



FACULDADE
BAIANA DE
DIREITO

FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JOHNATAN RODOLFO DE SOUZA D'ALCANTARA

**CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA EM PLANO DE
RECUPERAÇÃO JUDICIAL: O ALCANCE DA CLÁUSULA
COMPROMISSÓRIA EM RELAÇÃO AOS CREDORES
DISSIDENTES**

Salvador
2019

JOHNATAN RODOLFO DE SOUZA D'ALCANTARA

**CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA EM PLANO DE
RECUPERAÇÃO JUDICIAL: O ALCANCE DA CLÁUSULA
COMPROMISSÓRIA EM RELAÇÃO AOS CREDORES
DISSIDENTES**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Gabriel Seijo Leal de Figueiredo

Salvador
2019

TERMO DE APROVAÇÃO

JOHNATAN RODOLFO DE SOUZA D'ALCANTARA

CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA EM PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL: O ALCANCE DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA EM RELAÇÃO AOS CREDORES DISSIDENTES

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2019.

A
Deus, força norteadora. A minha família,
especialmente, minha mãe, Jussara Souza e
avó Juvanette Santos, a quem eu devo
todas as minhas conquistas.

AGRADECIMENTOS

A Jussara Souza, Juvanette Santos e Jorge Souza Filho, por tudo que dedicaram à minha criação e desenvolvimento pessoal, sendo eternamente grato e fiel.

A Gabrielly Souza, por todo o companheirismo, compreensão para todas as horas, e por dividir comigo os altos e baixos da vida.

Ao Prof. Dr. Gabriel Seijo Leal de Figueiredo, meu nobre orientador, e mentor profissional, por todos os ensinamentos, não só na confecção do presente trabalho monográfico, como também na própria vida profissional, como um verdadeiro líder.

A Marcos Flávio Lago Lopes, por todo o auxílio prestado na construção do presente trabalho, por todos os ensinamentos de grande valia no dia a dia de um escritório de advocacia, e pela mentoria na minha formação profissional.

“Quando penso que cheguei ao meu limite, descubro que tenho forças para ir além”.

Ayrton Senna

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por finalidade analisar os efeitos da inclusão de uma cláusula compromissória em plano de recuperação judicial em face dos credores dissidentes, se debruçando sobre a possibilidade, ou não, de se vincular àqueles credores que se manifestaram contra a aprovação do plano, ou contra, especificamente, a inclusão da cláusula compromissória. Para tanto, o trabalho adentra no procedimento de recuperação judicial, se atentando ao plano de recuperação, tratando desde sua apresentação, passando pela apreciação, e finalmente alcançando a votação quanto à sua aprovação ou rejeição. Nesta perspectiva se analisa, não só a natureza jurídica do plano, como também de que forma a autonomia privada se manifesta no instituto, em paralelo à valoração e apuração da vontade dos credores, nos termos da Lei 11.101/05. Em seguida, passa-se à análise da arbitragem, suas especificidades e natureza jurídica, se verificando ainda a relevância atribuída ao consentimento e sua manifestação, à luz da cláusula compromissória e suas nuances, conforme preconiza a Lei 9.307/96. Posteriormente, analisa-se a possibilidade de se incluir uma cláusula compromissória em plano de recuperação judicial, traçando paralelo à natureza jurídica de ambos os elementos, seus desdobramentos e compatibilidades. Adiante questiona-se a arbitrabilidade subjetiva dos empresários submetidos à recuperação judicial, do mesmo modo que se analisa a arbitrabilidade objetiva de conflitos oriundos da recuperação judicial, ou mais especificamente oriundas do plano de recuperação judicial, se questionando ainda a competência do tribunal arbitral em detrimento da competência do juízo falimentar, à luz da Lei 11.101/05. Nestes termos, passa-se à análise dos efeitos da inclusão de cláusula compromissória em plano de recuperação judicial, em face dos credores dissidentes. Assim, verifica-se os posicionamentos e soluções apresentadas pela doutrina especializada, em atenção aos dispositivos das Leis 9.307/96 e 11.101/05, a fim de se alcançar a solução mais adequada para o questionamento formulado, sendo analisada a importância do consentimento para o instituto da arbitragem, assim como as características específicas do plano de recuperação nos termos da legislação aplicável.

Palavras-chave: Recuperação judicial; Arbitragem; Plano de recuperação judicial; Cláusula compromissória; Credores dissidentes; Consentimento;

ABSTRACT

This monograph work aims to analyze the effects of the inclusion of an arbitration clause in a judicial reorganization plan vis-à-vis dissident creditors, who have expressed their opposition to the approval of the plan, or specifically against the inclusion of the arbitration clause. In that sense, this work analyzes the judicial reorganization procedure, taking into consideration the reorganization plan, from its presentation, passing through the assessment, and finally reaching the vote on its approval or rejection. In this perspective, it is considered, not only the legal nature of the plan, but also, how private autonomy takes place in the institute, parallel to the assessment and verification of the will of creditors, under the terms of the law n. 11.101/05. Subsequently, this monograph goes through the arbitration aspects, such as its specificities and its legal nature, as well as, the relevance attributed to the consent and its manifestation, in light of the arbitration clause, as indicated by the law n. 9.307/96. Afterwards, the possibility of the inclusion of an arbitration clause, in a judicial reorganization plan is analyzed, in light of the legal nature of both elements, their characteristics and compatibilities. Later, the subjective arbitrability of companies subject to judicial reorganization is questioned, as well as the objective arbitrability of conflicts arising from the judicial reorganization, or specifically from the judicial reorganization plan. Furthermore, this work analyses the arbitral tribunal's jurisdiction, in face of the bankruptcy court, in attention to the Law n. 11.101/05. In these terms, the present work analyzes the effects of the inclusion of an arbitration clause in a judicial reorganization plan, in face of dissident creditors. Thus, the understandings and solutions presented by the specialized doctrine are considered, in accordance with the provisions of the Laws n. 9.307/96 and n. 11.101/05, in order to identify the most adequate solution for the case at hand. In that sense, the present work analyzes the importance of consent for the arbitration, as well as the specific characteristics of the judicial reorganization plan under the applicable legislation.

Keywords: Judicial Reorganization; Arbitration; Judicial Reorganization Plan; Arbitration clause; Dissident Creditors; Consent;

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	art.
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
Des.	Desembargador
LRF	Lei de Recuperação de Empresas e Falência
Rel.	Relator
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 O PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A LEI 11.101/05	14
2.1 O DIREITO DAS EMPRESAS EM CRISE	14
2.2 A RECUPERAÇÃO JUDICIAL	20
2.2.1 O conceito da recuperação judicial e seu objetivo	20
2.2.2 Os princípios e a natureza da recuperação judicial	22
2.2.3 O Requerimento da recuperação judicial e a decisão de processamento	28
2.3 O PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL	32
2.3.1 A elaboração e o conteúdo do plano de recuperação judicial	33
2.3.2 Apreciação do plano de recuperação judicial	36
2.3.2.1 Assembleia Geral de Credores e as fases de análise do plano	39
2.3.2.2 A aprovação do plano	42
2.3.2.3 A rejeição do plano	46
2.3.3 A autonomia privada na recuperação judicial	47
3 A ARBITRAGEM, O CONSENSO E A LEI 9.307/96	52
3.1 O CONCEITO DE ARBITRAGEM E SUA EVOLUÇÃO NO BRASIL	52
3.1.1 A constitucionalidade da Lei 9.307/96	57
3.1.2 A natureza jurídica da arbitragem	60
3.1.2.1 Teoria Privatista	60
3.1.2.2 Teoria Jurisdicionalista	61
3.1.2.3 Teoria Mista	63
3.1.2.4 Teoria Autonomista	64
3.2 O CONSENSO E A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM	64
3.2.1 Compromisso arbitral	67
3.2.2 Cláusula compromissória	68
3.2.2.1 A forma e a validade da cláusula compromissória na Lei 9.307/96	70
3.2.2.2 O consensualismo como elemento fundamental	71
3.2.2.3 A autonomia da cláusula compromissória	74

4 A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL	76
4.1 DA ARBITRABILIDADE DOS CONFLITOS ORIUNDOS DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL	77
4.2 A INCLUSÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL	85
4.3 OS CREDITORES DISSIDENTES E A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA	89
4.3.1 Uma leitura das Leis 11.101/05 e 9.307/96	90
4.3.2 A cláusula compromissória em estatuto de sociedade anônima	92
4.3.3 Da impossibilidade de se vincular credores dissidentes	96
4.3.4 A teoria da extensão subjetiva da cláusula compromissória e o consentimento	100
5 CONCLUSÃO	105
REFERÊNCIAS	109

1 INTRODUÇÃO

De início, destaca-se que tanto o instituto da arbitragem, norteado pela Lei 9.307/96, quanto o instituto da recuperação judicial, positivado pela Lei 11.101/05, vem recebendo grande importância no cenário jurídico brasileiro, à luz dos seus desenvolvimentos contínuos.

Neste sentido, a utilização da arbitragem vem crescendo sensivelmente em solo brasileiro, seja pelo grau de complexidade dos conflitos, seja pela disseminação do instituto promovida pelas câmaras arbitrais, ou ainda pela ampla atenção dada pela doutrina.

Por outro lado, o cenário de crise econômica que afetou o Brasil na última década influenciou de maneira efetiva em diversas decretações de falência e deferimentos de recuperações judiciais, estes que inclusive receberam grande atenção por parte da mídia especializada.

Sendo assim, diante da natureza dos institutos, pode se afirmar que a interação entre a arbitragem e a recuperação judicial tem se mostrado cada vez mais recorrente no direito brasileiro. Neste sentido, coube à doutrina especializada, dedicar seus esforços para compreender em que termos se dá a compatibilidade entre as especificidades dos institutos, desaguando assim na identificação de diversas questões palpantes.

O objetivo do presente trabalho não é esgotar todos os conflitos e discussões que decorrem do encontro entre os institutos, mas sim, focar em uma questão em especial, sendo esta, os efeitos da inclusão de uma cláusula compromissória em um plano de recuperação judicial em face dos credores que não votaram a favor do plano, ou se mostraram contrários, especificamente, à inclusão da cláusula compromissória.

Entretanto, para que se possa compreender de maneira satisfatória o questionamento trazido à tona, se faz indispensável analisar os institutos da recuperação judicial e arbitragem separadamente, destacando suas características íntimas, para posteriormente se debruçar sobre a específica interação dos mesmos.

Dessa forma, o segundo capítulo do presente trabalho se presta a analisar o procedimento da recuperação judicial, com ênfase no plano de recuperação judicial, à luz da Lei 11.101/05, tratando de suas especificidades, natureza jurídica, mecanismos de apresentação, apreciação,

além da deliberação acerca de sua aprovação. Assim, busca se compreender de que forma as manifestações de vontade dos credores são interpretadas, valoradas e consideradas.

Conseqüentemente, para avançar na compreensão do presente trabalho monográfico, no terceiro capítulo passa-se ao estudo da arbitragem e suas nuances, desaguando nos entendimentos específicos acerca da cláusula compromissória, passando pelos requisitos quanto a sua forma e validade, em paralelo ao estudo do consentimento como elemento intrínseco ao instituto.

Assim, ultrapassada a análise fundamental, no quarto capítulo, debruça-se especificamente acerca do ponto de contato entre os institutos aqui estudados e seus desdobramentos. Questiona-se então o alcance da cláusula compromissória no plano de recuperação em relação aos credores dissidentes.

Antes de expor os posicionamentos específicos acerca do questionamento, deve ser analisada a efetiva possibilidade de se incluir uma cláusula compromissória em plano de recuperação judicial, em atenção à natureza jurídica dos elementos, de modo que se analisa os desdobramentos da autonomia privada em sede de recuperação judicial.

Verifica-se ainda a questão da arbitrabilidade subjetiva, em termos de identificar se empresários em processo de recuperação judicial, podem figurar como partes em procedimentos arbitrais. Ao passo que, quanto à arbitrabilidade objetiva, questiona-se possibilidade de se submeter conflitos decorrentes da recuperação judicial, ou mais especificamente, oriundas do plano de recuperação e seu cumprimento, à jurisdição de um tribunal arbitral.

Ultrapassados tais quesitos, efetivamente se faz possível adentrar ao foco do presente trabalho monográfico. Destaca-se que a doutrina especializada, ainda não foi capaz de alcançar um consenso acerca do debate. Deste modo, ainda no quarto capítulo, busca-se analisar todos os argumentos apresentados, tanto no sentido de se confirmar o alcance da cláusula compromissória, quanto no sentido de afastar qualquer vinculação.

Nestes termos, diante da grande divergência apresentada, analisa-se a importância do consentimento para o instituto da arbitragem, traçando paralelo a situações semelhantes, e já superadas pela doutrina, tal como a discussão acerca do Art. 136-A da Lei 6.404/76 e a cláusula compromissória estatutária. Do mesmo modo, dedica-se a compreender e analisar possíveis soluções já apresentadas pela doutrina, sendo estas fundamentadas exclusivamente na Lei 9.307/96, ou ainda sustentada pelas disposições da própria Lei 11.101/05.

Finalmente, diante dos pontos de vistas apresentados, chega-se à conclusão para se posicionar acerca do questionamento central, de modo que seja indicada a solução aqui entendida como mais adequada para responder o problema apresentado.

2 O PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A LEI 11.101/05

Inicialmente, para que se tenha plena compreensão acerca do presente trabalho, é de suma importância dedicar-se ao estudo do instituto da recuperação judicial. Nestes termos, é indispensável compreender em que cenário se encontra o plano de recuperação judicial, tendo por base as disposições contidas na Lei 11.101/05, assim como os entendimentos doutrinários.

Assim, estuda-se o papel do Poder Judiciário, dos credores e do devedor, de modo que se analisa de que forma a manifestação de vontade dos últimos é considerada para fins de análise, aprovação ou rejeição do plano, além de se compreender de que forma a vinculação aos credores se manifesta. Neste sentido, passa-se ao estudo do instituto e seus desdobramentos.

2.1 O DIREITO DAS EMPRESAS EM CRISE

Dos termos do art. 966 do Código Civil de 2002¹ extrai-se que a empresa, numa perspectiva jurídica e fundamental, simboliza uma atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços para o mercado. Neste sentido, pode se concluir que a empresa reflete a maioria das atividades que integram a economia contemporânea, bem como delimita o escopo de aplicação do direito empresarial. Este que, além de disciplinar a atividade empresarial, versa sobre a empresa em crise².

Assim, em caráter primordial, indica-se que o chamado “Direito da Empresa em Crise”, tem como papel regular os regimes jurídicos delineados para lidar tanto com crises de caráter reversível, como com crises de caráter irreversível³.

¹ BRASIL. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 19 abr. 2019.

² TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas**. 5ª Ed São Paulo: Atlas 2017, p.1

³ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/05**. São Paulo: Almedina, 2016. p.31

É inegável o elevado grau de dificuldade verificado na atividade empresarial. O seu exercício esbarra em obstáculos que partem da busca por novos mercados ou até mesmo a manutenção de clientela, questões essas que abarcam o dia a dia de tal atividade⁴. Ocorre que, diante de tal realidade verifica-se que toda e qualquer empresa compõe um organismo, e neste sentido, plenamente suscetível a conhecer crises das mais variadas índoles. Ora, nenhum organismo é ou será imune às crises⁵.

Sob tal ótica, são inúmeros fatores capazes de sagrar uma crise empresarial, sejam questões alheias ao empresário, ou até mesmo intrínsecas a tal atuação. As crises empresariais têm o poder de deteriorar as condições econômicas da atividade, bem como obstaculizar o seu prosseguimento sob uma perspectiva financeira⁶.

Tais colapsos empresariais, e seus desdobramentos na esfera jurídica constituem assunto elementar do direito comercial. Nesta toada, entende-se que o crédito está para o bem-estar da economia como o risco está para a atividade empresarial⁷.

Ocorre que, a consolidação de tais crises resulta em efeitos não só em relação aos interesses do empresário, como também em relação aos interesses dos empregados, do fisco, da comunidade como um todo, e principalmente dos credores⁸.

Em verdade, ao se identificar a multiplicidade de implicações, foi iniciado um movimento com o intuito de atualizar o direito recuperatório contemporâneo, como se verá a seguir, ao eleger o princípio da preservação das empresas como elemento chave e norteador do sistema recuperatório e falimentar⁹.

Antes de avançar no estudo do instituto, é necessária a clara identificação das espécies de crises, e seus desdobramentos, capazes de provocar, ou não, a aplicação do sistema jurídico de recuperação de empresas, positivado pela Lei 11.101/05.

⁴ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas**. 5ª Ed São Paulo: Atlas 2017, p.1

⁵ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.5

⁶ TOMAZETTE, Marlon. *Op.cit.*, p. 1

⁷ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/05**. São Paulo: Almedina, 2016, p.31

⁸ TOMAZETTE, Marlon. *Op.cit.*, p.1

⁹ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Op. cit.*, p.32

Em momento inicial chama-se a atenção às principais espécies de crise reconhecidas pela doutrina nacional. Indica-se, portanto, a crise de rigidez, crise de eficiência, crise econômica, crise financeira e crise patrimonial¹⁰.

Primeiramente, trazemos à tona a questão da crise de rigidez. Segundo Marlon Tomazette¹¹, tal crise se exprime quando a atividade desenvolvida não tem a capacidade de se adaptar ao ambiente externo, dessa forma, baixa atuação no sentido de reagir a mudanças. Aqui a falta de flexibilidade representa sérios problemas para atividade empresarial.

Indica-se ainda que tal espécie de crise tem relação direta com fatores e causas externas ao empresário. Aqui se faz menção a eventos não diretamente ligados à ineficiência empresarial, e sim, na grande maioria dos casos, relacionados a alterações efetivas nos ambientes econômico e institucional no qual o empresário estaria inserido¹².

Atualmente, deve-se frisar a questão da evolução tecnológica, capaz de tornar obsoleto qualquer produto ou procedimento. Ainda assim, pode se verificar a questão da abrupta mudança de hábitos e gostos, assim como a própria globalização, ou até mesmo a mudança dos custos do trabalho e das matérias primas, advindas de possíveis guerras, variações no preço do petróleo ou até mesmo terrorismo, perpassando ainda por questões relacionadas à livre concorrência, dentre outras possíveis causas¹³.

Ultrapassada a crise de rigidez, se pode indicar a chamada crise de eficiência. Esta crise se manifesta quando, por exemplo, um ou até mais setores de gestão empresarial operam com rendimentos que não se mostram adequados ou compatíveis com o efetivo potencial projetado. De fato, esta espécie de crise não necessariamente irá gerar problemas severos, ocorre que, a depender do tamanho do déficit alcançado, somado ao planejamento concretizado, é possível que as consequências desaguem em outras crises, assim como na espécie anteriormente indicada¹⁴.

Na crise em questão, dá-se ênfase aos fatores internos, estes que são intrinsecamente ligados à ineficiência empresarial, sendo, dessa maneira, completamente imputáveis ao próprio empresário. Pode-se listar diversas situações, a título de exemplo temos a possibilidade de

¹⁰ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas**. 5ª Ed São Paulo: Atlas 2017, p.2

¹¹ *Ibidem*, p.2

¹² SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/05**. São Paulo: Almedina, 2016, p.32

¹³ TOMAZETTE, Marlon. *Op.cit.*, p.2

¹⁴ *Ibidem*, p.2

desentendimento entre sócios, administração pouco profissional, mão de obra desqualificada, avaliação equivocada do mercado, até mesmo insuficiência do capital ou ainda estrutura de capital inadequada¹⁵.

Dando continuidade, existe ainda a chamada crise econômica. Esta perpassa pela questão da rentabilidade, onde o custo para o desempenho da atividade é efetivamente maior do que a própria possibilidade de se gerar lucros líquidos aos envolvidos¹⁶. Aqui verifica-se uma ampla retração nos negócios desenvolvidos pela sociedade empresária¹⁷. Esta espécie de crise significa que a atividade é desenvolvida no prejuízo¹⁸.

Como se percebe, tal crise tem desdobramentos predominantes no lucro líquido (aquele que pode ser partilhado, tanto entre sócios, quanto em relação ao titular da atividade, sob a rubrica aqui, de participação nos lucros ou dividendos), o que significa que interessa inicialmente ao próprio empresário¹⁹. Porém, as suas consequências têm o condão de gerar outras crises, que poderiam afetar outros sujeitos. Em primeiro momento, de fato, tal crise não há de ensejar, exclusivamente, respostas por parte do Estado ou do mercado, mas ainda assim é um sinal alarmante e preocupante²⁰.

Em seguida, podemos tratar da crise financeira. Aqui enfrenta-se uma constante incapacidade do empresário em adimplir, nos momentos previamente estipulados, com suas dívidas, mediante a falta de recursos à disposição. Nesta situação não se vislumbram reflexos oriundos do lucro líquido, mas sim do próprio ativo do empresário²¹.

Percebe-se que tal espécie de crise se mostra ainda mais preocupante, no sentido de que uma empresa em crise financeira, opera em constante dificuldade de manter os contratos perante os fornecedores ou ainda o sistema de crédito, afetando terceiros ligados à atividade²². Nas palavras de Fabio Ulhoa Coelho²³ “A exteriorização jurídica da crise financeira é a impontualidade”.

¹⁵ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/05**. São Paulo: Almedina, 2016, p.32

¹⁶ FAVER, Scilio. **Curso de recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas, 2014, p.13

¹⁷ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 3**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 241

¹⁸ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas**. 5ª Ed São Paulo: Atlas 2017, p. 2

¹⁹ FAVER, Scilio. *Op. cit.*, p.13

²⁰ TOMAZETTE, Marlon. *Op. cit.*, p.3

²¹ FAVER, Scilio. *Op. cit.*, p.13

²² TOMAZETTE, Marlon. *Op. cit.*, p.3

²³ COELHO, Fabio Ulhoa. *Op. cit.*, p. 242

A importância desta crise para o direito empresarial, decorre do fato de que esta representa uma afronta direta à tutela de crédito.²⁴ Portanto, esta crise pode ser traduzida como uma crise de liquidez²⁵.

Finalmente é dada atenção àquela que é, sem dúvidas, a crise mais grave dentre as apresentadas, sendo esta a crise patrimonial. Uma empresa acometida por tal crise encontra-se sem patrimônio bruto suficiente para saldar as dívidas, sejam de curto ou longo prazo²⁶. Portanto, tal crise consiste na efetiva insolvência, logo, a carência de bens no ativo capazes de satisfazer o passivo. Essa é, sem dúvidas, uma condição completamente temerária, e consiste, em regra, num grande risco para os credores²⁷.

Ainda assim, seria incorreto indicar que por si só, tal crise seria perniciosa, no sentido que, poderia decorrer simplesmente de grande investimento feito no intuito de futuro expansão da atividade empresarial, capaz de restabelecer o equilíbrio patrimonial²⁸.

Dessa maneira, se pôde perceber que a atividade empresarial é repleta de riscos, estes que podem desaguar em crises das mais variadas naturezas e com consequências de múltiplos graus, capazes de atingir não só ao empresário, como também outros entes relacionados direta ou indiretamente à atividade.

É justamente por conta de tais crises, que diversas modalidades de soluções são pensadas com o efetivo intuito de se manter a saúde econômica de determinada comunidade.

É sabido que as crises, necessariamente, irão afetar os interesses daqueles que exercem a atividade, ocorre que, nem sempre elas irão atingir os interesses de terceiros. Quanto às crises de consequências reduzidas ao próprio empresário, não há que se falar em preocupação por parte do ordenamento jurídico, na medida em que devem ser solucionadas internamente²⁹.

Entretanto, sob outra perspectiva, as crises capazes de atingir os interesses dos terceiros, ensejam, de fato, a aflição do mercado e do aparato estatal. Neste sentido, as crises de rigidez e ineficiência, em primeiro plano, não são consideradas inquietantes, entretanto, na medida em

²⁴ FAVER, Scilio. **Curso de recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas, 2014, p.14

²⁵ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 3**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 242

²⁶ FAVER, Scilio. *Op. cit.*, p.14

²⁷ COELHO, Fabio Ulhoa. *Op. cit.*, p. 242

²⁸ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas**. 5ª Ed São Paulo: Atlas 2017, p. 3

²⁹ *Ibidem*, p.4

que não sejam devidamente sanadas, darão causa a novas crises que venham por exigir respostas do mercado ou do Estado³⁰.

Maior atenção é corretamente dada às crises econômicas, financeiras e patrimoniais. Estas são capazes de prejudicar credores, empregados, comunidade e o fisco. Nesta perspectiva, o direito empresarial atribui cuidado especial à crise financeira, já que esta afeta de forma direta o mercado de crédito, elemento fundamental para o exercício das atividades empresariais³¹. Ora, o crédito é sem dúvidas o principal impulso da atividade mercantil, fala-se aqui na possibilidade de circulação de riquezas³².

Diante destas crises, é possível se perceber dois níveis de atuação: um mercadológico e outro estatal. Estando as estruturas do livre mercado funcionando adequadamente, as empresas acometidas por crises tendem a se recuperar por iniciativa de investidores ou empreendedores, que vislumbram, apesar do estado crítico, a possibilidade de investimento lucrativo³³.

Tal atuação do mercado pode se concretizar em diversas frentes, tal como a aquisição de ativos, a incorporação da sociedade, o trespasse de estabelecimento, bem como a aquisição de controle. Se vê nesses investimentos uma notável possibilidade de superação das crises, reestabelecendo o fluxo saudável do negócio, sendo esta a forma de atuação natural³⁴.

Deve-se indicar que, quando o mercado não é capaz de solucionar a crise, não significa que a mesma não seja superável. Neste caso, o Estado deve intervir através do poder judiciário, com a finalidade de proteger os vários interesses que circundam a atividade empresarial³⁵. Aqui, portanto, depara-se com o segundo método de atuação, o estatal.

Com o evidente intuito de proteger a economia do país e, em caso da impossibilidade de aplicação das soluções de mercado, se dá ênfase às soluções estatais. No ordenamento jurídico brasileiro, é possível se extrair duas modalidades de soluções: a recuperação judicial e a recuperação extrajudicial³⁶. Sendo a primeira um dos objetos estudados do presente trabalho.

³⁰TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas**. 5ª Ed São Paulo: Atlas 2017, p. 4

³¹*Ibidem*, p.3

³² SILVA, José Carlos Garcia da. O plano de Recuperação da Empresa. In: LAZZARINI, Alexandre Alves; KODAMA, Thais; CALHEIROS, Paulo (Coords.) **Recuperação de Empresas e Falência: Aspectos Práticos e Relevantes da Lei nº 11.101/05**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 59

³³ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 3**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 244

³⁴ TOMAZETTE, Marlon. *Op. cit.*, p. 5

³⁵ COELHO, Fabio Ulhoa. *Op. cit.*, p. 244

³⁶ TOMAZETTE, Marlon. *Op. cit.*, p. 6

2.2 A RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Passe-se então ao estudo específico da recuperação judicial. Aqui, busca-se compreender o seu processamento, alcançado os estágios de elaboração do plano de recuperação judicial, sua apresentação, apreciação e votação por parte dos credores. Deste modo, foca-se em compreender as especificidades do mecanismo de aprovação do plano, em paralelo à manifestação de vontade dos credores, e de que forma a autonomia privada se manifesta.

2.2.1 O conceito da recuperação judicial e seu objetivo

A recuperação judicial se encontra regulada nos Capítulos III e IV da Lei 11.101/05 ou LRF. Nas palavras de Sérgio Campinho³⁷, temos como conceito do referido instituto:

Somatório de providências de ordem econômico-financeira, econômico-produtiva, organizacional e jurídica, por meio das quais a capacidade produtiva de uma empresa possa, da melhor forma, ser reestruturada e aproveitada, alcançando uma rentabilidade autossustentável, superando, com isto, a situação de crise econômico-financeira em que se encontra seu titular – o empresário –, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego e a composição dos interesses dos credores.

Neste sentido, nos termos do art. 47 da LRF, Marlon Tomazette³⁸, conceitua a recuperação judicial como: “um conjunto de atos, cuja prática depende de concessão judicial, com o objetivo de superar as crises das empresas viáveis”. Por fim, colha-se ainda o entendimento firmado por Jorge Lobo³⁹:

Recuperação judicial é o instituto jurídico, fundado na ética e solidariedade que visa sanear o estado de crise econômico-financeira do empresário e da sociedade empresária com a finalidade de preservar os negócios sociais e estimular a atividade empresarial, garantir a continuidade do emprego e fomentar o trabalho humano (...).

Ora, recuperação judicial de empresas se manifesta como um instrumento legal, que sob a ótica contemporânea, visa prevenir e evitar a decretação da falência, somado à finalidade de

³⁷ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p.10

³⁸ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas**. 5ª Ed São Paulo: Atlas 2017, p. 44

³⁹ LOBO, Jorge. Da recuperação judicial. In: ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 175

reerguer a empresa acometida pela crise, demonstrando, portanto, a grande importância socioeconômica desse instituto⁴⁰.

Antes de adentrar nos estudos acerca da natureza jurídica e princípios aplicáveis ao referido instituto, deve se delimitar a sua gama de objetivos, estes capazes de serem extraídos diretamente do art. 47 da LRF⁴¹, assim como as conceituações apresentadas:

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.

Nesta perspectiva, o objetivo final da recuperação judicial é a superação da crise econômico-financeira, a qual enfrenta o devedor empresário⁴².

Dessa maneira, fala-se em sanear a crise econômico-financeira do empresário, ou seja, equacionar o evento que deu causa à dificuldade enfrentada, não sendo possível se negar a função social que norteia a Lei 11.101/05⁴³.

Para além deste objetivo genérico, conforme previsto no indicado comando legal, de acordo com o intuito do legislador se preza, especificamente, pelo alcance da preservação da vida produtiva da empresa garantindo ainda a manutenção dos empregos e o interesse dos credores⁴⁴.

Ocorre que, a LRF, de forma propositada, estabelece uma ordem de prioridade em relação às finalidades indicadas, colocando como mais relevante a “manutenção da fonte produtora”⁴⁵.

Ora, não se busca aqui salvar qualquer sujeito, mas sim preservar a atividade exercida por ele, isto porque ao redor de tal atividade circundam, como já indicado, diversos interesses. É dada tamanha importância à manutenção da atividade, justamente pelo fato de que sua continuidade

⁴⁰ RESTIFFE, Paulo Sérgio. Processo da recuperação judicial. *In*: COELHO, Fábio Ulhoa. (Coord.). **Tratado de direito comercial, volume 7**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 181

⁴¹ BRASIL. **Lei 11.101**, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF, 9 fev. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em 18 mar. 2019

⁴² SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. **Tratado de direito falimentar**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 122-123

⁴³ FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. **Falência e recuperação da empresa em crise**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.234

⁴⁴ PURIFICAÇÃO, Carlos Alberto da. **Recuperação de empresa e falência comentada**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 106

⁴⁵ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo**. 7.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 134

abrirá margem para a geração de novos empregos, geração de riquezas, além do atendimento à própria sociedade⁴⁶. Entendimento este já consolidado em sede jurisprudencial pelo STJ⁴⁷.

Seguindo a ordem de prioridade, pode-se indicar a manutenção dos empregos dos trabalhadores. Não há dúvidas que nem sempre este objetivo pode ser alcançado, já que, na maioria das situações, a crise chega a ser tão danosa ao ponto de reduzir, inevitavelmente, os postos de trabalho. Tal posicionamento decorre justamente do fato de que, a manutenção da atividade é a grande prioridade fixada pela Lei 11.101/05⁴⁸.

Como último fim a ser alcançado se encontra a preservação dos interesses dos credores. É notável que os interesses individuais dos credores não prevalecem em relação à manutenção da fonte produtora, como também não prevalecem em relação à manutenção dos empregos dos trabalhadores⁴⁹.

Delimitados os objetivos do instituto ora analisado, em atenção aos parâmetros estabelecidos pela LRF, para fins de compreensão plena acerca do tema, faz-se indispensável analisar em seguida a gama principiológica aplicável, como também a natureza jurídica da recuperação judicial sob as mais variadas óticas doutrinárias.

2.2.2 Os princípios e a natureza da recuperação judicial

Passa-se então ao estudo dos princípios estruturais do presente instituto. Deve ser indicado que os princípios refletem o fundamento dos sistemas jurídicos, assim, estabelecem o fim a ser perseguido⁵⁰. Nesta toada, os princípios devem pautar a interpretação e aplicação da Lei 11.101/05, bem como a própria atuação do Poder Judiciário nos processos de recuperação⁵¹.

Deste modo:

⁴⁶ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas**. 5ª Ed São Paulo: Atlas 2017, p. 45

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência 90504**. Suscitante Juízo da 18ª Vara do Trabalho de São Paulo – SP e o Juízo de Direito da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo – SP. Relator. Min. Fernando Gonçalves, Brasília DF, 25 jun. 2008, Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7064697/conflito-de-competencia-cc-90504-sp-2007-0235338-6-stj/relatorio-e-voto-12813334>. Acesso em 03. mai. 2019

⁴⁸ TOMAZETTE, Marlon. *Op. cit.*, p.48

⁴⁹ **Ibidem**, p. 48

⁵⁰ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/05**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 72

⁵¹ TOMAZETTE, Marlon. *Op. cit.*, p.48

(...) os princípios jurídicos, sejam explícitos ou implícitos, são normas jurídicas dotadas de normatividade, que, por via de consequência, obrigam e vinculam, distinguindo-se das regras na medida em que eles são normas providas de intensa carga axiológica (referem-se diretamente a valores), enquanto as regras jurídicas são normas descritivas de situações fáticas hipotéticas, dispostas a concretizar os valores normatizados pelos princípios.⁵²

Assim, diante da importância dos princípios para qualquer sistema jurídico, é relevante analisar individualmente os aqui aplicáveis. Primeiramente, é indispensável frisar que tal tema não é plenamente incontroverso em sede doutrinária, de modo que uma parcela dos autores possui uma perspectiva ampla acerca do tema, extraíndo diversos princípios implícitos da Lei 11.101/05, enquanto outros autores se prendem a uma visão mais objetiva.

Entretanto, dentre toda a divergência verificada, persiste um princípio corolário, trata-se do princípio da preservação da empresa, este apontado por todos como o sustento essencial do instituto ora analisado⁵³.

Retoma-se o estudo do art. 47⁵⁴ da LRF, e se faz possível extrair entendimento simples: a regra é, sem dúvidas, salvar as empresas que sejam economicamente viáveis⁵⁵. Entretanto, antes de se adentrar à análise deste princípio, se faz importante indicar sua origem à luz do ordenamento jurídico brasileiro, qual seja a ideia da função social da empresa.

Assim, o art. 5º, XXII⁵⁶ da Constituição Federal de 1988, assegura a todo e qualquer indivíduo o direito de propriedade, e conseqüentemente o exercício de atividades econômicas e empresariais⁵⁷.

Entretanto, tal direito expressamente assegurado pela constituição não é absoluto e ilimitado. Em verdade, a própria constituição em seu art. 5º, XXIII, indica que a propriedade deve

⁵² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**, 9ªED. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 134-135

⁵³ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/05**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 72

⁵⁴ 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.

⁵⁵ SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática**. Rio de Janeiro, 2012, p. 14

⁵⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXII - é garantido o direito de propriedade;

⁵⁷ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas**. 5ª Ed São Paulo: Atlas 2017, p. 52

atender à sua função social. A essência da questão se traduz em uma propriedade-função e não em um direito absoluto de propriedade⁵⁸.

Fala-se, então, em uma espécie de dever de agir no interesse de outrem. Ora, se verifica que há sempre uma função social a ser perseguida, esta que ganha grande relevância na recuperação judicial, sendo expressamente mencionada no art. 47 da Lei 11.101/05. Deste modo, na recuperação judicial este princípio deve basilar toda e qualquer tomada de decisão, assim como a interpretação da vontade, tanto dos credores quanto dos devedores⁵⁹⁶⁰.

Na medida em que uma empresa exerce de forma adequada sua função social, são justificáveis os grandes esforços no sentido de recuperá-la. Lembrando que se fala aqui da recuperação da atividade, e não do seu titular⁶¹.

Neste sentido, é justamente do corolário da função social que se extrai o princípio da preservação da empresa que é, sem dúvidas, o mais importante princípio analisado^{62 63}.

Em contraponto ao que pode se inferir de leitura preliminar, este princípio não constitui, de forma alguma, uma declaração de intenção de tutelar o devedor a todo custo, em verdade, traduz o interesse de compor procedimentalmente, os interesses abarcados pela sociedade empresária⁶⁴.

À luz do princípio da preservação da empresa, se percebe que o art. 47 da LRF, tem por objetivo estimular a superação da crise econômico-financeira das empresas, mantendo assim a fonte produtora ativa. Nesta perspectiva, reconhecendo a função social dos meios de produção, sobre tudo da empresa, se almeja preservá-la⁶⁵.

Sob a ótica de Marlon Tomazette⁶⁶, é possível se limitar ao estudo dos princípios acima indicados. Ocorre que, grande parte da doutrina, é marcada por maior aprofundamento. Assim, mesmo que em segundo plano, vale listar alguns outros princípios reconhecidos em sede doutrinária que possuem relevância para o presente trabalho.

⁵⁸ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas**. 5ª Ed São Paulo: Atlas 2017, p. 52

⁵⁹ *Ibidem*, p. 52

⁶⁰ SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. **Tratado de direito falimentar**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 123

⁶¹ TOMAZETTE, Marlon. *Op. cit.*, p. 53

⁶² *Ibidem*, p. 53

⁶³ *Ibidem*, p. 53

⁶⁴ CERZETTI, Sheila C. Neder. Princípio da preservação da empresa. In: COELHO, Fábio Ulhoa. (Coord.). **Tratado de direito comercial, volume 7**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 23-24

⁶⁵ *Ibidem*, p. 26

⁶⁶ TOMAZETTE, Marlon. *Op. cit.*, p. 53

Se verifica, primeiramente, o princípio da retirada do mercado da empresa inviável. De acordo com tal princípio, nem toda empresa merece ser preservada⁶⁷. A intenção do legislador, é propiciar condições para a recuperação das empresas viáveis, enquanto no caso das empresas inviáveis, promover a sua retirada do mercado para evitar o agravamento da situação⁶⁸.

Cabe aos credores o poder de julgar a viabilidade das empresas em crise, seja aceitando o plano de recuperação apresentado em sede judicial, ou aderindo ao plano de recuperação extrajudicial⁶⁹. Sendo justamente deste fato que se extrai o próximo princípio a ser indicado, o princípio da participação ativa dos credores, este de grande importância para o presente trabalho⁷⁰.

Diferente do que ocorria nos regimes anteriores, a LRF reservou papel de destaque aos credores diante dos regimes de crise, tanto na recuperação judicial quanto na extrajudicial. A título exemplificativo, a fim de demonstrar os desdobramentos práticos deste princípio, além de sua importância para o presente trabalho, se indica que, assim como será analisado posteriormente, a aprovação do plano depende da chancela dos credores reunidos em assembleia (aprovação expressa), ou, no mínimo, da não apresentação de objeções ao plano (aprovação tácita)⁷¹.

Percebe-se, portanto, que a análise acerca da inclusão de cláusula compromissória em plano de recuperação judicial, e sua aprovação, tem como base o princípio da participação ativa dos credores, nos termos da LRF, assim como será devidamente analisado.

Após serem elencados os princípios que norteiam o instituto ora analisado, passa-se ao estudo de sua natureza jurídica, tema este, também controvertido em sede doutrinária, possuindo consequências de extrema relevância para o presente trabalho.

Quanto à natureza jurídica do instituto, é posicionamento de Jorge Lobo⁷² que a recuperação judicial trata-se de um ato complexo. Sob a ótica do autor, a expressão ato complexo significa

⁶⁷ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/05**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 77

⁶⁸ SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática**. Rio de Janeiro, 2012, p. 18

⁶⁹ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Op. cit.*, p. 78

⁷⁰ FAVER, Scilio. **Curso de recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 10

⁷¹ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Op. cit.*, p. 78

⁷² FAVER, Scilio. *Op. cit.*, p.12

que a recuperação tem o condão de envolver um ato coletivo processual, um favor legal e uma obrigação *ex lege*⁷³.

Neste sentido seria ato coletivo processual já que as vontades do devedor, expostas na petição inicial, e dos respectivos credores, manifestadas tacitamente ou expressamente, seguem paralelas, com a finalidade de se completar e se fundir em uma só, sendo moldada para finalmente formar uma vontade unitária, sob a condução e fiscalização do Poder Judiciário⁷⁴.

Ademais, seria um favor legal, sob a perspectiva que permite ao devedor, atendidos os requisitos legais, obter o saneamento da empresa⁷⁵. Por fim, segundo o autor, é obrigação *ex lege* porque, sendo concedida, implica a novação de todos os créditos, obrigando os credores, sem, entretanto, prejudicar as garantias acordadas⁷⁶.

À luz de tal posicionamento, Marlon Tomazette expõe suas discordâncias no sentido de vislumbrar vontades paralelas na recuperação judicial, sendo estas opostas em numerados momentos, assim, não reconhece a existência de favor legal ou obrigação *ex lege*, já que é indispensável a manifestação favorável, expressa ou tácita dos credores⁷⁷.

Além do posicionamento acima exposto, coube a Paulo Sérgio Restiffe, atribuir uma natureza processual contenciosa à recuperação judicial, sob a ótica de prestação jurisdicional por parte do Estado em favor do empresário devedor. Tal prestação jurisdicional se refletiria na solução de uma lide entre o devedor e seus respectivos credores, motivo pelo qual se indica a natureza contenciosa⁷⁸.

Em direção semelhante se encontra Waldo Fazzio Júnior, ao defender que a recuperação judicial é uma ação de conhecimento da espécie constitutiva positiva. Assim, tal ação de recuperação judicial, aos olhos do autor, seria a exata dicção legal que tem por finalidade sanear a situação gerada pela crise econômico-financeira que atingiu o empresário devedor.⁷⁹

Ocorre que, sob a visão dos autores Jorge Lobo e Marlon Tomazette, ainda que as disposições processuais sejam relevantes, não há que se falar em natureza processual na recuperação

⁷³ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas**. 5ª Ed São Paulo: Atlas 2017, p. 55

⁷⁴ FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. **Falência e recuperação da empresa em crise**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 231

⁷⁵ TOMAZETTE, Marlon. *Op. cit.*, p.56

⁷⁶ FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Op. cit.*, p. 232

⁷⁷ TOMAZETTE, Marlon. *Op. cit.*, p.56

⁷⁸ *Ibidem*, p. 56

⁷⁹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p .122-123

judicial. Ora, não há citação para resposta, mas sim para emitir opinião, assim como o juiz não decide lide alguma, não se fala em revelia ou em produção de provas, de modo que não há qualquer audiência de conciliação, nem instrução e julgamento, sendo por fim descartada a sucumbência⁸⁰.

Em detrimento dos posicionamentos contrários, para a grande maioria da doutrina, a recuperação judicial é um negócio jurídico privado realizado sob supervisão judicial, ou seja, possui natureza contratual⁸¹. Assim, sob tal viés, as autoras Vera Franco e Rachel Sztajn⁸² indicam que: “(...) o plano é um negócio de cooperação celebrado entre devedor e credores, homologado pelo juiz. No que diz respeito ao negócio de cooperação, assemelha-se ao contrato plurilateral”.

Assim, acredita-se que o aspecto contratual é o mais relevante na recuperação judicial, em termos em que traduz um acordo entre devedor e seus respectivos credores⁸³. Não há como negar o encontro direto entre as vontades manifestadas por estes sujeitos. Deve se frisar que, em contramão ao exposto pelo autor Jorge Lobo, tratam-se de vontades que se cruzam e não que se desenvolvem de forma paralela. Logo, justamente neste ponto que se reforça tal natureza contratual, aqui se vislumbra um acordo que tem por finalidade recuperar a empresa em crise⁸⁴.

Contrariando o posicionamento majoritário, Jorge Lobo critica a natureza contratual. O autor sustenta sua argumentação ao afirmar que a recuperação judicial obriga os credores ausentes e que, por este motivo, não seria possível se falar em acordo de vontades. Defende ainda o autor que a recuperação renova as obrigações dos credores independente de suas vontades, e justamente pelo fato de ser possível a concessão da recuperação judicial, sem que a mesma seja aprovada em todas as classes afastaria a natureza contratual⁸⁵.

Ocorre que, em resposta ao posicionamento divergente, Marlon Tomazette⁸⁶ indica que mesmo com a oposição de alguns credores, não há que se falar no afastamento do acordo de vontade. Em verdade, a vontade dos credores pode decorrer da concordância tácita com o

⁸⁰ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas**. 5ª Ed São Paulo: Atlas 2017, p. 56

⁸¹ *Ibidem*, p. 56

⁸² FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. **Falência e recuperação da empresa em crise**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 234

⁸³ FAVER, Scilio. **Curso de recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas, 2014. p.12

⁸⁴ TOMAZETTE, Marlon. *Op. cit.*, p.57

⁸⁵ *Ibidem*, p. 57

⁸⁶ *Ibidem*, p. 57

plano, ou ainda da deliberação da maioria em uma assembleia, em termos que serão estudados em seguida.

A mero título de esclarecimento, a lei permite que seja considerada a vontade dos credores em conjunto (massa de credores), ainda que algum deles individualmente possua certas divergências. Na recuperação judicial o conjunto de credores é considerado como uma comunhão⁸⁷.

O presente trabalho leva como premissa justamente a concepção trazida pela corrente contratualista da recuperação judicial, com atenção ao plano, que será aprofundado adiante. Aqui, justamente sob tal ótica contratual se questiona a possibilidade e desdobramentos da inclusão de uma cláusula compromissória no plano. Entretanto, antes de adentrar especificamente no estudo do plano em si, é indispensável analisar o trajeto que culminará na sua apresentação.

2.2.3 O Requerimento da recuperação judicial e a decisão de processamento

De grande valia é a discussão acerca da natureza jurídica da recuperação judicial, ocorre que, independente da corrente adotada não pairam dúvidas sobre o fato de que sua concessão depende da intervenção do poder judiciário. Entretanto, tal intervenção não se dá de ofício, logo depende de provocação dos interessados, por meio de uma ação, esta que representa o pedido de recuperação judicial⁸⁸.

Nesta perspectiva, é indispensável se compreender as condições essenciais para que o referido pedido seja efetivamente acolhido. De início, fala-se na legitimação ativa. Nos termos do sistema implementado pela Lei 11.101/05 é legitimado, nos termos do art. 48, o devedor empresário (tanto empresário individual quanto sociedade empresária)⁸⁹. Assim não há que falar em legitimação dos credores, administradores judiciais, Ministério Público, ou atuação de ofício pelo juiz⁹⁰.

⁸⁷ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas**. 5ª Ed São Paulo: Atlas 2017, p. 58

⁸⁸ *Ibidem*, p. 59

⁸⁹ SOUSA, Marcos Andrey de. Comentários aos artigos 48 e 49. *In*: DE LUCCA, Newton; ADALBERTO, Simão Filho. **Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 216

⁹⁰ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p.133

Em verdade, é atribuída legitimação, em casos específicos, ao cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor ou inventariante, em caso do espólio do empresário individual, estando legitimando, outrossim, o sócio remanescente, nos termos do parágrafo único do art. 48 da LRF⁹¹.

Ademais, o próprio art. 48 da LRF, indica algumas condições especiais para o requerimento da recuperação judicial. De início, poderá requerer a recuperação judicial aquele devedor empresário que, ao momento do pedido, esteja exercendo de forma regular, suas atividades há mais de dois anos⁹². Soma-se à exigência acima exposta os seguintes requisitos, cumulativamente, nos termos do art. 48⁹³:

I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;

III - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;

IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

Deste modo, além da recuperação judicial ser necessariamente requerida, em regra, pelo próprio devedor empresário, em plenas condições de regularidade há mais de dois anos, ele não pode incidir em nenhuma das hipóteses de impedimentos acima indicadas⁹⁴.

No mais, o art. 51 da LRF, elenca os requisitos instrutórios específicos para a deflagração do processo de recuperação judicial⁹⁵. Neste sentido, a petição inicial com o pedido de recuperação judicial deve, necessariamente, estar instruída de documentos que reflitam a exposição das causas concretas do estado de crise econômico-financeira (art.51, I), assim como demonstrações contábeis e demais documentos nos termos dos incisos II a IX do referido mesmo artigo⁹⁶.

Para além de tais documentos elencados, é indispensável se apresentar a lista de empregados do empresário, bens particulares de sócios e finalmente os credores. Antes de tratar

⁹¹ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p.133-134

⁹² SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/05**. São Paulo: Almedina, 2016, p.225

⁹³ DECOMAIN, Pedro Roberto. A recuperação da empresa: requerimento, processamento inicial, habilitação e impugnação de créditos. **Revista Dialética de Direito Processual nº 103**. São Paulo: Edições Loyola, 2011, p.118-119

⁹⁴ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Op. cit.*, p.228

⁹⁵ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.161

⁹⁶ LOBO, Jorge. Da recuperação judicial. In: ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 221

especificamente acerca da decisão de processamento, é de suma importância trazer à tona a questão dos créditos e credores na recuperação judicial.

Acima foram delimitados os parâmetros para se auferir a legitimidade ativa na recuperação judicial, assim, o mesmo se faz necessário para se identificar os sujeitos passivos de tal relação, que são justamente os credores⁹⁷. Assim, de acordo com a LRF: “Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos”.

Nos termos da atual técnica legislativa, se tem por regra geral que todos os créditos podem se sujeitar aos efeitos do plano de recuperação judicial segundo a opção do próprio devedor, salvo, entretanto, aqueles expressamente excluídos pela lei⁹⁸.

Neste cenário, é necessário elencar os créditos e consequentemente os credores que não estão sujeitos à ação de recuperação judicial. Assim, exclui-se a União Federal, Estados, Municípios e INSS, estando facultado o parcelamento das dívidas tributárias, continuando as execuções fiscais a tramitar na Justiça Federal.

Não estão abarcados também os credores por obrigações a título gratuito, nem os credores por despesas realizadas para se habilitarem na recuperação, exceto em relação às custas judiciais decorrentes de litígio com devedor⁹⁹.

Ficam excluídos também os credores por quantia ilíquida, os titulares de créditos oriundos dos contratos de: alienação e cessão fiduciária em garantia, leasing, compra e venda e promessa de compra e venda com cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, de venda com reserva de domínio e por fim adiantamento de contrato de câmbio para exportação¹⁰⁰.

Desta maneira, o rol de credores com legitimidade passiva para a participação da recuperação judicial é consolidado. Adiante, em momento oportuno, a participação dos credores será analisada, tendo em vista a sua participação fundamental no momento de aprovação do plano, e cláusulas nele contidas, tal como a própria cláusula compromissória.

⁹⁷ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas**. 5ª Ed São Paulo: Atlas 2017, p.69

⁹⁸ SOUSA, Marcos Andrey de. Comentários aos artigos 48 e 49. *In*: DE LUCCA, Newton; ADALBERTO, Simão Filho. **Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 216-217

⁹⁹ LOBO, Jorge. Da recuperação judicial. *In*: ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 196

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 196

Após se analisar os requisitos legais para o requerimento de recuperação judicial, tendo inclusive sido demonstrado os parâmetros para identificação dos créditos efetivamente legitimados, passa-se a compreender o próximo passo da marcha processual, aqui a decisão ou despacho de processamento.

Nos termos do art. 52 da Lei 11.101/05, caso o magistrado entenda que a documentação exigida pelo art. 51, da mesma lei, tenha sido apresentada em sua completude, irá deferir o processamento da recuperação judicial, e no mesmo despacho, ordenará que sejam cumpridas as providências então apontadas pelos incisos do art. 52¹⁰¹.

Vale frisar que, tal decisão, deferindo o processamento do pedido de recuperação judicial possui, sem dúvidas, conteúdo que a distingue essencialmente dos meros despachos de expediente, assim sendo, diante das suas consequências elencadas no art. 52¹⁰².

Ainda nesta toada, destaca-se que não se pode confundir a decisão que defere o processamento da recuperação, apresentada acima, com a decisão que concede a recuperação, estando esta última prevista no art. 58 da Lei 11.101/05¹⁰³.

Como indicado, tanto o conteúdo e efeitos do despacho, ou decisão de processamento da recuperação judicial estão previstos na lei. Sendo os seguintes: nomeação do administrador judicial, dispensa do requerente da exibição de certidões negativas para o exercício de suas atividades econômicas, exceto em caso de contrato com o poder público ou outorga de benefícios, incentivos fiscais ou creditícios¹⁰⁴.

A referida decisão, ou despacho de processamento, também aborda a questão da suspensão de todas as ações e execuções contra o devedor, com atenção às exceções legais, trata ainda de determinar que o empresário devedor apresente contas demonstrativas mensais, e por fim, que seja intimado o Ministério Público e que se comunique por carta às Fazendas Públicas Federais, e todos os Municípios e Estados em que a devedora requerente esteja estabelecida¹⁰⁵.

¹⁰¹ DECOMAIN, Pedro Roberto. A recuperação da empresa: requerimento, processamento inicial, habilitação e impugnação de créditos. **Revista Dialética de Direito Processual nº 103**. São Paulo: Edições Loyola, 2011, p. 129

¹⁰² DE LUCCA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 355

¹⁰³ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo**. 7.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 152

¹⁰⁴ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 3**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 432

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 432

Em seguida, magistrado deverá determinar a expedição de edital para publicação no órgão oficial, contendo resumo do pedido do devedor, assim como relação de credores apresentada pelo credor, resumo do despacho de processamento e, por fim, abertura do prazo de 15 dias para impugnação ou inclusão de créditos¹⁰⁶.

Após exposição acerca da decisão, ou despacho de processamento, se alcança a análise do tema chave para o presente trabalho, neste caso, o plano de recuperação judicial, visto que, nos termos do art. 53, da Lei 11.101/05, no prazo de 60 dias da decisão indicada acima, o devedor deve apresentá-lo¹⁰⁷. Deste modo, passa-se a analisar a mais importante peça do processo da recuperação judicial, o plano de recuperação judicial¹⁰⁸.

2.3 O PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O plano de recuperação judicial é, sem sombra de dúvidas, um dos elementos basilares do instituto. Neste sentido, o plano é um projeto, por meio do qual se preveem operações ou meios de operação com o intuito de vencer a crise do devedor¹⁰⁹.

Neste sentido, trata-se aqui do núcleo do procedimento da recuperação judicial de empresas, sob a perspectiva que ele sintetiza o então esforço negocial por parte do devedor e de seus respectivos credores, com o intuito de maximizar o valor da empresa então devedora¹¹⁰.

Pode-se conceituar o plano de recuperação como um programa que descreve ações a serem tomadas, tendo por finalidade o saneamento da sociedade. Ou seja, um conjunto de medidas que devem ser tomadas pelo empresário em crise, estando estruturadas as chamadas medidas operacionais que devem ser adotadas ao longo de certo lapso temporal¹¹¹.

É nada mais do que uma proposta, apresentada pelo devedor aos seus respectivos credores, em que estejam estipuladas, ou ao menos traçadas, as ações que almejam a reorganização da

¹⁰⁶ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 164

¹⁰⁷ MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas, volume 4**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 152

¹⁰⁸ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 3**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 434

¹⁰⁹ SZTAJN, Rachel. Art. 53. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coords.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 265

¹¹⁰ CAVALLI, Cássio. Plano de recuperação. In: COELHO, Fábio Ulhoa. (Coord.). **Tratado de direito comercial, volume 7**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 258-259

¹¹¹ SILVA, José Carlos Garcia da. O plano de Recuperação da Empresa. In: LAZZARINI, Alexandre Alves; KODAMA, Thais; CALHEIROS, Paulo (Coords.) **Recuperação de Empresas e Falência: Aspectos Práticos e Relevantes da Lei nº 11.101/05**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 66-67

atividade, e ou a reforma da sociedade, para finalmente possibilitar a sua continuidade, em atenção ao princípio da preservação da empresa¹¹².

Neste sentido, a confecção do plano é fundamental para que os credores possam avaliar as ações e medidas econômicas, financeiras e administrativas que almejam o resgate da sociedade, tratando ainda da liquidação das obrigações, manutenção de empregos, ou seja, a superação da crise. Assim, o plano é o elemento chave para se analisar a estratégia pensada para o sucesso, ou não, da recuperação¹¹³.

2.3.1 A elaboração e o conteúdo do plano de recuperação judicial

Após a compreensão do que especificamente significa o plano de recuperação judicial, além de sua importância, devem ser expostos alguns detalhes ao seu respeito, tal como sua elaboração e conteúdo.

Como acima mencionado, é obrigação do devedor elaborar e apresentar um plano de recuperação judicial, este que representa a proposta inicial de acordo a ser firmado entre o devedor e seus respectivos credores¹¹⁴.

No direito brasileiro, compete exclusivamente ao devedor a legitimidade para apresentar um plano, em verdade, Fábio Ulhoa Coelho¹¹⁵ indica a existência dos chamados planos alternativos, estes que podem ser apresentados por credores. Ocorre que, tais planos dependem obrigatoriamente de aprovação prévia do devedor. Ou seja, mesmo que estes planos sejam apresentados, cabe ao devedor levá-los ou não à discussão.

Quanto ao conteúdo do plano de recuperação judicial coube especificamente aos incisos do art. 53 da Lei 11.101/05, elencar os elementos obrigatórios. Assim:

Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o

¹¹² SILVA, José Carlos Garcia da. O plano de Recuperação da Empresa. In: LAZZARINI, Alexandre Alves; KODAMA, Thais; CALHEIROS, Paulo (Coords.) **Recuperação de Empresas e Falência: Aspectos Práticos e Relevantes da Lei nº 11.101/05**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 66-67

¹¹³ SZTAJN, Rachel. Art. 53. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coords.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 265

¹¹⁴ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas**. 5ª Ed São Paulo: Atlas 2017, p. 191

¹¹⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 222-223

processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência, e deverá conter:

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.

Desta maneira, o plano deverá discriminar, um por um, os meios que o devedor julga necessários para se atingir a superação da crise¹¹⁶. O devedor ainda é obrigado a apresentar demonstração da viabilidade econômica do plano, ao fornecer elementos de análise que tragam indicações fundamentadas de que o projeto foi corretamente elaborado e levará à recuperação da empresa¹¹⁷.

Por fim, o plano de recuperação judicial, deverá vir instruído com laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, aqui, subscrito por profissional legalmente habilitado para tal, ou ainda empresa especializada¹¹⁸.

Nos termos do primeiro inciso do art. 52 da LRF faz-se menção ao art. 50 da mesma lei, no que concerne aos meios de recuperação a serem adotados. Ocorre que, pode se falar em certa flexibilidade do conteúdo do plano, uma vez os meios listados no art. 50, integram conjunto meramente exemplificativo, de modo que o empresário devedor possui grande margem de liberdade para confeccionar o plano a ser apresentado¹¹⁹.

Tal liberdade atribuída ao empresário devedor na confecção do plano, coaduna justamente com o objetivo primordial de se reorganizar a empresa, contanto que a atividade seja economicamente viável. Aqui, se leva em consideração as diferentes características dos empresários que necessitam postular recuperação, de modo que demandam diferentes soluções para as suas crises financeiras. Assim, o conteúdo do plano é, de forma proposital, flexível¹²⁰.

Ora, em se tratando de contrato, a ser celebrado entre devedor e seus respectivos credores, sem dúvidas, tanto a elaboração quanto a negociação do plano de recuperação judicial são

¹¹⁶ LOBO, Jorge. Da recuperação judicial. In: ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 230

¹¹⁷ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo**. 7.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.159

¹¹⁸ LOBO, Jorge. *Op.cit.*, p. 230

¹¹⁹ CAVALLI, Cássio. Plano de recuperação. In: COELHO, Fábio Ulhoa. (Coord.). **Tratado de direito comercial, volume 7**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 267

¹²⁰ *Ibidem*, p.266-267

orientadas pelo princípio da liberdade. Entretanto, evidentemente existem limites a esta liberdade, limites estes que devem ser delineados¹²¹.

Assim, como todo e qualquer negócio jurídico, o plano de recuperação judicial está sujeito a todos os requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, sendo inclusive submetido ao controle judicial. Neste sentido, o plano não pode, sob qualquer hipótese que seja, afrontar a Constituição Federal, a LRF, as normas de ordem pública que sejam aplicáveis, assim como os princípios gerais de direito, aqui sob pena de invalidade¹²².

Ademais, além dos limites aplicáveis a todos os negócios jurídicos privados, a LRF, apresenta algumas limitações que o empresário em crise deve se atentar, aqui fala-se do art. 50 da LRF e seus parágrafos primeiro e segundo, no que toca a alienação de bens objetos de garantias reais e créditos em moeda estrangeira¹²³:

Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

§ 1º Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia.

§ 2º Nos créditos em moeda estrangeira, a variação cambial será conservada como parâmetro de indexação da correspondente obrigação e só poderá ser afastada se o credor titular do respectivo crédito aprovar expressamente previsão diversa no plano de recuperação judicial.

Soma-se a tais limitações, a questão das garantias trabalhistas especiais, estas que protegem os trabalhadores, no sentido de que o plano de recuperação judicial, não poderá prever prazo superior a um ano em relação ao pagamento dos créditos oriundos da legislação do trabalho, ou ainda aqueles decorrentes de acidentes de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação judicial¹²⁴.

Ainda em atenção à questão trabalhista, o plano não poderá prever prazo superior a trinta dias para o pagamento, até o teto de cinco salários mínimos por trabalhador, em se tratando dos créditos de natureza salarial, já vencidos nos três meses anteriores ao pedido de recuperação¹²⁵.

¹²¹ CAVALLI, Cássio. Plano de recuperação. *In*: COELHO, Fábio Ulhoa. (Coord.). **Tratado de direito comercial, volume 7**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 266-267

¹²² SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/05**. São Paulo: Almedina, 2016. p. 311-312

¹²³ *Ibidem*, p. 312

¹²⁴ *Ibidem*, p. 312

¹²⁵ *Ibidem*, p. 312

Assim, recebido o plano de recuperação judicial, observadas as devidas limitações legais e contemplando os requisitos exigidos, caberá ao juiz ordenar que seja expedido edital, dando conhecimento aos credores da ocorrência desta entrega, fazendo-o à disposição dos interessados para o seu exame¹²⁶.

Então, nos termos do parágrafo único do art. 53¹²⁷ da LRF, o referido edital a ser publicado, deve ainda fixar prazo para eventuais objeções por parte dos credores, assim como estipulado no art. 55¹²⁸ da mesma lei¹²⁹.

Assim, encerrada a abordagem especificamente acerca do plano de recuperação judicial, passa-se então a analisar a apreciação do plano por parte dos credores, ponto este de importância crucial para o presente trabalho.

2.3.2 Apreciação do plano de recuperação judicial

Como se extrai de toda exposição já feita, a recuperação judicial tem a natureza de acordo, sendo assim, é de suma importância que ocorra o encontro de vontades do devedor e de seus respectivos credores. Para se pensar em tal encontro de vontades, como visto, cabe ao devedor, nos termos da legislação aplicável, tomar a iniciativa de apresentar uma proposta inicial, o chamado plano de recuperação judicial¹³⁰.

A referida proposta só se concretizará mediante sua aceitação por parte dos credores, de modo que, a cada um dos credores é ofertada a oportunidade de se manifestar sobre o plano proposto pelo devedor¹³¹. Assim, como exposto, após a devida apresentação do plano, é publicado o edital para conhecimento de todos os credores, sabendo que, dentro do prazo

¹²⁶ PURIFICAÇÃO, Carlos Alberto da. **Recuperação de empresa e falência comentada**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 133

¹²⁷ Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência, e deverá conter: 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

¹²⁸ Art. 55. Qualquer credor poderá manifestar ao juiz sua objeção ao plano de recuperação judicial no prazo de 30 (trinta) dias contado da publicação da relação de credores de que trata o § 2º do art. 7º desta Lei.

¹²⁹ SOUSA, Marcos Andrey de. Comentários aos artigos 48 e 49. *In*: DE LUCCA, Newton; ADALBERTO, Simão Filho. **Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 216-217

¹³⁰ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas**. 5ª Ed São Paulo: Atlas 2017, p. 205

¹³¹ *Ibidem*, p. 205

fixado pelo Juízo, é facultado a qualquer credor apresentar suas objeções ao plano elaborado pelo devedor¹³².

Dessa forma, a partir do momento em que os credores passam a ter acesso ao plano em si, podem formar sua convicção livremente em relação à proposta então apresentada¹³³. Assim, a todo e qualquer credor, independentemente do valor do crédito e de sua classificação, esteja o mesmo vencido ou não, é assegurado o direito de manifestar diretamente ao juiz sua objeção¹³⁴.

Antes de se adentrar diretamente nos efeitos causados pela objeção, nos termos do art. 55 da LRF, feita por qualquer dos credores, deve ser mencionada a hipótese de aprovação tácita do plano de recuperação judicial. Diante da liberdade de convicção dada aos credores, em caso de plena concordância com os termos apresentados pelo devedor, cabe aos credores simplesmente aprovar o plano, sendo isso feito, a princípio de forma tácita, logo, sem qualquer manifestação¹³⁵.

Deste modo, ainda que improvável seja, não havendo qualquer objeção por parte dos credores, o plano será aprovado sem necessidade de realização de assembleia, esta que será esmiuçada a seguir¹³⁶. Assim, a lei não exige a concordância expressa de todos os credores, mas somente a ausência de oposição para dar por aprovado o plano apresentado pelo devedor em crise¹³⁷.

Percebe-se, portanto, que o silêncio dos credores traduz a aprovação tácita da proposta trazida pelo devedor, de modo que, não há qualquer óbice em relação ao interesse dos credores em simplesmente se manifestarem no sentido de concordância plena quanto ao plano¹³⁸.

Ocorre que, em via de regra, os credores nem sempre irão concordar com a proposta apresentada. Neste sentido, não cabe aos credores rejeitar o plano de imediato, mas sim

¹³² FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. **Falência e recuperação da empresa em crise**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 231

¹³³ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas**. 5ª Ed São Paulo: Atlas 2017, p. 205

¹³⁴ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p.178

¹³⁵ TOMAZETTE, Marlon. *Op.cit.*, p. 206

¹³⁶ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/05**. São Paulo: Almedina, 2016, p.314

¹³⁷ TOMAZETTE, Marlon. *Op.cit.*, p. 206

¹³⁸ *Ibidem*, p. 206

apresentar uma objeção, no sentido de que o plano seja futuramente objeto de discussão e deliberação pela massa de credores¹³⁹.

Havendo então contrariedade, por parte de qualquer credor, será imprescindível a realização de assembleia para apreciar o plano, que será convocada de ofício pelo magistrado dentro do prazo de 150 dias, a contar da decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial¹⁴⁰.

Antes de se iniciar o estudo da Assembleia Geral dos Credores, deve se frisar que só estão legitimados para apresentar a referida objeção os credores que no momento estiverem admitidos no processo, ou pelo fato de constarem na relação de credores, ou em caso de terem sido incluídos por decisão judicial. Além disso, a oposição formulada pelos credores devidamente legitimados deve atender a certos parâmetros¹⁴¹.

Indica-se que a objeção possui caráter contestatório, podendo dizer respeito tanto aos requisitos formais quanto aos requisitos materiais do plano. Ainda que a LRF não tenha, em termos expressos, disposto sobre o tema, a peça processual de objeção deve, necessariamente, estar acompanhada de fundamentação, logo, não pode ser aceita qualquer objeção desmotivada, ou baseada em motivos irrelevantes. Aqui, o princípio da razoabilidade tem o papel de impor relevância mínima na objeção a ser apresentada pelo credor¹⁴².

Sob tal perspectiva, pode se compreender que a objeção deve estar sustentada na falta de um dos requisitos para a obtenção da recuperação judicial, assim como a questão da viabilidade econômica do plano, ou até mesmo caso a imposição de sacrifício em face dos credores seja maior do que os mesmos enfrentariam em caso de falência¹⁴³.

Ainda se tratando da objeção, diante da necessidade de motivar a resistência apresentada, pode o magistrado, dentro de suas atribuições, desconsiderar a objeção¹⁴⁴. Vale frisar o posicionamento exposto por Fabio Ulhoa Coelho¹⁴⁵, no sentido de que não caberia ao juiz sequer apreciar o conteúdo da objeção. Exprime que tal competência é exclusiva da

¹³⁹ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas**. 5ª Ed São Paulo: Atlas 2017, p. 206

¹⁴⁰ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/05**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 314-315

¹⁴¹ TOMAZETTE, Marlon. *Op.cit.*, p. 206

¹⁴² SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Op. cit.*, p.315

¹⁴³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 5ª Câmara Cível, **Agravo de Instrumento 70033679754**, Agravante: Rodobens Administradora de Consórcios Ltda. Agravada: Acacia Engenharia S.A. Relator. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, Porto Alegre, RS, 30 jun.2010. Disponível em: https://www.centraljuridica.com/jurisprudencia/g/1/p/2/direito_civil/direito_civil.html. Acesso em 03 jun. 2019.

¹⁴⁴ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Op. cit.*, p.315

¹⁴⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 228

Assembleia Geral de Credores. Assim, aos olhos do autor, não caberia ao magistrado verificar qualquer um dos elementos acima descritos.

Entretanto, Manoel Bezerra Filho¹⁴⁶, expõe que, embora não seja dever do juiz adentrar em análise de mérito da objeção, ainda assim deveria o magistrado analisar, mesmo que sob uma ótica superficial, o conteúdo da objeção, e em sendo o caso, indeferir liminarmente o seu processamento.

Ultrapassada a questão, deve se lembrar que, sendo as objeções intempestivas não terão qualquer efeito. Indica-se ainda ser lícito ao credor desistir de uma objeção já consolidada, ao se falar aqui em direito disponível¹⁴⁷.

Nestes termos, eventual discordância de qualquer dos credores legitimados, sempre conduzirá à convocação de uma assembleia geral para deliberar sobre o plano então apresentado, de modo que, diante de oposição fundamentada, não é oportunizado ao juiz outro caminho senão a convocação da assembleia¹⁴⁸.

Assim, compreende-se, em termos iniciais, os primeiros mecanismos de manifestação de vontade dos credores, no que toca o plano de recuperação judicial. Ademais, deve ser plenamente compreendido, para a finalidade do presente trabalho, como a manifestação de vontade se comporta na hipótese de massa de credores, mais especificamente na Assembleia Geral de Credores.

2.3.2.1 Assembleia Geral de Credores e as fases de análise do plano

Diante do narrado acima, como regra geral, havendo objeção, deve o juiz convocar a chamada Assembleia Geral de Credores¹⁴⁹. Nos termos do art. 56, §1º da LRF¹⁵⁰, tal assembleia deve

¹⁴⁶ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo**. 7.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 163

¹⁴⁷ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/05**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 315

¹⁴⁸ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas**. 5ª Ed São Paulo: Atlas 2017, p. 206-207

¹⁴⁹ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Op. cit.*, p. 163

¹⁵⁰ Art. 56. Havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembleia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação. § 1º A data designada para a realização da assembleia-geral não excederá 150 (cento e cinquenta) dias contados do deferimento do processamento da recuperação judicial.

ser convocada pelo juiz, em atenção à todas as formalidades legais, para realização em até 150 dias contados do deferimento do processamento da recuperação judicial¹⁵¹.

Especialmente em relação a este ponto, deve ser indicado que a liberdade do empresário devedor na elaboração do projeto encontra o seu mais relevante limite na soberania da chamada Assembleia Geral de Credores para então deliberar acerca da aprovação, modificação ou ainda rejeição do plano de recuperação apresentado¹⁵².

O termo “Soberana” é acertadamente utilizado quando se trata da Assembleia Geral dos Credores em processos de recuperação judicial. Este termo indica justamente que tal assembleia detém, em atenção à sua competência, autoridade superior quando comparada com os credores dissidentes de suas deliberações aprovadas, e inclusive, em face do juízo recuperacional, ambos que devem se subordinar e referendar tudo aquilo que foi deliberado¹⁵³.

Assim, não pairam dúvidas que a Assembleia Geral de Credores é soberana sobre a aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor, assim como exposto no art. 35, I, a da LRF. Em verdade, não cabe ao juízo recuperacional fazer análise de mérito acerca das deliberações assembleares¹⁵⁴.

Entretanto, de forma alguma se defende uma “soberania irrestrita”, no caso da Assembleia Geral de Credores, a soberania é devidamente contornada pelas normas cogentes do ordenamento jurídico pátrio. Dessa forma, nas margens dos direitos disponíveis, é plenamente soberana a decisão da assembleia, desde que não afronte normas de observância obrigatória que não admitam qualquer remarcação de seu contorno¹⁵⁵.

Ocorre que, a importância hoje atribuída à Assembleia Geral de Credores é fruto da modificação provocada pela atual Lei 11.101/05, sendo possível se observar crucial diferença de tratamento, quando comparada ao anterior regime ditado pelo Decreto-Lei 7.661/45.

¹⁵¹ MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas, volume 4**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 161

¹⁵² CAVALLI, Cássio. Plano de recuperação. *In*: COELHO, Fábio Ulhoa. (Coord.). **Tratado de direito comercial, volume 7**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 267

¹⁵³ COSTA, Leonardo Honorato. Assembleia de Credores: Soberania ou Supremacia? **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**. Vol.10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p.1

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 2

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 2

Assim, os credores assumiram um papel de grande relevância na solução dos destinos dos devedores em crise, tanto se tratando de recuperação judicial, como em casos de falência¹⁵⁶.

Percebe-se que foi preocupação do legislador preservar diversos interesses, de modo que seria indispensável incorporar à LRF, um mecanismo que desse voz àqueles imediatamente interessados na superação da crise do devedor. Assim, mesmo após anos de esquecimento, é atribuída aos credores a responsabilidade de dar, ou não, o voto de confiança nas projeções apresentadas pelo devedor, almejando a satisfação de suas dívidas, e o retorno saudável de suas atividades¹⁵⁷.

Conforme mencionado anteriormente, as atuais atribuições do referido órgão estão previstas no art. 35 da LRF. Neste sentido, embora a Assembleia Geral de Credores possua uma vasta gama de funções, podendo ela deliberar sobre, em termos práticos, qualquer coisa referente ao processo da recuperação judicial do devedor, sua principal aplicação se refere à aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial¹⁵⁸.

Assim, após se compreender o atual papel da Assembleia Geral de Credores, é necessário se aprofundar nos devidos desdobramentos. Primeiramente, convocada a assembleia para apreciar o plano proposto pelo devedor, cabe aos credores apenas aprová-lo ou rejeitá-lo. Entretanto, antes de se alcançar tal deliberação, pode se falar em uma fase de discussão, fase esta que pode inclusive resultar em mudanças no plano originalmente apresentado¹⁵⁹.

Frisa-se que não é de competência da assembleia alterar o plano de recuperação judicial unilateralmente¹⁶⁰. De fato, o plano pode sofrer alteração, contanto que haja expressa concordância do devedor, e que as modificações não impliquem em diminuição dos direitos exclusivamente referentes aos credores ausentes. Em verdade, as alterações podem ser propostas tanto pelo devedor quanto pelos credores¹⁶¹.

É também oportuna breve indicação a respeito das negociações. Ora, ainda que a LRF não trate de forma expressa sobre o tema, as negociações entre os credores e o devedor podem

¹⁵⁶ MIGLIARI JUNIOR, Arthur. A nova posição dos credores na lei de recuperação de empresas – Lei 11.101/2005. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**. Vol.1 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.2

¹⁵⁷ MAGRO, Fabrício Passos. Assembleia Geral de Credores. In: LAZZARINI, Alexandre Alves; KODAMA, Thais; CALHEIROS, Paulo (Coords.) **Recuperação de Empresas e Falência: Aspectos Práticos e Relevantes da Lei nº 11.101/05**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 227

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 228

¹⁵⁹ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas**. 5ª Ed São Paulo: Atlas 2017, p. 208

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 208

¹⁶¹ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/05**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 317

ocorrer a qualquer tempo. Inclusive, não há que se falar em qualquer ilegalidade na celebração de acordo entre devedor e um de seus credores, para que o último vote de forma previamente acertada, neste caso, não se ultrapassa os limites propostos pelo princípio da igualdade entre credores¹⁶².

Assim, independentemente da efetivação de alterações, o plano será submetido à votação pelos credores, deste modo será verificado se o acordo deverá ou não ser firmado¹⁶³. Passa-se então ao estudo da fase de votação do plano e as manifestações de vontade dos credores.

2.3.2.2 A aprovação do plano

Em primeiro momento, cumpre indicar que o direito da empresa em crise possui como característica basilar o fato de reger relações entre o devedor e uma coletividade de credores. Assim, é imprescindível que se fale em visão de conjunto. Deste modo, os credores, sem perder suas individualidades, são vistos como um agrupamento, onde se verificam integrantes com direitos e interesses comuns. A natureza da concursabilidade aqui é fundamental, como se percebe este ramo jurídico é justamente intitulado de direito concursal¹⁶⁴.

Trata-se, então, de uma coletividade, de modo que em uma comunhão não se pode deixar de existir um meio específico para expressão válida de vontade comum. Nesta perspectiva, se aplica o princípio da maioria, ou princípio majoritário, inclusive já consagrado no direito societário¹⁶⁵.

Sob tal ótica, nas matérias submetidas à deliberação assemblear, a manifestação do órgão se faz em estrita obediência ao resultado da votação, prevalecendo a maioria, em sendo atendidos os requisitos exigíveis à luz da legislação aplicável. Deste modo, a Assembleia Geral de Credores manifesta a vontade coletiva dos credores¹⁶⁶.

Neste sentido, a recuperação judicial não pode se processar sem a participação da Assembleia Geral de Credores, de modo que o procedimento é incapaz de tramitar sem a atuação deste

¹⁶² SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/05**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 317

¹⁶³ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas**. 5ª Ed São Paulo: Atlas 2017, p. 208

¹⁶⁴ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. O plano de recuperação e o controle judicial da legalidade. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. Vol. 60. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 5

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 5

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 5

colegiado¹⁶⁷. Sob este viés, é de extrema relevância o bom funcionamento do órgão. Assim, passa a ser plenamente compreensível que, a existência da comunhão impõe a busca por um denominador comum entre os diversos interesses dos credores. Aqui se defende a ótica que a maioria prevaleça sobre a minoria, sempre em busca de um bem maior do que o crédito simplesmente considerado individualmente¹⁶⁸.

Partindo de tal premissa, com ou sem alterações na proposta inicialmente apresentada, é de competência da assembleia manifestar a vontade da massa de credores, em atenção ao plano de recuperação judicial, então aprovando-o ou rejeitando-o¹⁶⁹.

Neste sentido, nos termos do art. 41 da LRF, se verifica uma divisão dos credores para fins de composição da Assembleia Geral¹⁷⁰. A referida assembleia será constituída pelas seguintes classes de credores. Classe I: titulares de créditos trabalhistas ou acidentários; Classe II: titulares de créditos quirografários, com privilégio geral, com privilégio especial ou subordinados; e Classe IV: titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte¹⁷¹.

Deste modo, para que o plano seja aprovado, é exigida, inicialmente, a aprovação cumulativa nas quatro classes apresentadas, em atenção aos critérios de votação inerentes a cada uma delas. Assim sendo, para a aprovação do plano se faz indispensável o voto favorável da maioria dos credores de cada classe, computados por cabeça, e da maioria dos créditos das classes II e III, computados por valor¹⁷².

A Lei 11.101/05 em seu art. 45, § 1º, adota um sistema de dupla maioria para deliberação da proposta de plano de recuperação judicial por credores da Classe II e da Classe III, exigindo que mais da metade do valor total dos créditos presentes, cumulado com a maioria simples dos credores, aprove o plano. Deste modo, para aprovação pelas classes II e III é

¹⁶⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.129

¹⁶⁸ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. O plano de recuperação e o controle judicial da legalidade. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. Vol. 60. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 5

¹⁶⁹ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas**. 5ª Ed São Paulo: Atlas 2017, p.208

¹⁷⁰ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo**. 7.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 126

¹⁷¹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 172

¹⁷² TOMAZETTE, Marlon. *Op.cit.*, p. 209

indispensável, que a maioria dos créditos presentes, e a maioria dos credores presentes votem a favor do plano¹⁷³.

Em resumo, para se alcançar a aprovação do plano é indispensável o suporte dos credores que representam mais da metade dos créditos presentes na assembleia das classes II e III, assim como, mais da metade dos credores presentes das classes II e III, independentemente do valor dos créditos, somado ao fim por mais da metade dos credores presentes referentes às classes I e IV, independentemente do valor dos créditos¹⁷⁴.

Tais termos são expressamente exigidos pela lei, busca-se que a aprovação do plano seja feita por uma maioria representativa da massa de credores com um todo, e não apenas de certas classes, que em regra possuem créditos mais expressivos¹⁷⁵. Aqui, atendidos os parâmetros legais o plano estará aprovado, não sendo facultado ao juiz sequer apreciar o mérito da decisão tomada, inclusive no que se refere à viabilidade econômico-financeira da empresa recuperanda¹⁷⁶.

Ademais, não obstante a existência do mecanismo de aprovação mencionado acima, em razão dos princípios já estudados, e que regem a recuperação de empresas, sobretudo no que se refere aos princípios da função social e da preservação da empresa, o legislador optou por criar um mecanismo alternativo de aprovação do plano de recuperação judicial¹⁷⁷.

Deste modo, a LRF oferece ao magistrado alternativa para aprovação do plano de recuperação que não obteve resultado positivo nos termos do procedimento acima exposto¹⁷⁸. Trata-se aqui de método subsidiário que depende da cumulação das condições a seguir: Inicialmente, aprovação do plano por credores que representam mais da metade do valor de todos os créditos presentes na assembleia, independentemente das classes, já em segundo lugar,

¹⁷³ LOBO, Jorge. Da recuperação judicial. In: ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 171

¹⁷⁴ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas**. 5ª Ed São Paulo: Atlas 2017, p. 209

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 209

¹⁷⁶ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/05**. São Paulo: Almedina, 2016. p. 319

¹⁷⁷ TOMAZETTE, Marlon. *Op. cit.*, p. 210

¹⁷⁸ Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembléia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei. § 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa:

aprovação do plano por duas das classes de credores ou, caso existam apenas duas classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos uma delas¹⁷⁹.

O último requisito reflete o fato de que na classe que rejeitou o plano, esta tenha obtido o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores. Marlon Tomazette¹⁸⁰, indica ainda a necessidade de não implicação de tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

Dessa forma, a própria LRF, reconhece a possibilidade da maioria de todos os créditos e maioria das classes, ser considerada suficiente para a aprovação do plano, em não existindo diferenciação de tratamento em face daquela classe que não o aprovou. Percebe-se então que o objetivo desse mecanismo subsidiário é justamente tornar possível a aprovação do plano, permitindo a continuação da atividade empresarial, caso seja verificada uma concordância expressiva dos credores¹⁸¹.

Tendo em vista os mecanismos de aprovação do plano, retoma-se aqui as discussões acerca do princípio majoritário nas deliberações assembleares. Não há como se dissociar o presente objeto de estudo das deliberações que se dão em companhias. No caso, as decisões dos credores obrigam a todos os integrantes do mesmo grupo, inclusive os ausentes e os dissidentes, prevalecendo o critério da maioria¹⁸².

Não há dúvidas que tal princípio majoritário tem relação intrínseca com as decisões societárias, já que, em regra, a unanimidade inviabilizaria o funcionamento das sociedades. Assim, do mesmo modo que se extrai da Lei Societária, a decisão tomada em sede de assembleia geral somente não obriga a minoria dissidente em casos que existem normas expressas em sentido contrário, permitindo o direito de recesso¹⁸³.

Aqui, em se tratando da Lei 11.101/05, do mesmo modo, diante da inexistência de previsão expressa não se poderia falar em recesso. Na LRF, os credores dissidentes não terão qualquer direito de receber pelo valor da avaliação, justamente pelo motivo de não existir previsão legal neste sentido¹⁸⁴.

¹⁷⁹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 173

¹⁸⁰ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas**. 5ª Ed São Paulo: Atlas 2017, p. 211

¹⁸¹ *Ibidem*, p.211

¹⁸² SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática**. Rio de Janeiro, 2012. p. 142

¹⁸³ *Ibidem*, p. 143

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 143

Sendo assim, resta evidente sob quais circunstâncias a manifestação da massa de credores é considerada, no sentido de se aprovar plano. Adequadamente, passa-se ao estudo da rejeição do plano.

2.3.2.3 A rejeição do plano

Aqui, na hipótese de o devedor não conseguir obter a aprovação do plano em todas as classes, ainda que se valendo do caminho alternativo previsto no art. 58, §1º da LRF, o plano deve ser considerado rejeitado¹⁸⁵. Neste caso, o juiz deve decretar a falência do devedor nos termos dos art. 56, § 4º¹⁸⁶ e 73, IV da LRF¹⁸⁷.

Ora, nesta hipótese, tendo o devedor pedido a recuperação judicial, não há dúvidas que este reconheceu estar enfrentando, ou em vias de enfrentar, uma crise econômico-financeira, esta que por meio do instituto da recuperação judicial, tenta superá-la¹⁸⁸.

Não tendo conseguido realizar o pretendido acordo com os seus respectivos credores, ele não poderá alcançar as medidas necessárias para a almejada superação da crise. Justamente por este motivo, a lei presume, sob uma ótica absoluta, a impossibilidade de superação, impondo ao devedor a liquidação de seu patrimônio através da falência¹⁸⁹.

Cumprir destacar que tal regra já foi mitigada pela jurisprudência pátria na recuperação judicial da Parmalat. Nesta situação o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹⁹⁰, em plena atenção ao consagrado princípio da preservação da empresa, autorizou que o devedor apresentasse um plano alternativo para ser novamente submetido à apreciação da Assembleia Geral de Credores¹⁹¹.

¹⁸⁵ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas**. 5ª Ed São Paulo: Atlas 2017, p. 212

¹⁸⁶ Art. 56. Havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembleia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação. § 4º Rejeitado o plano de recuperação pela assembleia-geral de credores, o juiz decretará a falência do devedor.

¹⁸⁷ Art. 73. O juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial: IV – por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação, na forma do § 1º do art. 61 desta Lei.

¹⁸⁸ TOMAZETTE, Marlon. *Op. cit.*, p. 212

¹⁸⁹ *Ibidem*, p.212

¹⁹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 6ª Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, **Agravo de Instrumento 461.740-4/00**, Rel. Des. Pereira Calças, São Paulo, SP, 28 fev. 2007.

¹⁹¹ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/05**. São Paulo: Almedina, 2016, p.319

Em situação diametralmente oposta, logo, em caso de aprovação, seja esta tácita ou expressa, do plano de recuperação judicial, cabe ao magistrado proferir decisão acerca de sua homologação. A partir deste momento se vislumbra a concessão da recuperação judicial.

2.3.3 A autonomia privada na recuperação judicial

Após o estudo dos mecanismos de aprovação e rejeição do plano de recuperação judicial, se reascende importante discussão acerca da autonomia privada e da natureza jurídica do instituto ora estudado.

Como visto acima, foi verificada a prevalência do conteúdo contratual sobre o processual, deste modo, a autonomia da vontade sobre a regra formal. Aqui, a consensualidade há de prevalecer quando se tratando da propositura, negociação, aprovação e execução do plano de recuperação¹⁹².

Dentro deste raciocínio contratual, questiona-se então se poderia descaracterizar a contratualidade do plano a dispensa de sua aprovação pela unanimidade de credores. Assim, em atenção aos procedimentos acima narrados, em caso de deliberação por parte da Assembleia Geral de Credores, a essência contratual do plano, seria capaz de subsistir aos quóruns legais fundados no princípio majoritário?¹⁹³

Ora, ao se levar em consideração que o contrato é, naturalmente, um concurso de vontades manifestadas pelos contratantes, no exercício da sua autonomia privada, deverá ser dada atenção ao fato de que o plano de recuperação, e suas disposições, são, em caso de aprovação, vinculantes a credores que eventualmente tenham discordado de seu conteúdo, na hipótese em que a Assembleia Geral de Credores tenha o aprovado por maioria¹⁹⁴.

Neste caso, como já defendido acima, em consonância com o posicionamento das autoras Vera Franco e Rachel Sztajn¹⁹⁵, para explicar a questão, se vislumbra no plano de recuperação judicial a Teoria do Contrato Plurilateral.

¹⁹² MENEZES, Mauricio Moreira. O exercício da autonomia privada na recuperação judicial. **Revista de Direito Recuperacional**. Vol.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 5

¹⁹³ *Ibidem*, p.5

¹⁹⁴ *Ibidem*, p.5

¹⁹⁵ FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. **Falência e recuperação da empresa em crise**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 232 - 234

Aqui, sob a égide dos ensinamentos do autor Tullio Ascarelli¹⁹⁶, a Teoria do Contrato Plurilateral foi, em primeiro momento, destinada a explicar a estrutura do contrato de sociedade.

Atribui-se a esta espécie de contrato, no que toca às características, justamente o fato de o vínculo jurídico seria constituído por duas ou mais partes, sendo reciprocamente consideradas, adquirindo direitos e obrigações¹⁹⁷.

Logo, a reciprocidade obrigacional dos contratantes do contrato plurilateral é um dos pontos que o diferencia das demais espécies. Aqui, se imagina uma espécie de círculo, onde cada parte assume obrigações com todas as demais, assumindo paralelamente direitos oponíveis a todos os demais contratantes¹⁹⁸.

Deste modo, os interesses contrastantes das diversas partes deveriam ser unificados diante de uma finalidade comum, esta que assume relevância jurídica. Fala-se, ainda, na existência de objetivos mediatos, em atenção à finalidade comum, sendo relevante característica dos contratos plurilaterais, correspondendo a sua função instrumental¹⁹⁹.

Sob tal perspectiva, em caso de celebração do contrato, as partes se organizam para a execução de atividade em momento posterior, esta que almeja exatamente o escopo comum e juridicamente relevante. Ademais, se percebe que sua estruturação jurídica permite a determinação de regras referentes à organização comum, justificando então a citada prevalência do princípio majoritário, somado à existência de quóruns específicos para situações numeradas²⁰⁰.

Assim, o contrato plurilateral deve ser analisado tanto em face de sua função instrumental quanto em face de seu caráter organizacional, como uma espécie de contrato de execução continuada, sob o qual pairam os princípios e regras reguladoras, que abarcam, inclusive, a questão do equilíbrio econômico-financeiro ao longo da execução do contrato²⁰¹.

¹⁹⁶ ASCARELLI, Tullio. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p.255

¹⁹⁷ MENEZES, Mauricio Moreira. O exercício da autonomia privada na recuperação judicial. **Revista de Direito Recuperacional**. Vol.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 5

¹⁹⁸ *Ibidem*, p.5-6

¹⁹⁹ *Ibidem*, p.6-7

²⁰⁰ *Ibidem*, p.6-7

²⁰¹ *Ibidem*, p.7

O contrato plurilateral assume ainda feição de contrato normativo, já que por meio dele podem ser reguladas condutas e negócios ulteriores das partes, sendo então possível prever nele compromissos que somente se tornarão exigíveis no futuro²⁰².

Por fim, tais contratos podem ser considerados como abertos, ao ofertarem o ingresso e saída dos contratantes, caso sejam atendidas determinadas condições previamente estipuladas, não só no próprio contrato, como também no sistema jurídico²⁰³.

Diante de tais características, se defende a inclusão do plano de recuperação judicial no rol de contratos plurilaterais. Após se analisar todo o exposto, podem ser verificados os elementos caracterizadores²⁰⁴.

Assim, quanto à reciprocidade obrigacional, o plano permite ao devedor e seus credores que contratem obrigações recíprocas, além da aquisição de direitos, que possuem efeito novatório, em atenção a sobreposição às posições jurídicas existentes em momento anterior²⁰⁵.

Não há como se negar a existência de finalidade comum, esta, que pode ser extraída justamente do art. 47 da LRF, acima estudado. Ou seja, a superação da situação de crise econômico-financeira. Percebe-se que tal objetivo concorre com as pretensões individuais das partes, nos mesmos termos da teoria dos Contratos Plurilaterais²⁰⁶.

Já em atenção à função instrumental, atribui-se atenção ao fato de que o plano não se encerra como um fim em si mesmo, já que funciona como um veículo que almeja a solução da crise empresarial²⁰⁷.

Do mesmo modo, se identifica a organização. Aqui, certas cláusulas do plano tem a finalidade de compor os variados interesses creditórios, permitindo uma espécie de centralização, os traduzindo como meios de recuperação do devedor. É justamente neste ponto que se compreende a prevalência do princípio majoritário em relação à manifestação de vontade dos credores, sobretudo em relação à aprovação ou modificação do plano de recuperação²⁰⁸.

²⁰² MENEZES, Mauricio Moreira. O exercício da autonomia privada na recuperação judicial. **Revista de Direito Recuperacional**. Vol.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 7

²⁰³ *Ibidem*, p.6-7

²⁰⁴ *Ibidem*, p.6-7

²⁰⁵ *Ibidem*, p.6-7

²⁰⁶ *Ibidem*, p.6-7

²⁰⁷ *Ibidem*, p.6-7

²⁰⁸ *Ibidem*, p.6-7

Sob tal ótica, encontra-se preenchido o requisito da execução continuada, assim, o plano deve dispor exatamente sobre atividades que deverão ser regularmente realizadas de modo sucessivo, ao longo do tempo²⁰⁹.

Por último, o plano pode ser considerado como de tipo aberto. Ora, a abertura do plano explica exatamente a produção de seus efeitos em face de quaisquer credores que tenham se habilitado na recuperação judicial de modo intempestivo, estes que não terão direito a voto nas Assembleias Gerais de Credores, exceto nos casos de exceção previstos em lei²¹⁰.

Diante do apresentado, passa a ser possível analisar o suposto problema do princípio majoritário, em relação a organização dos credores em torno do plano. Em verdade, é possível se afirmar que não há qualquer afronta ao referido princípio, isto porque, a lei prevê diferentes classes de credores, ou seja, comunhão de interesses distintos, que votam separadamente, refletindo assim grupos não homogêneos²¹¹.

É necessário trazer à tona o fato de que a não homogeneização de interesses de credores é característica intrínseca aos procedimentos concursais. Percebe-se que o mecanismo legal busca exatamente mitigar os conflitos de interesses, ao formar os referidos colégios eleitorais de credores, com interesses homogêneos²¹².

Deste modo, as maiorias setoriais acabam por se tornar uma maioria qualificada, completamente apta a servir como fonte de declaração de vontade dos credores, estando assim, totalmente revestida de legitimidade para vincular a generalidade de credores aos termos do plano²¹³.

Ora, a imposição forçada do plano em face da minoria divergente não é, por si só, argumento para afastar a contratualidade do plano, já que a vontade é elemento que pode ser relativizado na ordem dos valores que informam a teoria contratual²¹⁴.

Nestes termos, verifica-se a relevância de se compreender de que maneira as manifestações de vontade dos credores produzem seus efeitos, e como devem ser interpretadas.

Assim, diante da natureza jurídica demonstrada, questiona-se a possibilidade de se incluir uma cláusula compromissória no plano de recuperação judicial, além de como se dará o

²⁰⁹ MENEZES, Mauricio Moreira. O exercício da autonomia privada na recuperação judicial. **Revista de Direito Recuperacional**. Vol.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 6-7

²¹⁰ *Ibidem*, p.6-7

²¹¹ *Ibidem*, p.6-7

²¹² *Ibidem*, p.6-7

²¹³ *Ibidem*, p.6-7

²¹⁴ *Ibidem*, p.6-7

desenvolvimento dos seus efeitos em face dos credores que não se manifestaram no sentido da aprovação do plano, em atenção ao princípio majoritário.

Diante do exposto, para que seja possível se avançar nos entendimentos acerca do objeto do presente trabalho, passa-se ao estudo do instituto da arbitragem e suas nuances.

3 A ARBITRAGEM, O CONSENSO E A LEI 9.307/96

Consolidados os entendimentos acerca do plano de recuperação judicial, para que se possa avançar no presente trabalho, faz-se indispensável analisar o instituto da arbitragem. Busca-se compreender as especificidades que circundam à cláusula compromissória, dando ênfase aos seus elementos fundamentais, e conseqüentemente firmar entendimentos sobre a arbitragem como um todo.

Nestes termos, iniciam-se os esforços para verificar a compatibilidade entre a recuperação judicial de empresas e a arbitragem, assim, mais especificamente, no que se refere à cláusula compromissória e ao plano de recuperação judicial.

3.1 O CONCEITO DE ARBITRAGEM E SUA EVOLUÇÃO NO BRASIL

Os conflitos de interesses encontram-se enraizados na sociedade humana desde seus tempos mais primitivos. Em primeiro momento as disputas eram resolvidas por meio da autotutela, ou seja, imposição da vontade do mais forte, somado inclusive ao regime da vingança privada²¹⁵. Ocorre que, a ascensão do Estado resultou na idealização do monopólio da jurisdição, estabelecendo óbice à tentativa das partes em fazer o uso das suas próprias razões²¹⁶.

Ao superar-se a utilização da autotutela, verifica-se a existência dos meios heterocompositivos e autocompositivos. Estes diferem no fato de que a autocomposição, ainda que permita a participação de um terceiro, depende exclusivamente da vontade das partes para alcançar a resolução do conflito. Indica-se como exemplo a negociação, a conciliação e a mediação. Enquanto na heterocomposição, a solução do conflito é imposta por um terceiro, com poderes para tanto, sendo verificado na atuação do Poder Judiciário, por parte dos magistrados, e nos procedimentos arbitrais, por parte dos árbitros²¹⁷.

²¹⁵ CRETILLA NETO, José. **Curso de Arbitragem: arbitragem comercial, arbitragem internacional, lei brasileira de arbitragem, direito privado brasileiro aplicável à arbitragem, instituições internacionais de arbitragem, convenções internacionais sobre arbitragem**. 2. Ed. Campinas, SP: Millennium, 2009, p.5

²¹⁶ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p.45

²¹⁷ *Ibidem*, p.45

No presente objeto de estudo, atenta-se exclusivamente a um dos métodos anteriormente citados, sendo este a arbitragem. A doutrina, tanto nacional quanto internacional, cumpre de forma eficaz seu papel ao definir este instituto. Segundo Carlos Alberto Carmona²¹⁸:

A arbitragem – meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor.

Deste norte extraem-se alguns elementos basilares para a compreensão do instituto da arbitragem. Sendo assim, sustenta-se na existência de um pacto privado, que delega poderes a um árbitro, este que basta ser capaz, possuindo poderes para decidir a lide, atendendo-se aos limites estabelecidos pelas partes. Cumpre indicar a necessidade de a disputa versar, única e exclusivamente, sobre direitos patrimoniais e disponíveis, sendo ainda afastada toda e qualquer intervenção por parte do Poder Judiciário, ao produzir sentença arbitral que possui os mesmos efeitos da sentença judicial²¹⁹. Reforçando este entendimento, define Francisco José Cahali²²⁰:

A arbitragem, ao lado da jurisdição estatal, representa uma forma heterocompositiva de solução de conflitos. As partes capazes, de comum acordo, diante de um litígio, ou por meio de uma convenção, estabelecem que um terceiro, ou colegiado, terá poderes para solucionar a controvérsia, sem a intervenção estatal, sendo que a decisão terá a mesma eficácia que uma sentença judicial.

Percebe-se que o instituto da arbitragem se mostra consolidado, não só em solo nacional, como também em sede internacional, conforme lecionam Alan Redfern e Martin Hunter²²¹:

Parties who are in dispute agree to submit their disagreement to a person whose expertise or judgment they trust. They each put their respective cases to this person – this private individual, this arbitrator – who listens, considers the facts and the arguments, and then makes a decision. That decision is final and binding on the parties; and it is binding because the parties have agreed that it should be, rather than because of the coercive power of any State²²².

²¹⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo Um Comentário à Lei 9.307/96**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 31

²¹⁹ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014, p.3

²²⁰ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p.125

²²¹ REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. **Redfern and Hunter on International Arbitration**. 5th Ed. Oxford: Oxford University Press., 2009, p.1-2

²²² Tradução livre: As partes que estão em disputa acordam para submeter sua desavença para uma pessoa, cuja expertise ou capacidade de julgamento seja confiável. Cada uma das partes indica o caso para esta pessoa- este indivíduo particular, este árbitro – que ouve, considera os fatos e argumentos trazidos, e então profere uma decisão. Esta decisão é final e vinculante para as partes; sendo vinculante porque as partes acordaram que deveria ser, em detrimento de qualquer poder coercitivo de qualquer Estado.

Fala-se então em mecanismo privado de resolução de litígios, heterocompositivo, que se sustenta em poderes conferidos a arbitro ou árbitros, por meio de acordo privado, sem qualquer participação estatal²²³.

Como se percebe, o instituto da arbitragem é consagrado meio alternativo, ou adequado, para a resolução de disputas²²⁴. Sob uma perspectiva moderna e cultural, a jurisdição estatal reflete o tradicional, enquanto a arbitragem pode ser vista como um método inovador para solução de conflitos, que busca atender às necessidades não atendidas pelo método judicial já enraizado²²⁵.

Seguindo os ensinamentos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth²²⁶, os métodos alternativos, dos quais a arbitragem faz parte, são frutos da chamada terceira onda renovatória do direito processual civil. Nesta perspectiva, foram criados procedimentos especiais, sob a ótica de novos métodos de prestação de serviços jurisdicionais, além de almejar a simplificação do direito.

Sob esta ótica, há décadas, se verifica a incapacidade do Poder Judiciário em satisfazer, a tempo e modo, os problemas jurisdicionados, resultando então em idealizações de outros meios adequados para a solução das controvérsias²²⁷. Ora, o acúmulo de processos nos Tribunais brasileiros demonstrou a necessidade de um meio rápido e racional para dirimir conflitos, sendo a arbitragem uma das portas mais sedutoras, quando se fala em questões de alta complexidade²²⁸.

Deste modo, a arbitragem vem, ao longo dos anos, demonstrando sua relevância no mundo jurídico, em especial no Brasil após promulgada a Lei 9.307/96 ou Lei de Arbitragem. Este marco refletiu as reivindicações da comunidade empresarial, nacional e internacional, com o intuito de suprir a deficiência do Brasil, em face ao direito estrangeiro, com relação ao disciplinamento da arbitragem e a aproximação das práticas internacionais²²⁹.

²²³ FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. **Fouchard, Gaillard, Goldman on International Arbitration**. Kluwer Law International. 1st Ed, 1999, p.19

²²⁴ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p.125

²²⁵ VÁRADY, Tibor; BARCELO, John J.; MEHREN, Arthur T. Von. **International Commercial Arbitration A Transnational Perspective**. EUA: WEST, 4th Edition, 2009, p.1

²²⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 2002, p.71

²²⁷ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014, p.2

²²⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Arbitragem. In: WALD, Arnaldo (Coord.). **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação Volume I**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 2

²²⁹ AZEVEDO, Fabio da Costa; FONTES, João Roberto Egydio Piza. A Lei de Arbitragem Analisada à Luz dos Princípios Gerais do Direto. In: WALD, Arnaldo (Coord.). **Doutrina Essenciais Arbitragem e Mediação Volume I**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.106

A edição da Lei 9.307/96, se consolidou como marco da revitalização do instituto da arbitragem no Brasil, e desde então vem protagonizando os mais diversos desafios aos juristas que se propõem a estudar tal área do direito²³⁰. Na atualidade, é patente o sucesso da experiência arbitral no Brasil, percebendo que a teoria se transformou em prática e cotidiano, aquilo que um dia era impressão passou a ser fato²³¹.

Entretanto, para se compreender afundo as raízes do instituto no Brasil é indispensável fazer uma análise histórica, com o intuito de se verificar a consolidação da arbitragem, em paralelo com a Lei 9.307/96, esta que, em análise de sua constitucionalidade, firmou entendimentos que são de grande valia para o presente trabalho.

3.1 O CONCEITO DE ARBITRAGEM E SUA EVOLUÇÃO NO BRASIL

A crescente importância da arbitragem se justifica na progressiva globalização, diante da extinção de barreiras antes firmadas, em paralelo a complexidade de crescimento exponencial dos problemas jurídicos²³². Entretanto, para se compreender o atual alcance da Lei 9.307/96 é indispensável fazer uma análise retrospectiva acerca dos obstáculos que um dia obstaram o desenvolvimento do instituto no Brasil²³³.

Em um primeiro momento, indica-se a existência de dois grandes obstáculos por meio dos quais o ordenamento jurídico brasileiro minava o desenvolvimento da arbitragem: o Código Civil de 1916 e o Código de Processo Civil de 1973, estes que ignoravam a existência da cláusula compromissória; e em segundo plano exigia homologação judicial, denominada de laudo arbitral²³⁴.

A cláusula compromissória, esta que será adiante analisada, consiste na “convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir relativamente a tal contrato”, nos termos do art. 4º da Lei 9.307/96²³⁵²³⁶.

²³⁰ PINTO, José Emílio Nunes. A arbitragem na recuperação de empresas. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.299

²³¹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo Um Comentário à Lei 9.307/96**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.2

²³² WALD, Arnaldo. Da Constitucionalidade da Lei 9.307/96. In: WALD, Arnaldo (Coord.). **Doutrina Essenciais Arbitragem e Mediação Volume I**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.p. 257

²³³ CARMONA, Carlos Alberto. *Op.cit.*, p.4

²³⁴ *Ibidem*, p.4

²³⁵ 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.

Entretanto, antes do advento da vigente Lei de Arbitragem, a cláusula compromissória era completamente desprestigiada, então incapaz de produzir seus efeitos, sem que se fosse firmado compromisso arbitral²³⁷.

Somado a este empecilho, se verificava a obrigatoriedade de homologação do chamado laudo arbitral, para que fosse possível a produção de efeitos da sentença arbitral, tal qual a sentença oriunda do Poder Judiciário. Ora, diante destes fatos, resta demonstrado o atraso da legislação vigente à época, ao não atribuir a devida importância, ou independência, à arbitragem. Nesta perspectiva, na tentativa de firmar-se avanço se deram os anteprojetos de lei de 1981, 1986 e 1988²³⁸.

À época, o cenário brasileiro da arbitragem demonstrava que já haviam sido publicados, por iniciativa governamental, os três anteprojetos de lei anteriormente indicados, todos estes arquivados sem que o instituto fosse capaz de reagir ao completo abandono.

Ocorre que, somente em 1991, a Lei de Arbitragem teve o direcionamento hoje amplamente consagrado. Destaca-se a chamada Operação *Arbiter*, idealizada pelo pernambucano Petrônio Muniz, esta que foi um projeto que contou com a participação de diversos representantes dos mais variados seguimentos econômicos, auxiliada por arbitralistas como Selma Maria Ferreira Lemes, Carlos Alberto Carmona e Pedro Batista Martins, além do senador Marco Marciel com o intuito de propor a modernização do instituto por meio da apresentação de novo projeto de lei²³⁹.

Nesta perspectiva atrelada à iniciativa do Instituto Liberal de Pernambuco, foram travadas inúmeras discussões no intuito de reativar o instituto da arbitragem, na época abandonado, elaborando anteprojeto de lei, que em atenção à técnica e experiência dos envolvidos, pudesse refletir no preenchimento dos anseios daqueles que buscavam um meio alternativo célere e também eficaz para resolução de disputas²⁴⁰.

²³⁶ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 166

²³⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo Um Comentário à Lei 9.307/96**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.4

²³⁸ *Ibidem*, p.5-8

²³⁹ LEMES, Selma. Entrevista com Selma Maria Ferreira Lemes. *In*: NEVES, Flávia Bittar; NETO, Francisco Maia; Muniz, Joaquim Paiva, RANZOLIN, Ricardo. **Memórias do desenvolvimento da arbitragem no Brasil**. Brasília: OAB Conselho Federal, 2018, p.259

²⁴⁰ CARMONA, Carlos Alberto. *Op.cit.*, p.9

Neste sentido é notório que a arbitragem jamais teria alcançado o seu presente patamar sem os esforços do Petrônio Muniz aliado ao Senador Marco Maciel²⁴¹. Em 29 de abril de 1992 o anteprojeto, em sua versão final foi apresentado no Seminário Nacional sobre Arbitragem Comercial realizado em Curitiba, Paraná²⁴².

A elaboração do anteprojeto em questão refletiu as mais consagradas práticas e teorias da arbitragem internacional, ao se basear na Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1986, e revista em 2006²⁴³. Somando-se ainda às disposições da Convenção de Nova Iorque de 1958, e do Panamá de 1975, atentando-se especialmente à legislação espanhola, esta extremamente avançada²⁴⁴.

Após a devida tramitação legislativa, com certas alterações, o Presidente da República sancionou a Lei de Arbitragem em sessão solene, publicando o texto no Diário Oficial de 24.9.96 entrando em vigência 60 dias após a sua publicação²⁴⁵.

A lei 9.307 de 1996, reestruturou completamente a arbitragem no Brasil, atribuindo-lhe nova credibilidade. Em tempos pretéritos, pode-se dizer que a jurisprudência brasileira foi norteadada por nulidades e anulações de decisões arbitrais, dessa forma, total insegurança jurídica. Ocorre que, o advento da nova lei mostrou um desenvolvimento indiscutivelmente positivo²⁴⁶.

3.1.1 A constitucionalidade da Lei 9.307/96

A edição da Lei 9.307/96, demonstra sua contribuição para o avanço do instituto da arbitragem no direito brasileiro. Em verdade, a ascensão deste mecanismo adequado de solução de disputas fez inclusive que o método ganhasse o devido espaço e reconhecimento no âmbito empresarial, ótica esta que o presente trabalho busca se ater²⁴⁷.

²⁴¹ MARTINS, Pedro A. Batista. Entrevista com Pedro Batista Martins. In: NEVES, Flávia Bittar; NETO, Francisco Maia; Muniz, Joaquim Paiva, RANZOLIN, Ricardo (Coords.). **Memórias do desenvolvimento da arbitragem no Brasil**. Brasília: OAB Conselho Federal, 2018, p.241

²⁴² CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo Um Comentário à Lei 9.307/96**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.10

²⁴³ BASILIO, Ana Tereza; FREIRE, Alexandre; RODOVALHO, Thiago. Modernização da lei de arbitragem – algumas reflexões. In CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. **Arbitragem, estudos sobre a lei n. 13.129/2015**. São Paulo: Saraiva, 2016, p.53

²⁴⁴ CARMONA, Carlos Alberto. *Op.cit.*, p. 11

²⁴⁵ *Ibidem*, p.14

²⁴⁶ WALD, Arnaldo. Da Constitucionalidade da Lei 9.307/96. In: WALD, Arnaldo (Coord.). **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação Volume I**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.259

²⁴⁷ CORRÊA, Raphael Nehin. **Arbitragem e Insolvência**. São Paulo: Imprensa Régia, 2010, p. 81

Entretanto, mesmo após a edição da referida lei, indica-se a permeância de único obstáculo capaz de afrontar o desenvolvimento do instituto, obstáculo este a discussão acerca da constitucionalidade da Lei 9.307 e da própria arbitragem, perante o Supremo Tribunal Federal²⁴⁸.

É incontestável a existência, ainda na virada do milênio, de uma latente trava cultural em relação aos meios adequados de solução de conflitos, sobretudo em relação à arbitragem, preconceito este que talvez tenha sido o motivador da análise de constitucionalidade capitaneada pelo STF²⁴⁹.

Ao apreciar o Agravo Regimental na homologação da Sentença Arbitral Estrangeria 5206-7/246, oriunda da Espanha, o então Ministro Sepúlveda Pertence, suscitou a inconstitucionalidade dos artigos 6º, parágrafo único e 7º da lei 9.307/1996. O Ministro entendeu que a execução específica da obrigação de fazer, neste caso em se tratando do compromisso arbitral, seria uma afronta à Constituição Federal, caso fosse necessário provimento judicial substitutivo da manifestação de vontade da parte.²⁵⁰

Declarou o ministro: "O que a Constituição não permite à lei (...) é vedar o acesso ao Judiciário da lide que uma das partes lhe quisesse submeter, forçando-a a trilhar a via alternativa da arbitragem". A discussão se deu em razão da garantia de acesso à Justiça prevista no art.5º, XXXV, da CF/88, assim: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"²⁵¹.

Neste ponto, percebe-se o entendimento do ministro no sentido de não se admitir a imposição da arbitragem, por parte do legislador, contrariamente a vontade das partes, logo, inexistindo convenção válida de arbitragem. O ministro, fixou que a arbitragem se caracteriza justamente pelo consenso, sendo que esta deveria abarcar a todos os pontos do ato jurídico²⁵².

Ocorre que, em seu voto, o ministro indica que a renúncia das partes a submeter o litígio ao judiciário seria válida, única e exclusivamente quando se trata de compromisso arbitral, diante da existência de litígio determinado. Aos olhos do ministro, à época, tal entendimento não se

²⁴⁸ WALD, Arnaldo. Da Constitucionalidade da Lei 9.307/96. In: WALD, Arnaldo (Coord.). **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação** Volume I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.259

²⁴⁹ GARCEZ, José Maria Rossani. Constitucionalidade da lei 9.307/96. In: WALD, Arnaldo. **Arbitragem e mediação: a arbitragem, introdução e histórico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.477-478

²⁵⁰ WALD, Arnaldo. *Op. cit.*, p. 259

²⁵¹ *Ibidem*, p.259

²⁵² *Ibidem*, p.259

aplicaria no caso da cláusula compromissória, diante da não existência de lides concretas e determinadas²⁵³.

Nestes termos concluiu seu voto afirmando que:

Sendo a vontade da parte, manifestada na cláusula compromissória, insuficiente – dada a indeterminação do seu objeto –, e, pois, diversa da necessária a compor o consenso exigido à formação do compromisso, permitir o suprimento judicial seria admitir a instituição de um juízo arbitral com despesa da vontade bilateral dos litigantes: Entendo nesse sentido a lição de Pontes (op.cit., XV/224) de que fere o princípio constitucional invocado hoje, art. 5º, XXXV, da Constituição – atribuir, ao compromisso que assim se formasse por provimento judicial substitutivo do assentimento de uma das partes.

De qualquer modo, vale buscar o verdadeiro sentido das objeções levantadas pelo ministro. Em verdade, aos olhos de Arnaldo Wald, o ministro questionou, tão somente, as chamadas cláusulas vazias, ou em branco, estas nas quais as partes não estabeleceram previamente o sistema ou regime por meio do qual a arbitragem deve ser realizada. O autor acredita que o alvo do ministro não foi discutir a constitucionalidade da cláusula compromissória em si, mas sim, a sua complementação pelo Poder Judiciário, diante da carência de certos elementos.²⁵⁴

Ocorre que, por maioria de votos (7 a 4), o entendimento que prevaleceu foi de que a opção voluntária das partes ao procedimento arbitral não ofenderia o princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional por parte do Poder Judiciário, princípio este identificado como cláusula pétrea, por força do art. 60, §4º, IV, da CF/88.²⁵⁵

Em votação demorada e acirrada o Pleno do STF, homologou a sentença arbitral estrangeira e não declarou a inconstitucionalidade de nenhum dos dispositivos da Lei de Arbitragem, esta que trouxe como principais inovações, equiparar a força da sentença arbitral com a da sentença estatal, além de tornar obrigatório o uso da arbitragem mediante a existência da cláusula compromissória²⁵⁶.

Em verdade, restou por firmado que, a lei não impõe a utilização da arbitragem, mantendo-se íntegro àqueles que se interessam o acesso à jurisdição estatal, dependendo, portanto, de liberdade e também da vontade de contratar, quando diante de controvérsias ligadas a direitos patrimoniais disponíveis²⁵⁷.

²⁵³ WALD, Arnaldo. Da Constitucionalidade da Lei 9.307/96. In: WALD, Arnaldo (Coord.). **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação** Volume I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.260

²⁵⁴ *Ibidem*, p.261

²⁵⁵ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 132

²⁵⁶ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014, p.5-6

²⁵⁷ CAHALI, Francisco José. *Op.cit.* p. 132

Ultrapassada a suspeita de inconstitucionalidade, a partir de 2002 a arbitragem ganhou força e passou a ser difundida, estudada e amplamente praticada em nosso ambiente jurídico²⁵⁸. Dessa maneira, se entende que as discussões sobre a própria constitucionalidade de Lei de Arbitragem, foram de grande valia para firmar as características deste instituto, hoje amplamente utilizado.

3.1.2 A natureza jurídica da arbitragem

Quanto à natureza jurídica da arbitragem, existe discussão que vem se desenvolvendo ao longo dos anos, mobilizando diversos estudiosos. Ocorre que, a estrutura dada pela Lei 9.307/96, de acordo com a doutrina majoritária, restou por resolver a polêmica então existente²⁵⁹.

É possível se destacar a existência de pelo menos quatro correntes que tentam qualificar a natureza jurídica da arbitragem, são elas: Privativista (contratual); Jurisdicionalista (publicista); Mista (contratual-publicista) e Autônoma²⁶⁰.

Dessa forma, com o intuito de se entender a fundo o instituto da arbitragem, é de indispensável importância analisar todas as teorias referentes à natureza jurídica da arbitragem, a fim traçar nortes que serão seguidos ao longo do decorrer do presente trabalho.

3.1.2.1 Teoria Privativista

Inicialmente quanto à Teoria Privativista, sua essência é considerar a arbitragem como criação da autonomia da vontade, assim refere-se à ideia de negócio jurídico, mais especificamente como contrato²⁶¹.

²⁵⁸ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 132

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 133

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 133

²⁶¹ BASILIO, Ana Thereza Palhares; FONTES, André R. C. Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem. *in*: WALD, Arnoldo. **Arbitragem e mediação: a arbitragem, introdução e histórico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.662

Neste sentido, ao considerar a arbitragem um negócio jurídico, entende-se que o árbitro seria apenas uma pessoa contratada para dirigir o processo e sentenciá-lo, sendo justamente este o motivo de não possuir poderes para forçar o cumprimento de suas decisões²⁶². Então, se tratando de obrigação estipulada por contrato, possuindo, dessa maneira, todas as consequências derivadas dos pactos sob uma perspectiva geral²⁶³.

Essa teoria encontra sua origem na Roma antiga. Em momento inicial do direito romano, a solução dos conflitos era realizada pelos próprios ofendidos, ou até mesmo pelos grupos que eles pertenciam. Entretanto, com o decorrer do tempo, passou-se a utilizar uma alternativa à vingança individual, ao escolher um terceiro capaz de fixar uma justa solução ao caso. Ora, este terceiro seria justamente o árbitro, e a justiça por ele oferecida seria privada. Somente em momento posterior se concebeu a justiça pública, em moldes semelhantes aos atuais ²⁶⁴.

Pregam os privatistas que os atos volitivos impregnam a arbitragem ao ponto de dominar por completo o seu conteúdo. Nesta perspectiva, entendem que a vontade de duas partes ao praticarem o ato, acaba por traduzir uma única declaração de vontade, neste caso de soberania dos litigantes, além de poder de disposição, atribuindo as características contratuais à arbitragem²⁶⁵.

Portanto, fica evidente, que na perspectiva dos privatistas, a competência e o poder decisório atribuído ao árbitro seria o cumprimento do contratado, logo, a outorga ao terceiro da autoridade para definir a forma como o contrato deveria ser adimplido, ou ainda, a própria autoridade para solucionar o impasse, diante da contratação das partes neste direcionamento²⁶⁶.

3.1.2.2 Teoria Jurisdicionalista

Atualmente, não se pode afirmar que o acesso à justiça se limita ao Judiciário, abrangendo também outras formas de resolução de controvérsias, buscando métodos adequados para tal.

²⁶² BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014, p.4

²⁶³ CRETELLA NETO, José. **Curso de Arbitragem: arbitragem comercial, arbitragem internacional, lei brasileira de arbitragem, direito privado brasileiro aplicável à arbitragem, instituições internacionais de arbitragem, convenções internacionais sobre arbitragem**. 2. Ed. Campinas, SP: Millennium, 2009, p.14

²⁶⁴ BASILIO, Ana Thereza Palhares; FONTES, André R. C. Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem. *In*: WALD, Arnoldo. **Arbitragem e mediação: a arbitragem, introdução e histórico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.663

²⁶⁵ *Ibidem*, p.664

²⁶⁶ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 134

Dessa forma, a função jurisdicional deve ser entendida amplamente, abarcando inclusive a arbitragem²⁶⁷.

Assim, a Teoria Jurisdicionalista confere à arbitragem a natureza jurisdicional. Estabelece que o Estado, utilizando das disposições legais, outorga poderes não só ao juiz, como também ao árbitro para dirimir conflitos de interesses²⁶⁸. Logo, pregam os Jurisdicionalistas que a natureza jurídica da arbitragem seria jurisdicional, dado que equivaleria à função desempenhada pelo Poder Judiciário²⁶⁹.

Neste sentido, os defensores da Teoria Jurisdicionalista partem, justamente, da premissa de que a vontade do legislador, e não das partes, é o fundamento da arbitragem. Assim, defende-se tanto a jurisdição, quanto a arbitragem refletem a vontade do próprio Estado, traduzida na lei. Aqui, a igualdade dos papéis desempenhados pelo juiz e pelo árbitro, resultariam em uma unicidade quanto ao exercício da função, o que assim seria denominado de jurisdição²⁷⁰.

Diante desta perspectiva, tem-se a jurisdição como una e indivisível, sendo descartada qualquer diferenciação entre as funções de resolução de conflitos dos juízes e árbitros, tendo por ponto divergente somente a faculdade e virtude dos interessados em escolher quem deveria dirimir o dissídio²⁷¹.

Percebe-se que esta tese não ignora a existência da convenção arbitral, pelo contrário, entende que uma vez firmada, nasceria a jurisdição do árbitro, demonstrando o preponderante caráter jurisdicional da arbitragem²⁷². Ora, por estas razões, identifica-se a arbitragem como equivalente jurisdicional, ou até mesmo como instrumento, tal como processo judicial, ao se tratar do exercício da jurisdição²⁷³.

²⁶⁷ ARRUDA, Alvim. Sobre a natureza jurisdicional da arbitragem. In CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. **Arbitragem, estudos sobre a lei n. 13.129/2015**. São Paulo: Saraiva, 2016, p.133

²⁶⁸ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 135

²⁶⁹ CRETELLA NETO, José. **Curso de Arbitragem: arbitragem comercial, arbitragem internacional, lei brasileira de arbitragem, direito privado brasileiro aplicável à arbitragem, instituições internacionais de arbitragem, convenções internacionais sobre arbitragem**. 2. Ed. Campinas, SP: Millennium, 2009, p.14

²⁷⁰ BASILIO, Ana Thereza Palhares; FONTES, André R. C. Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem. In: WALD, Arnaldo. **Arbitragem e mediação: a arbitragem, introdução e histórico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.664

²⁷¹ *Ibidem*, p. 664

²⁷² CRETELLA NETO, José. *Op.cit.*, p. 14-15

²⁷³ ARRUDA, Alvim. *Op.cit.*, p. 133

Diante das mais expressivas fundamentações doutrinárias, é inegável que a Lei 9.307/96, confere à arbitragem natureza jurisdicional. Percebe-se que, somente sob este viés explica-se o princípio *kompetenz-kompetenz*, positivado no art. 8²⁷⁴ da Lei de Arbitragem²⁷⁵.

3.1.2.3 Teoria Mista

O posicionamento moderno, vê na arbitragem um evidente viés misto, *sui generis*, ao abrigar tanto o aspecto contratual quanto o aspecto jurisdicional²⁷⁶. Esta teoria agrega os fundamentos de ambas as teorias acima expostas, concluindo que, mesmo se tratando de negócio jurídico realizado entre as partes, decorrendo, inclusive, dele, não seria possível a arbitragem se desenvolver alheia ao sistema jurídico, já que este método de resolução de disputas submetesse à ordem legal vigente²⁷⁷.

Neste sentido, a Teoria Mista não nasce de uma crítica à visão dicotômica, nem mesmo negam a dicotomia, pelo contrário, a afirmam. Ora, a construção desta teoria se deu justamente pela reunião dos elementos oriundos do direito público e do direito privado, aqui acredita-se na jurisdição convencional²⁷⁸.

Ao sustentar o presente posicionamento, acredita-se na junção do direito privado e do direito público no mesmo fenômeno da arbitragem. Defendem que a arbitragem seria uma criação da vontade de particulares, se extraindo sua feição contratual, que por conseguinte se desenvolveria por bases jurisdicionais. Tal teoria norteia-se pelo fato de que as partes, por meio de sua vontade, buscam à justiça²⁷⁹.

Os adeptos da Teoria Mista definem que a arbitragem é uma instituição contratual nas suas origens e jurisdicional nos seus efeitos²⁸⁰. Entendimento reforçado por José Cretella Neto²⁸¹:

²⁷⁴ Art. 8º 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.

²⁷⁵ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 139

²⁷⁶ CRETELLA NETO, José. **Curso de Arbitragem: arbitragem comercial, arbitragem internacional, lei brasileira de arbitragem, direito privado brasileiro aplicável à arbitragem, instituições internacionais de arbitragem, convenções internacionais sobre arbitragem**. 2. Ed. Campinas, SP: Millennium, 2009, p.15

²⁷⁷ CAHALI, Francisco José. *Op.cit.*, p.135

²⁷⁸ BASILIO, Ana Thereza Palhares; FONTES, André R. C. Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem. *in*: WALD, Arnoldo. **Arbitragem e mediação: a arbitragem, introdução e histórico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.665

²⁷⁹ *Ibidem*. p.665

²⁸⁰ *Ibidem*. p.665

“a arbitragem tem natureza jurídica mista, *sui generis*, contratual em seu fundamento, e jurisdicional na forma da solução de litígios e nas consequências que provoca no mundo do Direito”.

3.1.2.4 Teoria Autonomista

Como se percebe, existem opiniões doutrinárias diversas sobre a natureza jurídica da arbitragem. Entretanto, adiciona-se às teorias acima indicadas aquela que seria lastreada na afirmação de que a arbitragem, seria exclusivamente arbitragem e não contrato, jurisdição ou uma junção entre estes²⁸².

A Teoria Autonomista identifica a arbitragem como um sistema de solução de conflitos totalmente desvinculado de qualquer sistema já existente. Essa teoria demonstra sua importância, sobretudo, ao se tratar da arbitragem sob a ótica internacional. Vislumbra-se o extremo do princípio da autonomia privada, no sentido de que a liberdade para contratar, resulta na subtração da arbitragem de outros ordenamentos, sendo considerada soberana por si só²⁸³.

Sob a ótica desta teoria a arbitragem teria jurisdição própria e independente da sua integração a qualquer ordenamento jurídico²⁸⁴. Portanto, pensa-se em um sistema de solução de controvérsias totalmente desvinculado de qualquer sistema existente. Como se infere, a presente teoria encontra substrato quando se trata de arbitragens internacionais²⁸⁵.

3.2 O CONSENSO E A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Inicialmente se faz indispensável indicar que a convenção de arbitragem é exatamente a pedra angular do instituto aqui analisado, seja sob o viés internacional ou doméstico. Através dela, a

²⁸¹ CRETELLA NETO, José. **Curso de Arbitragem: arbitragem comercial, arbitragem internacional, lei brasileira de arbitragem, direito privado brasileiro aplicável à arbitragem, instituições internacionais de arbitragem, convenções internacionais sobre arbitragem**. 2. Ed. Campinas, SP: Millennium, 2009. p.16

²⁸² BASILIO, Ana Thereza Palhares; FONTES, André R. C. A teoria autonomista da arbitragem. *In*: WALD, Arnaldo. **Arbitragem e mediação: a arbitragem, introdução e histórico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.670

²⁸³ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p.135

²⁸⁴ *Ibidem*, p.135

²⁸⁵ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014, p.4

vontade das partes é manifestada. Cumpre ressaltar que é através da convenção de arbitragem que as partes concedem aos árbitros o devido poder para dirimir o conflito, e paralelamente limitam e definem o escopo deste mesmo poder²⁸⁶.

Dessa maneira entende-se que a convenção de arbitragem se mostra como a matriz deste mecanismo de solução de conflitos, logo, é a maneira por meio da qual as partes exercem sua opção pela jurisdição arbitral²⁸⁷.

Indica-se que a convenção de arbitragem é oriunda da vontade dos contratantes e a expressão de sua autonomia. Ela encontra seu abrigo no exercício da autonomia da vontade, liberdade para contratar e manifestações da liberdade individual²⁸⁸. Neste sentido indicam Alan Redfern e Martin Hunter²⁸⁹:

*The agreement to arbitrate is the foundation stone of international arbitration. It records the consent of the parties to submit to arbitration – a consent which is indispensable to any process of dispute resolution outside national courts. such processes depend for their very existence upon the agreement of the parties. Many attach great importance to the wishes of the parties – l'autonomie de la volonté.*²⁹⁰

Em atenção ao estipulado pela Lei 9.307/96, assim como se deu na legislação Francesa no início da década de 80, percebe-se que o mesmo capítulo trata da cláusula compromissória e do compromisso arbitral, sob conjunta denominação de convenção de arbitragem. Pela sistemática adotada, tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral excluem a jurisdição estatal²⁹¹.

Nesta toada, preceitua o art. 3º da Lei 9.307/96: “As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”. Percebe-se de antemão, que o dispositivo em questão não conceituou de forma expressa, a convenção arbitral, entretanto definiu o

²⁸⁶ GABBAY, Daniela Monteiro; MAZZONETTO, Nathalia; KOBAYASHI, Patrícia Shiguemi. Desafios e cuidados na redação das cláusulas de arbitragem. *in*: BASSO, Maristela; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; **Arbitragem comercial: princípios, instituições e procedimentos: a prática no CAM-CCBC**. 1. ed. São Paulo: CAM-CCBC, 2013. p.94

²⁸⁷ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p.166

²⁸⁸ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial e internacional**. São Paulo: Lex Editora, 2011, p.93

²⁸⁹ REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. **Redfern and Hunter on International Arbitration**. 5th Ed. Oxford: Oxford University Press., 2009. p.85

²⁹⁰ Tradução livre: A convenção de arbitragem é a pedra fundamental da arbitragem internacional. Ela marca o consenso das partes em se submeter à arbitragem – consentimento que é indispensável para qualquer processo de resolução de disputas fora das cortes nacionais. Tais processos dependem por sua própria existência de acordo entre as partes. Muitos atribuem grande importância aos desejos das partes – A autonomia da vontade.

²⁹¹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo Um Comentário à Lei 9.307/96**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 16

alcance dos institutos²⁹². Numa perspectiva internacional definem Alan Redfern e Martin Hunter:

*“There are two basic types of arbitration agreement: the arbitration clause and the submission agreement. An arbitration clause looks to the future, whereas a submission agreement looks to the past. The first, which is most common, is usually contained in the principal agreement between the parties and is an agreement to submit future disputes to arbitration. The second is an agreement to submit existing disputes to arbitration.”*²⁹³

Sob a ótica do art. 3º da Lei de Arbitragem, a convenção de arbitragem é gênero do qual são espécies tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral. Ainda que em países como a Espanha não exista tal distinção o legislador brasileiro considerou relevante fixar suas especificidades²⁹⁴. Neste sentido, seguiu-se outros modelos legais tais como argentino, francês e o italiano²⁹⁵.

Em verdade, a maioria das convenções internacionais e ordenamentos jurídicos, relacionam a convenção de arbitragem à própria definição de arbitragem. Neste sentido, de acordo com Gary Born²⁹⁶: “... defines arbitration as a process by which parteis consensually submit a dispute to a non-governmental decision-maker, selected by or for the parties...”²⁹⁷.

A teor exemplificativo indica-se o art. II (1), da Convenção de Nova Iorque: “Each Contracting State shall recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences”²⁹⁸. Ou ainda faz-se referência ao art. 7(1) da Lei Modelo da UNCITRAL: “Arbitration agreement” is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not.²⁹⁹³⁰⁰.

²⁹² GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Teoria da arbitragem**. 1. Ed. São Paulo: Rideel, 2012, p.36

²⁹³ Tradução livre: Existem dois tipos de convenção arbitral: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. A cláusula compromissória olha para o futuro enquanto o compromisso arbitral olha para o passado. A primeira, que é a mais utilizada, geralmente está contida no contrato principal entre as partes, e é um acordo para submeter disputas futuras para a arbitragem. A segunda é um acordo para submeter disputas já existentes para a arbitragem.

²⁹⁴ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 157

²⁹⁵ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Op.cit.*, p. 37

²⁹⁶ BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**. 2. ed. Vol. 1, United Kingdom: Wolters Kluwer Law & Business, 2014, p.241

²⁹⁷ Tradução livre: Define arbitragem como um processo por meio do qual as partes consensualmente submetem uma disputa para um julgador não governamental, escolhido para ou pelas partes

²⁹⁸ Tradução livre: Cada Estado Contratante reconhece a convenção escrita pela qual as Partes se comprometem a submeter a uma arbitragem todos os litígios ou alguns deles que surjam ou possam surgir entre elas relativamente a uma determinada relação de direito, contratual ou não contratual,

²⁹⁹ Tradução livre: “Convenção de arbitragem” é o acordo pelo qual as partes decidem submeter à arbitragem todos ou alguns dos litígios surgidos entre elas com respeito a uma determinada relação jurídica, contratual ou extracontratual. Uma convenção de arbitragem pode adotar a forma de uma cláusula compromissória em um contrato ou a de um acordo autônomo

Após a compreensão do que vem a ser a convenção de arbitragem, finalmente, volta-se a entender as suas espécies, sobretudo no que diz respeito às suas características e peculiaridades.

3.2.1 Compromisso arbitral

É de suma importância delimitar cada uma das espécies de convenção arbitral, e suas características, iniciando pelo compromisso arbitral. Este é o instrumento firmado pelas partes, por meio do qual, em face de um conflito já consolidado, e já deflagrado entre os envolvidos, opta-se por atribuir ao juízo arbitral a jurisdição para dirimir a questão³⁰¹.

Então, percebe-se que diante de conflito já instalado, as partes se obrigam a submeter o conflito à arbitragem, ainda que esteja em curso processo judicial acerca da disputa³⁰².

Portanto, de acordo com a doutrina dos países que fazem a distinção entre cláusula compromissória e o compromisso arbitral, firmam a aplicação do compromisso à solução de divergência ou controvérsia já existente³⁰³. Neste sentido, colha-se o art. 9º da Lei 9.307/96: “O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de um ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”.

Neste direcionamento, é consenso entre a doutrina atual, a definição do compromisso arbitral como:

contrato de direito privado estipulado com o fim de produzir entre as partes efeitos processuais, obrigando-as a subtrair à competência da autoridade judiciária ordinária o conhecimento da controvérsia considerada no compromisso, passando tal competência à esfera do juízo arbitral”³⁰⁴.

Percebe-se, portanto, que o conflito de interesses das partes poderá ter sua solução alcançada por meio da arbitragem, ainda que não exista cláusula compromissória anterior, esta que será a seguir esmiuçada. Caso o compromisso seja firmado extrajudicialmente, deverá, necessariamente, estar na forma escrita, podendo ser levado a registro público. É possível

³⁰⁰ BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**. 2. ed. Vol. 1, United Kingdom: Wolters Kluwer Law & Business, 2014, p.241-243

³⁰¹ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 166

³⁰² GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Teoria da arbitragem**. 1. Ed. São Paulo: Rideel, 2012, p. 37

³⁰³ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial e internacional**. São Paulo: Lex Editora, 2011, p.95

³⁰⁴ *Ibidem*, 183

ainda que tal compromisso se manifeste em forma particular, constando a assinatura de duas testemunhas³⁰⁵.

O compromisso arbitral pode ainda ser pactuado em via judicial, sendo reduzido a termo nos autos, devendo a demanda ser extinta sem a resolução do mérito³⁰⁶. Diante destes fatos se faz necessário definir da segunda espécie de convenção de arbitragem, sendo esta a cláusula compromissória.

3.2.2 Cláusula compromissória

Até o advento da Lei 9.307/96, não existia qualquer normatização, no direito brasileiro, referente à cláusula compromissória, e por conta disso o legislador foi atencioso com relação ao tema. A cláusula compromissória deixou de ser um mero pré-contrato de compromisso, e passou a produzir os efeitos hoje consagrados e consolidados³⁰⁷.

A cláusula compromissória, nos termos do art. 4º da Lei de Arbitragem 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 contrato³⁰⁸.

Ao incluir a cláusula compromissória em um contrato, de forma automática, o objeto da arbitragem será, até o limite fixado, o estipulado no negócio jurídico a que ela se adere, sendo possível que as partes restrinjam a abrangência do juízo arbitral a certos temas, ou até partes³⁰⁹. Ainda de acordo com Gary Born³¹⁰:

*...[the arbitration clause] as an agreement according to which two or more specific or determinable parties agree in a binding way to submit one or several existing or future disputes to an arbitral tribunal, to the exclusion of the original competence of state courts and subject to a (directly or indirectly) determinable legal system*³¹¹

³⁰⁵ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Teoria da arbitragem**. 1. Ed. São Paulo: Rideel, 2012, p. 46-47

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 47

³⁰⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo Um Comentário à Lei 9.307/96**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.17

³⁰⁸ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014, p.160-161

³⁰⁹ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 167

³¹⁰ BORN, Gary B. **International Arbitration: Law and Practice**. United Kingdom: Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p. 5

³¹¹ Tradução livre: “A cláusula arbitral como um acordo, sob o qual duas ou mais partes específicas e determinadas, acordam, de forma vinculante, em submeter um ou mais existentes ou disputas futuras a um tribunal arbitral, excluindo a competência originária das cortes estatais e a submeter-se (direta ou indiretamente a um determinado sistema legal.

Percebe-se então que a cláusula compromissória é anterior a instauração do conflito entre as partes, que já pactuaram sobre a adoção do mecanismo da arbitragem para a solução de eventuais dissídios futuros. Trata-se de um acordo sobre evento futuro e incerto, que ao se efetivar, vincula-se à arbitragem³¹².

Assim, o legislador definiu de forma clara e objetiva a destinação entre as espécies de convenção de arbitragem, dessa maneira reiteram Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard e Berthold Goldman³¹³:

*This definition covers two types of arbitration agreement: the arbitration clause, defined as an agreement by which the parties to a contract undertake to submit to arbitration the disputes which may arise in relation to that contract; and the submission agreement, which is an agreement by which the parties to a dispute that has arisen submit that dispute to arbitration.*³¹⁴

A cláusula compromissória demonstra-se genérica, tendo por objetivo solucionar um número não definido de divergências, por sua vez, o compromisso arbitral tende a ser específico. É a distinção entre o futuro condicional, e o presente, logo, persiste diferença temporal e modal³¹⁵.

Diante de tais colocações, percebe-se quais são os pontos de convergência e divergência entre as espécies trazidas. A cláusula compromissória tem caráter preventivo, já que as partes teriam a expectativa de contratar, e honrar plenamente com seus compromissos contratuais, porém desde já estipulam uma previsão em face da decorrência de eventual conflito, a ser dirimido fora das paredes do judiciário. Já o compromisso arbitral, é firmado diante de conflito já deflagrado³¹⁶.

Diante de tal diferenciação, faz se necessário analisar de forma contundente a cláusula compromissória e seus desdobramentos, por se tratar de um dos objetos de estudo do presente trabalho.

³¹² GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Teoria da arbitragem**. 1. Ed. São Paulo: Rideel, 2012, p.39

³¹³ FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. **Fouchard, Gaillard, Goldman on International Arbitration** Kluwer Law International. 1st Ed, 1999. p.96

³¹⁴ Tradução livre: A definição abarca dois tipos de convenção arbitral: A cláusula compromissória, definida como o acordo por meio do qual as partes de um contrato resolvem submeter à arbitragem as disputas que podem surgir em relação aquele contrato; Já o compromisso arbitral, é o acordo por meio do qual as partes de uma disputa que já surgiu resolvem submeter o dissídio à arbitragem.

³¹⁵ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial e internacional**. São Paulo: Lex Editora, 2011, p. p.95

³¹⁶ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p.166

3.2.2.1 A forma e a validade da cláusula compromissória na Lei 9.307/96

Cabe indicar que a função da cláusula compromissória não se limita a servir como arauto da vontade das partes em se comprometerem, mas exprime também o liame obrigacional, estabelecido entre as partes a fim de optar pelo foro arbitral³¹⁷.

Nos termos do art. 4º, § 1º “deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserida no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira”. A formalidade exigida pela lei restringe-se, à celebração por escrito, salvo na hipótese de cláusula inserida em contrato de adesão, que possui pressupostos específicos³¹⁸.

Escrita a cláusula, sua aceitação pode ser verbal, tácita ou até mesmo presumida em algumas situações peculiares, se atendo às características contratuais, a confirmação, em regra, será feita de forma expressa, assim como no próprio instrumento do negócio jurídico em questão³¹⁹.

É evidente que a lei estabelece a possibilidade de a cláusula estar ou não inserida no corpo do contrato. É possível que a cláusula seja convencionada através da troca de cartas, telegramas, telex ou ainda fac-símiles, ao se referirem a um negócio jurídico. Não sendo descartada a cláusula estipulada por troca de mensagens eletrônicas³²⁰.

Aqui, acredita-se que seriam válidas quaisquer formas de manifestação de vontade, desde que reste clara a intenção e o livre consentimento das partes³²¹. No tocante à validade das cláusulas compromissórias indicam Alan Redfern e Martin Hunter³²²:

*All the international conventions on arbitration that have already been mentioned, as well as the Model Law, require that an agreement to arbitrate shall be “ in writing”. The reason for imposing this requirement is self-evident. A valid agreement to arbitrate excludes the jurisdiction of the national courts and means that any dispute between the parties must be resolved by a private method of dispute resolution, namely arbitration.*³²³

³¹⁷ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial e internacional**. São Paulo: Lex Editora, 2011, p. 96

³¹⁸ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p.167

³¹⁹ *Ibidem*, p. 167

³²⁰ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo Um Comentário à Lei 9.307/96**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.17

³²¹ BERHALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 161

³²² REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. **Redfern and Hunter on International Arbitration**. 5th Ed. Oxford: Oxford University Press., 2009, p.89

³²³ Tradução livre: Todas as convenções que versam sobre arbitragem indicadas, assim como a Lei Modelo da UNCITRAL, exigem que a clausula arbitral seja escrita. A razão desta imposição é evidente. Uma clausula

A teor exemplificativo invoca-se indica-se a Convenção de Nova Iorque em seu art. II (2): “*The term ‘agreement in writing’ shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams*”³²⁴.

Existem, ordenamentos jurídicos menos conservadores em relação ao requisito de que a convenção de arbitragem seja pactuada na forma escrita. A título exemplificativo, indica-se a reforma na legislação francesa de arbitragem (Decreto Legislativo 2011-48, de 13.01.2011), que flexibiliza tal requisito permitindo o consentimento tácito ou oral³²⁵.

Dessa maneira é possível se concluir a importância e desdobramentos da forma da cláusula compromissória, para além de uma perspectiva nacional, citando inclusive fontes do direito estrangeiras. Se percebe de que maneira tais questões se relacionam diretamente com a análise de validade da própria cláusula, daí se extrai a relevância da manifestação de vontade.

3.2.2.2 O consensualismo como elemento fundamental

É indispensável frisar que toda arbitragem é pautada no consenso, de modo que as partes, ao exercerem sua autonomia, decidem submeter eventuais conflitos futuros à jurisdição arbitral. Não se pode, portanto se falar em arbitragem obrigatória no Brasil³²⁶.

Seguindo estes termos, o próprio STF, quando analisou a constitucionalidade da Lei 9.307/96, registou que o consensualismo é um elemento essencial à afirmação da legitimidade do instituto em face da Constituição Federal³²⁷.

Assim, quando a parte efetivamente manifestou o seu consentimento, seja através de uma cláusula compromissória, seja por meio de um compromisso arbitral, aquela que se obrigou a

compromissória válida exclui a jurisdição estatal e significa que as disputas referentes as partes serão resolvidas por método privado, no caso, a arbitragem

³²⁴ Tradução livre: Entende-se por convenção escrita uma cláusula compromissória inserida num contrato, ou num compromisso, assinado pelas Partes ou inserido numa troca de cartas ou telegramas

³²⁵ GABBAY, Daniela Monteiro; MAZZONETTO, Nathalia; KOBAYASHI, Patrícia Shiguemi. Desafios e cuidados na redação das cláusulas de arbitragem. in: BASSO, Maristela; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; **Arbitragem comercial: princípios, instituições e procedimentos: a prática no CAM-CCBC**.1. ed. São Paulo: CAM-CCBC, 2013, p. 101

³²⁶ BOSCOLO, Ana Teresa de Abreu Coutinho; BENETTI, Giovana Valentiniano. O consensualismo como fundamento da arbitragem e os impasses decorrentes do dissenso. **Revista de Direito Empresarial**. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.2

³²⁷ *Ibidem*, p.2

resolver a controvérsia em sede arbitral, não está habilitada a voltar atrás em sua decisão, verificando assim o caráter negocial do instituto³²⁸.

Nesta perspectiva, ao longo da evolução histórica da arbitragem, consolidou-se o entendimento de que a submissão ao processo arbitral tem por elemento fundamental a expressa manifestação de vontade dos contratantes. Deste modo não pairam dúvidas acerca do fato de que o consentimento se mostra como princípio fundamental para a validade do procedimento arbitral³²⁹.

É dada tamanha relevância ao consenso em relação à cláusula compromissória, por conta de sua gravidade, aqui se verifica a substituição da garantia constitucional da jurisdição pública pela jurisdição privada³³⁰.

Diante da própria natureza da cláusula compromissória, é impossível não se traçar paralelo à teoria geral dos contratos. Nestes termos, o contrato pressupõe declarações de vontade coincidentes³³¹.

Trata-se de negócio jurídico, este que tem como elemento primordial a vontade. Para qualquer negócio jurídico, a vontade, para além de ser tida como um elemento, pode ser lida como um pressuposto. A vontade contratual se traduz em um consentimento no contrato, então uma vontade negocial, esta que tem sua relevância na obtenção de efeitos jurídicos, tutelados e vinculantes. Ora, o consensualismo contratual é o cerne do contrato como negócio jurídico³³².

Não há dúvidas que o contrato resulta da fusão das vontades das partes. Nestes termos, a vontade deve ser tornada socialmente conhecida, ao ser declarada ou pelo menos manifestada para o exterior³³³.

Pode se afirmar ainda que o contrato está intimamente ligado à ideia de vontades livremente manifestadas, estas que fomentam os efeitos jurídicos pretendidos pelas partes, em observância aos limites da ordem pública. Ora, a liberdade para contratar pode se manifestar

³²⁸ BOSCOLO, Ana Teresa de Abreu Coutinho; BENETTI, Giovana Valentiniano. O consensualismo como fundamento da arbitragem e os impasses decorrentes do dissenso. **Revista de Direito Empresarial**. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.2

³²⁹ TEPEDINO, Gustavo. Consensualismo na arbitragem e teoria do grupo de sociedades. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**. Vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.9

³³⁰ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Cláusula compromissória e grupo de sociedades. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol. 48. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 4

³³¹ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.18

³³² VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2001, p.449

³³³ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p.93

de diversas formas, sempre impondo, entretanto que a contratação se dê espontaneamente, e nunca por imposição ou obrigação.³³⁴

Somado a tal fato, é indispensável se indicar o art. 5º, XXXV, da Constituição. Diante de tal dispositivo, extrai-se que a convenção de arbitragem, sob qualquer de suas faces, não pode ser imposta pela lei, já que conduzem as soluções de litígios subtraídas ao Poder Judiciário, necessitando da expressa vontade das partes.³³⁵

Neste sentido, não há que se falar na instauração de juízo arbitral sem o consenso das partes, aqui submetendo a controvérsia à decisão definitiva de um juízo particular, então, extrajudicial, sendo constituído pela vontade das partes interessadas à luz da convenção celebrada. Ora, repete-se, o instituto da arbitragem tem por elemento fulcral a vontade das partes.³³⁶

Assim, encontra-se diante de regra basilar do instituto, já que, como dito, trata-se de negócio jurídico. Entende-se então pela abrangência apenas daquelas que manifestaram a sua vontade inequívoca de resolver os seus conflitos por esse mecanismo.

Assim, o consentimento para arbitrar é indispensável, ocorre que o mesmo pode ser tanto explícito quanto implícito, devendo o último ser analisado a partir da conduta do interessado.³³⁷ Nestes termos, até mesmo o silêncio da parte, em certas hipóteses, pode ser compreendido como manifestação de consentimento, assim como se extrai do art. 111 do CC³³⁸.

Independentemente de como a manifestação de vontade seja colhida, se sobressai a efetiva verificação do consenso, para que a cláusula compromissória efetive seu efeito vinculante. Sendo exatamente nestes termos, que serão futuramente analisados, que se indaga o mecanismo de manifestação de vontade de credores quando da aprovação ou rejeição do plano de recuperação judicial.

³³⁴ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Instituições de direito civil: contratos, volume III**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 43

³³⁵ MUNHOZ, Eduardo. Arbitragem e grupos de sociedades. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Coord.). **Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei nº 9.307/1996**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 154-155

³³⁶ *Ibidem*, p. 154-155

³³⁷ HANOTIAU, Bernard. *Groupes de sociétés et groupes de contrats dans l'arbitrage commercial international*. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 12, jan. 2007, p. 114

³³⁸ MEJIAS, Lucas Britto; OLIVEIRA, Diogo. Notas sobre a abrangência subjetiva da cláusula compromissória a outras sociedades em grupo empresarial. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol. 55. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 5

3.2.2.3 A autonomia da cláusula compromissória

Diante de todo o exposto se percebe que a cláusula compromissória pode se encontrar estipulada no contrato ou até mesmo em documentos a ela reportada. Em qualquer que seja a situação a cláusula compromissória deve ser identificada como autônoma em relação ao contrato principal³³⁹.

Em atenção a este fato, indica-se o art.8º da Lei 9.307/96, assim: “A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”.

É evidente, portanto, que a cláusula compromissória é autônoma. É um contrato em si mesmo, independentemente de outros para existir ou até mesmo subsistir. É um princípio de direito aceito o caráter independente e autônomo da cláusula compromissória³⁴⁰. Esta característica não só é fruto do ordenamento jurídico brasileiro, como também persiste em sede internacional, como preconizam Alan Redfern e Martin Hunter³⁴¹:

It means that the arbitration clause in a contract is considered to be separate from the main contract of which it forms part and, as such, survives the termination of the contract (...) Separability thus ensures that if, for example, one party claims that there has been a total breach of contract by the other the contract is not destroyed for all purposes³⁴²

Percebe-se que a autonomia da cláusula compromissória encontra subsídios no próprio regulamento da LCIA, nos entendimentos da Corte francesa, nos entendimentos da Suprema Corte dos EUA, além da própria Lei Modelo da UNCITRAL³⁴³.

Neste sentido, compreende-se que ao se firmar a cláusula compromissória, criam-se duas relações jurídicas: o negócio contratado e a arbitragem, esta independente, entretanto limitada pela vontade das partes em submeter as disputas ao juízo arbitral³⁴⁴.

Portanto, é firme o entendimento de que, a cláusula compromissória, em atenção aos dispositivos legais, é autônoma em face do contrato em que vier inserida. É certo que as

³³⁹ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p.189

³⁴⁰ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial e internacional**. São Paulo: Lex Editora, 2011, p.114

³⁴¹ REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. **Redfern and Hunter on International Arbitration**. 5th Ed. Oxford: Oxford University Press., 2009, p.117

³⁴² Tradução livre: Significa que a cláusula compromissória em um contrato é considerada de forma separada do contrato principal que faz parte e dessa maneira sobrevive ao término deste contrato. A autonomia, permite que, por exemplo, se uma parte pleiteia o descumprimento total do contrato por parte da outra parte, o contrato não chega a ser destruído por completo.

³⁴³ REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Op. cit.*, p.117-118

³⁴⁴ CAHALI, Francisco José. *Op. cit.*, p.189

partes aos estipularem cláusula compromissória em contrato inserem relação jurídica diferente, ao manifestar sua vontade especificamente no que diz respeito à solução de eventuais litígios pela via arbitral³⁴⁵.

Quando se enfrenta a questão da aceitação expressa, pode-se indicar o caráter da autonomia da cláusula arbitral, sendo compreendida inclusive como um contrato a parte, este que se rege pelo princípio da relatividade e, portanto, vincularia apenas aqueles que a contrataram expressamente³⁴⁶.

Ocorre que esta regra geral, vem sendo alvo de exceções, no sentido de permitir que a cláusula compromissória possa, inclusive, vincular aqueles que não participaram diretamente de sua pactuação, portanto a efetivação da extensão subjetiva da cláusula compromissória, se questionando o entendimento dos verdadeiros efeitos e manifestações do consentimento³⁴⁷.

Assim, sob a perspectiva do consentimento, se adentra no ponto fulcral do presente trabalho, interação entre os institutos da arbitragem e da recuperação judicial, e seus efeitos, partindo dos pressupostos delineados acima. Trata-se então, da inclusão de cláusula compromissória em plano de recuperação judicial e seus desdobramentos.

³⁴⁵ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo Um Comentário à Lei 9.307/96**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 173

³⁴⁶ WALD, Arnoldo. A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 89-90

³⁴⁷ HANOTIAU, Bernard. *Consent to Arbitration: Do we share a common vision?*. London: Arbitration International, Vol, 27, No. 4. LCIA, 2011, p.540

4 A CLÁUSULA COMPRIMISSÓRIA NO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Como visto ao longo do presente trabalho, os empreendimentos de natureza empresarial sempre almejam o lucro ao desempenharem suas atividades. Não há dúvidas de que nesta busca pelo lucro, os empresários colaboram na construção de um universo empresarial saudável, que atinge tanto suas finalidades econômicas como sociais, gerando empregos, pagando impostos, criando tecnologias, dentre outros frutos³⁴⁸.

Ocorre que, como verificado, nenhum desses empresários, no exercício de suas atividades, está imune a crises, estas que podem alcançar patamares generalizados, ao ponto que, nem mesmo seu ativo seja suficiente para atender ao passivo, culminando assim em uma plena crise patrimonial, ou insolvência³⁴⁹.

Neste ponto, o direito oferece aos envolvidos instrumentos para garantir a preservação da atividade empresarial, onde se enquadra exatamente a recuperação judicial de empresas nos termos da Lei 11.101/05³⁵⁰.

Ocorre que, o árduo processo que visa preservar uma empresa, é envolto por conflitos de interesses diversos, atribuindo um papel de grande relevância às formas de resolução dessas disputas³⁵¹.

Justamente nesta perspectiva que se atribui grande interesse ao tema da arbitragem, envolvendo empresas em processo de recuperação judicial. Ora, a Lei 11.101/05 alterou de forma substancial a legislação falimentar anterior, trazendo à tona inovações que ainda vêm enfrentando diversos desafios de ordem prática³⁵².

Paralelamente ao desenvolvimento do instituto da recuperação judicial, a Lei 9.307/96, apesar de já ter anos de vigência, e estar consolidada, ainda não se pode dizer que os entendimentos acerca de seus dispositivos se encontram pacificados, de modo que, muitos destes permitem diferentes interpretações.

³⁴⁸ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.391

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 391

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 391-392

³⁵¹ *Ibidem*, p. 392

³⁵² CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, Falência e Arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol. 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.1-2

Assim, a junção entre os dois institutos da insolvência e da arbitragem, resulta em diversos questionamentos das mais variadas naturezas³⁵³. Apesar do grande interesse, tanto acadêmico quanto prático, que o tema suscita, a utilização da arbitragem por empresas em recuperação judicial é alvo de poucas abordagens por parte da doutrina especializada³⁵⁴.

É justamente em vista deste cenário que o presente trabalho pretende abordar o tema, sem entanto, exauri-lo, em atenção aos diversos questionamentos que podem decorrer do embate entre os institutos.

Aqui, pretende-se, somente, se debruçar sobre um dos variados questionamentos oriundos da relação entre os dois institutos, qual seja, a possibilidade de inclusão de cláusula compromissória em plano de recuperação judicial e o seu alcance em face dos credores dissidentes.

Como se percebe, o plano é o elemento central da recuperação judicial, ao perpassar por grande discussão sobre manifestação de vontade e seus efeitos. Do mesmo modo, trata-se da cláusula compromissória como um dos pontos chaves no instituto da arbitragem, sendo também a análise da vontade elemento de relevância imensurável. Assim, questiona-se de que forma o plano de recuperação e a cláusula compromissória, se comportam quando postos lado a lado.

Desta forma, passa-se ao estudo específico deste tema, partindo de todas as premissas delineadas nos capítulos anteriores, que serão de grande valia para o alcance da conclusão.

4.1 DA ARBITRABILIDADE DOS CONFLITOS ORIUNDOS DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Ainda que possua um escopo de aplicação, de certo modo, restrito, a arbitragem possui um papel de imensa relevância na solução de controvérsias oriundas de negócios jurídicos³⁵⁵.

³⁵³ CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, Falência e Arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol. 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1-2

³⁵⁴ MORAES, Felipe Ferreira Machado; LIMA, Leandro Rigueira Rennó. Arbitragem e recuperação judicial de empresas. In: NASCIMBENI, Asdrubal Franco; MUNIZ, Joaquim de Paiva; RANZOLIN, Ricardo. (Coords.). **20 anos da Lei Brasileira de Arbitragem**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015, p.129

³⁵⁵ PINTO, José Emílio Nunes. A arbitragem na recuperação de empresas. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 1-2.

Busca-se então, a tutela de um direito através de um juiz privado, este capaz de se valer, no desempenho de sua função, atribuída pela vontade das partes, de princípios éticos, especialização, além do domínio do ramo da atividade da qual a disputa tenha relação³⁵⁶.

Ocorre que, a arbitragem é um mecanismo cuja efetividade depende, e sempre dependerá, da vontade das partes. Aqui, a autonomia privada das partes irá dar os contornos à missão a ser desempenhada pelos árbitros. Estes, que irão seguir os parâmetros estabelecidos pelas partes, obedecendo aos limites previstos em lei³⁵⁷.

Nesta perspectiva, questiona-se a aplicabilidade da arbitragem em relação aos conflitos relativos à recuperação judicial. Em primeiro momento, deve ser esclarecido que não se fala aqui em processamento da recuperação judicial por meio da arbitragem³⁵⁸.

Em verdade, graças ao caráter judicial do processo, a recuperação via arbitragem sequer tem sido considerada como uma hipótese viável por parte da doutrina³⁵⁹.

Ora, a recuperação judicial é, por termos expressos da lei, uma ação judicial e, ainda que os direitos objetos da recuperação judicial sejam essencialmente direitos patrimoniais disponíveis, a opção legislativa foi no sentido de colocar todo o procedimento sob exclusiva fiscalização do Poder Judiciário³⁶⁰.

De acordo com Felipe Moraes e Leandro Lima³⁶¹, pode se verificar a incompatibilidade natural dos processos, somada à previsão legal de competência para as ações específicas do sistema falimentar, além de que, sob a perspectiva dos autores, parte dos direitos que são submetidos ao processo de recuperação judicial são indisponíveis. Ademais, seriam, de certo modo, diversos os entraves de ordem prática, não obstante os pontos já indicados.

Existem razões que justificam tal posicionamento por parte do legislador, tais como o sobrestamento de execuções, a novação e a sujeição a ela de todos os créditos. Aqui, para

³⁵⁶ PINTO, José Emílio Nunes. A arbitragem na recuperação de empresas. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 1-2.

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 1-2

³⁵⁸ MORAES, Felipe Ferreira Machado; LIMA, Leandro Rigueira Rennó. Arbitragem e recuperação judicial de empresas. In: NASCIMBENI, Asdrubal Franco; MUNIZ, Joaquim de Paiva; RANZOLIN, Ricardo. (Coords.). **20 anos da Lei Brasileira de Arbitragem**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015, p.139

³⁵⁹ FARIA, Luiz Cláudio Furtado; COZER, Felipe Rodrigues. A arbitragem e a recuperação judicial um estudo sobre a convivência e possíveis conflitos entre os institutos. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 5-6

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 5-6

³⁶¹ MORAES, Felipe Ferreira Machado; LIMA, Leandro Rigueira Rennó. *Op.cit.*, p.139-140

além do poder judiciário, não se pode esquecer da fiscalização feita, inclusive, pelo Ministério Público³⁶².

Entretanto, é plenamente possível que, durante o curso do processo de recuperação judicial, surjam conflitos de natureza incidental entre os credores e o devedor em recuperação, ou até mesmo em relação aos credores entre si, relativos à própria recuperação judicial, ou referente ao plano proposto para tanto³⁶³. É justamente no cenário narrado que se considera o uso da arbitragem.

A título ilustrativo, José Emílio Nunes Pinto³⁶⁴ indica que diante do deferimento da recuperação judicial, após a aprovação do plano de recuperação judicial, segue-se um período de 2 (dois) anos, durante o qual qualquer descumprimento de qualquer obrigação, por parte do devedor, dará causa à convalidação do estado de recuperação judicial em falência.

Assim, de acordo com o autor, seria de suma importância que eventuais controvérsias nascidas quanto ao tempo e modo de implementação de medidas previstas no plano de recuperação fossem, satisfatória e tempestivamente, solucionadas de forma a evitar que fosse frustrado o objetivo pretendido pelos sujeitos, sendo essa a superação da crise econômico-financeira que afligiu a empresa devedora, mantendo, assim, a plena continuidade de seus negócios, e a manutenção dos postos de emprego³⁶⁵.

O autor defende que essas controvérsias não devem dar lugar, abruptamente, ao descumprimento das obrigações assumidas, o que resultaria na empresa devedora ser levada à falência³⁶⁶.

Sabe-se que tal objetivo pretendido com a recuperação somente será atingido caso as medidas propostas pelo devedor, e respectivamente aceitas pelos credores, sejam efetivadas dentro dos prazos pré-determinados³⁶⁷.

Ao se examinar a lista de medidas trazidas pelo art. 50 da LRF, é possível se verificar que muitas delas, sem falar nas outras que possam ser propostas em atenção à autonomia privada, podem resultar em diversas controvérsias quanto ao modo de implementação³⁶⁸.

³⁶² PINTO, José Emílio Nunes. A arbitragem na recuperação de empresas. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 1-2

³⁶³ FARIA, Luiz Cláudio Furtado; COZER, Felipe Rodrigues. A arbitragem e a recuperação judicial um estudo sobre a convivência e possíveis conflitos entre os institutos. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 5-6

³⁶⁴ PINTO, José Emílio Nunes. *Op.cit.*, p. 5

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 5-7

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 5-7

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 5-7

Ora, não seria surpreendente caso no curso de implementação do plano de recuperação, venham a surgir divergências entre os administradores do devedor e a comunidade de credores, estes que poderão se sentir ameaçados na preservação de seus direitos. Assim, ainda que tanto o devedor quanto os credores estivessem de acordo a respeito das medidas aplicáveis, é certo que somente no momento da implementação das medidas, que as partes irão adentrar aos detalhes do caso³⁶⁹.

Nesta perspectiva, não seria possível se imaginar que o plano de recuperação apresentado em juízo, possua um grau de detalhamento tal que cada credor, tenha a capacidade de prever razoavelmente os obstáculos que terá que enfrentar em momento posterior à sua aprovação³⁷⁰.

Assim, exatamente por conta deste fato que estaria aberto espaço para o recurso da arbitragem no processo de recuperação judicial. Segundo José Emílio Nunes Pinto³⁷¹, durante o período subsequente de dois anos para implementação do plano de recuperação, pende sobre o devedor o risco de ver a recuperação judicial alcançada ser convertida em falência, diante do descumprimento de qualquer obrigação por ele assumida.

Sob a ótica do autor, a solução de tais controvérsias surgidas por meio da arbitragem poderia afastar o risco de descumprimento de obrigações.

É evidente que, diante de qualquer dos casos de descumprimento, podem os credores recorrer ao Poder Judiciário, no intuito de sanarem qualquer das controvérsias surgidas³⁷².

Entretanto, diante da vasta complexidade dos procedimentos judiciais, somado ao sistema horizontal e vertical de recursos, é plenamente razoável se imaginar que o devedor e os credores busquem um caminho mais célere, especializado e eficiente para a resolução das disputas³⁷³. Para Carla Crippa³⁷⁴, não se discute que vantagens como a diminuição dos custos de transação, simetria de informações e a celeridade no processamento poderiam justificar a escolha pela arbitragem neste caso.

³⁶⁸ PINTO, José Emílio Nunes. A arbitragem na recuperação de empresas. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 1-2

³⁶⁹ VASCONCELOS, Ronaldo. O Instituto da Arbitragem na Dinâmica do Processo de Recuperação de Empresas. **Revista Brasileira de Arbitragem**. CBAr, 2010, p. 11

³⁷⁰ *Ibidem*, p. 11

³⁷¹ PINTO, José Emílio Nunes. *Op.cit.*, p. 5-7

³⁷² *Ibidem*, p. 5-7

³⁷³ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Sales de. Arbitragem e Insolvência. In: WALD, Arnaldo. (Coord.). **Arbitragem e mediação: arbitragem aplicada**. V.4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 524

³⁷⁴ CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, Falência e Arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol. 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.9

Aqui, o autor, José Emílio Nunes Pinto³⁷⁵, acreditar ser a arbitragem o mecanismo mais adequado para se enfrentar tais questões, que venham a surgir, além de possibilitar que o procedimento seja adequadamente conduzido por plenos especialistas na questão de fundo da controvérsia.

Ocorre que, em sentido completamente contrário, se encontra o autor Ronaldo Vasconcelos³⁷⁶, que acredita competir exclusivamente à justiça estatal processar os pedidos de recuperação judicial, não havendo espaço para a arbitragem. O Autor entende que o foro estabelecido na LRF, no qual deveriam ser processados os pedidos de recuperação judicial e falência seriam cogentes e improrrogáveis nos termos do art. 3º da referida lei.

Através de seu posicionamento contrário, o autor indica que sob qualquer dos ângulos, a competência funcional há de ser sempre absoluta, ou seja, instituída de acordo com o interesse público, estando afastada a conveniência das partes, e por consequência não se toleraria modificação, legal ou convencional³⁷⁷.

Argumenta o autor no sentido de que seria característica intrínseca da recuperação judicial, a necessidade de um único juízo assegurar o conhecimento de todas as ações, dos diversos credores, que tenha relação com o respectivo devedor. Trazendo então a questão do tratamento igualitário em relação aos credores perante um mesmo órgão jurisdicional. Assim, Ronaldo Vasconcelos, invoca a universalidade e indivisibilidade do juízo falimentar³⁷⁸.

Assim, o autor não detecta qualquer espaço para a arbitragem no processo de recuperação judicial, independente de se tratar de litígio entre o devedor e os seus credores ou entre os próprios credores do devedor. De modo que, o autor entende ser a recuperação judicial responsável por tutelar interesses públicos, deixando espaço reduzido para a instituição da arbitragem³⁷⁹.

Apesar dos argumentos trazidos pelo autor, acredita-se que estes não merecem prosperar. Sem dúvidas, a primeira questão a ser enfrentada em relação à arbitragem e o plano de recuperação

³⁷⁵ PINTO, José Emílio Nunes. A arbitragem na recuperação de empresas. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 1-2

³⁷⁶ VASCONCELOS, Ronaldo. O Instituto da Arbitragem na Dinâmica do Processo de Recuperação de Empresas. **Revista Brasileira de Arbitragem**. CBAr, 2010. p. 11

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 11-12

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 11-12

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 11-12

judicial diz respeito à natureza da controvérsia surgida, e desta forma, à arbitrabilidade objetiva das obrigações assumidas no plano de recuperação judicial³⁸⁰.

Repita-se, não se está aqui a cogitando a utilização da arbitragem para o processamento da própria recuperação judicial, mas sim da possibilidade de utilização da arbitragem como método adequado de resolução de conflitos referentes ao cumprimento de obrigações estipuladas no plano de recuperação judicial³⁸¹.

Como visto, e já exposto, o plano pode estabelecer obrigações que dizem respeito tanto a direitos disponíveis quanto indisponíveis, de modo que, apenas aquelas afetas a direitos patrimoniais disponíveis que poderão ser dirimidas por arbitragem³⁸².

Segundo a autora Carla Crippa³⁸³, não existiria consenso sobre o âmbito de aplicação da arbitragem em questões relacionadas a recuperação judicial. De modo que, a aplicação da arbitragem no caso concreto dependeria da interpretação feita pelos árbitros e juízes em atenção às Leis 11.101/05 e 9.307/96.

Levanta-se então, a principal dúvida sobre a possibilidade de aplicação da arbitragem, que reside exatamente no art. 1º³⁸⁴ da Lei de Arbitragem. Ou seja, somente pessoas capazes de contratar podem se valer da arbitragem e a arbitragem somente poderá ser utilizada para dirimir litígios relativos aos direitos patrimoniais disponíveis³⁸⁵.

As empresas em recuperação judicial não perdem a disponibilidade dos seus bens. Logo, sob a ótica da Lei 9.307/96, não haveria qualquer impeditivo para a utilização da arbitragem por empresas em recuperação judicial. Entretanto, a própria LRF, impõe certas restrições à utilização da arbitragem. Assim, existem matérias que são de competência exclusiva do Juízo da recuperação, sendo exatamente por este motivo que não se fala aqui no processamento da recuperação judicial por arbitragem.

No mais, em atenção à arbitrabilidade, tem-se que o plano de recuperação judicial, mesmo decorrente de processo judicial, possui, mesmo que em parte, natureza jurídica contratual, de

³⁸⁰ COUTINHO, Renato Fernandes; PACÍFICO, Pedro Otávio de C. B. Apontamentos sobre a compatibilidade entre os institutos da recuperação judicial e da arbitragem. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**. Vol. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.7

³⁸¹ *Ibidem*, p. 7

³⁸² *Ibidem*, p. 7

³⁸³ CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, Falência e Arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol. 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.10

³⁸⁴ Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

³⁸⁵ CRIPPA, Carla de Vasconcellos. *Op. cit.*, p.10

modo que, em regra os direitos nele disciplinados seriam patrimoniais e disponíveis, portanto, arbitráveis³⁸⁶.

Ainda neste sentido, o deferimento da recuperação judicial não afasta o devedor de suas atividades, como também em nada altera a sua personalidade jurídica, de modo que o patrimônio segue em nome do devedor que também continua sob a mesma administração³⁸⁷.

Daí, se percebe que a legitimidade processual, seja ativa ou passiva, prosseguirá com o empresário. Por consequência, ao se analisar a LRF, a empresa devedora também não perde sua capacidade de contratar, na medida em que a atividade empresarial deve continuar³⁸⁸.

Nesta toada, é indispensável se mencionar a consolidação do entendimento da jurisprudência pátria sobre a arbitrabilidade subjetiva das disputas envolvendo empresa em processo falimentar ou recuperação. Se partindo justamente da premissa que inexistem óbices à participação de empresa recuperanda em procedimento arbitral.³⁸⁹

Neste sentido, a comissão “Crise da Empresa: Falência e Recuperação” da II Jornada de Direito Comercial, aprovou o Enunciado 75, esclarecendo a capacidade de empresa falida em figurar como parte em procedimento arbitral³⁹⁰. Assim:

(i) eventual procedimento arbitral já em curso não se suspende e novo procedimento arbitral pode ser iniciado, aplicando-se, em ambos os casos, a regra do art. 6º, § 1º da Lei 11.101/2005; e (ii) o administrador judicial não pode recusar a eficácia da cláusula compromissória, dada a autonomia desta em relação ao contrato.

Mesmo que o Enunciado transcrito faça referência à parte que tenha sua falência decretada, não há dúvidas que o seu comando também se aplica, *mutatis mutandis*, às sociedades em processo de recuperação. Já que, o fundamento utilizado no Enunciado, reside na regra do art. 6º, da LRF que trata de disposições comuns à recuperação judicial e à falência.

Assim em atenção ao estabelecido pelo referido Enunciado, o Superior Tribunal de Justiça, restou por confirmar tal entendimento, em acórdão unânime proferido pela Corte Especial em 21.06.2017 no âmbito da SEC 14.408/FR³⁹¹, onde o Ministro Luis Felipe Salomão, entendeu

³⁸⁶ MORAES, Felipe Ferreira Machado; LIMA, Leandro Rigueira Rennó. Arbitragem e recuperação judicial de empresas. In: NASCIMBENI, Asdrubal Franco; MUNIZ, Joaquim de Paiva; RANZOLIN, Ricardo. (Coords.). **20 anos da Lei Brasileira de Arbitragem**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015. p.140

³⁸⁷ *Ibidem*, p. 140

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 140

³⁸⁹ CARVALHO, Eliane; MATION, Gisela Ferreira; COELHO, Luisa Cabral de M. M. Recuperação judicial e Arbitragem: Superação de antigos paradigmas e o surgimento de novos desafios. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**. Vol. 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p.1

³⁹⁰ *Ibidem*, p.5

³⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Sentença Estrangeira Contestada 14408** Requerente: THYSSENKRUPP MANEX GMBH ICT; Recorrido: CONTINI E COMPANHIA LTDA Relator: Min. Luis

pela capacidade de empresas insolventes, seja em processo de falência ou recuperação judicial, em demandar ou ser demandada em procedimentos arbitrais.

Assim, estariam preenchidos os requisitos de arbitrabilidade pertinentes. Entretanto, independente das questões relativas aos direitos patrimoniais disponíveis, persiste entre os doutrinadores, polêmica ao se cogitar a arbitragem como forma de resolução de disputas oriundas do plano.

Primeiramente, como já exposto, nos termos do posicionamento do autor José Emilio Nunes Pinto, seria viável a manutenção da jurisdição arbitral para questões disponíveis decorrentes do plano de recuperação judicial.

Por outro lado, existem aqueles, como Renato Coutinho e Pedro Pacífico³⁹², que consideram a não existência de óbices jurídicos à submissão de controvérsias decorrentes do plano de recuperação à arbitragem, entretanto, acreditam que do ponto de vista prático, a utilização deste mecanismo seria inadequada ao ambiente regulado pela Lei 11.101/05, no sentido de que os choques entre o juízo da recuperação judicial e o árbitro ou tribunal mais atrapalhariam do que ajudariam na rápida e eficiente solução de controvérsias.

Ora, a maioria da doutrina e jurisprudência, entende pela arbitrabilidade de controvérsias que envolvam direitos patrimoniais e disponíveis, decorrentes do plano de recuperação judicial, seu cumprimento e implementação, e a capacidade de empresas em processo de recuperação judicial em figurarem como partes de procedimentos arbitrais. De fato, quanto à questão jurídica não existiriam questionamentos, estes que, em verdade, recaem nos respectivos efeitos práticos.

Deste modo, partindo da premissa que não existem obstáculos jurídicos para a arbitrabilidade tanto objetiva quanto subjetiva, deve ser devidamente indicado em que termos a arbitragem assumiria o seu papel.

Felipe Salomão, Brasília, DF, 21 jun. 2017, Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/494393034/sentenca-estrangeira-contestada-sec-14408-ex-2015-0212240-5/inteiro-teor-494393040> Acesso em 07.fev. 2019.

³⁹² COUTINHO, Renato Fernandes; PACÍFICO, Pedro Otávio de C. B. Apontamentos sobre a compatibilidade entre os institutos da recuperação judicial e da arbitragem. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**. Vol. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.7

4.2 A INCLUSÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Assim, definidos os parâmetros da arbitrabilidade, avança-se no assunto para o próximo questionamento. É possível a inclusão de cláusula compromissória no próprio plano de recuperação judicial?

Inicialmente, considerando que se trata de declaração de vontade entre partes capazes, versando sobre direitos patrimoniais disponíveis, a princípio não há que se falar em restrição³⁹³.

Assim, deve ser mencionado que o plano de recuperação judicial, ainda que seja formulado e aprovado em sede de processo judicial, possui, mesmo que em parte, natureza jurídica contratual. Assim, se tratando de um negócio jurídico celebrado entre credores e devedor, conclui-se que, em regra, os direitos nele disciplinados seriam patrimoniais e disponíveis³⁹⁴.

Segundo Luís Faria e Felipe Cozer³⁹⁵, a utilização da arbitragem em sede de recuperação judicial, poderá decorrer de cláusula compromissória inserida no plano de recuperação aprovado pela Assembleia Geral de Credores. Dessa forma, os autores indicam a possibilidade de no curso do processo de recuperação judicial, ou ainda durante o cumprimento do plano, surgirem divergências envolvendo direitos patrimoniais passíveis de serem solucionadas por meio de um procedimento arbitral.

No mesmo sentido, partindo dos mesmos pressupostos, José Emilio Nunes Pinto³⁹⁶, defende a inclusão da cláusula compromissória no contexto do plano apresentado aos então credores, bastando as partes assim desejar. Ainda, Luis Felipe Salomão e Paulo Penalva Santos³⁹⁷, indicam ser, a princípio, plenamente cabível a cláusula arbitral ou compromissória, em questões previstas no plano, frisando, no caso, a já manifestada impossibilidade de se aplicar a

³⁹³ DECCACHE, Antonio. Convenção de arbitragem, recuperação judicial e falência. **Revista de Direito Empresarial**. Vol. 19. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016, p. 10

³⁹⁴MORAES, Felipe. Arbitragem Falência e Recuperação judicial, In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coords.). **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p.569

³⁹⁵ FARIA, Luiz Cláudio Furtado; COZER, Felipe Rodrigues. A arbitragem e a recuperação judicial um estudo sobre a convivência e possíveis conflitos entre os institutos. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.6

³⁹⁶ PINTO, José Emilio Nunes. A arbitragem na recuperação de empresas. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 5-7

³⁹⁷ SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática**. Rio de Janeiro, 2012, p. 238

arbitragem para substituir institutos específicos do processo de recuperação judicial, como o exame de matérias de competência exclusiva da Assembleia Geral de Credores.

Aos olhos de José Antonio Fichtner, Sergio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro,³⁹⁸ não há que se falar em qualquer impedimento legal para que seja incluída cláusula compromissória em plano de recuperação. Frisam os autores que a própria natureza do plano de recuperação judicial, afasta qualquer dúvida neste sentido, já que se trata de um contrato plurilateral, norteados pelo exercício da autonomia privada de credores e devedor, assim como já defendido acima.

Ora, é exatamente por meio deste contrato plurilateral que os credores e a empresa recuperanda irão negociar direitos e obrigações para que seja alcançado um resultado satisfatório para as partes. Assim, como já delineado, podem ser objetos da arbitragem, oriunda de cláusula compromissória em plano de recuperação judicial, disputas laterais entre credores e empresa devedora³⁹⁹.

Assim, é inegável que a maioria da doutrina especializada entende ser plenamente cabível se incluir cláusula compromissória em plano de recuperação judicial. Entretanto, é notório também, o grande entrave firmado entre os mesmos autores, no que toca os prós e contras referentes a tal inclusão. Questiona-se então se seria efetivamente adequado se valer da arbitragem em sede de recuperação judicial.

A autora Carla Crippa⁴⁰⁰, indica que, em termos genéricos, tanto devedores quanto credores têm apresentado certo grau de resistência à inclusão de cláusula compromissória em plano de recuperação. As partes têm preferido se valer das formas convencionais de resolução de conflitos, diante do temor que a cláusula compromissória não venha a ser efetivamente cumprida, e abra margem para discussões que atingiriam a celeridade do processo.

A autora indica que, a inserção de cláusula compromissória, como defendida por José Emilio Nunes Pinto, com previsão para quaisquer questões relacionadas à implementação do plano, pode gerar questionamentos de diversas naturezas⁴⁰¹.

Segundo Carla Crippa⁴⁰², é sabido que o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano que se vencer no prazo de dois anos contados da concessão da recuperação implica a

³⁹⁸ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.451

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 452

⁴⁰⁰ CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, Falência e Arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol. 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 10-11

⁴⁰¹ *Ibidem*, p. 11

decretação de falência do devedor, seria prudente que, pelo menos durante os primeiros dois anos indicados, o Juízo da recuperação centralizasse as questões referentes à implementação do plano.

Sob a ótica da autora, mesmo eu não seja impossível, seria ao menos difícil prever no plano e na cláusula compromissória que determinadas questões deveriam estar sujeitas à arbitragem e outras não, por se tratar de competência exclusiva do juízo da recuperação. Assim, se estaria diante de complicações que comprometeriam o próprio espírito da arbitragem⁴⁰³.

Para Paulo Toledo⁴⁰⁴, não se poderia deixar de convir que o caráter concursal e judicial da recuperação, dificulta extremamente a aceitação da ideia de inclusão de cláusula compromissória no plano apresentado aos credores.

Ora, analisando o sistema recuperacional brasileiro, pode se concluir que é plenamente possível a inclusão de cláusula compromissória no plano de recuperação judicial, tanto sob a ótica da arbitrabilidade objetiva, quanto da arbitrabilidade subjetiva, não existindo qualquer óbice para a utilização da arbitragem para a resolução de conflitos decorrentes do plano de recuperação em relação a direitos patrimoniais disponíveis⁴⁰⁵.

Entretanto, pairam questionamentos acerca da efetiva adequação dos institutos. Para Felipe Moraes e Leandro Lima⁴⁰⁶, a possibilidade de inclusão da cláusula não significa necessariamente que esta seja desejável. Segundo os autores, dada a complexidade do processo concursal da recuperação, somada a variedade de credores e interesses em jogo, além das incontáveis naturezas e demandas que permeiam a execução do plano, talvez a inclusão da cláusula compromissória deva ser evitada⁴⁰⁷.

Sobre o assunto, também contrariando os entendimentos de José Emilio Nunes Pinto, os autores indicam que o descumprimento de qualquer das obrigações previstas no plano pode resultar em pedido para convalidação da recuperação em falência, em atenção aos artigos 61 § 1º, e 73, VI da LRF. Assim, diante da natureza de tal pedido, pode se indicar que tal questão

⁴⁰² CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, Falência e Arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol. 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 11

⁴⁰³ *Ibidem*, p. 11

⁴⁰⁴ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Sales de. Arbitragem e Insolvência. In: WALD, Arnaldo. (Coord.). **Arbitragem e mediação: arbitragem aplicada**. V.4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 524

⁴⁰⁵ MORAES, Felipe. Arbitragem Falência e Recuperação judicial, In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coords.). **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p.569

⁴⁰⁶ MORAES, Felipe Ferreira Machado; LIMA, Leandro Rigueira Rennó. Arbitragem e recuperação judicial de empresas. In: NASCIMBENI, Asdrubal Franco; MUNIZ, Joaquim de Paiva; RANZOLIN, Ricardo. (Coords.). **20 anos da Lei Brasileira de Arbitragem**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015, p.140-141

⁴⁰⁷ *Ibidem*, p. 141

especificamente não seria arbitrável, diante da competência do juízo falimentar. Assim, aos olhos dos autores, bastaria que um dos envolvidos efetivasse um pedido de convocação em falência para alcançar o afastamento da jurisdição arbitral⁴⁰⁸.

Entretanto, apesar das críticas expostas, segundo Carla Crippa⁴⁰⁹, é possível se verificar uma série de outras situações relacionadas à recuperação judicial que, efetivamente, poderiam ser solucionadas por meio da arbitragem.

A título exemplificativo, pode se indicar que a arbitragem poderia ser utilizada para solucionar disputas entre credores, como a constituição do comitê de credores, ou ainda os critérios de cálculo ou formas de pagamento dos créditos indicados no plano de recuperação⁴¹⁰.

Nestes termos, o Juiz Alexandre Lazzarini, em 21 de junho de 2009, à época titular da 1ª Vara de Recuperação Judicial e Falências da Comarca de São Paulo, opinou, em seminário, no sentido de que a inclusão de cláusula compromissória no plano de recuperação judicial poderia ser tornar um empecilho durante os primeiros dois anos contados da concessão da recuperação judicial, exatamente porque o descumprimento de qualquer obrigação por parte da recuperanda resultaria na decretação da falência, ato este, como já dito, de competência pura e exclusiva do Juízo da recuperação⁴¹¹.

Ainda sobre o assunto, pode se mencionar o posicionamento do Juiz Luiz Roberto Ayoub, manifestado em conferência realizada no Rio de Janeiro em 20 de junho de 2006. O magistrado sustentou que o Juízo da recuperação possuiria competência absoluta para temas como o processamento da recuperação judicial, entretanto impasses específicos ao longo do procedimento, tais como discussões entre os credores, poderiam ser solucionados por meio de arbitragem⁴¹².

⁴⁰⁸ MORAES, Felipe Ferreira Machado; LIMA, Leandro Rigueira Rennó. Arbitragem e recuperação judicial de empresas. In: NASCIMBENI, Asdrubal Franco; MUNIZ, Joaquim de Paiva; RANZOLIN, Ricardo. (Coords.). **20 anos da Lei Brasileira de Arbitragem**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015, p.141

⁴⁰⁹ CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, Falência e Arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol. 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.11

⁴¹⁰ *Ibidem*, p. 11

⁴¹¹ *Ibidem*, p. 11

⁴¹² II Conferência de Arbitragem Internacional do Rio de Janeiro. Revista de Arbitragem e Mediação 11/375. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2006

Aos olhos de Carla Crippa⁴¹³, a arbitragem possui o potencial de criar mais agilidade e eficiência na resolução de conflitos, devendo, entretanto, tomar as cautelas cabíveis para que o efeito não acabe sendo o inverso, gerando possíveis problemas futuros.

Assim, é possível se concluir que à luz do ordenamento jurídico brasileiro, em consonância com a doutrina majoritária, não há que se falar em qualquer óbice jurídica para a inclusão de cláusula compromissória. Sendo o plano, nada mais do que uma espécie de contrato firmado entre credores e devedor, visando a recuperação da empresa, pode se incluir a cláusula compromissória⁴¹⁴.

Entretanto, não há dúvidas que o alcance objetivo de tal cláusula persiste como um assunto polêmico, gerando posicionamentos diversos acerca do assunto.

Como visto, também é ponto controvertido na doutrina a questão de ser a arbitragem, ou não, adequada para solucionar litígios oriundos do procedimento da recuperação judicial, seja entre os credores em si, ou entre o devedor e seus respectivos credores.

Entretanto, partindo do pressuposto da possibilidade de inclusão da cláusula compromissória em plano de recuperação judicial, surge um questionamento que há muito tempo instiga a doutrina especializada. Questiona-se então: a cláusula compromissória inserida no plano vincula os credores que votaram em sentido contrário? Passa-se então a analisar especificamente o tema.

4.2 OS CREDORES DISSIDENTES E A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Para além das grandes discussões de ordem prática e jurídica acerca da inclusão de cláusula compromissória no plano de recuperação judicial, se faz indispensável analisar outro tema relevante e palpitante entre a doutrina especializada. Trata-se dos efeitos da inclusão da cláusula arbitral em relação aos credores contrários ao plano como um todo, contrários especificamente à inclusão da cláusula ou ainda em face daqueles que se abstiveram de participar da votação.

⁴¹³ CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, Falência e Arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol. 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.12

⁴¹⁴ CASTRO, Eduardo Spinola e. A Arbitragem e a Nova Lei de Falências. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). **Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 135

Podem ser identificadas diversas linhas argumentativas, tanto no sentido a favor da vinculação dos credores dissidentes, quanto em sentido contrário ao alcance da cláusula aos credores dissidentes. Seria necessária a aprovação por unanimidade do plano para que a cláusula compromissória vinculasse a todos os credores, ou estes estariam sujeitos à vontade da maioria? Assim, passa-se ao estudo de cada posicionamento manifestado pela doutrina brasileira à luz da Lei 11.101/05 e a Lei 9.307/96.

4.3.1 Uma leitura das Leis 11.101/05 e 9.307/96

Como visto, nos termos da LRF, para fins de votação do plano de recuperação judicial, os credores se dividem em classes, assim sendo: Classe I: titulares de créditos trabalhistas ou acidentários; Classe II: titulares de créditos quirografários, com privilégio geral, com privilégio especial ou subordinados; e Classe IV: titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte⁴¹⁵.

Assim, para que o plano seja aprovado deve haver o voto favorável em todas as classes. Nas Classes I, o plano é aprovado com o voto favorável da maioria simples dos credores presentes, enquanto na Classe II e III, o plano será aprovado com o voto favorável dos credores que representem mais da metade do valor total dos créditos e, cumulativamente, maioria simples dos credores presentes⁴¹⁶.

Sabe-se ainda que, não sendo o plano aprovado nas quatro classes, seria possível que a classe que tenha rejeitado o plano apresentado pelo devedor, sofra o que poderia se chamar de *cram down* brasileiro, ou mecanismo alternativo de aprovação, sendo assim o plano seria aprovado contra a vontade dos dissidentes. Para que esta hipótese se concretize, seria necessário o voto favorável de credores que representam mais da metade do valor dos créditos (independente da classe), somado ao voto favorável de pelo menos duas classes, e ainda, na classe que rejeitou o plano, voto favorável de mais de 1/3 dos créditos⁴¹⁷.

Assim, pela ótica da própria Lei 11.101/05, inicialmente não se vislumbra motivos para que a cláusula compromissória em plano de recuperação, não vincule absolutamente todos os

⁴¹⁵ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.172

⁴¹⁶ CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, Falência e Arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol. 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.12

⁴¹⁷ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.173

credores, ainda que se tratando dos dissidentes, em sendo o plano de recuperação judicial único e os critérios de votação se aplicariam para a aprovação do plano como um todo e não para certas matérias isoladas.

Assim, o legislador estabeleceu inclusive uma possibilidade de aprovação do plano contra a vontade de determinados credores exatamente para garantir que se prevalecesse a pura vontade da maioria, e ainda para evitar que os credores que possuíssem uma posição individualista pudessem impossibilitar a aprovação de um plano que poderia ser capaz de atender aos interesses da maioria⁴¹⁸.

Entretanto, à luz da Lei 9.307/96, a cláusula compromissória só vincularia os credores que expressamente aprovassem o plano de recuperação onde ela estivesse inserida, em termos de que seria imprescindível que haja o inequívoco consenso e a expressa manifestação de vontade da parte para que cláusula seja capaz de vincular⁴¹⁹.

Sob este ponto de vista, se um credor votou contra o plano, e ainda não fez qualquer ressalva em sua votação em relação ao interesse e vontade de aderir à cláusula compromissória, esta última não o vincularia⁴²⁰.

Como já indicado, a submissão ao processo arbitral tem por elemento nuclear a manifestação de vontade dos contratantes⁴²¹. Deve-se expor o fato de que toda arbitragem é pautada no consenso, na medida em que as partes, ao exercerem sua autonomia, decidem submeter eventuais conflitos futuros à jurisdição arbitral⁴²².

Ora, como exposto, o próprio Supremo Tribunal Federal, ao analisar a constitucionalidade da Lei 9.307/96, registrou que o consensualismo é um elemento essencial à afirmação da legitimidade do instituto em face da Constituição Federal⁴²³.

Sob tal ótica não é possível se afirmar que os credores que não aprovaram o plano expressamente fiquem vinculados à cláusula compromissória, salvo se expressamente a subscreverem⁴²⁴.

⁴¹⁸ CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, Falência e Arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol. 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.12

⁴¹⁹ *Ibidem*, p.12

⁴²⁰ *Ibidem*, p.12

⁴²¹ TEPEDINO, Gustavo. Consensualismo na arbitragem e teoria do grupo de sociedades. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**. Vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.9

⁴²² BOSCOLO, Ana Teresa de Abreu Coutinho; BENETTI, Giovana Valentiniano. O consensualismo como fundamento da arbitragem e os impasses decorrentes do dissenso. **Revista de Direito Empresarial**. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.2

⁴²³ *Ibidem*, p.2

4.3.2 A cláusula compromissória em estatuto de sociedade anônima

Em atenção ao tema ora analisado, é completamente natural traçar comparativo com a discussão que perdurou durante anos acerca da cláusula compromissória estatutária, no que tange à aplicação desta cláusula aos sócios que se abstiveram de aprová-la ou que se manifestaram contrariamente⁴²⁵.

Quanto aos temas, prevaleceu o entendimento de que a cláusula compromissória obrigaria a todos os signatários do estatuto, tendo estes manifestado declaração de vontade inequívoca de se submeter à arbitragem. Pairando, entretanto, dúvida se a cláusula compromissória vincularia os acionistas que tivessem votado contrariamente à sua inserção ou os acionistas posteriores, que não tivessem manifestado expressamente sua adesão à cláusula compromissória⁴²⁶.

Assim, não sendo a cláusula aprovada por unanimidade de votos, sua aplicação em face dos sócios não aderentes foi questionada, aqui em atenção à alegada ausência de voluntariedade no afastamento da jurisdição estatal, condição esta tradicionalmente reconhecida pela doutrina como indispensável para a validade da cláusula compromissória⁴²⁷.

Assim, na mesma moeda, se identificam controvérsias em relação à aplicação da cláusula compromissória em face dos novos sócios, estes que somente aderiram de forma genérica ao estatuto social previamente pactuado, sem qualquer anuência expressa à cláusula compromissória⁴²⁸.

Aos olhos de Carlos Alberto Carmona⁴²⁹, para a cláusula compromissória, nesta situação, vincular a todos os acionistas, seria necessário que a deliberação acerca de sua inclusão fosse unânime entre os sócios fundadores e que a cláusula se encontrasse expressa no estatuto

⁴²⁴ CASTRO, Eduardo Spinola e. A Arbitragem e a Nova Lei de Falências. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). **Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 135-136

⁴²⁵ MORAES, Felipe Ferreira Machado; LIMA, Leandro Rigueira Rennó. Arbitragem e recuperação judicial de empresas. In: NASCIMBENI, Asdrubal Franco; MUNIZ, Joaquim de Paiva; RANZOLIN, Ricardo. (Coords.). **20 anos da Lei Brasileira de Arbitragem**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015, p.142

⁴²⁶ CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, Falência e Arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol. 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.13

⁴²⁷ FÁRIA, Luiz Cláudio Furtado; COZER, Felipe Rodrigues. A arbitragem e a recuperação judicial um estudo sobre a convivência e possíveis conflitos entre os institutos. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.6

⁴²⁸ *Ibidem*, p.6

⁴²⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo Um Comentário à Lei 9.307/96**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.110 - 112

disponibilizado ao acionista que adquirisse ações da sociedade empresária após a sua constituição.

Assim, em atenção ao direito societário, tal discussão foi superada por meio de construções doutrinária, e ainda, de certo modo, por previsão legal apresentada por modificações na Lei de Arbitragem (Lei n. 13.129/15), conseqüentemente alterando a Lei 6.404/76⁴³⁰, trata-se aqui da inclusão do art. 136-A, então:

Art. 136-A. A aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, observado o quorum do art. 136, obriga a todos os acionistas, assegurado ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 45

Nestes termos, pode se afirmar que o fundamento basilar foi a utilização do chamado princípio majoritário nas deliberações sociais considerando o pacto social⁴³¹. Assim, cumpre esclarecer que a deliberação relacionada à aprovação da inclusão de cláusula compromissória no estatuto social, se enquadra como qualquer outra deliberação social⁴³².

Assim, se atribui maior relevância à formação da vontade social, em termos que a minoria dissidente vencida, deve se vincular à cláusula compromissória. Ora, ultrapassada a fase deliberativa, poderia se verificar uma nova norma social capaz de vincular a todos, abrindo, nesta perspectiva, opção, aos que divergiram, de se retirarem da sociedade mediante apuração de seus haveres, em atenção ao prazo estipulado em lei⁴³³.

Neste sentido, o alcance do fim social se perfaz e se baseia na maioria. O alcance da finalidade de uma sociedade se vincula, inevitavelmente à vontade majoritária. Assim, sem esta o fim se mostra como uma pretensão impossível de ser atingida. Nestes termos aquele que se associa, visa, também, o fim comum social e, neste caso, não poderia se afastar ou ainda negar o meio que o direito assegura para se atingir a finalidade⁴³⁴.

Diante do exposto deve se indicar que no direito recuperacional e falimentar o fundamento do princípio majoritário é diverso daquele previsto no direito societário (pacto social e formação

⁴³⁰ COUTINHO, Renato Fernandes; PACÍFICO, Pedro Otávio de C. B. Apontamentos sobre a compatibilidade entre os institutos da recuperação judicial e da arbitragem. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**. Vol. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p.8

⁴³¹ MORAES, Felipe Ferreira Machado; LIMA, Leandro Rigueira Rennó. Arbitragem e recuperação judicial de empresas. In: NASCIMBENI, Asdrubal Franco; MUNIZ, Joaquim de Paiva; RANZOLIN, Ricardo. (Coords.). **20 anos da Lei Brasileira de Arbitragem**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015, p.142

⁴³² VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. **Arbitragem no direito societário**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p.205

⁴³³ *Ibidem*, p.205

⁴³⁴ MARTINS, Pedro A. Batista. **Arbitragem no direito societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p.51

da vontade social), entretanto, aos olhos dos autores Felipe Moraes e Leandro Lima,⁴³⁵ seria possível se inferir, sob perspectiva análoga, que a aplicação do princípio majoritário também está presente na recuperação de empresas, em face da prevalência, mesmo que relativa, de um objetivo maior, sendo este a preservação da empresa em atenção a sua função social.

Assim, os autores defendem que a função social da empresa e sua preservação permite, em certas hipóteses, que os interesses da maioria prevaleçam sobre os interesses individuais, com tanto que respeitados os quóruns mínimos de representatividade das respectivas classes de credores anteriormente delimitadas.

Nestes termos, para Felipe Moraes e Leandro Lima⁴³⁶, caso a cláusula compromissória seja efetivamente inserida e conseqüentemente aprovada como parte do plano de recuperação judicial, esta deveria ser observada, sendo assim, oponível a todo e qualquer credor, do mesmo modo como as demais matérias contidas no plano de recuperação judicial.

Entretanto, com posicionamento completamente contrário se encontram os autores José Antonio Fichtner, Sergio Nelson Mannheim e André Luís Monteiro⁴³⁷. Aos olhos dos autores, não seria possível, neste caso, fazer analogia com a cláusula compromissória inserida nos atos constitutivos de sociedades anônimas, ou ainda sociedades de responsabilidade limitada.

De acordo com os autores, no caso das sociedades empresárias, existe uma manifestação prévia de vontade por parte do sócio, quando este decide ingressar na sociedade, deste modo aquiescendo com a prevalência do então princípio majoritário⁴³⁸.

Deste modo, quando o sócio decide de forma voluntária ingressar na sociedade empresária, ele manifesta, mesmo que de forma tácita, sua concordância com toda e qualquer decisão que no futuro venha a ser aprovada pela maioria. Assim, nas sociedades empresárias, pode se afirmar que o sócio ingressa voluntariamente no negócio sabendo que estará submetido ao princípio majoritário⁴³⁹.

Ocorre que, aos olhos dos autores, tal situação não se repete quando se trata do plano de recuperação judicial, já que o credor não ingressa propriamente de maneira voluntária na

⁴³⁵ MORAES, Felipe Ferreira Machado; LIMA, Leandro Rigueira Rennó. Arbitragem e recuperação judicial de empresas. In: NASCIMBENI, Asdrubal Franco; MUNIZ, Joaquim de Paiva; RANZOLIN, Ricardo. (Coords.). **20 anos da Lei Brasileira de Arbitragem**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015. p.143

⁴³⁶ *Ibidem*, p. 143

⁴³⁷ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.453

⁴³⁸ *Ibidem*, p. 453

⁴³⁹ *Ibidem*, p. 453

recuperação judicial. Em verdade, o credor deve habilitar o seu direito de crédito no prazo estipulado, sob pena de sofrer os prejuízos elencados no art. 10 da LRF, dentre os quais pode se destacar a perda do direito de voto nas Assembleias Gerais de Credores⁴⁴⁰.

Assim, pode se afirmar que o credor não ingressa na recuperação judicial porque ele efetivamente deseja, na realidade busca-se afastar um prejuízo maior. Se verifica então um elemento de obrigatoriedade em participar da recuperação judicial, diante dos diversos efeitos negativos que a lei impõe aos credores que dela não participem⁴⁴¹.

Deste modo, não sendo o ingresso na recuperação verdadeiramente voluntário, não poderia se impor ao credor votou contrariamente ao plano ou ainda o credor dissidente da inclusão da cláusula compromissória no plano de recuperação judicial a via arbitral, inclusive quando se percebe que não há qualquer dispositivo legal que trate especificamente sobre o tema⁴⁴².

Os autores ainda frisam o fato de que, ao contrário do que ocorre em face do sócio na sociedade empresária que não tenha votado a favor da inclusão da cláusula compromissória estatutária (acionistas dissidentes, ausentes ou que se abstivera), o credor não vislumbra a possibilidade de se retirar da recuperação judicial, exercendo algo parecido com o direito de retirada, ou recesso, previsto de forma específica na lei para as sociedades empresárias⁴⁴³.

No mesmo sentido, Renato Coutinho e Pedro Pacífico⁴⁴⁴, indicam a ausência de correspondência na LRF, de norma tal qual o art. 136-A da Lei 6.404/76, de modo que, para os autores, o único caminho para escapar da presente controvérsia seria a obtenção da concordância unânime de todos os credores em incluir uma cláusula compromissória no plano de recuperação judicial, hipótese esta que segundo os autores, se mostra apenas teórica.

Indicam ainda que o vínculo que une acionistas de uma companhia se mostra muito mais solidificado, quando comparado com aquele que une os credores em uma recuperação judicial. Já que, na primeira situação houve a concordância de todos em relação à aquisição das ações de uma mesma companhia, enquanto na segunda situação, o elo pode ser reduzido à

⁴⁴⁰ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.454

⁴⁴¹ *Ibidem*, p. 454

⁴⁴² *Ibidem*, p. 454

⁴⁴³ *Ibidem*, p. 454

⁴⁴⁴ COUTINHO, Renato Fernandes; PACÍFICO, Pedro Otávio de C. B. Apontamentos sobre a compatibilidade entre os institutos da recuperação judicial e da arbitragem. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**. Vol. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.8

existência de um crédito contra um devedor em comum, de modo que tal credo inclusive pode possuir naturezas diversas⁴⁴⁵.

Nestes termos, se entende que a hipótese de sujeitar credores, contra as suas vontades, a uma cláusula compromissória, com a qual não concordaram, se mostra descabida, quando comparada com a situação de sujeitar um acionista de uma companhia à cláusula compromissória estabelecida em estatuto social com o qual não se anuiu expressamente⁴⁴⁶.

4.3.3 Da impossibilidade de se vincular credores dissidentes

Diante do exposto, deve se esclarecer que a maior parte da doutrina não considera ser possível compelir credores dissidentes a submeter seus conflitos à arbitragem, ainda que tenha sido essa a opção aprovada pela maioria em sede de Assembleia Geral de Credores⁴⁴⁷.

Aqui, se entende que não há que se falar em arbitragem obrigatória no Brasil, em termos que somente os que consensualmente aderiram à cláusula compromissória estariam obrigados a resolver seus litígios pela via arbitral⁴⁴⁸. Entretanto, não há que se falar em plena unicidade quando se trata da fundamentação de tal posicionamento.

Nestes termos, para José Emilio Nunes Pinto⁴⁴⁹, não é correto se admitir que, incluída no plano de recuperação judicial, a cláusula compromissória vincularia até mesmo os credores que o tivessem objetado. Para o autor, deve se focar na própria natureza da cláusula compromissória, em paralelo as disposições firmadas pela Lei de Recuperação de Empresas e Falência, no que toca o plano.

Inicialmente, se menciona o art. 8º da Lei 9.307/96: “Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta...”. Em seguida, pode se indicar o art. 53 da LRF, este encarregado de indicar o conteúdo do plano, assim o faz em três incisos,

⁴⁴⁵ COUTINHO, Renato Fernandes; PACÍFICO, Pedro Otávio de C. B. Apontamentos sobre a compatibilidade entre os institutos da recuperação judicial e da arbitragem. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**. Vol. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.8

⁴⁴⁶ *Ibidem*, p.8

⁴⁴⁷ *Ibidem*, p.8

⁴⁴⁸ *Ibidem*, p.8

⁴⁴⁹ PINTO, José Emilio Nunes. A arbitragem na recuperação de empresas. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 9

demonstrando tudo aquilo que deverá mandatoriamente conter para que o estado de recuperação judicial, devidamente aprovado pelos credores, seja efetivamente concedido⁴⁵⁰.

Assim, diante da situação que a Assembleia Geral de Credores seja convocada para votar o plano, para Jose Emilio Nunes Pinto⁴⁵¹, somente as disposições obrigatórias indicadas no art. 53 da LRF têm o condão de obrigar aqueles credores que tiverem objetado a sua aprovação. Assim, o autor invoca a autonomia da cláusula compromissória, indicando o fato dela ser considerada um contrato independente em relação àquele que ela esteja inserida.

Diante destes fatos, entende o autor que, aprovada em Assembleia Geral de Credores, em completa atenção ao quórum estabelecido e não por unanimidade, a cláusula compromissória vincularia, única e exclusivamente, aos credores que a tenham aprovado no bojo do plano, seja de forma expressa ou tácita.⁴⁵²

Em ponto contrário, pode ser alegado que, sendo obedecido o quórum de aprovação nos termos da LRF, todos os credores estariam plenamente vinculados ao plano. Assim questione-se: já que a aprovação do plano vincula a todo e qualquer credor para submetê-los aos mecanismos da recuperação, por que não se vislumbrar a mesma vinculação quando se trata da cláusula compromissória?⁴⁵³

Para José Emilio Nunes Pinto⁴⁵⁴, no caso da aprovação do plano, a própria Lei 11.101/05, estabeleceu de forma expressa e clara que o estado de recuperação judicial alcança e obriga a todos os titulares de créditos existentes na data do pedido, ainda mesmo os não vencidos. Este é o disposto no art. 49 da LRF. Nestes termos, a obrigação somente existiria no que concerne ao conteúdo do plano, à luz do art. 53 da mesma lei, e não outros aspectos que venham a ser incluídos, tal como seria a hipótese da cláusula compromissória.

Para o autor, não se trata, de forma alguma, de situação inédita no marco legislativo brasileiro, em se tratando de partes sujeitas a alguma modificação enquanto outras não. A título exemplificativo, pode se mencionar o art. 36, parágrafo único, da Lei 6.404/76, onde trata-se de limitação à circulação de ações criadas por alteração estatutária, de modo que esta somente seria aplicada aos que com ela tiverem expressamente concordado. Assim, os demais estarão livres de imposições decorrentes do voto da maioria.

⁴⁵⁰ PINTO, José Emilio Nunes. A arbitragem na recuperação de empresas. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 9

⁴⁵¹ *Ibidem*, p.9

⁴⁵² *Ibidem*, p.9

⁴⁵³ *Ibidem*, p.9

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p.9

Não há dúvidas que se trata de hipóteses diferentes, entretanto ambas se referem exatamente a deliberações que são oriundas de ajustes pautados pelo consenso em que a observância de um quórum, mesmo que não qualificado, não teria a competência de vincular aos que não tenham optado por ela, assim, para o autor, seria possível se identificar um traço comum, sendo este o da lei dispor expressamente sobre as matérias nas quais a vontade coletiva tem o condão de se impor em face das individuais⁴⁵⁵.

Para os autores José Antonio Fichtner, Sergio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro⁴⁵⁶, pode se afirmar, no mesmo sentido, que a cláusula compromissória inserida no plano de recuperação judicial não pode ser oposta àqueles credores que votaram contrariamente a todo o plano ou ainda que votaram contrariamente apenas em relação à cláusula compromissória. Ocorre que os autores fundamentam sob uma perspectiva ligeiramente distinta daquela exposta por José Emilio Nunes Pinto.

Aqui, os autores trazem à tona o art. 59 da Lei 11.101/05, este que em sua primeira parte impõe a observância do plano de recuperação judicial aprovado em assembleia por todos os credores, mesmo aqueles dissidentes. Assim, o referido dispositivo legal expõe que: “o plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos”. Para os autores, essa vinculação se refere única e exclusivamente às matérias comerciais do plano.

Assim, pelos motivos expostos, somado ao fato de que não seria cabível analogia referente a cláusula compromissória inserida nos atos constitutivos das sociedades anônimas, poderia se concluir que cláusula compromissória contida no plano de recuperação judicial que tenha regularmente sido aprovada por maioria, vinculará única e exclusivamente aqueles credores que tenham votado favoravelmente ao plano ou, ainda que não tenham votado a favor, anuíram, por ressalvas, à inclusão da cláusula compromissória⁴⁵⁷.

Assim sendo, tendo por base tais fundamentos, se identifica como consequência a possibilidade conferida ao devedor de legitimamente se recusar a submeter à arbitragem

⁴⁵⁵PINTO, José Emilio Nunes. A arbitragem na recuperação de empresas. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 9

⁴⁵⁶FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.453

⁴⁵⁷*Ibidem*, p. 453

controvérsia que tenha sido instaurada com esse mesmo credor no futuro, ao alegar a inexistência de cláusula compromissória que os vincule⁴⁵⁸.

Nesta perspectiva, só seria possível se falar na vinculação de alguns dos credores. Aos olhos de José Antonio Fichtner, Sergio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro⁴⁵⁹, tal vinculação restrita não seria considerada com um empecilho capaz de obstar a eficácia da convenção de arbitragem.

Para os autores, a igualdade entre os credores almejada pela Lei 11.101/05 é vista sob a ótica material, assim sendo, é a igualdade de obter a satisfação de seu direito de crédito em face dos demais credores do seu grupo. Pode-se afirmar então que a opção pela arbitragem, não tem o condão de criar qualquer vantagem ou desvantagem de natureza material, capaz de comprometer a efetiva igualdade entre os credores, conforme preconiza a Lei de Recuperação e Falência.

Nestes termos, verifica-se que sob fundamentos dissonantes, chega-se a mesma conclusão, qual seja, da impossibilidade de se vincular à cláusula compromissória incluída no plano de recuperação judicial, aqueles credores dissidentes, seja em face do plano com um todo, ou em face da cláusula em específico.

Ora, não há como se negar que os posicionamentos pautados nos artigos 59 e 53 da LRF se mostram consistentes e coerentes, ocorre que, para fins desse trabalho, acredita-se ser mais adequado, à luz da lei 9.307/96, a relevância dada ao consentimento. Assim, tratam-se de soluções que se pautam em instrumentos legais distintos. Verifica-se solução apresentada pela interpretação dos dispositivos legais da própria Lei 11.101/05, e paralelamente, solução extraída de interpretação da Lei 9.307/96.

Não se acredita aqui, que o posicionamento pautado na LRF seria equivocado, defende-se, em verdade, que para solucionar o questionamento, a análise acerca do consentimento seja mais adequada. Assim, antes mesmo de se adentrar na impossibilidade de se incluir elementos não obrigatórios no plano, e questionar se estes devem ou não vincular aos credores, se esbarra na declaração de vontade como elemento fundamental para o instituto da arbitragem.

Entende-se que a cláusula compromissória apenas tem o condão de vincular aqueles credores que aprovaram o plano expressamente, ou ainda que tenham votado contrariamente em

⁴⁵⁸ PINTO, José Emílio Nunes. A arbitragem na recuperação de empresas. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 10

⁴⁵⁹FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.453

relação à aprovação do plano, tenham, por meio de ressalva, aceitado se submeter à arbitragem, por meio da cláusula compromissória.

Como exposto acima, se atribui atenção ao consenso inequívoco somado à manifestação de vontade para que a cláusula tenha o condão de vincular aos credores da empresa recuperanda. Ora, a submissão ao processo arbitral se sustenta no elemento chave da manifestação de vontade dos contratantes. Por estes motivos, entende-se pelo não alcance de cláusula compromissória inserida em plano de recuperação judicial em face de credores dissidentes.

Ademais, verifica-se que, na hipótese de aprovação do plano, sem a objeção de qualquer dos credores, ou seja, aprovação tácita, pode-se falar que a cláusula compromissória inserida no plano tem o condão de vincular a todo e qualquer credor. Ora, é indispensável o consenso inequívoco, através de manifestação de vontade, sendo que esta pode ser expressa tanto por sua forma expressa, quanto por sua forma tácita.

Nestes termos, o mecanismo de aprovação tácita, indicado na própria lei 11.101/05, versa sobre a aceitação de todos os termos do plano de recuperação, assim, até mesmo uma cláusula compromissória que venha a ser inserida.

4.3.4 A teoria da extensão subjetiva da cláusula compromissória e o consentimento

Ao tratar de arbitragem e consenso, é comum que a teoria da extensão subjetiva da cláusula compromissória seja mencionada. Ocorre que, como se demonstrará, os entendimentos firmados pela teoria não são aplicáveis à presente hipótese proposta.

Aqui, quando se menciona a extensão subjetiva da convenção de arbitragem, trata-se da aplicação dos efeitos da convenção aos sujeitos que, por qualquer razão que seja, não figuraram como parte do pacto que convencionou a arbitragem, mesmo que tenham tido certo grau de participação, de modo a se pensar na sua inclusão no procedimento arbitral, e consequentemente sofrer os efeitos da sentença⁴⁶⁰.

Ora, repita-se, o consentimento é fundamental para a realização da arbitragem, sendo indispensável que seja manifestado por todos aqueles envolvidos na relação, seja ela contratual ou não. O grande obstáculo para a chamada extensão subjetiva reside exatamente

⁴⁶⁰ NALIN, Paulo; HASSON, Felipe. Existência e validade da cláusula compromissória não escrita: interpretação extensiva do artigo 4, § 1º, da Lei de Arbitragem, à luz do direito brasileiro comparado. **Revista Brasileira de Arbitragem**. CBAr, 2017, p. 5

nesse caráter contratual e convencional que reveste a arbitragem, em termos que somente terá validade e será vinculativa quando as partes expressamente fizerem tal opção, em atenção à livre expressão da sua liberdade contratual⁴⁶¹.

Nestes termos, verifica-se que, em muitas hipóteses, para que o procedimento arbitral seja eficaz, se faz necessária a integração, em qualquer dos polos, de agentes que tomaram parte na relação jurídica, ainda que não integrantes do contrato que deu origem, àquele procedimento arbitral. Trata-se de hipótese de mitigação do elemento basilar da manifestação expressa de vontade que traduz o consentimento⁴⁶².

O fundamento de tal teoria é exatamente superar os posicionamentos de interpretação restritivas do compromisso arbitral, que não atenderiam à complexidade das relações comerciais existentes. Aqui, em sua forma mais recorrente, pensa-se na aplicação no âmbito da arbitragem da denominada teoria do grupo, à qual se recorre para vincular companhias não signatárias à cláusula compromissória assinada por uma das sociedades componentes do grupo⁴⁶³.

Ora, sabe-se que os grupos de sociedades desempenham papel de grande importância nas relações comerciais, tendo sido cada vez mais recorrente que tribunais arbitrais sejam chamados a decidir se o contrato e a cláusula compromissória nele inserida, subscritos por uma das sociedades integrante do grupo empresarial, podem se estender a outras desse mesmo grupo⁴⁶⁴.

Assim, a extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias, em atenção à jurisprudência da ICC (International Chamber of Commerce), possui diversas figuras⁴⁶⁵. São reconhecidas as hipóteses de extensão subjetiva da cláusula nas situações de transferências de contratos, representação, terceiro beneficiário, incorporação por referência e a doutrina do grupo de companhias, esta última aqui estudada⁴⁶⁶.

⁴⁶¹ NALIN, Paulo; HASSON, Felipe. Existência e validade da cláusula compromissória não escrita: interpretação extensiva do artigo 4, § 1º, da Lei de Arbitragem, à luz do direito brasileiro comparado. **Revista Brasileira de Arbitragem**. CBAr, 2017, p. 5

⁴⁶² *Ibidem*, p. 5

⁴⁶³ TEPEDINO, Gustavo. Consensualismo na arbitragem e teoria do grupo de sociedades. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**. Vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.2

⁴⁶⁴ MELO, Leonardo de Campos. Extensão da cláusula compromissória e grupos de sociedades na prática CCI (De acordo com o regulamento CCI-2012). **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol 36. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.5

⁴⁶⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p.3

⁴⁶⁶ MELO, Leonardo de Campos. Extensão da cláusula compromissória e grupos de sociedades na prática CCI (De acordo com o regulamento CCI-2012). **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol 36. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 5-6

Nos debates acerca do tema, foi identificado que o grupo de sociedades traduz uma espécie de unidade de interesses, ou de posição jurídica entre pessoas jurídicas distintas, estas pertencentes a uma mesma cadeia societária⁴⁶⁷.

Nestes termos o caso ICC 1.434, pautado por pioneirismo, estendeu a sociedades não signatárias, cláusula compromissória convencionada por outro componente do grupo. Aqui, o tribunal afirmou que o consentimento das demais sociedades restava implícito e poderia ser extraído pela própria intenção das partes contratantes⁴⁶⁸.

Aqui, o critério fixado pela Corte de Paris, servindo de paradigma para diversos outros casos, se baseia no consentimento das sociedades, não identificado por uma cláusula escrita, mas sim pelo comportamento das partes, ao distratar, assinar, resilir, executar dentre outras figuras obrigacionais⁴⁶⁹. Assim, a procura pela intenção comum das partes foi verificada em casos como Dow Chemical (Caso ICC 4.131), onde o comportamento das partes se mostra como critério utilizado para dirimir controvérsias envolvendo grupos de sociedades⁴⁷⁰.

Quando se enfrenta a questão à luz do direito brasileiro, se percebe de imediato que a Lei de Arbitragem, em seu art. 4º, já citado, exige forma escrita para a cláusula compromissória. Existe grande preocupação com a garantia do consentimento das partes para a instauração do processo arbitral, ora, a intenção do legislador, ao fixar tal rigor formal para a cláusula compromissória, é exatamente assegurar que esta represente a vontade das partes sujeitas ao procedimento⁴⁷¹.

Para Gustavo Tepedino⁴⁷², em atenção à jurisprudência pátria, a previsão de forma escrita para a convenção arbitral não constitui óbice à sua extensão a partes não signatárias quando se fala no âmbito do grupo de sociedades.

Aos olhos do autor, haveria previsão escrita de cláusula compromissória, se discutindo, portanto, a sua força vinculante em relação a outras sociedades, que somente seria possível quando demonstrado de forma indubitável o consentimento de quem se pretende alcançar.

⁴⁶⁷ TEPEDINO, Gustavo. Consensualismo na arbitragem e teoria do grupo de sociedades. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**. Vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.3

⁴⁶⁸ *Ibidem*, p.3

⁴⁶⁹ NALIN, Paulo; HASSON, Felipe. Existência e validade da cláusula compromissória não escrita: interpretação extensiva do artigo 4, § 1º, da Lei de Arbitragem, à luz do direito brasileiro comparado. **Revista Brasileira de Arbitragem**. CBAr, 2017, p. 8

⁴⁷⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Op.cit.*, p.6

⁴⁷¹ *Ibidem*, p.6

⁴⁷² *Ibidem*, p.7

Assim, atribuindo atenção a outros elementos, tais como a participação da sociedade não signatária ao longo da contratação⁴⁷³.

Desta forma, sendo verificado no caso concreto, grupo societário, no qual várias sociedades integrantes tenham participado ativamente da contratação, ou em momento de celebração ou ainda de execução, se tornaria possível que todas fossem vinculadas ao mesmo procedimento⁴⁷⁴.

Ora, a razão pela qual se apresenta a teoria da extensão subjetiva da cláusula, tendo por base os grupos de sociedade, é justamente demonstrar uma hipótese de mitigação do requisito do consentimento expresso, escrito e inequívoco, para vinculação às cláusulas compromissórias.

Não se pretende aqui negar os fundamentos de tal teoria, já inclusive enraizada. Se busca, em verdade, demonstrar que tais fundamentos, já consolidados em sede doutrinária e jurisprudencial, não seriam adequados para se buscar a vinculação de credores dissidentes em sede de recuperação judicial.

Como se percebe, em tal teoria, busca-se identificar comportamentos que traduzam intenção e, que conseqüentemente resultem em traços de consentimento, ainda que não expressos, ou planejados. Busca-se então, mitigar o basilar princípio da manifestação expressa de vontade na arbitragem.

Entretanto, tais argumentos não guardam qualquer identidade com a situação dos credores no procedimento de recuperação judicial. Inicialmente afastam-se traços de identidade entre a massa de credores e os grupos societários. Sendo estes últimos, relatados como fenômenos tanto econômicos quanto jurídicos, onde várias sociedades, independentes entre si, possuem direção comum e unidade de orientação econômica⁴⁷⁵.

Na recuperação judicial, os credores são norteados por interesses individuais, de terem seus créditos satisfeitos, concordando apenas que a recuperação da empresa em crise é o caminho adequado para que tais objetivos sejam alcançados, se unindo assim para evitar um prejuízo de escala desconhecida.

Aqui, não há como se falar em plena unicidade de interesses, capaz de justificar a mesma interpretação atribuída aos grupos de sociedades. Em seguida, quanto à análise do

⁴⁷³ TEPEDINO, Gustavo. Consensualismo na arbitragem e teoria do grupo de sociedades. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**. Vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.8

⁴⁷⁴ *Ibidem*, p. 8

⁴⁷⁵ *Ibidem*, p. 2

comportamento das partes e seus interesses, resta claro que, em hipótese de recuperação judicial, não se extrai do comportamento dos credores dissidentes qualquer traço de consentimento, ainda que tácito. Em verdade se vislumbra o oposto, diante da manifestação expressa no sentido de negar o plano como um todo ou sua vinculação à cláusula compromissória em específico.

Quando se fala do credor em procedimento de recuperação judicial, não se abre margem para pensar em mitigações ao posicionamento de interpretação restritiva do compromisso arbitral.

5 CONCLUSÃO

Como se percebe, o cerne do presente trabalho abre margem para palpitantes discussões e posicionamentos variados. Diante do exposto, buscou-se identificar uma solução que se mostre adequada, à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

Defende-se, pois, a possibilidade de inclusão de cláusula compromissória em plano de recuperação judicial. Conclui-se que o plano de recuperação judicial possui a natureza jurídica de contrato plurilateral. Assim, atribui-se importância à autonomia privada na recuperação judicial, esta que confere a liberdade contratual aos envolvidos.

Neste sentido, é plenamente cabível que o devedor, ao confeccionar o plano, e querendo, inclua nele disposições específicas, que não estejam necessariamente elencadas na Lei 11.101/05, tal como uma cláusula compromissória.

De mesmo modo, se defende a arbitrabilidade objetiva de disputas oriundas do plano de recuperação judicial, contanto que estas sejam referentes a direitos patrimoniais e disponíveis, atendendo ao requisito positivado no art. 1º da Lei 9.307/96.

Neste sentido, acredita-se também estar preenchido o requisito da arbitrabilidade subjetiva, em relação ao devedor recuperando. Tal conclusão, pois se entende que o deferimento da recuperação judicial não tem o condão de afastar o devedor do exercício de sua atividade empresarial, assim como não altera sua personalidade jurídica, continuando, inclusive, todo o seu patrimônio sob sua titularidade e sob a mesma administração. Se confirma, à luz da jurisprudência pátria, a plena capacidade das empresas em processo de recuperação de demandar ou ainda ser demandada em arbitragens.

Extrai-se das premissas estabelecidas que na hipótese de inclusão da cláusula compromissória no plano de recuperação judicial, esta não tem o condão de vincular os credores que votaram contrariamente ao plano como um todo, ou foram contrários à inclusão da cláusula.

Percebe-se que a doutrina majoritária alcança tal conclusão, ainda que sob justificativas distintas. Como dito acima, não se busca aqui impugnar um entendimento ou outro, mas sim indicar a solução mais adequada para a resolução da questão, dentre as possíveis verificadas.

Nestes termos, o presente trabalho sustenta que não há que se falar em arbitragem obrigatória no Brasil. Qualquer tentativa de vincular à cláusula compromissória credores dissidentes esbarra no princípio basilar da arbitragem, que é exatamente o consentimento, este que

sustenta a própria constitucionalidade da Lei 9.307/96 e o instituto da arbitragem como um todo.

Acredita-se que a cláusula compromissória vincula apenas aqueles credores que manifestaram sua vontade no sentido de aprovar o plano como um todo, ou ainda que tenha sido contrário à aprovação do plano, tenha feito a ressalva expressa acerca da aprovação da cláusula compromissória.

Ora, repete-se que a submissão à arbitragem se sustenta elementarmente na manifestação de vontade dos contratantes. Toda arbitragem é pautada no consentimento entre os envolvidos, que no exercício de sua liberdade negocial, decidem submeter os conflitos futuros à jurisdição de um tribunal arbitral.

Parte da doutrina nega a possibilidade de vinculação da cláusula aos credores dissidentes, sob ótica extraída da própria LRF, assim indicam que apenas os elementos obrigatórios do plano vinculam os credores dissidentes, ou que apenas os elementos comerciais do plano têm o condão de vincular os credores dissidentes.

Como exposto, não se busca aqui desconstruir tal posicionamento, indica-se apenas que a discussão acerca do consentimento se mostra anterior e, portanto, mais adequada para responder o questionamento formulado.

Aqui, não se parte de um ponto genérico, em relação a todo e qualquer elemento não previsto na LRF, que venha a ser incluído no plano, mas aborda especificamente a arbitragem, seus elementos fundamentais, e constitucionais. Nestes termos, o específico se sobrepõe ao genérico. Justamente por este motivo, acredita-se que a falta de consentimento afasta qualquer possibilidade de se vincular os credores dissidentes.

Neste sentido, não se acredita ser possível aplicar as determinações do art. 136-A da Lei 6.404/76 em relação à cláusula compromissória estatutária, ao caso em apreciação. Pode se afirmar que o princípio majoritário, e seus fundamentos, não podem ser compreendidos como correspondentes nas duas situações. Quando se trata de sociedades empresárias, é possível se verificar uma manifestação de vontade prévia por parte do sócio, ao decidir ingressar na sociedade, anuí com a prevalência do chamado princípio majoritário.

Logo, ao decidir ingressar voluntariamente na sociedade, se percebe, mesmo que tacitamente, sua concordância em face de qualquer decisão que venha a ser fruto dos interesses da maioria.

Entretanto, tal entendimento não se aplica aos credores no procedimento de recuperação judicial.

Percebe-se que o credor não ingressa porque ele deseja. Não se fala aqui em ingresso de forma efetivamente voluntária na recuperação judicial. Como visto, o credor deve realizar a habilitação do seu crédito, sob pena de arcar com prejuízos e consequências elencadas em lei.

Não é razoável, tampouco legal, impor ao credor que votou contrariamente ao plano, ou à inclusão da cláusula, a instauração de um procedimento arbitral. Tal posicionamento, contraria, inclusive, a própria constitucionalidade da arbitragem no Brasil.

Percebe-se que a conclusão do presente trabalho é norteada pela manifestação inequívoca de vontade para arbitrar, tanto expressa quanto tácita, respeitados os dispositivos e requisitos legais estabelecidos pela Lei de Arbitragem.

Entretanto, hoje a doutrina nacional e internacional reconhece a mitigação destes elementos para vincular partes não signatárias, à arbitragem, diante da extensão subjetiva da cláusula compromissória, como é o caso da teoria dos grupos societários. Ocorre que, tais fundamentos, não podem ser aplicados à recuperação judicial.

De acordo com tal corrente, busca-se vincular companhias não signatárias à cláusula compromissória, assinada por uma das sociedades componentes do grupo. Assim, acredita-se que a interpretação restritiva do compromisso arbitral não atenderia à complexidade das relações comerciais.

Por esta teoria, busca-se identificar o consentimento das demais sociedades, sob uma ótica implícita, a ser extraída da própria intenção das partes. Deste modo, pretende-se extrair o consentimento do comportamento das partes, diante de participação ativa na contratação, tanto em sede de celebração, quanto em sede de execução contratual.

Ainda que a doutrina reconheça essa modalidade de mitigação do consentimento inequívoco para arbitrar, os fundamentos utilizados pela teoria não podem ser aplicados para se alcançar os credores dissidentes em sede de recuperação judicial.

Mesmo que mitigada a expressão de consentimento, ainda que tácita, pode ser extraída por força da extensão subjetiva, à luz da teoria dos grupos societários. Contrariamente, quando se fala dos credores dissidentes, não se verifica qualquer traço de consentimento, em verdade é possível se verificar a expressa vontade de não se submeter à arbitragem.

Neste caso, as mitigações fixadas pela extensão subjetiva da cláusula compromissória, pautadas pela teoria dos grupos, não podem alcançar a situação dos credores dissidentes. Trata-se de cenário completamente distinto, a massa de credores e os grupos societários não guardam qualquer similitude, que não o agrupamento de pessoas jurídicas ou naturais.

Logo, afastados os posicionamentos contrários, conclui-se pela impossibilidade de se vincular credores dissidentes à cláusula compromissória em plano de recuperação judicial, diante da inobservância de um dos elementos essenciais da arbitragem, sendo este o consentimento.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique. A preservação e a recuperação da empresa em crise. *In* WALD, Arnaldo (coord.). **Direito empresarial: falimentar e recuperação empresarial**, v.6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ARRUDA, Alvim. Sobre a natureza jurisdicional da arbitragem. *In* CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. **Arbitragem, estudos sobre a lei n. 13.129/2015**. São Paulo: Saraiva, 2016.

ÁUSTRIA. **Lei Modelo da UNCITRAL sobre arbitragem comercial internacional**.

Disponível em:

http://cbar.org.br/site/wpcontent/uploads/2012/05/Lei_Modelo_Uncitral_traduzida_e_revisada_versao_final.pdf> Acesso em 06 nov. 2018.

ASCARELLI, Tullio. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

AYOUB, Luiz Roberto. II Conferência de Arbitragem Internacional do Rio de Janeiro. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol. 11. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Arbitragem. *In*: WALD, Arnaldo (Coord.). **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação Volume I**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

AZEVEDO, Fabio da Costa; FONTES, João Roberto Egydio Piza. A Lei de Arbitragem Analisada à Luz dos Princípios Gerais do Direito. *In*: WALD, Arnaldo (Coord.). **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação Volume I**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial e internacional**. São Paulo: Lex Editora, 2011.

BASILIO, Ana Tereza; FREIRE, Alexandre; RODOVALHO, Thiago. Modernização da lei de arbitragem – algumas reflexões. *In* CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. **Arbitragem, estudos sobre a lei n. 13.129/2015**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BASILIO, Ana Thereza Palhares; FONTES, André R. C. A teoria autonomista da arbitragem. *In*: WALD, Arnaldo. **Arbitragem e mediação: a arbitragem, introdução e histórico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BASILIO, Ana Thereza Palhares; FONTES, André R. C. Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem. *In*: WALD, Arnaldo. **Arbitragem e mediação: a arbitragem, introdução e histórico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo**. 7.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BORN, Gary B. **International Arbitration: Law and Practice**, United Kingdom: Wolters Kluwer Law & Business, 2012.

BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**. 2. ed. Vol. 1, United Kingdom: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

BOSCOLO, Ana Teresa de Abreu Coutinho; BENETTI, Giovana Valentiniano. O consensualismo como fundamento da arbitragem e os impasses decorrentes do dissenso. *Revista de Direito Empresarial*. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 06 nov. 2018

_____. **Decreto 4.311**, de 23 de julho de 2002. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Brasília, DF, 23, jul. 2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm>. Acesso em 06.nov.2018.

_____. **Lei 556**, de 25 de junho de 1850. Código Comercial. Brasília, DF. 24. jun.1850. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10556-1850.htm>. Acesso em 01.jun. 2019.

_____. **Lei 6.404**, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, DF, 15 dez.1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm>. Acesso em 07.mai.2019.

_____. **Lei 9307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF, 23 set. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm. Acesso em 11 set. 2018.

_____. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 19 abr. 2019.

_____. **Lei 11.101**, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF, 9 fev. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em 18 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal de Federal. **Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206-7**. Recorrente M B V COMMERCIAL AND EXPORT MANAGEMENT ESTABLISHMENT. Recorrido: RESIL INDÚSTRIA E COMERCIO LTDA. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Brasília DF, 12 dez. 2001. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1061_SE-AgR_5.206.pdf_parte_1.pdf> Acesso em 05 nov. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência 90504**. Suscitante Juízo da 18ª Vara do Trabalho de São Paulo – SP e o Juízo de Direito da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo – SP. Relator. Min. Fernando Gonçalves, Brasília DF, 25 jun. 2008. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7064697/conflito-de-competencia-cc-90504-sp-2007-0235338-6-stj/relatorio-e-voto-12813334>. Acesso em 03. mai. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Sentença Estrangeira Contestada 1210**. Requerente: INTERNATIONAL COTTON TRADING LIMITED ICT; Requerido: ODIL PEREIRA CAMPOS FILHO. Relator: Min. Fernando Gonçalves, Brasília, DF, 06 ago. 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3046345&num_registro=200601859186&data=20070806&tipo=5&formato=PDF> Acesso em 04 nov. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Sentença Estrangeira Contestada 14408** Requerente: THYSSENKRUPP MANEX GMBH ICT; Recorrido: CONTINI E COMPANHIA LTDA Relator: Min. Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 21 jun. 2017, Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/494393034/sentenca-estrangeira-contestada-sec-14408-ex-2015-0212240-5/inteiro-teor-494393040> Acesso em 07 fev. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 5ª Câmara Cível, **Agravo de Instrumento 70033679754**, Agravante: Rodobens Administradora de Consórcios Ltda. Agravada: Acacia Engenharia S.A. Relator. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, Porto Alegre, RS, 30 jun.2010. Disponível em: https://www.centraljuridica.com/jurisprudencia/g/1/p/2/direito_civil/direito_civil.html. Acesso em 03 jun. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 6ª Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, **Agravo de Instrumento 461.740-4/-00**, Rel. Des. Pereira Calças, São Paulo, SP, 28 fev. 2007.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo Um Comentário à Lei 9.307/96**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHO, Eliane; MATION, Gisela Ferreira; COELHO, Luisa Cabral de M. M. Recuperação judicial e Arbitragem: Superação de antigos paradigmas e o surgimento de novos desafios. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**. Vol. 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

CASTRO, Eduardo Spinola e. A Arbitragem e a Nova Lei de Falências. *In*: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). **Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CAVALLI, Cássio. Plano de recuperação. *In*: COELHO, Fábio Ulhoa. (Coord.). **Tratado de direito comercial, volume 7**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CEREZETTI, Sheila C. Neder. Princípio da preservação da empresa. *In*: COELHO, Fábio Ulhoa. (Coord.). **Tratado de direito comercial, volume 7**. São Paulo: Saraiva, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Curso de direito comercial**, volume 3. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CORRÊA, Raphael Nehin. **Arbitragem e Insolvência**. São Paulo: Imprensa Régia, 2010.

COSTA, Leonardo Honorato. Assembleia de Credores: Soberania ou Supremacia? **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**. Vol.10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

COUTINHO, Renato Fernandes; PACÍFICO, Pedro Otávio de C. B. Apontamentos sobre a compatibilidade entre os institutos da recuperação judicial e da arbitragem. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**. Vol. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

CRETELLA NETO, José. **Curso de Arbitragem: arbitragem comercial, arbitragem internacional, lei brasileira de arbitragem, direito privado brasileiro aplicável à arbitragem, instituições internacionais de arbitragem, convenções internacionais sobre arbitragem**. 2. Ed. Campinas, SP: Millennium, 2009.

CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, Falência e Arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol. 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**, 9ªED. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

DECCACHE, Antonio. Convenção de arbitragem, recuperação judicial e falência. **Revista de Direito Empresarial**. Vol. 19. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016.

DECOMAIN, Pedro Roberto. A recuperação da empresa: requerimento, processamento inicial, habilitação e impugnação de créditos. **Revista Dialética de Direito Processual n° 103**. São Paulo: Edições Loyola, 2011.

HANOTIAU, Bernard. **Consent to Arbitration: Do we share a common vision?** London: Arbitration International, Vol, 27, No. 4. LCIA, 2011.

_____. Grupos de sociétés et groupes de contrats dans l'arbitrage commercial international. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 12, jan. 2007.

FARIA, Luiz Cláudio Furtado; COZER, Felipe Rodrigues. A arbitragem e a recuperação judicial um estudo sobre a convivência e possíveis conflitos entre os institutos. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FAVER, Scilio. **Curso de recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas, 2014.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. **Fouchard, Gaillard, Goldman on International Arbitration**. Kluwer Law International, 1st Ed, 1999.

FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. **Falência e recuperação da empresa em crise**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

GABBAY, Daniela Monteiro; MAZZONETTO, Nathalia; KOBAYASHI, Patrícia Shiguemi. Desafios e cuidados na redação das cláusulas de arbitragem. *In*: BASSO, Maristela; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; **Arbitragem comercial: princípios, instituições e procedimentos: a prática no CAM-CCBC**. 1. ed. São Paulo: CAM-CCBC, 2013.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Teoria da arbitragem**. 1. Ed. São Paulo: Rideel, 2012.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GARCEZ, José Maria Rossani. Constitucionalidade da lei 9.307/96. *In*: WALD, Arnoldo. **Arbitragem e mediação: a arbitragem, introdução e histórico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LEMES, Selma. Entrevista com Selma Maria Ferreira Lemes. *In*: NEVES, Flávia Bittar; NETO, Francisco Maia; Muniz, Joaquim Paiva, RANZOLIN, Ricardo. **Memórias do desenvolvimento da arbitragem no Brasil**. Brasília: OAB Conselho Federal, 2018.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Cláusula compromissória e grupo de sociedades. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol. 48. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

LOBO, Jorge. Da recuperação judicial. *In*: ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAGRO, Fabrício Passos. Assembleia Geral de Credores. *In*: LAZZARINI, Alexandre Alves; KODAMA, Thais; CALHEIROS, Paulo (Coords.) **Recuperação de Empresas e Falência: Aspectos Práticos e Relevantes da Lei nº 11.101/05**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas, volume 4**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS, Pedro A. Batista. **Arbitragem no direito societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

_____. Entrevista com Pedro Batista Martins. *In*: NEVES, Flávia Bittar; NETO, Francisco Maia; Muniz, Joaquim Paiva, RANZOLIN, Ricardo (Coords.). **Memórias do desenvolvimento da arbitragem no Brasil**. Brasília: OAB Conselho Federal, 2018.

MEJIAS, Lucas Britto; OLIVEIRA, Diogo. Notas sobre a abrangência subjetiva da cláusula compromissória a outras sociedades em grupo empresarial. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol. 55. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MELO, Leonardo de Campos. Extensão da cláusula compromissória e grupos de sociedades na prática CCI (De acordo com o regulamento CCI-2012). **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol 36. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MENEZES, Mauricio Moreira. O exercício da autonomia privada na recuperação judicial. **Revista de Direito Recuperacional**. Vol.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MIGLIARI JUNIOR, Arthur. A nova posição dos credores na lei de recuperação de empresas – Lei 11.101/2005. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**. Vol.1 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MORAES, Felipe. Arbitragem Falência e Recuperação judicial, *In*: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coords.). **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

MORAES, Felipe Ferreira Machado; LIMA, Leandro Rigueira Rennó. Arbitragem e recuperação judicial de empresas. *In*: NASCIMBENI, Asdrubal Franco; MUNIZ, Joaquim de Paiva; RANZOLIN, Ricardo. (Coords.). **20 anos da Lei Brasileira de Arbitragem**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015.

MUNHOZ, Eduardo. Arbitragem e grupos de sociedades. *In*: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Coord.). **Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei nº 9.307/1996**. São Paulo: Malheiros, 2008.

NALIN, Paulo; HASSON, Felipe. Existência e validade da cláusula compromissória não escrita: interpretação extensiva do artigo 4, § 1º, da Lei de Arbitragem, à luz do direito brasileiro comparado. **Revista Brasileira de Arbitragem**. CBAr, 2017.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Instituições de direito civil: contratos, volume III**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

PINTO, José Emílio Nunes. A arbitragem na recuperação de empresas. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PURIFICAÇÃO, Carlos Alberto da. **Recuperação de empresa e falência comentada**. São Paulo: Atlas, 2011.

REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. **Redfern and Hunter on International Arbitration**. 5th Ed. Oxford: Oxford University Press., 2009.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. Processo da recuperação judicial. *In*: COELHO, Fábio Ulhoa. (Coord.). **Tratado de direito comercial, volume 7**. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática**. Rio de Janeiro, 2012.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/05**. São Paulo: Almedina, 2016.

SILVA, José Carlos Garcia da. O plano de Recuperação da Empresa. *In*: LAZZARINI, Alexandre Alves; KODAMA, Thais; CALHEIROS, Paulo (Coords.) **Recuperação de Empresas e Falência: Aspectos Práticos e Relevantes da Lei nº 11.101/05**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. **Tratado de direito falimentar**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SOUSA, Marcos Andrey de. Comentários aos artigos 48 e 49. *In*: DE LUCCA, Newton; ADALBERTO, Simão Filho. **Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SZTAJN, Rachel. Art. 53. *In*: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coords.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. Consensualismo na arbitragem e teoria do grupo de sociedades. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**. Vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Sales de. Arbitragem e Insolvência. *In*: WALD, Arnoldo. (Coord.). **Arbitragem e mediação: arbitragem aplicada. V.4**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. O plano de recuperação e o controle judicial da legalidade. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. Vol. 60. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas**. 5^a Ed São Paulo: Atlas 2017

VÁRADY, Tibor; BARCELO, John J.; MEHREN, Arthur T. Von. **International Commercial Arbitration A Transnational Perspective**. EUA: WEST, 4th Edition, 2009.

VASCONCELOS, Ronaldo. O Instituto da Arbitragem na Dinâmica do Processo de Recuperação de Empresas. **Revista Brasileira de Arbitragem**. CBAr, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2001.

VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. **Arbitragem no direito societário**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

WALD, Arnaldo. A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

WALD, Arnaldo. Da Constitucionalidade da Lei 9.307/96. *In*: WALD, Arnaldo (Coord.). **Doutrina Essenciais Arbitragem e Mediação Volume I**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014