



**DIREITO INTERNACIONAL
EM ANÁLISE
Volume 3**

COORDENADORES
CLÁUDIO FINKELSTEIN
VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA

ORGANIZADORA
ANA CAROLINA SOUZA FERNANDES

DIREITO INTERNACIONAL
EM ANÁLISE
Volume 3

2015 | São Paulo





Nossos Contatos

São Paulo

Rua José Bonifácio, n. 209,
cj. 603, Centro, São Paulo – SP
CEP: 01.003-001

Acesse: www.editoraclassica.com.br

Redes Sociais

Facebook:

<http://www.facebook.com/EditoraClassica>

Twitter:

<https://twitter.com/EditoraClassica>

Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-PUBLICAÇÃO

D635

Direito internacional em análise volume 3
Organização Ana Carolina Souza Fernandes; coordenação
Cláudio Finkelstein, Vladimir Oliveira da Silveira.
1ª. ed. - São Paulo: Editora Clássica, 2015.
226 p. : il.

Inclui
Índice, Referências
ISBN 978-85-8433-034-8

1. Contratos Internacionais. 2. Direito Comercial Internacional.
I. Fernandes, Ana Carolina Souza. II. Finkelstein, Cláudio. III.
Silveira, Vladimir Oliveira da. IV. Título

15-00021

CDD: 341.1

EDITORA CLÁSSICA

Conselho Editorial

Allessandra Neves Ferreira
Alexandre Walmott Borges
Daniel Ferreira
Elizabeth Accioly
Everton Gonçalves
Fernando Knoerr
Francisco Cardozo de Oliveira
Francisval Mendes
Ilton Garcia da Costa
Ivan Motta
Ivo Dantas
Jonathan Barros Vita
José Edmilson Lima
Juliana Cristina Busnardo de Araujo
Lafayette Pozzoli
Leonardo Rabelo
Lívia Gaigher Bósio Campello
Lucimeiry Galvão

Luiz Eduardo Gunther
Luisa Moura
Mara Darcanchy
Massako Shirai
Mateus Eduardo Nunes Bertoncini
Nilson Araújo de Souza
Norma Padilha
Paulo Ricardo Opuszka
Roberto Genofre
Salim Reis
Valesca Raizer Borges Moschen
Vanessa Caporlingua
Viviane Coelho de Séllos-Knoerr
Vladimir Silveira
Wagner Ginotti
Wagner Menezes
Willians Franklin Lira dos Santos

Equipe Editorial

Editora Responsável: Verônica Gottgroy

Produção Editorial: Editora Clássica

Capa: Editora Clássica

PARTE 1 - COMÉRCIO INTERNACIONAL**PRINCÍPIOS DO UNIDROIT: INTERNACIONALIZAÇÃO E UNIFICAÇÃO DO DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL**

ETTORE ALVES RIGO DE LIMA BOTTESELLI 13

INSOLVÊNCIA INTERNACIONAL

ANTÓNIO MANUEL FRANÇA AIRES 29

ARBITRAGEM CONVENCIONADA EM CONTRATO INTERNACIONAL E OS EFEITOS DO ADVENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL OU FALÊNCIA

EDUARDO GARCIA DE LIMA 61

TRANSAÇÕES COMERCIAIS E PAGAMENTOS INTERNACIONAIS

DÉIA VIRGINIA T. HOLZMANN 89

PARTE 2 - CONTRATOS INTERNACIONAIS**O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS**

SILVIA FERRAZ IVAMOTO 111

O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS E SUAS LIMITAÇÕES NO BRASIL E NO EXTERIOR

LUIZ FERNANDO PICORELLI DE OLIVEIRA MOUTA 149

OS CONTRATOS INTERNACIONAIS E A APLICAÇÃO DAS CLÁUSULAS DE *HARDSHIP*, FORÇA MAIOR E DE LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE

BERNARDO GONÇALVES SIQUEIRA 169

A CLÁUSULA DE *HARDSHIP* E O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

RENATO SCARDOA 195

COMENTÁRIOS AO ARTIGO 25 DA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS (CISG) – QUEBRA FUNDAMENTAL DO CONTRATO (*FUNDAMENTAL BREACH*)

THOMAS LAW 209

ARBITRAGEM CONVENCIONADA EM CONTRATO INTERNACIONAL E OS EFEITOS DO ADVENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL OU FALÊNCIA

Eduardo Garcia de Lima¹

Sumário: Considerações Iniciais. 1. O Contexto da Globalização e a Importância dos Contratos Internacionais e da Arbitragem. 2. A Competência do Juízo da Falência e do Juízo do Processo de Recuperação Judicial prevista na Lei nº 11.101/05. 3. A Arbitragem Internacional e *Lex Mercatoria*. 4. Os Efeitos da Falência e Recuperação Judicial sobre a Convenção Arbitral. Conclusão. Referências.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Pretende-se investigar no decorrer do presente estudo a prevalência ou não da convenção arbitral pactuada em contrato internacional, na forma de cláusula compromissória cheia², na hipótese de que uma das partes contratantes, figurando como devedora e estando estabelecida no Brasil, ingresse com processo de pedido de recuperação judicial, com a pretensão de saldar a dívida na conformidade com Plano de Recuperação, a ser aprovado em assembleia de credores.

Cogita-se, ainda, da hipótese em que o devedor, não cumprindo o Plano de Recuperação, tenha decretada a sua falência.

As hipóteses partem do pressuposto de que o devedor, em recuperação judicial, ou o falido, conteste a validade da obrigação pactuada e o valor da obrigação decorrente do contrato internacional.

Supõe-se, por exemplo, que, em sede de recuperação judicial ou de falência, a devedora não tenha declarado o crédito decorrente do contrato internacional ou que tenha declarado o crédito com um valor menor do que entende a credora estrangeira.

Nestas hipóteses, a quem caberá dirimir o conflito sobre a existência e sobre valor do crédito, decorrente do contrato internacional e que

¹ Advogado, Administrador Judicial em Falência e Recuperação Judicial, Especialista em Direito Tributário e mestrando em Direito Econômico na PUC – SP.

² A convenção de arbitragem se manifesta em duas espécies: (a) cláusula compromissória e (b) compromisso arbitral. Pela cláusula compromissória as partes, em um contrato, se comprometem a submeter à arbitragem os conflitos que surgirem. A cláusula compromissória cheia é apta a instruir procedimento arbitral, dispensando a necessidade de intervenção judicial para suprir a vontade recalcitrante. No compromisso arbitral as partes submetem um litígio, *in concreto*, à arbitragem de uma ou mais pessoas, determinando quem será o árbitro, o procedimento e os prazos a serem seguidos.

tem pactuada convenção arbitral, na forma de cláusula compromissória cheia? A competência será do juízo recuperacional ou falimentar ou da arbitragem? O juízo universal da falência atrai até mesmo a competência arbitral, definida no contrato internacional?

Estas são as questões que, ao final, a presente investigação pretende responder.

1. O CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO E A IMPORTÂNCIA DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS E DA ARBITRAGEM

A época atual é caracterizada pela globalização, na qual, como sustenta Eliana Calmon Alves³, “caem as fronteiras estatais, unem-se as nações em blocos econômicos para fortalecerem-se frente à perversidade do flutuante e veloz capital apátrida. E nesse contexto surge um novo conceito de soberania estatal, pelo estreitamento das relações comerciais entre as nações, favorecidas pela velocidade dos meios de comunicação”.

Reconhecendo que a globalização tem um cunho notadamente econômico, e de que se trata de um conceito de difícil definição, Cláudio Finkelstein⁴ aponta o limiar dessa época e o efeito da interdependência entre os países:

No início do Século XX, houve um acirramento do movimento de internacionalização das empresas para expansão de atividades e conquista de mercados. É a globalização. Este é um conceito de difícil definição, mas de cunho notadamente econômico. Hoje há uma interdependência entre os países; depende-se do comércio internacional para adquirir produtos de que se necessita, onde haja no exterior oferta e internamente escassez, para colocar produtos dos quais há sobra. Seria a troca mediante pagamento. Há uma interdependência recíproca. Dependere de outrem não significa vinculação obrigatória; é uma opção participar ou não da globalização. Todavia, já se demonstrou que não participar do movimento globalizador é, em muitos casos, extremamente detrimental ao Estado em questão, que se vê

³ ALVES, Eliana Calmon. *A arbitragem internacional*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29762-29778-1-PB.pdf>>. Acesso em 14.11.2014.

⁴ FINKELSTEIN, Cláudio. *Direito Internacional*. 2. Ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 136.

alijado do mercado internacional, sem acesso a fundos, tecnologia, bens de capital e diversas outras *commodities* que regem a vida moderna.

Cristiano Chaves de Farias⁵ observa que a globalização apresenta-se com uma “noção imprecisa, mas de relevo para o Direito”. Afirma que, “genericamente, se pode afirmar que é a designação dada ao conjunto de transformações de ordem política, social e econômica verificadas nos últimos tempos em quase todos os estados democráticos de direito, tendentes à integração dos mercados, possibilitando maior circulação de riquezas. É, enfim, a integração acelerada dos mercados nacionais”.

Referindo-se à globalização, Comparato⁶ esclarece que “não há, a rigor, nenhuma precisão conceitual no uso do vocábulo. Alguns atribuem-lhe o significado de unificação da humanidade, graças ao estabelecimento de um sistema mundial de comunicações, pelas vias de transporte e pela *internet*. Nesse sentido, enfatizado pelos ideólogos neoliberais, tratar-se-ia de um extraordinário benefício do capitalismo. Outros preferem salientar, pelo emprego da palavra, o surgimento de um mercado mundial”.

Comparato⁷ filia-se ao entendimento de que a globalização significa o surgimento de um mercado mundial, apontando que, “além dos dois setores tradicionais – o das transações econômicas no interior de cada país e a área do comércio exterior – a globalização acrescentou um novo setor, constituído pelo grupo de macro empresas que passou a dominar o mercado mundial”, com crescimento acentuado das atividades financeiras.

Consolidou-se em toda parte, a convicção de que as operações de crédito e de especulação no mercado de capitais geravam lucros muito maiores do que a clássica produção industrial.

(...) um dos aspectos mais importantes da chamada globalização capitalista foi a criação de empresas multinacionais e transnacionais; as primeiras operando mediante subsidiárias registradas em outros países, e as segundas, pela criação de redes locais de fornecedores, montadores e distribuidores, a elas ligados por contrato.

⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. *A proteção do consumidor na era da globalização*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, n. 41, p. 81-95, jan.-mar. 2002.

⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *A civilização capitalista: para compreender o mundo em que vivemos*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 250.

⁷ *Ibidem*, p. 250.



As empresas transnacionais, portanto, limitam-se a definir estratégias de produção mundial, atuando taticamente para explorar as condições mais vantajosas em matéria de fornecimento e distribuição de bens, montagem de fábricas, ou prestação de serviços, em qualquer parte do mundo.

A escolha dos países estrangeiros onde as grandes empresas industriais passam a operar obedece ao critério do baixo custo de produção, notadamente baixos salários da mão de obra, ou mesmo situações de trabalho escravo, e tributos reduzidos ou praticamente inexistentes. (...)

Ora, esse deslocamento espacial das atividades industriais, para além das fronteiras nacionais, produziu ou estimulou a industrialização de vários países, anteriormente considerados subdesenvolvidos⁸.

Para Fábio Ulhoa Coelho⁹, a globalização não é boa nem ruim, não pode ser objeto de valoração e é inevitável:

Globalizar não é uma política pública, impulsionada por graus variados de voluntarismo; não é, em outros termos, algo que se decide deflagrar ou evitar. Trata-se, ao contrário, de contingência inescapável do sistema capitalista e sua vital perseguição a novos e ampliados mercados. Políticas públicas podem retardar ou acelerar a inserção de cada economia nacional no processo de globalização, mas está por inteiro descartada a hipótese de um país não se globalizar. Mesmo as economias mais fechadas, como as de Cuba ou Coréia do Norte, um dia embarcarão no processo de construção do mercado único planetário. No futuro, em todos os cantos do mundo, circulará a mesma moeda e terão vigência idênticas regras de direito-custo. (...) O capitalismo tem sede de mercado. Esse regime econômico, de

⁸ *Ibidem* pp. 251/253.

⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Dignidade da pessoa na economia globalizada*. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenação). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 1344/1354.

crises periódicas e injustiças permanentes, depende do constante desbravar de novos destinos para o que se produz. Depois do inegável e retumbante fracasso dos modelos econômicos fundados na planificação centralizada, marcado pela queda do Muro de Berlim, em 1989, não existe nenhuma outra alternativa, mesmo teórica, à organização da produção com base na plena liberdade de iniciativa e competição. (...)

Como movimento essencial ao capitalismo do nosso tempo, a globalização não pode ser objeto de qualquer tipo de valoração. Ela não é boa, nem ruim, posto que é inevitável. A questão que se coloca ao Brasil, assim, não é optar pela globalização ou pelo isolamento nacionalista, mas *como* participar do processo de integração mundial das economias do modo mais vantajoso. O desafio, assim, é capacitar nossas empresas o mais rápido possível para enfrentar a competição global.

Cristiano Chaves de Farias¹⁰ também aponta que a globalização é marcada pela mundialização do capital financeiro, com crescimento de empresas transnacionais e abertura de mercados:

Sem dúvida, “*o mercado de câmbio se transformou no primeiro compartimento dos mercados financeiros a entrar na globalização e é partir dele que se desenvolve o mercado de derivados ou de securitização com relação à variação de moedas e juros*”, como salienta o Professor JOSÉ LUÍS FIORI, destacando que o elemento principal desse fenômeno mundializante é, efetivamente, o *capital financeiro*. Ora, esse *processo de mundialização do capital*, tende a fomentar o *consumo* como forma de alcançar o lucro, que é o próprio resultado almejado. Nesse passo, é imperioso reconhecer como conseqüências desse fenômeno a hegemonia do capital financeiro, o crescimento de empresas transnacionais, a internacionalização da produção, a liberalização

¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. A proteção do consumidor na era da globalização. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, n. 41, p. 81-95, jan.-mar. 2002.

do comércio e o maior oferecimento de produtos e serviços, mudança nas práticas contratuais, com repercussões claras na sociedade organizada.

“Mercados abertos, liberdade alfandegária, fim da ideia de soberania, eliminação do xenofobismo, linhas de produção mundiais, capitais flutuantes e de extrema volatilidade frequentando mercados financeiros sem limites de fronteira, esses os traços característicos do processo de maximização da rentabilidade econômica, responsáveis pela mais drástica alteração estrutural no modo de produção capitalista dos últimos anos”, como reconhece o Prof. FERNANDO HERREN AGUILLAR, concluindo, coerentemente, que é *“em matéria de Direito Econômico, esses efeitos são particularmente sentidos”*.

Nesse contexto, importa, sobretudo, visualizar os evidentes efeitos da globalização. Finkelstein¹¹ observa que, nos dias de hoje,

a velocidade com que as relações internacionais privadas acontecem supera a capacidade de os sistemas locais regulá-las, dificultando aos tutelados dos diversos sistemas jurídicos a existência de uma previsibilidade ao deslinde de seus casos, assim como uma segurança, vez que pode não haver certeza com relação a qual o direito irá regular suas relações jurídicas. O comércio eletrônico possibilita a qualquer um comprar e vender de e para qualquer jurisdição sem ao menos sair de um país; os fluxos migratórios estão cada vez maiores; o turismo traz consigo uma movimentação temporária e a possibilidade de criar litígios transfronteiriços; os investimentos internacionais alcançam patamares nunca antes previstos; os intentos integracionistas e o sistema multilateral do comércio estão cada vez mais liberalizando o comércio internacional e o fato é que tais relações conectadas a diversos sistemas legais têm efetivamente um direito aplicável, que não necessariamente é o brasileiro.

¹¹ *Ibidem*, pp. 133/134.

Configura-se, portanto, um contexto de crescente aumento de negócios e de relações comerciais internacionais, no qual o contrato internacional reafirma cada vez mais a sua função social de instrumentalizar a vontade das partes, pelo qual criam, extinguem ou modificam direitos, produzindo efeitos de natureza jurídica na esfera patrimonial dos contratantes¹².

Nesse contexto, João Luís Nogueira Matias¹³ salienta que “o comércio internacional tem como seu maior instrumento os contratos”, lembrando que, na definição de Irineu Strenger, “são contratos internacionais do comércio todas as manifestações bi ou plurilaterais da vontade livre das partes, objetivando relações patrimoniais ou de serviços, cujos elementos sejam vinculantes de dois ou mais sistemas jurídicos extraterritoriais, pela força do domicílio, nacionalidade, sede principal, lugar do contrato, lugar de execução ou qualquer circunstância que exprima um nome indicativo do direito aplicável”.

Neste ponto, cabe a oportuna advertência de Luizella Giardino Barbosa Branco¹⁴, sobre a complexidade da elaboração de um contrato internacional:

O processo de preparação de um contrato internacional é mais complexo por reunir na sua formação uma série de elementos diferenciados e especializados, que não se faz presente no âmbito de um contrato interno. Tais distinções podem ser observadas nos mecanismos de sua construção e execução. As partes de um contrato internacional confrontam-se com uma diversidade de sistemas jurídicos e econômicos, na variação de língua estrangeira, da moeda e cambio, entre outras particularidades.

A par disso, as previsões essenciais de um contrato internacional, como anota ainda Luizella Giardino B. Branco¹⁵, são: a) a qualificação dos contratantes; b) a finalidade do contrato; c) os direitos e deveres das partes; d) o detalhamento do projeto e sua localização; e) a imprevisão ou força maior *ehardship*; f) a escolha da lei aplicável; g) o sigilo; h) a língua do contrato; i) a convenção arbitral.

Note-se, pois, que em se tratando de contrato internacional, a convenção arbitral é considerada hoje como previsão essencial, visando maior segurança jurídica para as partes contratantes.

¹² BRANCO, Luizella Giardino Barbosa. *A arbitragem nos contratos internacionais*. Disponível em: <http://www.cbsg.com.br/pdf_publicacoes/arbitragem_nos_contratos_internacionais.pdf>. Acesso em 13/11/14.

¹³ MATIAS, João Luis Nogueira. *Lex mercatória e contratos internacionais*. In *Revistas PGM*, vol. 08, 2000.

¹⁴ BRANCO, Luizella Giardino Barbosa. *A arbitragem nos contratos internacionais*. Disponível em: <http://www.cbsg.com.br/pdf_publicacoes/arbitragem_nos_contratos_internacionais.pdf>. Acesso em 13/11/14.

¹⁵ *Ibidem*.

Portanto, dado esse contexto atual, marcado pela globalização, não resta dúvida sobre a importância que assumem os contratos internacionais, e, sobretudo, a conveniência da convenção arbitral, cujo instituto será mais bem abordado em tópico adiante.

2. A COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA FALÊNCIA E DO JUÍZO DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL PREVISTA NA LEI Nº 11.101/05

Em linhas gerais, a falência é execução coletiva, prevista na Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, que reúne todos credores do devedor presumivelmente insolvente.

Uma vez declarado falido, o devedor terá, por força de lei, reunidos os seus credores no processo falimentar, cujo processo objetiva, em suma, a liquidação judicial do patrimônio do falido para pagamento aos credores. E os credores terão seus créditos quantificados e classificados, conforme a lei, de modo que possam receber, segundo a ordem legal, o rateio dos recursos arrecadados da massa falida.

Rubens Requião¹⁶ lembra que a falência é um instituto “marcadamente de ordem pública, muito embora vise resolver em massa questões de interesses essencialmente privados”.

A recuperação judicial, por sua vez, segundo Sérgio Campinho¹⁷, é um instituto desenhado justamente com o objetivo de promover a viabilização da superação de crise financeira, “motivado por um interesse na preservação da empresa desenvolvida pelo devedor”, cuja superação, porém, dependerá da vontade dos credores, que, nos termos da Lei 11.101/05, deverão aprovar o Plano de Recuperação que lhes será submetido, em juízo, pelo devedor.

Nos estreitos limites do presente estudo, o que se quer destacar é que o artigo 76 da lei falimentar estabelece que “o juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo”. Destaca-se que, em sequência, o artigo 115 da mesma lei estabelece que “a decretação da falência sujeita todos os credores, que somente poderão exercer os seus direitos sobre os bens do falido e do sócio ilimitadamente responsável na forma que a própria lei falimentar prescrever”.

¹⁶ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 22.

¹⁷ CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa – o novo regime da insolvência empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 120.

Manoel Justino Bezerra Filho¹⁸ comenta o referido artigo 76, relativo ao juízo universal da falência:

1. Este art. 76 consagra a chamada “universalidade do juízo falimentar”, em decorrência da qual o juiz que preside a falência é competente, em princípio, para todas as ações sobre as quais haja interesse da massa, disposição esta que repete em parte o que dizia o art. 7º da lei anterior. Em princípio, qualquer ação contra a massa falida ficará suspensa e os credores deverão todos comparecer à falência (art. 6º), habilitando seus créditos, habilitação na qual serão decididos aqueles aspectos que eventualmente seriam discutidos em tais ações ou execuções individuais.

2. Como regra geral, anote-se o princípio da universalidade do juízo da falência, com a *vis attractiva* falimentar, no sentido de que exerce força de atração sobre os demais processos de interesse da massa. Observe-se, porém, desde já, a primeira exceção que ressalva as causas trabalhistas, que deverão ser decididas pelo próprio juiz especializado do trabalho, devendo ser habilitada na falência a importância que aquela justiça especializada entender como correta.

3. A segunda exceção diz respeito às causas fiscais. Bottesini (p. 145) anota que a Fazenda Pública não se sujeita ao concurso universal na falência, o que eventualmente redundará em prejuízo para o próprio Fisco, que pode prosseguir com a execução e levar o bem à hasta pública, devendo, porém, o produto ser encaminhado para a massa, para o pagamento preferencial dos credores que, na ordem legal, estão adiante do Fisco.

4. A terceira exceção diz respeito às ações não reguladas nesta Lei, em que o falido figure como autor ou litisconsorte ativo. Ou seja, a Lei está falando exclusivamente de ações propostas pelo

¹⁸ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova lei de recuperação e falências comentada. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, comentário artigo por artigo*. 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 192/193, em comentário ao artigo 76.

falido. O exemplo que sempre auxilia a compreensão pode ser lembrado no caso de a massa falida ter valores a receber por mercadorias vendidas a pessoa domiciliada em outra praça. Em tal caso, a ação de cobrança ou execução será ajuizada ante o juízo do domicílio do devedor e não perante o juízo da falência. Já no caso, por exemplo, da ação revocatória (art. 131), será ajuizada ação ante o juízo da falência, pois se trata de ação regulada nesta própria Lei de Recuperação e Falência.

O mesmo autor¹⁹ comenta, também, o referido artigo 115, que é complementar ao juízo universal da falência:

1. Ante o princípio da universalidade do juízo falimentar consagrado no art. 76, todos os credores ficam sujeitos a ele; perante o juízo falimentar é que devem exercer seus direitos, respondendo pelas dívidas os bens do falido e do sócio ilimitadamente responsável. O tipo de sociedade empresária mais comum nos dias de hoje é a sociedade anônima ou a sociedade limitada e nestas os bens pessoais dos acionistas e cotistas não respondem pelas dívidas da sociedade.

2. Os casos clássicos de responsabilidade abrangendo os bens pessoais ocorrem naquelas sociedades nas quais há sócios com responsabilidade ilimitada (sociedade em nome coletivo, art. 1.039 do Código Civil; sócio comanditado, na comandita simples, art. 1.045 do Código Civil; diretor com nome na firma ou razão social, na comandita por ações, art. 281 da Lei 6.404/76). Também respondem de forma ilimitada os componentes da sociedade em comum, antiga sociedade irregular ou de fato, nos termos do art. 990 do Código Civil.

Ademais, a lei falimentar é expressa no sentido de que as habilitações e impugnações de crédito devem ser processadas e julgadas perante o juízo da recuperação judicial ou da falência, conforme esclarece Campinho:

¹⁹ *Ibidem*, pp. 192/193, em comentário ao artigo 115.

Decretada a falência ou determinado o processamento da recuperação judicial, os credores sujeitos a seus efeitos, na falência denominados de concursais em oposição aos extraconcursais, estarão submetidos a um processo judicial de verificação de créditos, realizado pelo juízo da recuperação ou da falência, a fim de que adquiram o direito de receber as importâncias por eles pugnadas. Com o procedimento se pretende assegurar o acerto do passivo do devedor, para nele efetivamente figurarem os créditos legítimos, pelos valores exatos, e segundo a classificação que por direito lhes caiba.

Cumpra-se anotar, ainda, que o artigo 66 da lei falimentar estabelece que, “após a distribuição do pedido de recuperação judicial, o devedor não poderá alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo permanente, salvo evidente utilidade reconhecida pelo juiz, depois de ouvido o Comitê, com exceção daqueles previamente relacionados no plano de recuperação judicial”.

O artigo 103, por sua vez, estabelece que “desde a decretação da falência ou do sequestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor”.

Não há dúvida, portanto, sobre a higidez do juízo universal da falência, que atrai para si todos os litígios de interesse da massa falida, salvo as questões trabalhistas, fiscais e as que não estão reguladas na lei falimentar, cujo juízo universal também sucede em sede de processo de recuperação judicial²⁰.

Isso posto, o que se investiga é se estes dispositivos legais, expressos na lei falimentar, que constituem o juízo universal da falência e da recuperação judicial, retiram a eficácia da convenção arbitral, deslocando a competência de solução de litígios sobre a existência e quantificação de obrigações da arbitragem para o Poder Judiciário e se os efeitos da falência e da recuperação judicial transmudam os bens patrimoniais do devedor, que antes eram disponíveis, em direitos patrimoniais indisponíveis.

Demonstrar-se-á, adiante, à guisa de conclusão, como a doutrina e a jurisprudência respondem a estas questões, quando confrontadas com a

²⁰ Nesse sentido a posição do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se Agravo Regimental no Conflito de Competência. Falência. Lei n. 11.101/05. Interpretação sistemático-teleológica dos seus dispositivos. Execução de crédito trabalhista. Juízo universal. Precedentes da Segunda Seção do STJ. Manutenção da decisão agravada que conheceu do conflito para declarar a competência do juízo de direito da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo – SP. Recurso a que se nega provimento. (AgRg no CC 118.908/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/08/2014, DJe 26/09/2014).



prevalência ou não de convenção arbitral pactuada em contrato internacional, na forma de cláusula compromissória cheia, quando uma das partes contratantes, figurando como devedora, em sede de recuperação judicial ou de falência, contesta a validade ou valor da obrigação decorrente do contrato internacional.

3. ARBITRAGEM INTERNACIONAL E *LEX MERCATORIA*

É de Finkelstein²¹ a afirmação de que “para os operadores do comércio internacional, a arbitragem é certamente o meio mais propício para a solução das controvérsias”, destacando-se que, no Brasil, a Lei nº 9.307, de 23-09-1996, estabeleceu a arbitragem como método alternativo ao Poder Judiciário para solução de disputas.

Para Frederico E. Z. Glitz²², o crescimento da arbitragem internacional está relacionado diretamente com o contexto da globalização:

Cada vez mais há a necessidade de implementação de instrumentos de pacificação internacional, através de modos alternativos para solução de controvérsias.
(...)

Com o incremento do fenômeno da globalização e a tendência de formação de blocos econômicos, cresceu a necessidade de meios jurídicos que assegurassem uma solução rápida, econômica, sigilosa e técnica para os conflitos de interesses que surgissem em decorrência dessas relações.

Desse modo, para se garantir um tratamento equânime entre as partes, afastando a incerteza quanto a isenção de Tribunais locais em conflitos entre nacionais e estrangeiros, implementou-se um sistema moderno de arbitragem.

Finkelstein²³ esclarece que a “arbitragem traz inúmeras vantagens à solução de litígios comparativamente aos tribunais estatais, especialmente em função da preservação da autonomia da vontade das partes, da rapidez comparada ao Judiciário, da maior especialização do árbitro nas questões levadas

²¹ *Ibidem*, p. 165/166.

²² GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *A arbitragem internacional como sistema de solução privada de controvérsias*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/22337-22339-1-PB.pdf>>. Acesso em 18/11/14.

²³ FINKELSTEIN, Cláudio. *Direito Internacional*. 2. Ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 167/168.

à sua apreciação, do custo, na maioria das vezes, e também da possibilidade de manutenção do sigilo sobre a questão em debate”.

A respeito da arbitragem internacional, de que se trata no presente estudo, o parágrafo único do artigo 34 da Lei nº 9.307, de 23-09-1996 estabelece que “considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional”.

Sobre a distinção entre a arbitragem doméstica e a arbitragem internacional, Finkelstein²⁴ melhor esclarece:

O legislador brasileiro não estabeleceu regras distintas para a arbitragem nacional e a internacional, somente um processo diferenciado para homologação de laudos arbitrais emitidos fora do território nacional. Assim, o critério brasileiro para a determinação da internacionalidade do laudo é o geográfico. Laudo emitido fora do território brasileiro é estrangeiro, independentemente da nacionalidade ou domicílio das partes, do local de cumprimento, da natureza do contrato que deu origem ao litígio, do idioma, da lei aplicável ou da moeda da obrigação.

Segundo a convenção Europeia de Genebra de 1961, arbitragem comercial internacional é a que “vai dirigida a dirimir litígios nascidos ou suscetíveis de nascer de operações de comércio internacional” (Artigo 1º), já em Portugal, “entende-se por arbitragem internacional a que põe em jogo interesses do comércio internacional” (Lei nº 31/89, Artigo 32). O Brasil optou por não fazer distinção alguma entre os procedimentos, gravando, no entanto, o procedimento de execução com uma metodologia diferenciada, que no entanto reconhece como válido e eficaz o procedimento estrangeiro, tornando-o passível de homologação em território nacional.

Portanto, resta evidenciado que, para o direito brasileiro, a arbitragem internacional é aquela realizada fora do território nacional, cuja sentença arbitral estrangeira deve ser homologada perante o Superior Tribunal de Justiça, em procedimento previsto na própria lei que rege a matéria²⁵.

²⁴ *Ibidem*, pp. 166/167.

²⁵ Lei nº 9.307, de 23-09-1996, art. 35 e seguintes, cuja competência para reconhecimento



Deve-se registrar, por oportuno, que apenas os direitos patrimoniais disponíveis podem ser submetidos à arbitragem, conforme estabelece o artigo 1º da lei brasileira.

A par disso, é certo que a arbitragem deriva diretamente da autonomia da vontade das partes. Como regra, diz Finkelstein²⁶, a vontade das partes as vincula, faz lei entre elas (*pacta sunt servanda*), cuja vontade se manifesta por meio da convenção de arbitragem.

A arbitragem decorre da vontade expressa das partes por meio da convenção de arbitragem, que é gênero e manifesta-se em duas diferentes espécies: a cláusula compromissória (ou cláusula arbitral) e o compromisso arbitral.

A Lei de Arbitragem, em seu Artigo 4º, define cláusula compromissória como “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”. Seria uma determinação *in abstracto* da forma eleita pelas partes para solucionar quaisquer litígios futuros derivados daquele contrato.

Por sua vez, o compromisso arbitral “é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial” (Artigo 9º). Assim, já individualizada a controvérsia, as partes firmam o compromisso, indicando *in concreto* qual o litígio, determinando quem será o(s) árbitro(s) e qual o procedimento e prazos a serem seguidos.

Desta forma, apesar de facultativo o uso do juízo arbitral no âmbito da Lei nº 9.307/96, uma vez adotado por meio da inserção, de cláusula compromissória no bojo de um contrato, torna-se obrigatória para as partes a utilização deste meio, podendo qualquer uma delas exigir a instalação do juízo arbitral para dirimir o litígio.

de sentença arbitral estrangeira, que antes era do Supremo Tribunal Federal, atualmente é do Superior Tribunal de Justiça, por força da Emenda Constitucional 45/2004, que alterou o art. 105, alínea i, da Constituição Federal.

²⁶ FINKELSTEIN, Cláudio. *Direito Internacional*. 2. Ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 138.

Na cláusula compromissória, a escolha do local para a realização da arbitragem influirá também no processo de execução, pois quando proferida no Brasil a sentença pode ser imediatamente executada, por ser comparada a uma sentença judicial; já quando proferida fora do território nacional, o reconhecimento e execução dependerão da homologação pelo Superior Tribunal de Justiça (EC 45)²⁷.

Todavia, essa autonomia da vontade das partes encontra limites, como também observa Finkelstein²⁸:

A autonomia da vontade encontra seus limites nas leis imperativas, na ordem pública que é conceito mais político que jurídico ou social. É conceito temporal e variável, de conteúdo social, político e jurídico. (...) Não é um conceito passível de uma definição universalmente aceita. Dependerá do caso concreto e do entendimento do julgador.

(...) essa liberdade de ação conferida às partes contratantes não é limitada, vez que não pode afastar a aplicabilidade das chamadas normas de ordem pública vigentes nos países com os quais o contrato internacional esteja relacionado, ou seja, aquelas jurisdições nas quais referido contrato internacional produzirá seus efeitos.

De todo modo, como anota Luizella Giardino B. Branco²⁹, “a arbitragem garante aos contratantes grande liberdade na escolha do modo pelo qual será resolvido o conflito. Com relação ao direito aplicável, essa liberdade traduz-se nas regras de procedimento que o árbitro irá se utilizar e da opção do direito material a ser aplicado na solução do litígio”.

Portanto, em se tratando de procedimento arbitral, as partes podem escolher que a arbitragem seja regida ou por normas de direito eleitas por elas próprias, ou por equidade, e podem optar por “leis nacionais, pelos princípios

²⁷ *Ibidem*, p. 168.

²⁸ FINKELSTEIN, Cláudio. *Direito Internacional*. 2. Ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 138 e 143.

²⁹ BRANCO, Luizella Giardino Barbosa. *A arbitragem nos contratos internacionais*. Disponível em: <http://www.cbsg.com.br/pdf_publicacoes/arbitragem_nos_contratos_internacionais.pdf>. Acesso em 13/11/14.

gerais do direito, pelos usos e costumes ou pelas regras internacionais do comércio, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”³⁰.

E como os usos e costumes podem ser eleitos pelas partes como fontes normativas, registre-se, neste ponto, a *lex mercatoria*.

Para Finkelstein³¹, há muitos anos se discute em meios acadêmicos a existência da *lex mercatoria*, sendo que existem diversas correntes propugnando pela sua existência e diversas outras propugnando pela impossibilidade de uma lei “anacional”, sem vínculo algum com um sistema jurídico estatal ou mesmo sem alguma substantivação, ainda que mínima.

No entanto, não podemos concordar com esses argumentos, até porque muitas decisões arbitrais se baseiam na *lex mercatoria*. Aliás, há indícios de que a *lex mercatoria* pode ser tão antiga quanto as leis humanas, e mais antiga do que a lei escrita, conforme defende Gerard Malynes, a quem se atribui a primeira definição de *lex mercatoria* em 1622. Tendo percorrido grande parte do território europeu fazendo um estudo das práticas comerciais, MALYNES conclui que: “e os mercadores viajavam de país a país. [...] E provou-se ser verdadeiro (e a experiência confirmou) que *vita ciculis in societa posita est, societas autem in império & commercio*. Assim, esta aparentava que a Lei dos Comerciantes pode ser tão antiga quanto as leis humanas, e mais antiga que qualquer lei escrita. A própria lei moral, na forma escrita por Moisés, o foi muito após a Lei dos Comerciantes derivada dos costumes”.

Para que não paire dúvida sobre a existência ou não da *lex mercatoria*, nada melhor do que a apresentação de alguns exemplos de sua aplicação prática que fogem às regras de abstração e incerteza características desta.

O crédito documentário é um típico exemplo de *lex mercatoria*. Sua normatização ocorreu por meio da Câmara Internacional de Comércio, que elaborou em 1933 a primeira versão das frequentemente atualizadas RUU (*Règles et Usages Uniformes*

³⁰ *Ibidem*, p. 145.

³¹ FINKELSTEIN, Cláudio. A “E-Lex Mercatoria”. In: Revista de Direito Internacional e Econômico. Porto Alegre: Síntese/INCE, v. 2, n. 1, out./dez., 2002, p. 99/106.

Relatives aux Crédits Documentaires), regulação essa que decorreu dos usos e costumes internacionais. O mesmo se pode dizer dos chamados INCONTERMS (regras oficiais da Câmara Internacional de Comércio para a interpretação de termos comerciais), elaborados em 1936, atualizados frequentemente e utilizados virtualmente em todas as operações de comércio internacional. Já os princípios gerais costumeiramente aplicados aos contratos internacionais do comércio foram positivados em um diploma pela UNIDROIT (International Institute for the Unification of Private Law), em 1994, tendo este sido atualizado em 2004 e 2010. Enquanto que o comitê da Basileia vem editando regras e princípios relativos à atividade bancária internacional desde 1975. Em resumo, trata-se de regulamentações das principais cláusulas contratuais utilizadas no comércio internacional, novamente resultante dos usos e costumes comerciais. Resta claro, portanto, que, em alguns aspectos, não há que se questionar a existência de *lex mercatoria*, constatando-se, no entanto, que em áreas sob as quais inexistente reforço internacional de unificação e harmonização, a correta definição de seu conteúdo é de difícil afirmação. Assim, especialmente em procedimentos arbitrais internacionais, nos quais estão envolvidas relações comerciais transnacionais, a aplicação de usos e costumes utilizados no comércio é, na maioria das vezes, fundamental para uma análise e compreensão dos conflitos, bem como para o proferimento de decisões corretas e adequadas. Em geral, normas positivadas relativamente estáticas, tais como legislações nacionais e tratados internacionais, não acompanham a flexibilidade e dinâmica das práticas comerciais. Por isso, a enorme utilização da *lex mercatoria* em arbitragem e o desenvolvimento da íntima relação entre os institutos³².

Decerto, “a adoção da ‘lex mercatoria’ apresenta-se, na atual fase de globalização da economia como um grande facilitador da contratação no

³² FINKELSTEIN, Cláudio. *Direito Internacional*. 2. Ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 173/174.

comércio internacional, afastando a incerteza dos julgamentos nacionalistas que podem prosperar em qualquer parte do mundo, seja por ideologia, seja por xenofobia, ou pelo prosaico comodismo de decidirem os juizes sem maiores indagações sobre o direito alienígena”³³.

Não resta dúvida, portanto, da relevância da arbitragem, e inclusive da *lex mercatoria*, no contexto atual da globalização.

4. OS EFEITOS DA FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL SOBRE A CONVENÇÃO ARBITRAL

A investigação empreendida revela que o instituto da arbitragem, e inclusive da *lex mercatoria*, prestigiam a autonomia da vontade das partes e permitem maior segurança jurídica na solução de conflitos decorrentes de relações comerciais internacionais, crescentes exponencialmente por força da globalização.

A par disso, resta saber em que medida a convenção arbitral, pactuada em contrato internacional, na forma de cláusula compromissória cheia, pode ser afetada por recuperação judicial ou falência que afete o devedor.

A doutrina de Donaldo Armelin já se ocupou de tal questão, reconhecendo que a falência pode suscitar dúvida sobre a prevalência da arbitragem. Contudo, Armelin³⁴ sustenta que não há fundamento a justificar a suspensão de procedimento arbitral iniciado ou a se iniciar, com lastro em convenção de arbitragem celebrada antes da falência. Confira-se:

Há, sem dúvida, como antes já examinado, um tipo especial de execução concursal, que, pela sua natureza e finalidade, pode gerar questionamento quanto à sua aptidão para afetar higidez da arbitragem já iniciada ou da convenção de arbitragem também já pactuada. Trata-se da falência, atualmente disciplinada pela Lei 11.101, de 09.02.2005, cujo art. 6º dispõe:

“A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.”

³³ TAVOLARO, Agostinho Toffoli. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Fontes do comércio internacional e o direito brasileiro*. Disponível em: <<http://www.tavolaroadvogados.com/doutrina/cs518.pdf>>. Acesso em 18/11/14.

³⁴ ARMELIN, Donaldo. *A arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial*. In: Revista de Arbitragem e Mediação, Ano 4, n. 13, ab./jun./2007. Coordenador Arnold Wald, p. 16/29. Instituto Brasileiro de Direito Comparado, Editora Revista dos Tribunais.

O texto legal é suficientemente amplo para abranger, na sua literalidade, as execuções e as ações de conhecimento, não se reportando, todavia, às arbitragens em curso ou a serem iniciadas. Considerando-se o caráter de indivisibilidade emprestado ao foro da falência, no sentido deste concentrar todos os créditos e litígios sob a mesma autoridade judicial, para controle dos pagamentos aos credores com a manutenção, *quantum satis*, do princípio da *par condicio creditorum*, é perfeitamente aceitável a imposição da cessão da fluência das execuções em face do devedor e a centralização das ações sob a mesma competência. Mas a suspensão de processos de conhecimento em que se discutem o *an* e o *quantum debeat* dos credores, soa excessiva, considerando-se que os créditos apurados judicialmente passarão pelo crivo do processo falimentar.

Deveras, a falência é, sob o prisma processual, uma execução que, por ser concursal, deve albergar todas as execuções dos credores do falido. Mas inexistente fundamento jurídico para a suspensão das ações de conhecimento, cujo escopo é tão-somente aparelhar títulos executivos que habilitem os credores do falido a participar da execução dessa natureza. Se justificável a fixação de competência exclusiva do foro da falência para o conhecimento e decisão das ações aforadas em face do falido, tal não justifica a sua suspensão. Com maior razão, portanto, injustificável será a suspensão de uma arbitragem em curso ou a se iniciar com lastro em convenção de arbitragem celebrada antes da falência e do período por ela alcançado.

Assim, relativamente às arbitragens em curso, não há porque se sobrestar, na dependência do desenvolvimento da falência. Nelas se discute a existência de uma determinada obrigação relativa a direitos patrimoniais e disponíveis. A indisponibilidade dos bens do falido, resultante de falência, tem um caráter e escopo também cautelares, por tornar ineficaz qualquer alienação destes,



enquanto pendente o processo falimentar. É forma de se obter a manutenção do patrimônio do falido, garantia comum de todos os credores. Essa garantia não se esgarça com a pendência de arbitragem, cujo resultado também pode ser de preparar e aparelhar uma execução, na qual, salienta-se, o crédito nela apurado poderá, quando cabível, ser objeto de revisitação pelo Poder Judiciário, mediante a utilização dos instrumentos pessoais adequados.

Aliás, Armelin³⁵ enfrenta questão do juízo universal da falência, mas conclui que a arbitragem convencional não resta prejudicada.

O prosseguimento de arbitragem após a decretação da falência é análogo à continuidade do processamento das reclamações trabalhistas perante a Justiça Laboral, com a consequente habilitação dos créditos nela reconhecidos, na execução falimentar, tal como o determina o art. 76 da Lei de Quebras. A falência, nessa hipótese, não dispõe do condão de romper as balizas da competência da Justiça do Trabalho, constitucionalmente delimitada, mas indisputavelmente um tipo de competência absoluta em razão da matéria. Ora, se a distribuição da competência entre as várias Justiças que integram o Poder Judiciário é suficiente para estancar a *vis atractiva* da falência, com maior razão a diversidade entre a jurisdição estatal e a arbitral será bastante para esse fim.

A continuidade do processo arbitral, após a decretação da falência de uma das partes nele envolvidas, não viola a ordem pública interna, nem coloca em risco a regularidade da execução concursal. Não implica risco de tratamento discriminatório entre credores, até porque, como já acentuado supra, a arbitragem não vai além da declaração, em sentido lato, do direito das partes. O remoto risco de utilização da arbitragem para obter resultado vedado em lei, tem, como sucede com o mesmo risco decorrente do processo simulado

³⁵ *Ibidem.*

(art. 129 do CPC), meios de ser superado mediante o instrumento processual da invalidação da sentença arbitral.

Sem dúvida, relativamente a falência vige o princípio que consagra a indivisibilidade do respectivo juízo, insculpido no art. 76 da Lei 11.101 de 09.02.1995, que dispõe, verbis:

“O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo.”

Mas esse princípio não abarca a arbitragem, que não se encanta entre ações judiciais, como é cediço. Existe no Brasil inequívoca separação entre a jurisdição estatal e a arbitral. A invocação do direito estrangeiro não aproveita, considerando-se as características próprias de cada sistema jurídico existente. Notadamente ao plano constitucional, no qual, como assegura a CF/88, existe a tutela do direito adquirido e a garantia à tutela arbitral, se e quando decorrente da convenção arbitral, da qual resulta o direito a esse tipo de tutela. (...)

Não há, pois, obstáculo jurídico a continuidade da arbitragem, quando decretada a falência de uma das partes litigantes na tela arbitral. Atuam ambas em campos diversos, ainda que o resultado da arbitragem possa, eventualmente, implicar consequências na execução concursal, na medida em que fixará a existência ou não do direito patrimonial questionado e, pois, influenciará na possibilidade de sua habilitação no juízo falimentar. Esse posicionamento pró-arbitragem lastreia-se na circunstância de se manter hígida e eficaz a convenção da arbitragem a despeito de decretação de falência de um dos seus signatários, como tem sido acentuado supra. (...)

Portanto, é de se concluir no sentido da iniciação e continuidade da arbitragem resultante de convenção de arbitragem celebrada antes da decretação da falência de uma das partes nela envolvidas. Esta

conclusão não se altera pela circunstância de ter o Ministério Público uma atividade fiscalizadora na tela falimentar, estando, pois, legitimado a ajuizar as ações cabíveis na defesa dos direitos e interesses da massa falida, mas não para ingressar em arbitragem para monitorar ou nela atuar como custos legais. Caber-lhe-á, se admissível for, postular o reconhecimento de invalidade da decisão arbitral que se encarta em uma das hipóteses previstas no art. 32 da Lei 9.307/96.

Isto em razão de ser a arbitragem terreno exclusivo de litígios sobre direitos patrimoniais disponíveis já submetidos, mediante convenção de arbitragem anterior à quebra, a jurisdição privada. A intervenção fiscalizadora do Parquet haverá de ocorrer após o término da arbitragem e a inserção de seu resultado na execução concursal correspondente a falência, se e quando tal sentença convolar-se em título executivo judicial.

Na jurisprudência também se colhem julgados que enfrentaram a questão, dentre os quais se destaca acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, da lavra no Desembargador Pereira Calças, que tem a seguinte ementá³⁶:

Agravo de Instrumento. Falência. Impugnação judicial objetivando habilitação de crédito fundamentado em sentença arbitral. Cláusula com promissória pactuada em contrato de construção de edifício firmado entre as partes. Inadimplemento contratual gerador de resolução do contrato e formulação de demanda perante a Câmara de Arbitragem. Posterior decretação da falência da demandada. Intervenção do Administrador Judicial da Massa Falida no procedimento arbitral, com alegação de incompetência do Juízo Arbitral, em face da falta de capacidade processual da falida e indisponibilidade dos bens da devedora, com base no artigo 25, da Lei nº 9.307/96, sustentando dever a demanda ser atraída para o Juízo

³⁶ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado. Agravo de Instrumento nº 531.020-4/3-00, julgado em 25/06/2008. Relator Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças.

Universal da Falência. Prosseguimento da demanda arbitral com condenação da devedora na indenização fixada pela Câmara de Arbitragem. Aplicabilidade do artigo 6º, § 1º, da Lei nº 11.101/2005, eis que, versando a demanda sobre quantia ilíquida, o processo não é suspenso em virtude da falência da devedora, inexistindo a “vis attractiva” do art. 76, “caput”, devendo o procedimento arbitral prosseguir com o administrador judicial que representará a massa falida, sob pena de nulidade. Inaplicabilidade do artigo 117 à convenção de arbitragem. Inexistência de previsão legal de intervenção do Ministério Público nas demandas arbitrais em que a massa falida seja parte, especialmente sob a óptica do veto ao artigo 4º, da Lei nº 11.101/2005, que não manteve norma similar ao artigo 210 do Decreto-lei nº 7.661/45. Legitimidade da inclusão do crédito reconhecido no Tribunal Arbitral no Quadro-Geral de Credores da falida, pelo valor determinado no juízo arbitral, limitada a atualização monetária e os juros até a data do decreto da quebra, a teor dos artigos 9º, inciso II e 124, ambos, da Lei nº 11.101/2005. Agravo parcialmente provido para ser deferida a impugnação e a habilitação do crédito da agravante, observados os limites acima estabelecidos.

Do referido acórdão, destacam-se os seguintes trechos de sua fundamentação³⁷:

Em que pese o respeito à argumentação adotada, mesmo considerando-se que no processo de falência há interesses da coletividade dos credores do devedor comum, não se entrevê qualquer impedimento ao cumprimento de convenção de arbitragem pactuada anteriormente à decretação da falência, em cláusula prevista no contrato firmado por pessoas jurídicas, regularmente constituídas e apresentadas na forma

³⁷ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado. Agravo de Instrumento nº 531.020-4/3-00, julgado em 25/06/2008. Relator Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças.

de seus atos constitutivos, com plena capacidade negociai e tendo por objeto direitos patrimoniais disponíveis, conforme estabelece o artigo 1º, da Lei nº 9 307, de 1996.

Outrossim, é correta a assertiva do ilustre magistrado de que decretada a falência, o devedor perde o direito de administrar seus bens ou deles dispor, na dicção expressa do artigo 103 da Lei nº 11 101/2005. No entanto, disso não resulta que a indisponibilidade dos bens, interesses e direitos envolvidos no processo de falência, acarrete a aplicação do artigo 25 da Lei nº 9.307/96 à convenção de arbitragem anteriormente pactuada, eis que, caberá à Massa Falida, representada pelo Administrador Judicial, praticar todos os atos conservatórios de direitos e ações, consoante prevê o artigo 22, inciso III, alínea I, da Lei de Recuperação de Empresas e Falências.

Além disso, não procede a afirmativa da decisão recorrida no sentido de que, decretada a quebra, deveria haver a imediata suspensão do procedimento arbitral, eis que, versando a demanda sobre quantia ilíquida, incide no caso o artigo 6º, § 1º, da Lei nº 11 101/2005, que afasta a suspensão das ações movidas contra o devedor, prevista no “caput” do referido dispositivo legal, ao determinar que “terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida”, cumprindo apenas que se observe o artigo 76, parágrafo único, da Lei de Recuperação de Empresas e Falências, *“todas as ações, inclusive as excetuadas no ‘caput’ deste artigo, terão prosseguimento com o administrador judicial, que deverá ser intimado, sob pena de nulidade do processo”*.

Outrossim, também sem fomento jurídico, “venia concessa”, a assertiva de que, em se tratando de contrato com cláusula de arbitragem, deve ser observado o artigo 117 da Lei nº 11 101/2005, que estabelece os efeitos da falência em relação aos contratos bilaterais, *“que não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo, ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização*

do Comitê". No caso vertente, o contrato bilateral de construção de edifício celebrado entre as partes já estava resolvido unilateralmente, desde 31 de julho de 2004 e, quando foi decretada a falência, em 14 de junho de 2005, a demanda arbitral já havia se iniciado por pedido formulado ao Tribunal Arbitral em 20 de abril de 2005. Não se olvide, ademais, que o conceito de contrato bilateral que se insere na regra do artigo 117 da Lei nº 11 101/2005, não é o mesmo adotado pelo direito comum das obrigações. Contrato bilateral na esfera do direito falimentar não é aquele em que ambas as partes contratam obrigações recíprocas e contrapostas, ou seja, como leciona CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA "*no contrato bilateral cada uma das partes é credora e reciprocamente devedora da outra*" (Instituições de Direito Civil, Ed. Forense, 12ª edição, Rio de Janeiro, 2005, atualizado por Régis Fichtner, vol III, p 66).

(...)

Diante de tais considerações, não entrevejo qualquer óbice para a habilitação do crédito da agravante, que, como se verifica, foi fixado pela Câmara de Arbitragem, nos exatos termos do contrato celebrado entre as partes, ao tempo em que não havia qualquer restrição à capacidade para contratar da empresa agravada, nem indisponibilidade de bens patrimoniais. O fato de, posteriormente, ter sido decretada a falência da agravada, não pode ter eficácia retroativa a impedir o cumprimento da cláusula de arbitragem.

Como se vê, a doutrina e a jurisprudência³⁸ já se depararam com as questões que são objeto da presente investigação e apontaram no sentido de que a decretação da falência ou o deferimento de recuperação judicial não retiram a eficácia da convenção arbitral pactuada.

Cabe ressaltar que o julgado referido trata de arbitragem doméstica, mas sua fundamentação amolda-se perfeitamente à hipótese de convenção arbitral pactuada em contrato internacional, sendo certo que a sentença arbitral ficará sujeita à prévia homologação perante o Superior Tribunal de Justiça.

³⁸ No mesmo sentido, acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Embargos de Declaração nº 644.204-4/4-01, registro nº 02755989, Relator Desembargador Maia da Cunha: "A superveniência da massa falida e indisponibilidade de seus bens não impede a aplicação da Lei nº 9307/96, prosseguindo-se o processo de arbitragem com a participação do administrador judicial. Precedente da Câmara de Falências e Recuperações deste TJSP"

CONCLUSÃO

Sendo certo que a coerência é pressuposto do ordenamento jurídico, à guisa de conclusão é possível extrair da investigação as afirmações seguintes:

- i. prevalece a convenção arbitral pactuada em contrato internacional, na forma de cláusula compromissória cheia, na hipótese de uma das partes contratantes, figurando como devedora e estando estabelecida no Brasil, ingressa com requerimento de recuperação judicial, com deferimento do processamento e mesmo que sobrevenha decretação de falência, ainda que não precedida de recuperação judicial. Em outras palavras: o advento de recuperação ou falência não retira a eficácia da convenção arbitral e não desloca a competência de solução de litígios abrangidos pela convenção arbitral para o Poder Judiciário;
- ii. qualquer litígio sobre a existência ou o valor da obrigação decorrente do contrato internacional, no qual as partes pactuaram convenção arbitral, na forma de cláusula compromissória cheia, deverá ser dirimido pela arbitragem, não sendo tal conflito atraído pelo juízo universal da falência;
- iii. embora a falência acarrete indisponibilidade dos bens do devedor, quando pactuada anteriormente a convenção arbitral e os bens do devedor eram disponíveis, não se aplica o artigo 25 da Lei n° 9.307/96³⁹, de modo que os efeitos da falência e da recuperação judicial não transmudam a qualificação desse bens para efeito de sujeição à arbitragem.

³⁹ Art. 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral.

REFERÊNCIAS

ALVES, Eliana Calmon. *A arbitragem internacional*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29762-29778-1-PB.pdf>>. Acesso em 14.11.2014.

ARMELIN, Donaldo. *A arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial* In: Revista de Arbitragem e Mediação, Ano 4, n. 13, ab./jun./2007. Coordenador Arnold Wald, p. 16/29. Instituto Brasileiro de Direito Comparado, Editora Revista dos Tribunais.

BRANCO, Luizella Giardino Barbosa. *A arbitragem nos contratos internacionais*. Disponível em : <http://www.cbsg.com.br/pdf_publicacoes/arbitragem_nos_contratos_internacionais.pdf>. Acesso em 13/11/14.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova lei de recuperação e falências comentada. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, comentário artigo por artigo*. 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

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

COELHO, Fábio Ulhoa. *Dignidade da pessoa na economia globalizada*. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenação). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *A civilização capitalista: para compreender o mundo em que vivemos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *A proteção do consumidor na era da globalização*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, n. 41.

FINKELSTEIN, Cláudio. A “E-Lex Mercatoria”. In: Revista de Direito Internacional e Econômico. Porto Alegre: Síntese/INCE, v. 2, n. 1, out./dez., 2002. _____ . *Direito Internacional*. 2. Ed., São Paulo: Atlas, 2013.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *A arbitragem internacional como sistema de solução privada de controvérsias*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/22337-22339-1-PB.pdf>>. Acesso em 18/11/14. MATIAS, João Luis Nogueira. *Lex mercatória e contratos internacionais*. In Revistas PGM, vol. 08, 2000.



REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1991.

TAVOLARO, Agostinho Toffoli. MARTINS, *Ives Gandra da Silva*. *Fontes do comércio internacional e o direito brasileiro*. Disponível em: <<http://www.tavolaroadvogados.com/doutrina/cs518.pdf>>. Acesso em 18/11/14.