recuperação judicial e a homologação do magistrado, a empresa devedora permanecerá em recuperação judicial pelo período de dois anos, devendo, neste período, cumprir todas as obrigações acordadas no Plano. Neste período de dois anos, caso a devedora descumpra qualquer obrigação assumida no Plano, está ameaçada em ver sua recuperação empresarial convolada em falência.

Neste contexto, a falência poderá ser decretada pelo juiz no decorrer do processo de recuperação judicial nos casos a seguir: a) a assembleia de credores decida pela falência da empresa em crise, b) o devedor não apresentar o plano de recuperação judicial no prazo previsto em lei, c) quando o plano for rejeitado pelos credores em acordo com a lei e d) quando for descumprida qualquer obrigação assumida no plano de recuperação judicial, na forma do artigo 61 da Lei de Falência.

Inferre deste modo o artigo 61 da Lei 11.101 de 2005:¹²⁸

“Art. 61. Proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial.

§ 1º Durante o período estabelecido no **caput** deste artigo, o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarretará a convolação da recuperação em falência, nos termos do art. 73 desta Lei.

§ 2º Decretada a falência, os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial”.

“Assim sendo, não será surpresa se, no curso de implementação do Plano de Recuperação, venham a surgir divergências entre os administradores do devedor e a comunidade de credores que poderá se sentir ameaçada na preservação de seus direitos”.¹²⁹

¹²⁷ CORRÊA, Raphael Nehin. *Arbitragem e insolvência*. IN: MELO, Marcelo (Ed.). *Arbitragem no Brasil*. São Paulo: Imprensa Régia, 2010. V.1. p. 83.

¹²⁸ BRASIL. *Lei n.11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.

No prisma exposto por José Emílio Nunes Pinto:¹³⁰

“Por mais que se possa imaginar que, ao definir as medidas aplicáveis, devedor e credores estejam de acordo quanto ao resultado que possa ser obtido, certo é que, somente quando da implementação propriamente dita, as partes descerão aos detalhes de cada caso. Não é possível se imaginar que o Plano de Recuperação apresentado em juízo contenha um grau de detalhamento tal que cada credor possa, de antemão, prever com razoável certeza os obstáculos que terá de enfrentar a partir da sua respectiva aprovação. Aliás, atenta a essa circunstância e ao caráter dinâmico do longo e complexo processo de negociação que venha a se instaurar, a Lei, no art. 53, inciso I, se limita a exigir para assegurar a aprovação do Plano proposto e deferimento do estado de recuperação, que aquele contenha uma discriminação pormenorizada dos meios a serem empregados e seu resumo, acompanhado da demonstração de sua viabilidade econômica. No entanto, discriminação pormenorizada dos meios não pode e nem deve ser entendida como previsão acurada de todos os impactos que possam ocorrer, até mesmo porque determinados detalhes e informações e dados somente serão conhecidos com o decorrer das negociações”.

É justamente neste cenário que se abre espaço para o recurso à arbitragem no processo de recuperação judicial. Isso porque, durante o período de dois anos subsequente a implementação do Plano de Recuperação, pende sobre o devedor o risco de ver sua recuperação judicial convolada em falência, no caso do descumprimento de qualquer obrigação por ele assumida. Além dos obstáculos procedimentais que, em regra, impedem um rápido desfecho da controvérsia no judiciário, é razoável que a devedora, bem como seus credores, busquem uma maneira mais célere, especializada e eficiente de resolver os conflitos derivados da implementação do Plano de Recuperação Judicial. Assim, a arbitragem poderá afastar o risco de alegação de descumprimento de obrigações, não gerando a conversão da recuperação judicial em falência por esta hipótese.¹³¹

Desse modo, vem se demonstrando em recentes reestruturações de grandes empresas que os Planos de Recuperação regulam questões complexas, tais como reorganizações societárias, alienações de controle acionário e concessão de garantias adicionais pela devedora aos seus credores por meio de instrumentos de compartilhamento de

¹²⁹ PINTO, José Emílio Nunes. *A arbitragem na recuperação de empresas*. 2005. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/7170/a-arbitragem-na-recuperacao-de-empresas>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

¹³⁰ PINTO, José Emílio Nunes. *A arbitragem na recuperação de empresas*. 2005. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/7170/a-arbitragem-na-recuperacao-de-empresas>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

¹³¹ PINTO, José Emílio Nunes. *A arbitragem na recuperação de empresas*. 2005. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/7170/a-arbitragem-na-recuperacao-de-empresas>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

garantias. Isto demonstra o extremo cuidado que se deve ter com os Planos de Recuperação.¹³²

Desse modo, é de extrema importância o cuidado que se deve ter com uma recuperação judicial e todo seu trâmite legal, devendo ser observada minuciosamente cada parte de seu procedimento, para que não existam falhas por causa da busca pela celeridade e eficiência na resolução do conflito. Para tanto, deve-se aferir se a empresa em recuperação judicial sofreria alguma restrição à submissão de conflitos surgidos em relação ao cumprimento das obrigações reguladas no Plano de Recuperação ao procedimento arbitral.¹³³

Em todos os casos de descumprimento do Plano de Recuperação poderão os credores se dirigir ao judiciário para ver sanadas as controvérsias surgidas. Todavia, dada complexidade dos procedimentos judiciais e o sistema horizontal e vertical de recursos, é razoável se imaginar que o devedor e os credores busquem uma forma célere, especializada e eficiente de solução dessas controvérsias. Isto é, não paira dúvida de que a arbitragem é o mecanismo mais adequado para solucionar essas questões, especialmente por permitir que todo o procedimento venha a ser conduzido por especialistas no tema das controvérsias.¹³⁴

Quanto à disponibilidade dos direitos presentes na discussão de uma recuperação judicial, entende Raphael Corrêa:¹³⁵

“Há opiniões que sustentam que os regimes de insolvência regulados pela Lei de Falências e Recuperações revestem-se de interesse público envolvendo não apenas a coletividade de credores sujeita aos procedimentos concursais, bem como a própria sociedade, tendo em vista que a empresa é fonte geradora de impostos, empregos e riquezas. Nessa ótica, estar-se-ia diante de direitos indisponíveis. Sustenta-se, ainda, que tudo que diga respeito ao Plano de recuperação deverá ser submetido ao juiz responsável pelo processo e, justamente por se tratar de processo judicial, a jurisdição estatal afastaria a arbitral”.

Neste contexto Carmona,¹³⁶ defende que embora possa ser vislumbrado um rasgo de dispositividade na construção, pelos credores, do plano de recuperação da empresa

¹³² PINTO, José Emílio Nunes apud CORRÊA, Raphael Nehin. *Arbitragem e insolvência*. IN: MELO, Marcelo (Ed.). *Arbitragem no Brasil*. São Paulo: Imprensa Régia, 2010. V.1. p. 82.

¹³³ CORRÊA, Raphael Nehin. *Arbitragem e insolvência*. IN: MELO, Marcelo (Ed.). *Arbitragem no Brasil*. São Paulo: Imprensa Régia, 2010. V.1. p. 84.

¹³⁴ PINTO, José Emílio Nunes. *A arbitragem na recuperação de empresas*. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7170/a-arbitragem-na-recuperacao-de-empresas>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

¹³⁵ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de apud CORRÊA, Raphael Nehin. *Arbitragem e insolvência*. IN: MELO, Marcelo (Ed.). *Arbitragem no Brasil*. São Paulo: Imprensa Régia, 2010. V.1. p. 84.

arruinada, crê que uma arbitragem multipartite que gere efeitos em processo já instaurado por juiz togado seja altamente ineficiente, para não dizer, em suas palavras, indesejável. Entendendo que seria necessário, para aplicar a arbitragem ao processo de recuperação, vislumbrar a eventual controvérsia na execução do plano de recuperação. Exaltando que o choque entre o árbitro e o juiz criará mais problemas do que soluções. Concluindo Carmona, portanto, que embora não exista impedimento de submeter à decisão de árbitros desavenças relativas às obrigações constantes do plano, a utilização deste mecanismo de resolução de conflitos soa bastante inadequado, em sua visão, no ambiente regulado pela Lei 11.101/05.

Entendendo em conformidade com o artigo 1º da Lei de Arbitragem,¹³⁷ a empresa no processo de recuperação judicial, pode firmar cláusula compromissória dispondo sobre o tema em questão, pois são passíveis do juízo arbitral os conflitos que tenham por objeto a discussão de direitos patrimoniais disponíveis.

Na visão de Raphael Corrêa:¹³⁸

“O Plano de recuperação nada mais é do que um contrato firmado entre credores e devedora com a finalidade de recuperar a empresa, em nossa visão, não há óbice para a inclusão da cláusula compromissória com o objetivo de estabelecer a arbitragem como mecanismo de solução de disputas que digam respeito ao cumprimento das obrigações previstas no Plano. Com efeito, as matérias relativas à implementação do Plano de Recuperação versam sobre direitos patrimoniais disponíveis, uma vez que a discussão será o descumprimento ou não de obrigações de natureza contratual pactuadas no Plano”.

7.2 Vinculação à Cláusula Compromissória

É de grande importância saber a forma que o mecanismo da arbitragem irá funcionar na recuperação judicial. A arbitragem é consensual, não existindo a possibilidade para que se adote uma arbitragem obrigatória. Sendo assim, “a Lei de Arbitragem cuida, em seu texto, da denominada convenção de arbitragem, ou seja, o conjunto formado pela cláusula compromissória e pelo compromisso, com o tratamento legal deferido a cada um deles”.¹³⁹

¹³⁶ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 54.

¹³⁷ BRASIL. *Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016.

¹³⁸ CORRÊA, Raphael Nehin. *Arbitragem e insolvência*. IN: MELO, Marcelo (Ed.). *Arbitragem no Brasil*. São Paulo: Imprensa Régia, 2010. V.1. p. 85.

¹³⁹ PINTO, José Emílio Nunes. *A arbitragem na recuperação de empresas*. 2005. Disponível em:

Dentro do contexto de escolha do juízo arbitral como solucionador de controvérsias surgidas durante a recuperação judicial, encontramos a inclusão da cláusula compromissória no contexto do Plano apresentado aos credores.

Quanto à vinculação à cláusula compromissória, infere o artigo 4 da Lei 9.307/96, “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”.¹⁴⁰ Assim, chega-se a conclusão que a cláusula contempla um caráter consensual, obrigando apenas os credores que expressamente aderiram à convenção arbitral no momento da formulação do Plano de Recuperação.

A cláusula compromissória é dotada de autonomia, como prevê o artigo 8 da Lei de Arbitragem, “A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”.¹⁴¹ Destaca José Emílio Nunes Pinto que a “regra geral prevista na Lei de Arbitragem é aquela contida em seu art. 5º, ou seja, de que surgindo a controvérsia a cláusula compromissória "cheia" permite que se instaure, de imediato, a arbitragem, já que deve aquela conter a forma de instituição escolhida pelas partes”.¹⁴²

De acordo com Raphael Corrêa e José Emílio Pinto:¹⁴³

“Isso significa que os credores da empresa devedora que votaram, em Assembleia Geral, pela rejeição do Plano de Recuperação que venha a ser aprovado pela maioria dos credores, apesar de se sujeitarem aos termos e condições, em especial no que se refere à forma de pagamento de seus créditos e dos mecanismos de recuperação a serem utilizados, pela leitura do artigo 59 da Lei 11.101/05, entendem os autores que não ficam vinculados os credores pela cláusula compromissória e podem, portanto, se socorrer da via prevista no Plano. Esse entendimento também se aplica aos credores que não compareceram à Assembleia e aos que se abstiveram de votar o Plano de Recuperação”.

Os credores ausentes, dissidentes e os que se abstiveram de votar, estão obrigados ao Plano de Recuperação Judicial que venha a ser aprovado, no entanto, não estão estes,

< <https://jus.com.br/artigos/7170/a-arbitragem-na-recuperacao-de-empresas>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

¹⁴⁰ BRASIL. *Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre arbitragem. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016.

¹⁴¹ BRASIL. *Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre arbitragem. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016.

¹⁴² PINTO, José Emílio Nunes. *A arbitragem na recuperação de empresas*. 2005. Disponível em:

< <https://jus.com.br/artigos/7170/a-arbitragem-na-recuperacao-de-empresas>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

¹⁴³ PINTO, José Emílio Nunes apud CORRÊA, Raphael Nehin. *Arbitragem e insolvência*. IN: MELO, Marcelo (Ed.). *Arbitragem no Brasil*. São Paulo: Imprensa Régia, 2010. V.1. p. 82.

obrigados à cláusula compromissória, se a ela não aderiram voluntariamente. Leitura baseada na compreensão da autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato em que estiver inserida.

Na visão de José Emílio Nunes Pinto:¹⁴⁴

“Nada impedirá, no entanto, que, ao ser iniciada em juízo a respectiva ação judicial, o juiz tente uma conciliação entre as partes e, revelando-se a mesma infrutífera, que proponha ele a adoção da arbitragem. Neste caso, as partes firmariam um compromisso judicial, na forma do art. 9º § 1º da Lei de Arbitragem, que extinguiria o processo sem julgamento de mérito. Por outro lado, surgindo a controvérsia, podem, ainda, as partes deliberar privada e consensualmente pela utilização da arbitragem, caso em que firmariam um compromisso extrajudicial, conforme previsto no art. 9º § 2º”.

A consequência da não vinculação de um ou mais credores à cláusula compromissória segundo José Emílio Nunes Pinto:¹⁴⁵

“Será a possibilidade conferida ao devedor de legitimamente se recusar a submeter à arbitragem controvérsia que venha a surgir com esse mesmo credor no futuro, alegando nesse caso a inexistência de cláusula compromissória que os vincule. Para que a arbitragem possa ser então instaurada, deverá o credor, nessa hipótese, propor ao devedor que firmem um compromisso. Caso o devedor venha a rejeitar a proposta, a questão será decidida pelo Poder Judiciário, não se aplicando à espécie as disposições contidas nos arts. 6º e 7º da Lei de Arbitragem. Portanto, para que se evitem situações dessa natureza, ainda que o credor se oponha à aprovação do Plano, deverá este, por precaução, manifestar a sua concordância com a cláusula compromissória, caso o Plano venha a ser aprovado pelo quórum estabelecido pela Lei de Recuperação de Empresas. Vale sempre lembrar que, em razão da autonomia da cláusula compromissória, a aprovação desta pelo credor dissidente em nada afetará a solidez de seus argumentos, nem será ela entendida como contraditória, visto estar ele sujeito à aprovação pelos demais credores do Plano a que se opôs. Vencido que venha a ser em sua pretensão, poderá ele contar, pelo menos, com mecanismo adequado para a solução de controvérsias que venham doravante a surgir”.

7.3 Análise da Cláusula Compromissória pelo Juízo da Recuperação Judicial

Quanto à necessidade de homologação judicial de cláusula compromissória constante no Plano de Recuperação Judicial, defende José Emílio Pinto, a necessidade da

¹⁴⁴ PINTO, José Emílio Nunes. *A arbitragem na recuperação de empresas*. 2005. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/7170/a-arbitragem-na-recuperacao-de-empresas>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

¹⁴⁵ PINTO, José Emílio Nunes. *A arbitragem na recuperação de empresas*. 2005. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/7170/a-arbitragem-na-recuperacao-de-empresas>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

revisão pelo magistrado, pois assegurará maior segurança caso venha a existir controvérsia posterior, acarretando imediata análise pelo juiz arbitral, evitando recursos desnecessários e a demora na resolução dos conflitos.¹⁴⁶

No entendimento de José Emílio Nunes Pinto quanto à suficiência da cláusula compromissória:¹⁴⁷

“Parece-nos cabível postular pela revisão da suficiência da cláusula compromissória pelo juiz ao examinar o Plano. Essa revisão destina-se a evitar que se consagrem cláusulas patológicas com os efeitos danosos antes mencionados. A revisão assegurará que, surgida a controvérsia, possa a mesma ser objeto de um procedimento arbitral imediatamente instaurado, evitando-se o recurso a medidas, como a prevista no art. 7º da Lei de Arbitragem, que foi concebida para ser utilizada em situações excepcionais”.

Defendo igualmente esta posição, pois prevê o artigo 7 da Lei de Arbitragem, que “existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim”.¹⁴⁸ Demonstrando assim, a própria lei, que a homologação judicial da cláusula compromissória acarreta maior celeridade na resolução das controvérsias e maior segurança ao próprio procedimento arbitral.

Em contrapartida, Raphael Corrêa entende:¹⁴⁹

“Não ser possível atribuir ao juiz o papel de verificação da suficiência da cláusula compromissória, pois, na sistemática adotada pela vigente Lei de Falências e Recuperação, é prerrogativa exclusiva dos credores a análise e manifestação sobre o teor do Plano de Recuperação, tendo o Judiciário a função de aferir o preenchimento dos requisitos legais para fins de homologação ou não do Plano”.

7.4 Possibilidade de Intervenção de Terceiros no Procedimento Arbitral

¹⁴⁶ PINTO, José Emílio Nunes. *A arbitragem na recuperação de empresas*. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7170/a-arbitragem-na-recuperacao-de-empresas>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

¹⁴⁷ PINTO, José Emílio Nunes. *A arbitragem na recuperação de empresas*. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7170/a-arbitragem-na-recuperacao-de-empresas>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

¹⁴⁸ BRASIL. *Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016.

¹⁴⁹ CORRÊA, Raphael Nehin. *Arbitragem e insolvência*. IN: MELO, Marcelo (Ed.). *Arbitragem no Brasil*. São Paulo: Imprensa Régia, 2010. V.1. p. 88.

A Lei de Falências e Recuperação de Empresas não regulamentou sobre a intervenção de terceiros no procedimento arbitral. Todavia, a doutrina majoritária compreende que apesar de haver vácuo legislativo quanto a este tema, não existe razão para impedir a intervenção de terceiros na arbitragem. Entretanto, esta intervenção dependerá da anuência das partes envolvidas no procedimento arbitral, além, de parecer razoável conferir aos árbitros responsáveis o poder de impedir a intervenção de terceiros, ajudando a evitar possíveis distúrbios desnecessários ao procedimento.

Neste contexto, parece plenamente possível à intervenção de terceiros interessados no procedimento arbitral referente à implementação do Plano de Recuperação. Porém, para que isto ocorra é necessária à anuência das partes envolvidas.¹⁵⁰

No entendimento de José Emílio Nunes Pinto:¹⁵¹

“A intervenção de terceiros no procedimento arbitral não está regulada em Lei e dependerá sempre da concordância de ambas as partes para que possa se efetivar. Há, entretanto, os que entendem que, além da concordância das partes, os árbitros deveriam também concordar com a pretendida intervenção. Nesse ponto, permitimo-nos discordar dessa exigência adicional. A arbitragem é, como se costuma dizer, "a terra das liberdades", onde a ordem e a disciplina são impostas pela vontade soberana das partes. Portanto, estando estas de acordo, e da vontade dessas nasce a autoridade dos árbitros, o consentimento destes seria dispensável.

Os que defendem a exigência costumam alegar que, em razão da intervenção materializada, o procedimento arbitral pode se tornar muito mais complexo, exigindo dos árbitros uma dedicação maior da que teriam eles levado em conta quando da aceitação da função para a qual foram aceitos. Se isso for realmente o caso e houver incompatibilidade entre o escopo da arbitragem e a disponibilidade de tempo do árbitro, deve este exercer o dever de revelação quanto à limitação imposta à sua disponibilidade, dever este que é corolário do dever de proceder com diligência, na forma em que se encontra previsto no art. 13, § 6º da Lei de Arbitragem. Não nos parece coerente que, desejando as partes que se efetive a pretendida intervenção do terceiro, os árbitros a ela se oponham, impedindo que a vontade das partes seja observada”.

7.5 Análise do procedimento da mediação nas causas de família e a possibilidade de sua utilização na arbitragem

Nas ações de família, previstas pelo Código Civil e de Processo Civil brasileiro, sendo este alterado em 2015, existe a possibilidade de no decorrer de um processo judicial,

¹⁵⁰ CORRÊA, Raphael Nehin. *Arbitragem e insolvência*. IN: MELO, Marcelo (Ed.). *Arbitragem no Brasil*. São Paulo: Imprensa Régia, 2010. V.1. p. 89.

¹⁵¹ PINTO, José Emílio Nunes. *A arbitragem na recuperação de empresas*. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7170/a-arbitragem-na-recuperao-de-empresas>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

serem os autos remetidos à mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar, ficando estes autos suspensos até o julgamento do processo pelo mediador, como exemplo. Desse modo, chegando as partes a um acordo na mediação extrajudicial, esta decisão será encaminhada ao juiz inicialmente competente para homologação. Todavia, não chegando as partes a um consenso, os autos serão remetidos ao juiz originário da Vara de Família, que irá dar prosseguimento ao processo pela via judicial, não ficando este prejudicado com a suspensão precedida.

Dispõe o artigo 694, Parágrafo Único, do Código de Processo Civil:¹⁵²

“Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar”.

O Parágrafo Único do artigo 694 do Código de Processo Civil,¹⁵³ regula o contexto supracitado, demonstrando que existe previsão legal no tocante à utilização da suspensão processual e do uso de uma das formas alternativas de solução de controvérsias dentro do procedimento judicial. Deste modo, abre-se portas para uma possível utilização por analogia deste artigo ao procedimento arbitral.

Assim, poderia inferir-se o uso da arbitragem durante um processo judicial, ficando este suspenso no período da realização da arbitragem, sendo esta utilizada como uma forma alternativa para solucionar a controvérsia existente, e, por sua vez, uma alternativa mais célere, especializada e sigilosa, diferenciais altamente relevantes.

Essa possibilidade no contexto da Recuperação judicial seria apresentada como uma forma especializada e de grande relevância para o devedor empresário, pois interferiria positivamente quanto a dificultar a convolação da recuperação judicial em falência.

Foi demonstrada anteriormente a possibilidade da utilização da arbitragem após a homologação do Plano de Recuperação Judicial, com a necessidade da existência de cláusula

¹⁵² BRASIL. *Lei n.5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 21 abr.2016.

¹⁵³ BRASIL. *Lei n.5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 21 abr.2016.

compromissória entre devedor empresário e seus credores, sendo incluídos apenas os credores que dentro do Plano de Recuperação aderiram à cláusula compromissória.

Porquanto, tendo o credor aderido ao Plano e a cláusula compromissória, e se vendo em uma situação prejudicial, com a possível insolvência do devedor, poderá o credor em conjunto com o devedor empresário fazerem uso do procedimento arbitral, suspendendo o processo na via judicial, e aguardando a sentença arbitral, sobre a resolução em especial, de renegociações de dívidas, auxiliando dessa forma, o devedor a não ver sua recuperação judicial transformada em falência pelo descumprimento de uma obrigação aderida no Plano.

A intenção não é incentivar o devedor empresário a descumprir qualquer obrigação assumida no Plano de Recuperação Judicial, mas corroborar para diminuir o número de falências que ocorrem no Brasil, tendo em vista, esta ter um procedimento extremamente moroso e delicado, onde na maioria das vezes muitos dos credores ficam sem receber nenhum de seus créditos, sendo, assim, muito mais vantajoso o processo de recuperação judicial, tanto para os credores, principalmente quanto aos créditos trabalhistas, como para o devedor empresário. A arbitragem entra em cena como uma forma de sustentar a recuperação judicial pelo prazo devido e ajudar o devedor a arcar com suas obrigações, cooperando de forma indireta para a economia do país, pois empresas geram circulação de riquezas, trabalho, emprego, fonte de renda para o Estado através dos encargos cobrados dos empresários, dentre outros benefícios.

7.6 Mediação nas hipóteses de recuperação judicial.

A Lei número 13.140/2015, resultou da unificação de 3 projetos de lei, são eles: PLS 517/2011, PLS 434/2013 e PLS 405/2013. A redação original do PLS 434/2013, originário do CNJ e do MJ, propunha que a mediação não fosse aplicável a determinadas espécies de conflitos, dos quais se destacam os conflitos que versassem sobre a recuperação judicial e falência (o artigo 3º, inciso III excluía expressamente a recuperação judicial e a falência). O relator, Deputado Sérgio Zveiter, suprimiu tal previsão, objetivando deixar claro que qualquer conflito que transpasse sobre interesses disponíveis, ou mesmo os indisponíveis que admitissem transação, poderiam ser objeto de mediação.

Sérgio Zveiter infere em seu parecer:

"Quanto ao caput do artigo 3º, vale destacar que há direitos os quais, mesmo indisponíveis, admitem algum nível de transação. Os conflitos envolvendo questões de família ou ambientais são exemplos de direitos indisponíveis, mas que são mediados com altas taxas de êxito e de efetividade. Assim, a alteração promovida no caput permitirá maior abrangência da lei e evitará que experiências já existentes e satisfatórias de mediação sejam desconsideradas".

Assim, de acordo com o disposto no artigo 3º da Lei n. 13.140/2015, "pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação".¹⁵⁴

"No ano de 2011, o Senador Ricardo Ferraço apresentou ao Senado o projeto de Lei 517/11, propondo a regulamentação da mediação judicial e extrajudicial, de modo a criar um sistema afinado com a resolução nº 125 do CNJ".¹⁵⁵

A Primeira Jornada de "Prevenção e solução extrajudicial de litígios" realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal", lançou enunciado sobre a compatibilidade da mediação e da recuperação de empresas, assim, se obteve este enunciado: "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".¹⁵⁶

Desse modo, conclui-se, que não se afasta a mediação das hipóteses de recuperação judicial ou falência, ou, ainda, nos conflitos decorrentes dos processos de insolvência. Assim, não vejo, portanto, qualquer óbice à aplicação da mediação em sede de recuperação judicial.

¹⁵⁴ BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em 27 abr.2017

¹⁵⁵ DALLA, Humberto. *O marco legal da mediação no Brasil*. 2017. Disponível em: <[www.genjuridico.com.br/2017/04/07/o-marco-legal-da-mediacao-no-brasil/](http://genjuridico.com.br/2017/04/07/o-marco-legal-da-mediacao-no-brasil/)>. Acesso em 27 abr.2017.

¹⁵⁶ Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. *Prevenção e solução extrajudicial de litígios*. 2016. Disponível em: <www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669>. Acesso em 27 abr.2017.

8 CONCLUSÃO

Da exposição das questões práticas relativas aos temas abordados, nota-se a divergência entre doutrinadores sobre as formas e uso dos institutos da recuperação judicial e da arbitragem.

A ideia basilar da utilização da jurisdição arbitral no âmbito de insolvência empresarial se perfaz com a necessidade das partes envolvidas e do próprio Estado de Direito ver sua máquina em pleno funcionamento, isto é, com vagas de empregos, uma economia aquecida e empresas desempenhando sua função social e econômica.

Conquanto como defendido, entendo que é possível a utilização do instituto da arbitragem nas recuperações judiciais, se valendo, por seu turno, da utilização da cláusula arbitral no núcleo do Plano de recuperação judicial. Foi utilizado como embasamento o Novo Código de Processo Civil, em específico o seu artigo 3º, §1º, demonstrando que a arbitragem é uma jurisdição e existe espaço para ser utilizada no âmbito de processo judicial já instaurado. Além da lei 9.307 de 1996 que trata sobre a arbitragem e foi atualizada pela lei 13.129 de 2015.

Isso porque, em minha visão, as situações apresentadas versam sobre direitos patrimoniais disponíveis, fazendo referência aos contratos celebrados entre devedor empresário e seus credores, sendo assim, perfeitamente compatível de serem submetidos ao juízo arbitral.

Verificada a possibilidade do uso da arbitragem no instituto da recuperação judicial de empresas como forma de impedir a convolação direta da recuperação judicial em falência, pelo descumprimento de cláusula constante no plano de recuperação proposto pelo devedor, é certo que a doutrina estudiosa do tema e a jurisprudência deverão prosseguir com o debate e enfrentamento da questão. Tendo o operador do direito a responsabilidade sobre a utilização das melhores alternativas aos seus clientes, devendo em minha visão ser cada vez mais utilizada e empregada a jurisdição arbitral nos conflitos cotidianos.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 20 dez. 2016.
- BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 out.2016.
- BRASIL. *Lei n.5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 21 abr.2016.
- NUSDEO, Fábio, 1997, apud, TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 1.
- TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. Falência e recuperação de empresas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 3.
- BRASIL. *Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945*. Lei de falências. Revogado pela *Lei nº 11.101, de 2005*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del7661.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.
- BRASIL. *Lei n.11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.
- ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de Falência e Recuperação de Empresa*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PINTO, José Emílio Nunes. *A arbitragem na recuperação de empresas*. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7170/a-arbitragem-na-recuperacao-de-empresas>>.
- MAMEDE, Gladston, 2006 apud TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. Falência e recuperação de empresas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 3.
- MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 4.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 ago. 2016.
- ARAGÃO, Leandro de Santos, 2006 apud TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. Falência e recuperação de empresas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 3.
- RESTIFFE, Paulo Sérgio, 2005 apud TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. Falência e recuperação de empresas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 3.
- PAIVA, Luiz Fernando Valente de, 2005, apud TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. Falência e recuperação de empresas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 3.
- BRASIL. *Lei 13.105 de 16 de março de 2015*. Dispõe sobre o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 10 fev. 2017.
- CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada; DINAMARCO, Cândido. *Teoria geral do processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

- CARMONA, Carlos Alberto, 1993 apud BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e Arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MARTINS, Pedro Batista, 1990 apud BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e Arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LIMA, Alcides, 1986 apud CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- SANDOVAL, Ana Flávia Magno. *A cláusula arbitral e as normas do novo CPC*. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234968,21048-A+clausula+arbitral+e+as+normas+do+novo+CPC>>.
- ROQUE, Andre Vasconcelos. *Arbitragem e o novo CPC: um jogo de dois tempos (e uma prorrogação)*. 2016. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/novo-cpc/arbitragem-e-o-novo-cpc-um-jogo-em-dois-tempos-e-uma-prorrogacao-25012016>>.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Novo CPC traz mudanças na arbitragem, conciliação e mediação*. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-08/paradoxo-corte-cpc-traz-mudancas-arbitragem-conciliacao-mediacao>>.
- CORRÊA, Raphael Nehin. *Arbitragem e insolvência*. IN: MELO, Marcelo (Ed.). *Arbitragem no Brasil*. São Paulo: Imprensa Régia, 2010. V.1. p. 81-95.
- TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de apud CORRÊA, Raphael Nehin. *Arbitragem e insolvência*. IN: MELO, Marcelo (Ed.). *Arbitragem no Brasil*. São Paulo: Imprensa Régia, 2010. V.1. p. 81-95.
- PINTO, José Emílio Nunes apud CORRÊA, Raphael Nehin. *Arbitragem e insolvência*. IN: MELO, Marcelo (Ed.). *Arbitragem no Brasil*. São Paulo: Imprensa Régia, 2010. V.1. p. 81-95.
- BRASIL. *Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em 27 abr.2017
- DALLA, Humberto. *O marco legal dá mediação no Brasil*. 2017. Disponível em: <genjuridico.com.br/2017/04/07/o-marco-legal-da-mediacao-no-brasil/>. Acesso em 27 abr.2017.
- Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. *Prevenção e solução extrajudicial de litígios*. 2016. Disponível em: <www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669>. Acesso em 27 abr.2017.