

TRÊS PONTOS PARA REFLEXÃO SOBRE A REFORMA DA LEI DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA BRASILEIRA

Gustavo Fávero Vaughn¹

Henrique Ceolin Bortolo²

Natália Salvador Veiga³

Resumo: Este artigo busca apresentar três pontos para reflexão sobre a reforma da Lei n.º 11.101/2005, que trata da recuperação judicial e da falência no direito brasileiro. A lei vigente precisa ser revisada com o fito de melhor corresponder aos anseios sociais, principalmente diante da grave crise econômico-financeira pela qual o Brasil vem passando nos últimos anos, que acarreta um número crescente de pedidos de insolvência.

Palavras-Chave: Recuperação judicial – Lei n.º 11.101/2005 – Insolvência – *Cram down* – Arbitragem – Juízos especializados.

THREE ASPECTS TO CONSIDER REGARDING THE POSSIBLE AMENDMENTS TO THE BRAZILIAN INSOLVENCY LAW

¹ Pós-graduando em Direito Processual Civil na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem, da Associação Brasileira dos Estudantes de Arbitragem, da INOVARB-AMCHAM e do Institute for Transnational Arbitration. Advogado.

² Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-graduação *lato sensu* em curso de curta duração sobre Reestruturação e Recuperação de Empresas pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Membro da Ordem dos Advogados do Brasil. Advogado.

³ Pós-graduanda em Direito Processual Civil na Fundação Getúlio Vargas. Advogada

Abstract: The scope of this paper is to present three aspects to consider regarding the possible amendments to the Brazilian Insolvency Law, enacted in 2005. The current law has to be reviewed in order to respond better to social needs, especially because Brazil has been facing a harsh financial crisis for a long time, which means that more companies are claiming for bankruptcy.

Keywords: Reorganization – Brazilian Insolvency Law – Insolvency – Bankruptcy courts – Cram down – Arbitration.

Sumário: 1. Delimitação do tema – 2. Especialização do Judiciário, o critério da competência regional como solução do problema e uma palavra sobre o *forum shopping* – 3. Releitura parcial do artigo 58 da Lei n.º 11.101/2005 – 4. Relação harmônica e possível entre a insolvência empresarial e a arbitragem – 5. Notas conclusivas – 6. Bibliografia.

1. DELIMITAÇÃO DO TEMA



o mês de janeiro de 2017, a empresa de informações de crédito Serasa Experian lançou uma nota alarmante: em 2016, foram requeridos 1.770 pedidos de recuperação judicial e 1.846 pedidos de falência, o que representa um aumento de 44,8% e 3,9%, respectivamente, em relação ao ano anterior.⁴

É notório que o crescimento do número de pedidos de recuperação judicial e falência se deve ao quadro recessivo da economia brasileira, que é prejudicial à geração de caixa das empresas. A grave crise política, intensificada com os escândalos desvendados no âmbito das grandes e recentes operações

⁴ Disponível em: <http://noticias.serasaexperian.com.br/blog/2017/01/12/comercio-industria-e-servicos-batem-recorde-de-pedidos-de-recuperacao-judicial-em-2016-mostra-serasa-experian/>. Acesso em: 16/11/2017.

orquestradas pela Polícia Federal do Brasil (v.g. Acrônimo, Zelotes, Lava Jato, dentre outras), surte efeitos diretos no mercado, agravando ainda mais o quadro recessivo de que aqui se fala. Não só, o alto custo e a escassez de crédito também contribuíram para a deterioração da saúde financeira de milhares de empresas e empresários brasileiros. Fala-se na pior crise já registrada poucos anos após um *boom* econômico, tal como aquele ocorrido em 2010, quando o crescimento do PIB do Brasil atingiu o patamar de 7,5%.⁵

São momentos como esse, de aguda recessão econômica, que fazem com que a sociedade e o governo pensem numa forma de ao menos amenizar as danosas consequências da crise sobre o mercado.⁶ Daí por que é factível afirmar que o cenário econômico-financeiro que tem assolado o Brasil trouxe à tona o debate a respeito da reforma da Lei n.º 11.101/2005, responsável pela regulamentação das recuperações judicial e extrajudicial, além da falência do empresário e da sociedade empresária.⁷

O atual estado da arte é um convite para que a comunidade jurídica reflita acerca da efetividade da legislação de regência, da forma como a jurisprudência pátria vem aplicando os dispositivos da Lei n.º 11.101/2005 e de como eventual reforma

⁵ Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/brasil-enfrenta-pior-crise-ja-registrada-poucos-anos-apos-um-boom-economico.ghtml>. Acesso em 20/11/2017.

⁶ Essa “resposta” do Poder Legislativo às crises de insolvência não é novidade brasileira. O direito norte-americano, no que diz respeito às normas de *bankruptcy*, tem funcionado dessa forma há mais de um século: “Each instance of federal legislation followed a major financial disaster: the Act of 1800 followed the Panic of 1797; the Act of 1841 came after the Panic of 1837; the 1867 Act followed the Panic of 1857 and the Civil War; and finally the 1898 Act was passed in the wake of the Panic of 1893” (Cf. Charles Tabb, *The history of the bankruptcy laws in the United States*, *ABI Law Review*, Vol. 3:5, 1995, p. 14). A primeira lei federal estadunidense que não foi precedida de uma grave crise econômica foi o *Bankruptcy Reform Act* de 1978.

⁷ O Governo Federal deve entregar em breve um projeto oficial que altera tal lei. Já foi apresentada uma proposta inicial pelo Ministério da Fazenda, em agosto do corrente ano, encabeçada por Francisco Satiro, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, Sheila Cerezetti e Cassio Cavalli. O Grupo de Trabalho com a finalidade de estudar, consolidar e propor medidas voltadas ao aprimoramento da Lei n.º 11.101/2005 foi instituído pelo Ministro de Estado da Fazenda, por meio da Portaria n.º 467/2016.

legislativa poderá melhorar, e não prejudicar, os mecanismos para o soerguimento de sociedades empresárias em crise.⁸

Este breve artigo busca contribuir com o debate pró-reforma, indicando pontos que podem ser alterados ou incorporados pela Lei n.º 11.101/2005, para o fim de otimizar os procedimentos de insolvência, com enfoque específico na recuperação judicial.⁹ Dentre os diversos temas que dizem respeito ao objeto de estudo, optou-se, no presente trabalho, por explorar três deles: (i) a necessidade de ampliação do número de varas especializadas (e órgãos colegiados especializados) para tocar procedimentos de insolvência; (ii) a releitura parcial do mecanismo de aprovação forçada do plano de recuperação judicial da lei brasileira; e (iii) a regulamentação da relação entre arbitragem, recuperação judicial e falência. Para atingir o escopo almejado, serão feitas algumas alusões ao direito comparado, a fim de se extrair da experiência estrangeira o que se tem de melhor, dentro dos limites propostos por este escrito, que, evidentemente, não tem a pretensão de esgotar o exame do tema.

2. ESPECIALIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO, O CRITÉRIO DA COMPETÊNCIA REGIONAL COMO SOLUÇÃO DO PROBLEMA E UMA PALAVRA SOBRE O FORUM SHOPPING

A competência para deferir o processamento da recuperação judicial é do juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil, nos termos do artigo 3.º da Lei n.º 11.101/2005. A despeito da controversa definição do que vem a ser *principal*

⁸ Registre-se que não há consenso na academia a respeito da (des)necessidade de reforma da Lei n.º 11.101/2005.

⁹ Por conseguinte, o objeto de estudo não engloba a recuperação extrajudicial e a falência, embora algumas referências a tais institutos sejam feitas no decorrer do texto. O tópico referente à arbitragem, por exemplo, discorrerá sobre o instituto da falência. O tópico referente às varas especializadas aplica-se, indistintamente, tanto para a recuperação judicial quanto para a extrajudicial e para a falência.

*estabelecimento do devedor*¹⁰, percebe-se que a lei não condiciona o ajuizamento do pedido de recuperação a um determinado órgão judicial, de modo que a distribuição de tal pleito se dará livremente em um dos dois foros mencionados no referido dispositivo.

Partindo-se dessa premissa legal, uma sociedade empresária cujo local do principal estabelecimento seja em Bariri, situada no interior de São Paulo, deverá endereçar o pedido de recuperação a uma das varas judiciais de tal comarca. De plano, não se verifica nenhum problema nisso, mormente porque há previsão legal que corrobore o endereçamento aqui tirado como exemplo. O *busílis* aflora, contudo, quando se constata que o magistrado titular da 1.^a Vara Judicial do Foro da Comarca de Bariri julga contendas de natureza consumerista, contratual, criminal, alimentícia, matrimonial, dentre outras. Ou seja: o mesmo juiz togado que decide quase toda e qualquer espécie de litígio (de menor a maior grau de dificuldade) também é incumbido de tocar a recuperação judicial de uma empresa que, muito provavelmente, tem função social relevante naquele município. Em sendo o procedimento recuperacional especialíssimo e complexo, parece óbvio que a recuperação judicial não será, em tal caso, gerenciada com a atenção merecida dada a carência de tempo, tecnologia e material humano.

O singelo exemplo esboçado acima repete-se com frequência no Brasil, dia após dia. São raros os juízos de primeira instância (e alguns órgãos colegiados) especializados em conflitos empresariais, menos ainda em procedimentos de insolvência. Sucede que a recuperação judicial é um procedimento

¹⁰ “À míngua de critérios de conteúdo científico mínimo para se estabelecer o conceito de *principal estabelecimento*, tem prevalecido, sempre, a idéia de que o estabelecimento principal corresponde ao lugar onde se encontra a direção da empresa ou, na expressão de Requião, onde efetivamente atua o empresário no governo ou no conteúdo de seus negócios, de onde emanam as ordens e instruções, em que se procedem as operações comerciais e financeiras de maior vulto e em massa, onde se encontra a contabilidade geral”, cf. Moacyr Lobato, *Falência e recuperação*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007, p. 40.

multidisciplinar, que requer a *expertise* do juiz em pelo menos três diferentes áreas: (i) gestão de crises; (ii) recuperação de empresas e análise de viabilidade econômica (até porque essa é condição para o deferimento da recuperação judicial); e (iii) finanças e direito.¹¹ O procedimento recuperacional não se desenrola automaticamente, com a pura e simples aplicação da norma legal. Ao revés, exige-se daqueles que laboram na seara recuperacional e falimentar o domínio de conceitos extraídos de ramos da ciência que fogem da análise pura do direito positivo, a exemplo da contabilidade e da economia.¹²

A capacitação dos juízes para lidar com matérias relativas à insolvência permite que os procedimentos sejam mais céleres, atendendo o interesse social que está por trás de inúmeros casos dessa estirpe. Não há dúvidas de que o amplo domínio da matéria possibilita ao julgador maior agilidade e qualidade ao gerenciar o procedimento, reduzindo, por consequência, a chance de erro e de reforma das decisões de primeiro grau pelo juízo *ad quem*.¹³ Urge, assim, a necessidade de serem instaladas mais varas especializadas em procedimentos de insolvência, com a finalidade de melhor capacitar os magistrados para a

¹¹ Cf. Jorge Queiroz, *Um balanço da efetividade da operação da Lei de Recuperação e Falências*, Migalhas, 1º de abril de 2010. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI104745,11049-Um+balanco+da+efetividade+da+operacao+da+Lei+de+Recuperacao+e>. Acesso em: 21/11/2017. O autor, Presidente do Instituto Brasileiro de Gestão e Turnaround (IBGT), defende a criação de mais varas especializadas há sete anos.

¹² Cf. Alexandre Uriel Ortega Duarte, Aspectos administrativos, econômicos e contábeis da lei de recuperação de empresas e falência, in *Direito recuperacional: aspectos teóricos e práticos*, Newton de Lucca e Alessandra de Azevedo Domingues (coords.), São Paulo, Quartier Latin, 2009, pp. 162-196.

¹³ Cf. Nilva M. Leonardi Antonio, A recuperação judicial: a necessidade de especialização do Judiciário e a aplicação da Lei nº 11.101/2005 por nossos tribunais, in *Direito recuperacional: aspectos teóricos e práticos*, Newton de Lucca e Alessandra de Azevedo Domingues (coords.), São Paulo, Quartier Latin, 2009, pp. 475-482.

árdua tarefa de tocar uma recuperação judicial, uma falência ou, ainda que menos frequente, uma recuperação extrajudicial.^{14 15}

A falta de especialização pode ser resolvida com a criação de varas especializadas de *competência regional*.¹⁶ A distribuição regional de competência consiste, em suma, na subdivisão de um Estado em pequenas regiões, cada uma delas com juízes bem preparados para exercer o ofício judicante em casos de insolvência. Em tal hipótese, o pedido de processamento da recuperação judicial seria endereçado para o juízo regional competente, de modo que todos os processos relacionados à insolvência passariam a ser de competência exclusiva dos juízos

¹⁴ Como se sabe, já existem varas e câmaras especializadas em alguns Estados brasileiros, a exemplo do Poder Judiciário paulista, que conta com duas varas de Falências, Recuperações Judiciais e Conflitos Relacionados à Arbitragem na cidade de São Paulo, localizadas no Fórum João Mendes Júnior. As unidades têm competência para processar, julgar e executar feitos relativos à insolvência empresarial (falência, recuperação judicial e extrajudicial e as ações por crime falimentar), bem como causas envolvendo arbitragem (incluindo tutelas provisórias, execução e anulação de sentença arbitral). No que toca ao segundo grau de jurisdição, o Tribunal de Justiça de São Paulo detém duas câmaras reservadas de Direito Empresarial, com competência para julgar recursos relacionados ao livro de direito das empresas do Código Civil, à Lei das Sociedades Anônimas, à Lei de Propriedade Industrial, à Lei n.º 11.101/2005, objeto deste estudo, e, também, causas envolvendo arbitragem. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Especialidade/Especialidade/FalenciasRecuperacoesJudiciais-Conflitos>. Acesso em: 21/11/2017. No Distrito Federal há uma vara especializada em falência, recuperação judicial, insolvência civil e litígios empresariais. Por sua vez, a comarca do Rio de Janeiro conta com sete varas empresariais. Há, ainda, outros exemplos que não serão mencionados neste estudo.

¹⁵ Não é demais lembrar que a especialidade do árbitro é uma das vantagens da opção pela arbitragem, cf. Francisco José Cahali, *Curso de Arbitragem*, 5ª ed., São Paulo, Editora RT, 2015, pp. 116-117.

¹⁶ Posição defendida por Daniel Carnio Costa, juiz titular da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo. Veja-se o exemplo citado pelo referido magistrado: “Trazendo aqui para o Brasil e pegando, por exemplo, São Paulo: dividimos o estado em cinco ou seis regiões com juízes de falência em cada uma delas. Assim, qualquer caso de recuperação em São Paulo vai ser julgado por algum deles. Fazendo a mesma coisa com todos os estados, chutando um número, teríamos 60 juízes de falência e recuperação no Brasil, e todos os casos seriam julgados por magistrados especializados, trazendo mais estabilidade e previsibilidade ao julgamento”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-20/entrevista-daniel-carnio-costa-juiz-falencia-recuperacao-judicial>. Acesso em: 21/11/2017.

especializados na matéria. Voltando ao exemplo de Bariri, adotado o critério da competência regional, o direcionamento do pedido de recuperação deveria ser feito à região territorial em que tal comarca estiver inserida. A regra ora sugerida parece ser compatível com o disposto no artigo 3.º da Lei n.º 11.101/2005, uma vez que a competência regional englobaria o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil.¹⁷

Além disso, os juízes elegíveis para julgar matéria de insolvência, seja nas varas especializadas, seja nos órgãos especializados dos Tribunais, devem comprovar familiaridade e aptidão com o tema, mediante a participação em cursos, aulas, seminários e congressos — dentro ou fora do Judiciário — que discutam temas relacionados ao direito recuperacional, uma vez que a pura e simples ampliação geográfica e estrutural de órgãos judiciais não assegura, por si só, a efetividade que se espera do sistema. É preciso, portanto, muito estudo e dedicação intelectual para que a empreitada funcione.

Rogar pela maior especialização do Poder Judiciário em matéria de insolvência é, portanto, o primeiro passo para que haja uma efetiva reforma no sistema de insolvência brasileiro. Afinal, de nada vale ter uma boa lei se não há estrutura para aplicá-la da maneira correta e mais eficiente.

O critério de competência regional objeto deste tópico é adotado pelo direito norte-americano e tem se mostrado eficaz há aproximadamente três décadas. Sem embargo do prestígio de tal preceito, certas particularidades ínsitas àquele sistema

¹⁷ Poder-se-ia adotar, para o Estado de São Paulo, à guisa de exemplo, as divisões por Regiões Administrativas Judiciárias estabelecidas pelo próprio Tribunal de Justiça paulista. Trata-se de uma divisão do Estado de São Paulo em 10 macrorregiões: 1ª Região: Grande São Paulo; 2ª Região: Araçatuba; 3ª Região: Bauru; 4ª Região: Campinas; 5ª Região: Presidente Prudente; 6ª Região: Ribeirão Preto; 7ª Região: Santos; 8ª Região: São José do Rio Preto; 9ª Região: São José dos Campos; e 10ª Região: Sorocaba. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/QuemSomos/QuemSomos/Regioes-AdministrativasJudiciarias>. Acesso em: 21/11/2017.

merecem ser vistas com ressalvas. É o que se demonstrará nas linhas abaixo.

O pedido de reorganização amparado no *Chapter 11* do *Bankruptcy Code*¹⁸, seja ele voluntário, seja ele involuntário, deve ser direcionado a uma *bankruptcy court*¹⁹, para ser decidido por um *bankruptcy judge*,²⁰ sendo certo que os casos de insolvência somente podem ser discutidos perante cortes federais, e não estaduais.²¹

¹⁸ Na medida em que a Constituição norte-americana confere competência à Federação para dispor sobre normas referentes à insolvência, o *Bankruptcy Code* está inserido no *Title 11* do *US Code*, que é um compilado dos estatutos federais promulgados nos Estados Unidos da América. Ressalte-se que, no direito estadunidense, o termo *bankruptcy* refere-se a todas as formas de insolvência para pessoas física e jurídica. À vista disso, o *Bankruptcy Code* de 1978 prevê cinco tipos diferentes de procedimentos de insolvência, geralmente indicados pelo número do capítulo que os prevê. O *Chapter 7* regula os processos de liquidação (*liquidation*), que se assemelha ao procedimento falimentar brasileiro; o *Chapter 9* trata da reorganização de municípios (*municipalities*); o *Chapter 11*, como já visto, prevê os processos de reorganização (*reorganization*); o *Chapter 12* cuida de processos envolvendo *family farmers* e *fishermen*, ao passo que o *Chapter 13* regula as reorganizações de *consumer debtors*. Há, também, as *Federal Rules of Bankruptcy Procedure*.

¹⁹ A existência de *bankruptcy courts* também é reconhecida pela doutrina: Cf. Troy A. McKenzie, *Judicial independence, autonomy, and the bankruptcy courts*, *Stanford Law Review*, v. 62, n. 3, 2010, pp. 747-808; Cf. Rafael I. Pardo e Michelle R. Lacey, *Undue hardship in the bankruptcy courts: an empirical assesment of the discharge of educational debt*, *University of Cincinnati Law Review*, v. 74, 2005, pp. 405-529; Cf. Melissa B. Jacoby; Teresa A. Sullivan; Elizabeth Warren, *Rethinking the debates over health care financing: evidence from the bankruptcy courts*, *New York University Law Review*, v. 76, n. 2, 2001, pp. 375-418.

²⁰ § 301 (a), § 302 (a) — em caso de *joint cases* (pedido de insolvência de marido e mulher) —, § 303 (b), todos do *Subchapter I (commencement of a case)* do *Chapter 3 (case administration)* do *Bankruptcy Code*.

²¹ “Under the federal statute 28 U.S.C. 1334, bankruptcy courts have exclusive jurisdiction over bankruptcy cases. This means that a bankruptcy case cannot be filed in state court. The reason behind this law is that a uniform bankruptcy system requires cases to be filed in a uniform federal system, instead of in different state courts, which may have different rules and regulations. Some matters in a bankruptcy case are so central to the bankruptcy process, they are designated core matters. Core matters can include interpreting the bankruptcy code itself, how claims are handled, what debts are discharged, Chapter 13 repayment plans, how Chapter 11 debtors are reorganized and many more matters that would arise in a bankruptcy case and nowhere else. A bankruptcy judge might also be called on to decide non-bankruptcy matters. These are

Quanto ao sistema recursal, as decisões de uma *bankruptcy court* sobre matéria de insolvência são, via de regra, passíveis de revisão por cortes distritais.²² Algumas dessas cortes possuem o que se chama de *bankruptcy appellate panel (BAP)*, que nada mais é do que um órgão revisor composto por juízes especializados em insolvência com competência recursal.²³

Diferentemente dos juízes federais de cortes distritais e de instância recursal, beneficiados pela vitaliciedade do cargo, os chamados *bankruptcy judges* são indicados para um mandato de quatorze anos pela Corte de Apelação dos Estados Unidos da América, que pode ser renovado pela *appellate court*, acaso se entenda que a performance do juiz especializado em insolvência foi satisfatória; do contrário, o mandato não será prorrogado. Por óbvio que a limitação do mandato do magistrado não se afigura razoável sob a ótica do direito brasileiro, haja vista que o artigo 95, inciso I, da Constituição Federal assegura aos juízes o gozo da garantia da vitaliciedade independentemente de sua área de especialização.²⁴

issues that could be decided by the district court or even state courts, but arise in the context of a bankruptcy case. For instance, a bankruptcy judge might be called on to interpret the terms of a contract so that the parties can determine the amount of a claim. A core matter is decided by the bankruptcy judge. Those decisions can be appealable to the district court or to the appellate court with special permission. With non-core matters, the parties can decide if the bankruptcy judge has the final say (at least at the trial court level), or whether the district judge has to put his stamp of approval (or disapproval) on the decision”, Cf. David Haynes, *Understanding Bankruptcy Courts*, The Balance, 28 de abril de 2017. Disponível em: <https://www.thebalance.com/understanding-bankruptcy-courts-316132>. Acesso em: 19/11/2017.

²² Adota-se neste artigo o termo “corte distrital” como sinônimo em português da expressão “federal district court”. A *Rule 9002 (4)* do *Federal Rules of Bankruptcy Procedure* traz as seguintes definições: “District Court, trial court, court, district judge, or judge means bankruptcy judge if the case or proceeding is pending before a bankruptcy judge”.

²³ *Rule 8001 (b)* do *Federal Rules of Bankruptcy Procedure*: “<<BAP>> means a bankruptcy appellate panel established by a circuit’s judicial council and authorized to hear appeals from a bankruptcy court under 28 U.S.C. § 158”.

²⁴ No Brasil, acaso se verifique que o juiz especializado em insolvência não tem tido bom desempenho em seu mister, basta que a Corregedoria do respectivo tribunal ou o próprio Conselho Nacional de Justiça retire do magistrado improdutivo o poder-dever

Interessante tomar nota de que as cortes especializadas em insolvência no direito norte-americano são limitadas a um *juízo de equidade*, conforme lição de A. Linconl Lavine: “Courts of bankruptcy are limited to equity jurisdiction only: they have no common law jurisdiction whatsoever. The purposes and methods of bankruptcy legislation find no counterpart in the development of the common law. They are confine to certain equitable rules and principles embodied in the Bankruptcy Act, having to do with the equitable disposition of a bankrupt’s property and the equitable administration of his estate”.²⁵ Essa influência tampouco é bem-vinda no direito brasileiro, embora venham sendo recorrentes os julgamentos relativos à matéria de insolvência mais com um senso subjetivo de justiça do julgador do que com amparo no ordenamento jurídico.²⁶ Essa constatação revela que as mazelas do ativismo judicial hermenêutico marca presença também em processos que dizem respeito à crise empresarial.²⁷

A questão do juízo competente para apresentação do pedido de recuperação remete à análise do *forum shopping*, assunto mais afeito à doutrina internacionalista, conquanto possua alguma relevância prática para a recuperação judicial na seara

de julgar casos referentes à recuperação de empresas e à falência, alocando-o em outra vara. Se isso for feito de maneira fundamentada e transparente, parece-nos inexistir obstáculo.

²⁵ Cf. A. Linconl Lavine, *A handbook on bankruptcy*, Professional Publications, Nova Iorque, 1941, p. 6.

²⁶ Exemplo disso são as constantes decisões de cortes brasileiras, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, aplicando às cegas o princípio da preservação da empresa, disposto no artigo 47 da Lei n.º 11.101/2005.

²⁷ Georges Abboud, jurista estudioso do ativismo judicial, assim define referido termo: “Em suma, ativismo, em termos brasileiros, deve ser considerado o pronunciamento judicial que substitui a legalidade vigente pelas convicções. Daí nossa crítica à discricionariedade judicial, uma vez que é por meio dela que, atualmente, legitima-se a utilização das convicções pessoais do julgador em vez das fontes normativas ... Assim, a discricionariedade judicial é a etiqueta posta nas decisões verdadeiramente ativistas, uma vez que a atuação discricionária opõe-se à atuação vinculada ao direito” (Cf. Georges Abboud, *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*, São Paulo, Editora RT, 2014, p. 421).

doméstica.²⁸ Trata-se o *forum shopping*, no âmbito recuperacional, da atividade que visa a alcançar o foro que melhor favoreça os interesses do devedor.²⁹ Com efeito, por meio desse expediente o devedor em situação de crise tenta levar seu pleito de recuperação para a apreciação de juízo que, em princípio, seria incompetente para tanto. Exemplo básico da ocorrência de *forum shopping*: o local do principal estabelecimento do credor é em Americana – SP, mas o ajuizamento do pedido de recuperação é feito na Capital em razão da existência de varas especializadas; ou, então, poderia ocorrer o inverso, isto é, a especialização do juízo seria considerada como fator negativo pelo devedor, que buscaria outro foro para emplacar a recuperação.³⁰

²⁸ Sobre o assunto, ver: Solano de Camargo, *Forum shopping: modo lícito de escolha de jurisdição?*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015. Tem-se a aplicação dessa prática em procedimentos transnacionais de insolvência, cf. John A. E. Pottow, *The myth (and realities) of forum shopping in transnational insolvency*, *Brooklyn Journal of International Law*, v. 32, n. 2, 2007, pp. 785-817.

²⁹ “Forum shopping is a plaintiff’s decision to file a lawsuit in one court rather than another potentially available court. Domestic forum shopping occurs when a plaintiff chooses between two or more courts within a single country’s legal system, whereas transnational forum shopping occurs when the choice is between the courts of two or more countries’ legal systems”, cf. Christopher Whytock, *The evolving forum shopping system*, *Cornell Law Review*, v. 96:481, 2011, p. 486.

³⁰ Jared A. Elias escreve que grandes companhias em crise tendem a formular pedido de reorganização perante as *bankruptcy courts do district of Delaware* e do *Southern District of New York* (estima-se que ambas as cortes tenham agrupado mais do que 60% dos casos de insolvência nos Estados Unidos da América nos últimos vinte e cinco anos). A justificativa para tanto é nebulosa e divergente na literatura: “A voluminous literature offers distinctly different answers to these questions. The Senate Judiciary Committee recently asked the Government Accountability Office to interview a large panel of bankruptcy lawyers and ask what leads them to file for bankruptcy in one venue over another. The lawyers’ responses echoed the arguments of academic forum shopping proponents (e.g. Cole 2002; Ayotte & Skeel 2004; Skeel 2001), who hypothesize that firms are attracted to New York and Delaware because their combination of judicial expertise and developed legal precedent makes the bankruptcy process more predictable and efficient. Critics strongly contest this narrative and argue that predictability is a <<code word>> that provides a cloak for the self-interest of lawyers, managers and secured lenders (LoPucki 2005). For example, a judge in Texas recently cast doubt on the value of judicial expertise, pointing out that the federal statute is the same in all jurisdictions. A better explanation, he implied,

Embora não haja consenso na doutrina (principalmente estrangeira) a respeito da utilização da citada prática, pode-se assegurar que o critério de divisão regional da competência para criação de mais varas especializadas não evitaria o uso, ou até mesmo o abuso, do *forum shopping* no direito brasileiro, sendo a experiência norte-americana um claro sinal disso.³¹

É possível, no entanto, que a reforma da Lei n.º 11.101/2005 regulamente o *forum shopping*, autorizando o devedor a excepcionar a regra do artigo 3.º, para que estabeleça em seu contrato ou estatuto social o foro competente para o trâmite da recuperação judicial, desde que assim não o faça por motivos escusos e que exerça, de fato, atividade econômica na comarca escolhida. De certa forma, a escolha do juízo especializado — levando-se em conta a adoção do critério regional de distribuição de competência — poderia ser feita pelo devedor antes mesmo da crise da empresa. Assim, caberia ao devedor optar por uma de duas opções: ou bem ele prevê em seu estatuto ou contrato social o foro competente para processamento do requerimento de recuperação (v.g. típica cláusula de eleição de foro, com a ressalva da necessidade de exercício de atividade econômica no local selecionado); ou bem ele segue a regra do artigo 3.º da lei de regência, ficando por sua conta e risco o insucesso de um possível *forum shopping* para modificar a competência do juízo recuperacional originariamente competente para analisar o pleito.

was geographic convenience for the east coast lawyers and bankers who dominate corporate bankruptcy practice. Other critics see darker motives, alleging that managers and secured lenders prefer the destination courts because judges in those courts favor management and secured lenders at the expense of other stakeholder (LoPucki 2005)”, cf. What drives bankruptcy forum shopping? Evidence from market data, *UC Hastings Research Paper n. 178*, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2795824. Acesso em: 22/11/2017.

³¹ Cf. Rodd J. Zywicki, Is forum-shopping corrupting America’s bankruptcy courts? Review of Lynn M. LoPucki, “Courting failure: how competition for big cases is corrupting the bankruptcy courts”, *Georgetown Law Review*, v. 94, n. 4, 2006, pp. 1.141-1.195.

3. RELEITURA PARCIAL DO ARTIGO 58 DA LEI n.º 11.101/2005

O modelo brasileiro dispõe de duas formas ordinárias para a concessão da recuperação judicial. A primeira delas, pouco vista na prática forense, está prevista no artigo 57 da Lei n.º 11.101/2005, que preceitua que, se o plano de recuperação³² não contar com qualquer objeção dos credores dentro do trintídio legal, o juiz poderá conceder a recuperação, ainda que não tenha sido realizada a Assembleia Geral de Credores. A segunda forma de concessão de recuperação judicial, por sua vez, exige que o plano de recuperação seja, em princípio, aprovado por todas as classes de credores, na forma do artigo 45 da Lei n.º 11.101/2005, que estabelece que o plano só será considerado aprovado se contar com o voto favorável de todas as classes de credores referidas no artigo 41.³³

A legislação de regência prevê critérios distintos para a aprovação do plano em cada uma das quatro classes de credores. A aprovação da proposta nas classes dos titulares de créditos com garantia real e dos titulares de créditos quirografários e com privilégio geral, com privilégio especial e subordinados dá-se

³² Fábio Ulhoa Coelho ressalta ser o plano de recuperação judicial a peça mais importante do processo de reorganização da empresa, dependendo dele “a realização ou não dos objetivos associados ao instituto, quais sejam, a preservação da atividade econômica e o cumprimento de sua função social”. Prossegue afirmando que, “[s]e o plano de recuperação é consistente, há chances de a empresa se reestruturar e superar a crise em que mergulhara”, mas “se o plano for inconsistente, limitar-se a um papelório destinado a cumprir mera formalidade processual, então o futuro do instituto é a completa desmoralização” (*Manual de direito comercial: direito de empresa*, 24ª ed., São Paulo, Editora RT, 2012, p. 433).

³³ Estas são as classes dispostas no mencionado dispositivo: (i) credores derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente do trabalho (“Classe I”); (ii) credores com garantia real (“Classe II”); (iii) credores quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral e subordinados (“Classe III”); e, a partir de 2014, (iv) credores enquadrados como microempresários ou empresários de pequeno porte (“Classe IV”).

mediante o voto cumulativo dos titulares de mais da metade dos créditos presentes à assembleia e, também, da maioria dos credores presentes, individualmente considerados. As classes dos titulares de créditos trabalhistas e dos credores considerados microempresários ou empresários de pequeno porte aprovam o plano pelo voto da maioria simples dos credores que se encontram na assembleia, sendo irrelevante, para ambas as classes o valor do crédito.

Há, contudo, uma forma alternativa para aprovação do plano de recuperação judicial, que está disposta nos §§ 1.º e 2.º do artigo 58 da Lei n.º 11.101/2005.³⁴ Referido dispositivo prevê requisitos cumulativos para a concessão da recuperação judicial ainda que o respectivo plano não tenha sido aprovado em assembleia nos termos do artigo 45. À essa forma alternativa de aprovação do plano recuperacional atribui-se o nome de *cram down*, expressão fabricada pelo direito norte-americano.³⁵

³⁴ “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:

I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes;

II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas;

III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei.

§ 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado”.

³⁵ Registre-se que a expressão *cram down* não consta de nenhuma passagem do *Bankruptcy Code*, pelo que é seguro afirmar que ela não decorre do texto legal. Ao revés, é uma construção doutrinária e jurisprudencial. Manoel Justino Bezerra Filho observa que o *cram down* é “termo importado do direito norte americano e sem possibilidade de tradução fiel. Com certa jocosidade, poder-se-ia dizer que a tradução livre redundaria em <<goela abaixo>>, ou seja: mesmo com a discordância da AGC, ainda assim, o plano será aprovado e ira <<goela abaixo>> dos credores” (*Lei de*

Ao apenas estipular requisitos objetivos e cumulativos para que seja aprovado o plano na forma do *cram down*, entende-se que o legislador brasileiro deixou, de certa forma, de guiar o poder do juiz³⁶, ficando à prática forense o estabelecimento das diretrizes do que se entende por controle judicial da situação econômico-financeira concreta do devedor e de eventual abuso verificado no voto de rejeição do plano externado pelos credores dissidentes. Quer parecer, com isso, que o modelo recuperacional brasileiro dá maior relevância à decisão assemblear, enquanto instância deliberativa, minimizando o poder do magistrado, que por sua vez é responsável pela verificação da existência de um racional econômico no plano de recuperação judicial a ser aprovado.

Já o *cram down* na experiência norte-americana apresenta características sensivelmente distintas se comparado com o regime do artigo 58 da Lei n.º 11.101/2005. Os critérios estabelecidos pelo *Bankruptcy Code* para que o juiz possa superar o veto ao plano imposto por credores dissidentes são, como se verá, mais completos do que os adotados pela lei pátria.

A começar pela ampla discricionariedade do juiz para decidir acerca da reorganização do devedor (e, também, quanto à conversão em liquidação). Exemplo disso é a confirmação judicial do plano de recuperação, que requer a análise prévia da presença de diversos requisitos estabelecidos em lei, mesmo que seja aprovado por todas as classes de credores, conforme o rol

Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11,101/2005, comentada artigo por artigo, 9ª ed., São Paulo, Editora RT, 2013, p. 175).

³⁶ Sobre o “*cram down* à brasileira”, veja-se o que escreve Glauco Alves Martins: “...o modelo de *cram down* brasileiro, embora aparentemente inspirado em instrumento importado do direito dos Estados Unidos, apresenta características bem próprias. Isso porque o modelo de *cram down* brasileiro exige a presença de quatro requisitos que devem estar cumulativamente presentes para que seja possível a aprovação forçada do plano de recuperação judicial pelo magistrado. Existe, portanto, uma aparente preocupação em limitar o poder do juiz, em comparação com outros modelos de *cram down* do direito estrangeiro, conforme se comentará adiante” (O *cram down* no direito brasileiro: comparação com o direito estrangeiro e evolução jurisprudencial, *Revista de Direito Empresarial*, v. 20, São Paulo, Editora RT, 2016, p. 159).

constante do § 1.129 (a) do *Chapter 11* do *Bankruptcy Code*.³⁷ Dentre esses requisitos, destacam-se três: (i) o *best-interest-of-creditors-test*; (ii) a *feasibility*; e (iii) a aprovação do plano de recuperação por todas as classes de credores afetadas (*impaired classes*).

O chamado *best-interest-of-creditors-test* está previsto no § 1.129 (a) (7) do *Bankruptcy Code*. Por meio dele o plano de recuperação deverá ser aprovado em juízo se cada titular de crédito aprovou o plano, ou se cada credor receber ou retiver, de acordo com o plano, um valor que não seja menor do que o valor que seria recebido ou retido por cada credor se o devedor entrasse em liquidação.

A *feasibility*, disposta no § 1.129 (a) (11), implica o dever de o juiz estar convencido de que o devedor não convolará em falência logo após a confirmação do plano ou de que não necessitará de uma nova reorganização em seguida à confirmação. O requisito da *feasibility* é um dos mais importantes para a confirmação do plano no direito concursal estadunidense,

³⁷ A síntese da aprovação do plano no direito norte-americano é feita por Kenneth N. Klee: “In the vast majority of cases in which a plan is confirmed, all classes of claims and interests will accept the plan, and the plan need only meet the general standards of confirmation. The Code requires both the plan and the proponent of the plan to comply with the applicable provision of chapter 11. In addition, the plan must be proposed in good faith and not by any means forbidden by law. Certain payments to be made under the plan or in connection with it must be disclosed to the court and approved as reasonable. The proponent of the plan must disclose the identity of individuals who are proposed to be officers or directors under the plan and the court must find the service of officers and directors to be consistent with the needs of creditors and equity security holders and the public interest. The proponent must also disclose the identity of compensation of any insider who will be employed by the reorganized debtor. Moreover, if the plan provides for a rate change, the change must have been approved by any regulatory commission with jurisdiction over the rates or conditioned on such approval. There are four additional requirements which are more complex. First, the plan must meet a statutory best-interests-of-creditors test ... Second, each priority claim must receive special treatment unless the claim holder agrees otherwise ... Third, at least one class of claims must accept the plan, without including acceptances by insiders holding claims of the class ... Finally, the plan must be feasible.” (All you ever wanted to know about cram down under the new Bankruptcy Code, *American Bankruptcy Law Journal*, v. 53, 1979, pp. 136-137).

levando a doutrina a afirmar que, mesmo que todos os demais requisitos do § 1.129 tenham sido preenchidos (incluindo a aprovação de todas as classes de credores afetadas), o juiz poderá vetar o plano de reorganização com base no *feasibility test*.³⁸

Outro requisito necessário à confirmação judicial do plano é a aprovação do plano por todas as classes de credores, segundo o § 1.129 (a) (8). Na ausência desse requisito, mas presentes todos os demais, é possível suprir a falta de aprovação dos credores por meio do *cram down*, que encontra guarida no § 1.129 (b) (1) do *Bankruptcy Code*.

A aprovação do plano pelo *cram down*, que deve ser pleiteada pelo devedor, também está atrelada à observância de requisitos legais, a saber: (i) a presença de todos os requisitos do § 1.129 (a) para confirmação do plano, exceto, evidentemente, a aceitação do plano por todas as classes de credores afetadas; (ii) a proibição de discriminação injusta (*unfair discrimination*), que não consta, expressamente, no *Chapter 11*; e (iii) o plano deve ser *fair and equitable* no tocante às classes de *claims* (*secured* e *unsecured*) ou *interests* que não tenham aprovado o plano.³⁹

A proibição do chamado *unfair discrimination*, aplicável somente à hipótese de *cram down*, é uma exigência normalmente associada com o pagamento de credores ao mesmo tempo e na mesma proporção, cujo objetivo é promover justiça entre duas ou mais classes de igual prioridade perante a lei.⁴⁰ A proibição

³⁸ Cf. Charles Tabb, *The law of bankruptcy*, 2ª ed., Nova Iorque, Foundation Press, 2009, p. 1.142.

³⁹ Registre-se que os requisitos *ii* e *iii* dizem respeito somente à classe de credores que é afetada pelo plano e que não o aceitou.

⁴⁰ “O primeiro requisito — *unfair discrimination* — constitui um conceito aberto, dirigindo-se às relações horizontais, isto é, entre credores sujeitos a condições semelhantes. Na lei norte-americana, o devedor não pode separar em classes distintas e, em consequência, oferecer tratamento diferente a credores em situação equivalente. Vale dizer, o plano de recuperação não pode implicar tratamento diferenciado entre credores sujeitos às mesmas condições (mesma classe, na lei brasileira), norma, portanto, análoga à prevista no § 2.º do art. 58 da lei brasileira” (Cf. Eduardo Secchi Munhoz, *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005*, in

de tratamento discriminatório e injusto só se aplica à classe disidente, razão pela qual o juiz deve se limitar à análise das condições que o plano reservou para essa classe⁴¹. Os critérios geralmente utilizados para aferir o *unfair discrimination* são os da porcentagem de pagamento aos credores e da alocação de riscos em cada uma das classes.⁴²

Por outro lado, o requisito da *fair and equitable rule*, que se aplica igualmente apenas aos casos de *cram down*, trata das chamadas relações verticais e normalmente relaciona-se à proibição de desrespeito da hierarquia de classes por parte do plano de recuperação. O plano é considerado *fair and equitable* quando respeita as prioridades legais entre classes de credores (§ 1.129 (b) (2) da lei norte-americana).

Eduardo Munhoz atenta para o fato de que a lei alemã também prevê a possibilidade de o juiz superar a rejeição ao plano manifestada por uma classe de credores (§ 245, *Insolvenzordnung — InsO*). Basta, para tanto, que sejam atendidas três condições: (i) “os credores de cada grupo não fiquem em situação econômica pior à que tinham sem o plano; (ii) “os credores

Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo [coords.], São Paulo, Editora RT, 2007, pp. 289-291).

⁴¹ Veja-se o seguinte comparativo entre a lei brasileira e a lei estadunidense: “É dizer, um plano será considerável justo e equitativo nos Estados Unidos da América, e, portanto, passível de *cram down*, se ele provê os credores que possuam garantias com uma das três garantias enumeradas na Seção 1129 (b) (2) (A) (i)-(iii). Isto é, para que seja concedido o *cram down*, o plano apresentado deve ser consistente com o disposto na Seção 363 do *Bankruptcy Code*. Note-se que é esse cotejo entre garantias e método de execução do plano de recuperação judicial que permite, nos Estados Unidos da América, que o magistrado supra a rejeição do plano pretérita. A seu passo, o art. 58 da LREF não exige da empresa em crise nenhuma prestação de garantia, limitando-se a ter como critério valor percentual do crédito aprovado e fração das categorias de credores em concordância com o plano de recuperação judicial” (Cf. Bruno Marques Bensal Roma, Par conditio creditorium, *cram down* e o princípio da preservação da empresa: a recuperação judicial às avessas no direito brasileiro, *Revista de Direito Empresarial*, v. 11, São Paulo, Editora RT, 2015, p. 386).

⁴² Cf. Glauco Alves Martins, O *cram down* no direito brasileiro: comparação com o direito estrangeiro e evolução jurisprudencial, *Revista de Direito Empresarial*, v. 20, São Paulo, Editora RT, 2016, p. 166.

de cada grupo recebam uma quantia econômica razoável, de acordo com as condições gerais previstas no plano”; e (iii) “a maioria dos grupos votantes tenha votado com as maiorias necessárias à sua aprovação”. Munhoz arremata afirmando que, não obstante adote preceitos diferentes, a lei da Alemanha estabelece “um regime análogo ao da lei norte-americana, tomando em conta não apenas as relações horizontais (dentro de cada classe), mas também as verticais (entre as diversas classes) na definição dos requisitos para a superação da rejeição ao plano manifestar por uma classe”.⁴³

Tem-se, pelo que foi dito, que o legislador deveria se pautar por completo na lei norte-americana (não deixando de observar, no que for cabível, a lei alemã) para que seja feita uma releitura da figura do *cram down* brasileiro. É interessante que o mecanismo para superação do veto do plano de recuperação por classe de credores dissidentes leve em conta tanto as relações horizontais quanto as relações verticais, de modo a permitir uma visão completa ao juiz para quando decidir a respeito da aprovação forçada do plano, apesar da ausência de aceite de toda a gama de credores. Mas, para que isso seja possível, não há dúvida de que o magistrado, agora dotado de grau de discricionariedade elevado, deva estar familiarizado com os trâmites e as incontáveis nuances dos procedimentos de insolvência, o que nos traz de volta ao segundo tópico deste estudo: a criação de mais órgãos judiciais especializados é medida que se impõe para o melhor funcionamento da reabilitação da crise empresarial.

4. RELAÇÃO HARMÔNICA E POSSÍVEL ENTRE A INSOLVÊNCIA EMPRESARIAL E A ARBITRAGEM

⁴³ Cf. Eduardo Secchi Munhoz, *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005*, in Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo [coords.], São Paulo, Editora RT, 2007, p. 290.

A Lei n.º 11.101/2005 e a Lei n.º 9.307/1996, que trata da arbitragem, nada dizem quanto à regulamentação da insolvência na esfera arbitral. Esse silêncio eloquente causa, de certa forma, insegurança jurídica, tornando-se uma incógnita o impacto decorrente do deferimento da recuperação judicial e da decretação de falência para a convenção de arbitragem e para o regular andamento dos procedimentos arbitrais.

Não é nenhuma novidade o fato de que a arbitragem tem exercido papel fundamental na resolução extrajudicial de disputas. O Brasil vem ganhando destaque no cenário arbitral internacional não só pela moderna legislação de que dispõe, mas também em razão da aceitação da solução arbitral pelo empresariado brasileiro e do prestígio conferido ao instituto pelos tribunais nacionais, em especial o Superior Tribunal de Justiça. Tomando essas afirmações por base, é chegada a hora de a lei especial de insolvência regulamentar a relação entre arbitragem, reorganização de empresas e falência. E isso, é claro, sempre favorecendo o juízo arbitral, de modo a fortalecer cada vez mais a arbitragem.

As obrigações anteriores ao pedido de recuperação judicial devem respeitar as condições originalmente contratadas, *ex vi* do § 2.º do artigo 49 da Lei n.º 11.101/2005. Fica claro, a partir da leitura do mencionado dispositivo, que os negócios jurídicos celebrados *antes* do pedido de recuperação judicial devem ser cumpridos nos exatos termos em que foram pactuados, razão pela qual não haveria justificativa para o devedor se recusar a cumprir a convenção de arbitragem estipulada anteriormente à recuperação judicial. Portanto, sob o prisma contratual, preenchidos os requisitos do *caput* do artigo 1.º da Lei de Arbitragem brasileira (capacidade de parte para contratar e versando o caso sobre direitos patrimoniais disponíveis), é compatível a arbitragem com o processo de recuperação judicial. Nesse caso, a convenção de arbitragem produz seus efeitos legais regulares e eventual litígio deverá ser dirimido pela via arbitral.

Exceção à regra do § 2.º acima mencionada ocorre quando o plano de recuperação judicial modifica as obrigações do devedor constantes dos negócios jurídicos por ele firmados com terceiros antes do pedido de recuperação judicial. Em tal hipótese, “haverá novação, extinguindo-se a obrigação antiga em substituição ao nascimento de uma nova obrigação”.⁴⁴ Caso haja novação, a competência do juízo arbitral, decorrente da convenção de arbitragem existente em negócio jurídico anterior à recuperação judicial, poderá ser colocada em xeque.⁴⁵

O artigo 73 da Lei n.º 11.101/2005 elenca as hipóteses em que o magistrado determinará a convocação da recuperação judicial em falência (v.g.: descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação homologado). Tão logo seja decretada a falência, o devedor será afastado de suas atividades e perderá o direito de administrar e dispor de seus bens. Para gerir a empresa, o juízo estatal nomeará um administrador judicial idôneo. O exame do cumprimento da convenção de arbitragem no âmbito falimentar é fracionado por Carla de Vasconcellos Crippa em três situações diferentes — adotadas neste estudo —, que variam de acordo com dois momentos específicos: o momento de celebração da convenção de arbitragem e o momento da decretação da falência.⁴⁶ São elas: (i) convenção de arbitragem e procedimento arbitral posteriores à decretação da falência; (ii) convenção de arbitragem e procedimento arbitral anteriores à decretação da falência; e (iii) convenção de

⁴⁴ Cf. Antonio Deccache, *Convenção de arbitragem, recuperação judicial e falência*, *Revista de Direito Empresarial*, v. 19, São Paulo, Editora RT, 2016, p. 169.

⁴⁵ José Emílio Nunes Pinto defende a possibilidade de inclusão da cláusula compromissória no contexto do plano de recuperação judicial apresentado aos credores, apresentando, também, outras formas de assegurar utilização da arbitragem no processo de implementação do plano (A arbitragem na recuperação de empresas. *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, v. 4, São Paulo, Editora RT, 2014, p. 308). No mesmo sentido, cf. Leonardo de Faria Beraldo, *Curso de arbitragem: nos termos da Lei n.º 9.307/96*, São Paulo, Atlas, 2014, pp. 132-133.

⁴⁶ Carla de Vasconcellos Crippa, *Recuperação judicial, falência e arbitragem*, *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 29, São Paulo, Editora RT, 2011, pp. 186-191.

arbitragem anterior à decretação da falência e procedimento arbitral posterior à decretação da falência.

Atinente ao primeiro caso, a convenção de arbitragem firmada após a decretação da falência é inválida e, por isso, não produz seus efeitos. Na medida em que a falência implica o afastamento do devedor de suas atividades e a perda do direito de administrar e dispor de seus bens, conforme se disse alhures, não tem ele poderes para, após a data da quebra, celebrar qualquer negócio jurídico. Reconhece-se, no entanto, que o administrador judicial, desde que devidamente autorizado pelo juízo falimentar e atendendo aos interesses da massa falida, pode celebrar convenção de arbitragem, uma vez que a indisponibilidade de bens na falência está adstrita ao falido.

O segundo caso é mais controvertido e deve ser visto com atenção redobrada. Isso porque, pela leitura rápida e desatenta do *caput* do artigo 117 da Lei n.º 11.101/2005, é possível entender que o administrador judicial poderia decidir, unilateralmente e mediante autorização do Comitê de Credores, se é ou não do interesse da massa falida o cumprimento da convenção de arbitragem. Considerando, por hipótese, que o cumprimento do pacto arbitral não seja vantajoso à massa falida, a obrigação se resolveria em perdas e danos, na forma do § 2.º do artigo 117, ocasião na qual o crédito apurado se sujeitaria à habilitação no quadro geral de credores da falência. Não é essa, todavia, a orientação que prevalece, seja na doutrina⁴⁷, seja na jurisprudência.⁴⁸

A pura e simples celebração da convenção de arbitragem antes da quebra da empresa constitui *direito adquirido* à

⁴⁷ Cf. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, Arbitragem e insolvência, *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 20, São Paulo, Editora RT, 2009, pp. 25-52; e Donaldo Armelin, A arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial, *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 13, São Paulo, Editora RT, 2007, pp. 16-29.

⁴⁸ Embora sejam escassos os julgados a respeito da matéria, vale mencionar o seguinte: Agravo de Instrumento nº 9044554-23.2007.8.26.0000, Rel. Des. Manoel Queiroz de Pereira Calças, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado do TJSP, j. 25/6/2008.

instauração do procedimento arbitral pela parte interessada. A convenção de arbitragem, aqui, irradia efeitos imediatos, consumando o direito de opção pela arbitragem, o que não poderia ser diferente, haja vista que a Lei de Arbitragem não prevê a decretação de falência como causa extintiva do procedimento arbitral.

Em se tratando da terceira e última hipótese, relativamente à convenção de arbitragem anterior e procedimento arbitral posterior à falência, “basta a convenção de arbitragem (cláusula ou compromisso) para afastar a competência do juiz togado, sendo irrelevante estar ou não instaurado o juízo arbitral (art. 19)”.⁴⁹ Ora, no momento em que firmam a convenção de arbitragem, as partes manifestam expressamente a renúncia ao Poder Judiciário (e conseqüente opção pela via arbitral) para solucionar qualquer pendência contratual que as envolva. A vontade dos contratantes, nesse momento, deve ser respeitada, ainda que o requerimento de instauração de arbitragem seja apresentado em data ulterior à decretação de falência. Trocando em miúdos, tem-se que a superveniência da falência não retira a validade e a eficácia da convenção de arbitragem, pouco importando se, à época da quebra, já havia (ou não) procedimento arbitral em trâmite.

Dito isso, conclui-se que o artigo 76 da Lei n.º 11.101/2005 não se aplica à arbitragem. As ações citadas nesse dispositivo, sujeitas a *vis attractiva* do juízo falimentar, limitam-se à seara judicial.

Também se afigura pertinente analisar a questão da suspensão de procedimentos arbitrais à luz da Lei n.º 11.101/2005, com o fito de constatar se o deferimento do processamento da recuperação judicial e a decretação de falência culminam na suspensão de procedimentos arbitrais requeridos contra o devedor/falido.

Extrai-se do *caput* do artigo 6.º da Lei n.º 11.101/2005 que a “decretação da falência ou o deferimento do

⁴⁹ Cf. Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.º 9.307/96*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2007, p. 89.

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*” (itálico nosso). Essa suspensão atinge tão somente as demandas que discutem quantias líquidas, conforme se infere da interpretação *a contrario sensu* do § 1.º do artigo 6.º. Por ser a arbitragem “instituto que visa solucionar disputa, disputa essa de cunho ilíquido ou controvertido”⁵⁰, não se submete à suspensão disposta no artigo 6.º da Lei n.º 11.101/2005, que atinge, repita-se, apenas ações em que se pleiteia valor *líquido*, passível até mesmo de execução forçada, o que não se vislumbra no âmbito arbitral. Nada obstante, independentemente do prosseguimento da arbitragem, “o juízo falimentar deve ser imediatamente cientificado da instituição de qualquer arbitragem envolvendo devedor, devendo tal comunicação ser feita pelos árbitros ou pelo devedor”.⁵¹

Como se sabe, não se presta a arbitragem para substituir institutos específicos dos procedimentos de insolvência.⁵² O que se deve ter em mente é que as inúmeras vantagens da opção pela via arbitral, sem sombra de dúvida, podem ser empregadas para superação da crise econômico-financeira que acomete parte expressiva do setor empresarial brasileiro, pelo que se espera que a matéria seja devidamente regulada pela nova Lei de Recuperação Judicial e Falência.

5. *Notas conclusivas*

⁵⁰ Cf. Pedro A. Batista Martins, O Poder Judiciário e a arbitragem. Quatro anos da Lei 9.307/96 (2.ª parte), *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 10, São Paulo, Editora RT, 2000, p. 336.

⁵¹ Carla de Vasconcellos Crippa, Recuperação judicial, falência e arbitragem, *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 29, São Paulo, Editora RT, 2011, pp. 192-193.

⁵² Citam-se, à guisa de exemplo, algumas matérias de competência exclusiva dos juízos especializados: processamento e deferimento da recuperação judicial, homologação e análise de eventual descumprimento do plano, decretação de falência, entre outras.

Num primeiro momento, procurou-se demonstrar neste trabalho que a criação de mais varas especializadas, a serem distribuídas por região em cada estado brasileiro, e a dedicação dos julgadores ao estudo pormenorizado do direito recuperacional são fatores que, sem dúvida, podem tornar muito mais ágil e efetivo o soergimento de um empresário ou de uma sociedade empresária, economizando tempo e dinheiro da pessoa em crise — despiendo dizer que a especialização do Judiciário não é suficiente para endossar o êxito total da recuperação judicial, pois é inviável prever o futuro da empresa e do próprio mercado. Outrossim, foram tecidas breves palavras sobre o *forum shopping*, a fim de alertar quanto à existência de tal prática na recuperação judicial.

A primeira parte, portanto, sugere uma alteração à atual redação do artigo 3.º da Lei n.º 11.101/2005, a fim de que todos os pedidos de recuperação judicial sejam dirigidos ao juízo regional especializado em que se localiza o principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil. Indica-se, em complemento, o acréscimo de parágrafo único ao referido dispositivo, para que haja previsão legal quanto à possibilidade de a empresa em crise excetuar a regra do artigo 3.º e inserir uma cláusula de eleição de foro especializado para apreciação do pleito recuperacional, desde que não o faça com intenção fraudulenta e que comprove, mediante documentos idôneos, que exerce atividade econômica na região selecionada.

Apresentou-se, em seguida, as duas formas ordinárias de aprovação do plano de recuperação judicial no contexto do direito brasileiro, comparando-as com as experiências norte-americanas e alemãs, esta em menor grau, acerca da mesma questão. O comparativo leva a crer que as legislações estadunidense e da Alemanha são mais completas do que a Lei n.º 11.101/2005, porque sopesam, para a aprovação forçada do plano, as relações horizontais (dentro de cada classe) e verticais (entre as diversas

classes), ao passo que o direito brasileiro atenta somente para as relações horizontais. Afigura-se, assim, pertinente a alteração dos §§ 1.º e 2.º do artigo 58 da Lei n.º 11.101/2005, para que sejam incorporadas pela lei brasileira as regras do *best-interest-of-creditors-test* e da *feasibility*, no que diz respeito à aprovação ordinária do plano de recuperação, e as regras da *unfair discrimination* e da *fair and equitable* com relação ao *cram down*.

Por fim, expôs-se a possível relação harmônica entre a arbitragem, a recuperação judicial e a falência. Foi possível concluir que a arbitragem deve ser vista como um meio eficaz para solução de conflitos oriundos de empresas em posição de insolvência, e não como uma via para favorecer interesses subjetivos do devedor ou dos credores. Uma sugestão, embora não exaustiva, de regulamentação da matéria pela legislação que está por vir, tem por base o enunciado n.º 6 da I Jornada de Solução Extrajudicial de Conflitos realizada pelo Conselho da Justiça Federal, que foi assim redigido: “O processamento da recuperação judicial ou a decretação da falência não autoriza o administrador judicial a recusar a eficácia da convenção de arbitragem, não impede a instauração do procedimento arbitral, nem o suspende”.



6. BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges, *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*, São Paulo, Editora RT, 2014.

ANTONIO, Nilva M. Leonardi, A recuperação judicial: a necessidade de especialização do Judiciário e a aplicação da Lei n.º 11.101/2005 por nossos tribunais, in *Direito recuperacional: aspectos teóricos e práticos*, Newton de

- Lucca e Alessandra de Azevedo Domingues (coords.), São Paulo, Quartier Latin, 2009.
- ARMELIN, Donaldo, A arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial, *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 13, São Paulo, Editora RT, 2007.
- BERALDO, Leonardo de Faria, *Curso de arbitragem: nos termos da Lei nº 9.307/96*, São Paulo, Atlas, 2014.
- BEZERRA FILHO, Manoel Justino, *Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11,101/2005, comentada artigo por artigo*, 9ª ed., São Paulo, Editora RT, 2013.
- CAHALI, Francisco José, *Curso de Arbitragem*, 5ª ed., São Paulo, Editora RT, 2015.
- CAMARGO, Solano de, Forum shopping: *modo lícito de escolha de jurisdição?*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015.
- CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2007.
- COELHO, Fábio Ulhoa, *Manual de direito comercial: direito de empresa*, 24ª ed., São Paulo, Editora RT, 2012.
- CRIPPA, Carla de Vasconcellos, Recuperação judicial, falência e arbitragem, *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 29, São Paulo, Editora RT, 2011.
- DECCACHE, Antonio, Convenção de arbitragem, recuperação judicial e falência, *Revista de Direito Empresarial*, v. 19, São Paulo, Editora RT, 2016.
- DUARTE, Alexandre Uriel Ortega, Aspectos administrativos, econômicos e contábeis da lei de recuperação de empresas e falência, in *Direito recuperacional: aspectos teóricos e práticos*, Newton de Lucca e Alessandra de Azevedo Domingues (coords.), São Paulo, Quartier Latin, 2009.

- ELLIAS, Jared A., What drives bankruptcy forum shopping? Evidence from market data, *UC Hastings Research Paper n. 178*, 2017.
- HAYNES, David, *Understanding Bankruptcy Courts*, The Balance, 2017.
- JACOBY, Melissa B.; SULLIVAN, Teresa A.; WARREN, Elizabeth, Rethinking the debates over health care financing: evidence from the bankruptcy courts, *New York University Law Review*, v. 76, n. 2, 2001.
- KLEE, Kenneth N., All you ever wanted to know about cram down under the new Bankruptcy Code, *American Bankruptcy Law Journal*, v. 53, 1979.
- LAVINE, Lincoln, *A handbook on bankruptcy*, Professional Publications, Nova Iorque, 1941.
- LOBATO, Moacyr, *Falência e recuperação*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007.
- MARTINS, Glaucio Alves, O cram down no direito brasileiro: comparação com o direito estrangeiro e evolução jurisprudencial, *Revista de Direito Empresarial*, v. 20, São Paulo, Editora RT, 2016;
- MARTINS, Pedro A. Batista, O Poder Judiciário e a arbitragem. Quatro anos da Lei 9.307/96 (2.^a parte), *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 10, São Paulo, Editora RT, 2000.
- MCKENZIE, Troy A., Judicial independence, autonomy, and the bankruptcy courts, *Stanford Law Review*, v. 62, n. 3, 2010.
- MUNHOZ, Eduardo Secchi, *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005*, in Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo (coords.), São Paulo, Editora RT, 2007.
- NUNES PINTO, José Emílio, A arbitragem na recuperação de empresas, *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, v. 4, São Paulo, Editora RT, 2014.

- PARDO, Rafael I.; LACEY, Michelle R., Undue hardship in the bankruptcy courts: an empirical assesment of the discharge of educational debt, *University of Cincinnati Law Review*, v. 74, 2005.
- POTTOW, John A. E., The myth (and realities) of forum shopping in transnational insolvency, *Brooklyn Journal of International Law*, v. 32, n. 2, 2007.
- QUEIROZ, Jorge, *Um balanço da efetividade da operação da Lei de Recuperação e Falências*, Migalhas, 2010.
- ROMA, Bruno Marques Bensal, Par conditio creditorium, cram down e o princípio da preservação da empresa: a recuperação judicial às avessas no direito brasileiro, *Revista de Direito Empresarial*, v. 11, São Paulo, Editora RT, 2015.
- TABB, Charles, The history of the bankruptcy laws in the United States, *ABI Law Review*, Vol. 3:5, 1995.
- _____. *The law of bankruptcy*, 2ª ed., Nova Iorque, Foundation Press, 2009.
- TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de, Arbitragem e insolvência, *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 20, São Paulo, Editora RT, 2009.
- ZYWICKI, Rodd J., Is forum-shopping corrupting America's bankruptcy courts? Review of Lynn M. LoPucki, "Court- ing failure: how competition for big cases is corrupting the bankruptcy courts", *Georgetown Law Review*, v. 94, n. 4, 2006.
- WHYTOCK, Cristopher, The evolving forum shopping system, *Cornell Law Review*, v. 96:481, 2011.