

ARNOLDO WALD *

I. INTRODUÇÃO

1. Depois de consolidada a tese da constitucionalidade da Lei de Arbitragem¹ e a dispensa da necessidade de termo de compromisso², dando-se, assim, execução específica à cláusula compromissória, a discussão, na matéria, se cingiu à possibilidade de sua incidência em áreas consideradas fronteiriças, nas quais alguns autores e julgados entendiam que os direitos podiam ser considerados indisponíveis.

2. Nos três últimos anos, o movimento a favor da utilização da arbitragem obteve duas vitórias importantes: a primeira referente à cláusula compromissória incluída nos contratos firmados pelas sociedades de economia mista e empresas públicas, e a segunda em relação à definição do *quantum* dos créditos e débitos das empresas em liquidação extrajudicial. No primeiro caso, firmou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com os acórdãos do REsp nº 612.439, sendo relator o Ministro JOÃO OTÁVIO NORONHA, julgado em 25.10.2005³, e do Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 11.308, relator o Ministro LUIZ FUX, julgado em 28.06.2006⁴.

* Advogado. Professor Catedrático da UERJ. Membro da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI).

1. Vide decisão do Supremo Tribunal Federal no AgRg em SE 5206-7/ES, in *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, n. 190, out./dez. 2004, pp. 908-1027; e, especialmente, o voto-vista do Ministro NELSON JOBIM, in *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, n. 11, jan./mar. 2001, pp. 361-374.

2. Vide as decisões proferidas no caso *CAOA vs. Renault* na RAM 11/222, com comentários da Professora SELMA FERREIRA LEMES, e na RAM 17/197, com meus comentários, bem como a decisão do Superior Tribunal de Justiça na SEC 1.210/GB, com comentários de MAÍRA DE MELO VIEIRA, na RAM 17/243.

3. STJ, Segunda Turma, REsp nº 612.439/RS, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO NORONHA, j. 25.10.2005, DJU 14.09.2006, in RAM 11/177, com meus comentários.

4. STJ, Primeira Seção, AgRg no MS nº 11.308/DF, Rel. Min. LUIZ FUX, j. 28.06.2006, DJU 14.08.2006, in RAM 11/194, com comentários meus e de VALERIA GALINDEZ.

3. Já em relação ao cabimento da arbitragem para fixar o *quantum* devido por empresa em liquidação extrajudicial, temos três decisões importantes recentes que nos indicam o caminho trilhado definitivamente pela nossa jurisprudência. Em primeiro lugar, a matéria foi apreciada por uma decisão arbitral incidental de 24.10.2006, proferida pelos árbitros PEDRO A. BATISTA MARTINS (presidente), SELMA MARIA FERREIRA LEMES e CARLOS NEHRING NETTO (co-árbitros), que reconheceram a sua competência⁵. Logo em seguida, a Egrégia 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão relatado pelo Desembargador JOSÉ ROBERTO BEDRAN, também concluiu que a questão era da exclusiva competência dos árbitros, de acordo com o princípio *kompetenz-kompetenz*, consagrado pelo artigo 8º, parágrafo único da Lei de Arbitragem⁶. Finalmente, em 09.06.2008, foi indeferida medida cautelar requerida no Superior Tribunal de Justiça para sustar os efeitos da arbitragem, pela Ministra NANCY ANDRIGHI, no excelente e exaustivo despacho que passaremos a comentar⁷.

4. As três decisões constituem os pilares da jurisprudência na matéria, que pode ser considerada como já estando consolidada.

5. No momento em que, em virtude da decisão do Tribunal de Justiça do Paraná no caso Itiquira⁸, alguns autores e até comentaristas internacionais suscitam dúvidas quanto à evolução da arbitragem no Brasil⁹, as recentes decisões acima referidas adquirem a maior importância. Evidenciam que, ao contrário, o direito brasileiro na matéria não tem uma evolução em linha quebrada, não se apresenta como uma espécie de dança, com um passo para frente e outro para trás. Além disso, demonstram que os juristas brasileiros não deixaram de respirar em virtude da decisão paranaense¹⁰, que não passa de caso isolado, de simples incidente de trânsito, com peculiaridades que não autorizam que suas conclusões sejam generalizadas¹¹.

5. Decisão sobre jurisdição proferida no Procedimento Arbitral nº 07/2006 do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CCBC), então em curso entre Saúde ABC Planos de Saúde Ltda. e Interclínicas Planos de Saúde S.A., de 24.10.2006, in RAM 15/239.

6. TJSP, Segunda Câmara de Direito Privado, AgIn 460.034-4/5-00, Rel. Des. JOSÉ ROBERTO BEDRAN, j. 21.11.2006, in RAM 15/206, com comentários de MARINA MENDES COSTA.

7. STJ, MC nº 14.295/SP, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, decisão monocrática, j. 09.06.2008, DJ 13.06.2008.

8. TJPR, Décima Oitava Câmara Cível, AgIn 428.067-1, Rel. Des. CARLOS MANSUR ARIDA, j. 30.01.2008, in RAM 17/212, com comentários de ELTON VENTURI.

9. Vide, por exemplo, notícias publicadas nas versões *online* da revista *Latin Lawyer*, em 20.03.2008, e da *Global Arbitration Review*, em 01.02.2008 e 18.03.2008.

10. Vide, nesse sentido, outra reportagem publicada na versão *online* da revista *Latin Lawyer* em 10.04.2008, e na *Global Arbitration Review* em 11.04.2008, sobre decisão do STJ na SEC 831/FR, envolvendo a Inepar e a Spie Enertrans S/A, que rejeitou pedido da Inepar tendo por objeto a denegação do reconhecimento de sentença arbitral proferida na França (vide STJ, Corte Especial, SEC 831/FR, Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, j. 03.10.2007, in RAM 16/225, com comentários de VALERIA GALINDEZ).

11. Vide MAURÍCIO GOMM-SANTOS, "Arbitration: Brazil swimming against the tide", in RAM 17/164; e os comentários de ELTON VENTURI à referida decisão do TJPR, in RAM 17/212.

6. Na realidade, como veremos, em seguida, os tribunais, cada vez mais, procuram exaurir os argumentos na matéria, a fim de não deixar dúvidas quanto à interpretação construtiva a favor da arbitragem, que deve ser dada à Lei nº 9.307/96.

II. A IMPORTÂNCIA DA DECISÃO DO STJ DA MINISTRA NANCY ANDRIGHI

7. Cabe salientar, inicialmente, que, tratando-se de medida cautelar, a douta Ministra relatora poderia se ter limitado a indeferi-la, por falta de fundamentos adequados, sem a necessidade de entrar no mérito.

8. Não foi o que fez a Ministra NANCY ANDRIGHI, que examinou o caso em profundidade, proferindo despacho exaustivo, no qual examinou todos os fundamentos do recurso especial e do acórdão recorrido.

9. A ementa que sintetiza a decisão é um exemplo de clareza e se caracteriza pelo seu aspecto didático, especialmente quando afirma que:

“Questões atinentes à existência, validade e eficácia da cláusula compromissória deverão ser apreciadas pelo árbitro, a teor do que dispõem os arts. 8º, parágrafo único, e 20, da Lei nº 9.307/96. Trata-se da denominada kompetenz-kompetenz (competência-competência), que confere ao árbitro o poder de decidir sobre a sua própria competência, sendo condenável qualquer tentativa, das partes ou do juiz estatal, no sentido de alterar essa realidade.”

10. Por outro lado, na mesma ementa, faz a adequada distinção entre a matéria suscetível de ser apreciada em arbitragem e as questões que somente a autoridade judiciária pode decidir, esclarecendo que:

“O fato da arbitragem envolver direitos disponíveis não significa que haverá, necessariamente, no curso do procedimento arbitral, atos do liquidante que impliquem disponibilização de tais direitos.

O árbitro não detém autoridade para obrigar o cumprimento de suas decisões, devendo o vencedor, em caso de resistência do vencido, promover a execução judicial da sentença arbitral, que, nos termos do art. 475-N do CPC (correspondente ao art. 584, VI, do CPC, antes da reforma introduzida pela Lei nº 11.232/05), constitui título executivo judicial.”

11. Na realidade, havendo dúvidas quanto ao montante de um crédito ou de um débito, a questão pode ser dirimida em ação própria, se não houver cláusula compromissória, ou em processo arbitral, se as partes assim decidiram, especialmente quando a convenção de arbitragem entre as partes foi firmada antes da decretação da liquidação extrajudicial.

12. A decisão monocrática reconhece, sucessivamente, a falta de fundamentos do recurso especial, a validade da cláusula compromissória firmada antes da liquidação extrajudicial e a ausência de efeitos, sobre a convenção de arbitragem, da modificação do status da recorrente. Assim, afirma que:

“(...) a atuação do liquidante na arbitragem não coloca em risco o interesse público que permeia a liquidação extrajudicial.”

13. Acrescenta que não há, no caso, diferença substancial entre o procedimento judicial e o arbitral, pois:

“Em verdade, a participação do liquidante em procedimento arbitral não difere substancialmente da sua atuação na fase de conhecimento dos processos judiciais envolvendo a massa liquidanda. Também nestes, o liquidante, de regra, não pratica nenhuma ação tendente a onerar os bens da massa, até porque quaisquer atos de constrição ou expropriação somente ocorrerão na fase de execução.

Nesse aspecto, vale notar que o árbitro não detém autoridade para obrigar o cumprimento de suas decisões, devendo o vencedor, em caso de resistência do vencido, promover a execução judicial da sentença arbitral, que, nos termos do art. 475-N do CPC (correspondente ao art. 584, VI, do CPC, antes da reforma introduzida pela Lei nº 11.232/05), constitui título executivo judicial.”

14. Mas, certamente, a parte mais importante do despacho é a referente à aplicação do princípio *kompetenz-kompetenz*, ao qual a eminente Ministra já se tinha referido em despachos e votos anteriores. Deu-lhe a ampla dimensão que merece e da qual precisa para que o recurso das partes à arbitragem se justifique, evitando-se processos mistos, nos quais se mesclam decisões arbitrais e judiciais divergentes, ensejando um verdadeiro caos, que ameaça a segurança jurídica, atualmente reconhecida como princípio constitucional¹².

15. Essa parte do despacho merece ser transcrita pela importância que tem, consolidando o entendimento atualmente predominante no Superior Tribunal de Justiça. Esclarece o despacho:

“(iii) Da competência para apreciação da eficácia da cláusula compromissória
Como bem destacado pelo Tribunal local e, repise-se, não atacado pela requerente em seu recurso especial, questões atinentes à existência, validade e eficácia da cláusula compromissória deverão ser apreciadas pelo árbitro, a teor do quem dispõem os arts. 8º, parágrafo único, e 20, da Lei nº 9.307/96.

A kompetenz-kompetenz (competência-competência) é um dos princípios basilares da arbitragem, que confere ao árbitro o poder de decidir sobre a sua própria competência, sendo condenável qualquer tentativa, das partes ou do juiz estatal, no sentido de alterar essa realidade. Em outras palavras, no embate com as autoridades judiciais, deterá o árbitro preferência na análise da questão, sendo dele o benefício da dúvida.

12. Vide GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 472; e outros.

Dessa forma, a resolução de questões litigiosas fica a cargo do árbitro e, para isso, não exige a lei que o ato jurídico seja válido ou imune a nulidades ou causas supervenientes de ineficácia, como se defende na espécie. Ao contrário, a questão litigiosa pode ser justamente a ineficácia do ato jurídico. Nessas circunstâncias, a jurisdição arbitral não se desloca, pois legalmente é o árbitro quem deterá competência para dirimir essas matérias assim como para decidir sobre sua própria competência.

Essa prioridade não apenas se perfila com os princípios que circundam o instituto da arbitragem e com a sistemática introduzida pela Lei nº 9.307/96, que se censura atos de protelação ou afastamento do rito arbitral, como também assegura a proposta de tornar o procedimento, uma vez eleito pelas partes, uma alternativa segura e incontornável de resolução de conflitos, limitando a atuação do Poder Judiciário à execução da sentença arbitral.”

16. Finalmente, quanto à suspensão de ações e execuções contra empresas em liquidação, o despacho interpreta de forma construtiva e de acordo com a melhor jurisprudência, o artigo 18, “a”, da Lei nº 6.024, entendendo que não se aplica às ações nas quais se busca tão somente o reconhecimento ou a quantificação do direito da parte. Invoca, para tanto, os acórdãos da 1ª, 3ª e 4ª Turmas do STJ, relatados pelos eminentes Ministros CLÁUDIO SANTOS, SÁLVIO DE FIGUEIREDO e JOSÉ DELGADO. Cabe, aliás, acrescentar que já existem, no mesmo sentido, várias decisões do Supremo Tribunal Federal.

II. A DECISÃO E O DIREITO COMPARADO

17. A solução dada pelo STJ e pelo TJSP se coaduna com a do direito estrangeiro, que chega à mesma conclusão, conforme esclarece PHILIPPE FOUCHARD, em artigo publicado em 1998¹³ e em comentário à jurisprudência, que data de 2003¹⁴, reconhecendo que a cláusula compromissória deve ser respeitada quando anterior à falência ou à liquidação extrajudicial. O eminente e saudoso professor enfatiza que a jurisprudência francesa tem admitido a arbitragem, mesmo quando iniciada após a decretação da falência, desde que se limite a fixar o montante de um crédito. Esclarece, a respeito, que:

“Il existe de solides arguments pour permettre au tribunal arbitral de se prononcer, même dans ce cas, sur le montant de la créance, et notamment le

13. PHILIPPE FOUCHARD, “Arbitrage et faillite”, in *Revue de l’Arbitrage*, 1998, nº 3, pp. 471 e seguintes, e in *Écrits - Droit de l’arbitrage et droit du commerce international*, Paris, Comité Français de l’Arbitrage, 2007, pp. 179 e seguintes. Texto originado de conferência organizada em Paris na Associação dos Advogados pelo Comité Francês de Arbitragem em 04.12.1997.

14. PHILIPPE FOUCHARD, “Arbitrage et faillite”, comentário a Cour d’Appel de Paris, 1ere Ch. C, *Société toulonnaise d’exploitation cinématographique c/ société Polygram Fil Distribution*, 03.03.1998, e Cour d’Appel de Paris, 1ere Ch. C, *Consorts de Conink c/ M. Zanzi et société Torelli ès qual*, 30.03.1999, in *Revue de l’Arbitrage*, 2003, nº 1, pp. 207 e seguintes.

respect de l'effet négatif de la compétence-compétence de l'arbitre (sur ce point, voir Paris, 13 février 2002 et Besançon, 4 juin 2002, préc.). En outre, le rapprochement des articles 47 et 48 (voire 49) de la loi de 1985 n'impose pas une telle interprétation (en ce sens, sentence CCI n° 9163 (2001), *infra*, p. 227). Et surtout, les articles 101 et 102 de la même loi (partiellement remplacés, à ce jour, par les articles L. 621-104 et L. 621-105 C.com.) permettent, après la déclaration de la créance, de contester la compétence du juge-commissaire pour statuer sur le bien-fondé de celle-ci. C'est donc bien que le fond du litige (et l'établissement de la créance et de son montant) peut relever d'un autre juge que le juge de la faillite. Ces dispositions précisent même que si le juge-commissaire décline sa compétence, le créancier dispose d'un délai de deux mois pour saisir 'la juridiction compétente', à peine de forclusion, et donc, sur le fondement de la clause compromissoire, engager l'instance arbitrale (en ce sens, P. Ancel, « Arbitrage et procédures collectives après la loi du 25 janvier 1985 », *Rev. Arb.*, 1987.127, spéc. P. 132 ; Ph. Fouchard, *art. préc.*, n° 40)."¹⁵

18. Examinando o direito aplicável à matéria na América Latina, JAN KLEINHEISTERKAMP escreveu que:

“(iii) Bankruptcy

Argentine law determines the invalidity of any arbitral clauses between creditor and debtor once bankruptcy has been declared, excluding the matters involved in a bankruptcy. But like in Chile, the law also establishes an exception if arbitral proceedings have been commenced prior to the judicial declaration of bankruptcy.

Note: Chilean courts have interpreted the Chilean provision ('los [juicios] de que actualmente estuvieren conociendo jueces árbitros') more restrictively by focusing on the first procedural act, i.e., the reception of the statement of claim by the defendant. The wording of Argentine law ('se hubiere constituido el tribunal de árbitros o arbitradores') suggests an earlier point in time, i.e. the acceptance of the last arbitrator, but there is no certainty in this respect.

In such case, the matter remains arbitrable to prevent the debtor from escaping arbitration by filing for bankruptcy. In Argentina, this provision applies equally to the lighter procedure of arrangement of creditors ('concurso preventivo'). After the bankruptcy has been declared, the competent court (Argentina) or the board of creditors (Chile) may still empower the trustee to sign arbitration or submission agreements in individual cases or allow the installation of an arbitral tribunal.”¹⁶

15. PHILIPPE FOUCHARD, “Arbitrage et faillite”, comentário a Cour d'Appel de Paris, 1ere Ch. C, Société toulonnaise d'exploitation cinématographique c/ société Polygram Fil Distribution, 03.03.1998, e Cour d'Appel de Paris, 1ere Ch. C, Consorts de Conink c/ M. Zanzi et société Torelli ès qual, 30.03.1999, in *Revue de l'Arbitrage*, 2003, n° 1, p. 209.

16. JAN KLEINHEISTERKAMP, *International commercial arbitration in Latin America - Regulation and practice in the MERCOSUR and the associated countries*, New York: Oceana Publications, 2005, p. 63.

19. E acrescentou em relação ao Brasil, citando alguns autores nacionais, que:

*"In Brazil, the jurisdictional competence of deciding matters subjected to bankruptcy procedures is exclusively attributed to the judiciary, which has been interpreted as excluding arbitration in all questions involved in bankruptcy, although good reasons suggest that this may still be possible."*¹⁷

20. O pessimismo de JAN KLEINHEISTERKAMP em relação ao direito brasileiro não se justificava, como provam as decisões ora comentadas.

21. Embora a matéria seja delicada, a linha divisória definida pela jurisprudência brasileira, com base na analogia com a regulamentação de processo civil aplicável às ações judiciais, parece a mais adequada, e se coaduna também com a melhor doutrina nacional aplicável também à recuperação das empresas¹⁸.

III. AS REPERCUSSÕES DA DECISÃO

22. A decisão no caso tem tido importantes repercussões internacionais, ensejando artigos publicados no boletim do *International Law Office*¹⁹, na *Global Arbitration Review*²⁰ e no *Lexis Nexis*²¹, todos elogiando a orientação dos tribunais brasileiros.

23. Mais importante ainda, recente julgamento do TJSP, ainda não publicado no momento em que terminamos nossos comentários, manteve a mesma orientação, citando a decisão do caso Saúde ABC vs. Interclínicas. Trata-se do acórdão da Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, que tem competência privativa na matéria, e que foi proferido no Agravo de Instrumento nº 531.020, julgado em 25.06.2008, sendo relator o eminente Desembargador PEREIRA CALÇAS. A decisão tem a seguinte ementa:

"Agravo de Instrumento. Falência. Impugnação judicial objetivando habilitação de crédito fundamentado em sentença arbitral. Cláusula compromissória

17. JAN KLEINHEISTERKAMP, *ob. cit.*, pp. 63-64.

18. Veja-se, nesse sentido: JOSÉ EMÍLIO NUNES PINTO, "A arbitragem na recuperação de empresas", in RAM 7/79; DONALDO ARMELIN, "A arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial", in RAM 13/17; e J.A. PENALVA SANTOS, "O instituto da arbitragem no âmbito da recuperação judicial", in *Arbitragem doméstica e internacional – Estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*, coordenação de RAFAELLA FERRAZ e JOAQUIM DE PAIVA MUNIZ, Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 155-171.

19. Boletim de 28.08.2008, disponível em www.internationallawoffice.com.

20. Vide comentários de MARINA MENDES COSTA, publicados no volume 3, nº 3 da revista, de junho de 2008.

21. Vide comentários meus e de RODRIGO GARCIA DA FONSECA, publicados na seção *Expert commentaries* da edição de setembro de 2008.

*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 Universal da Falência. Prosseguimento da demanda arbitral com condenação da devedora na indenização fixada pela Câmara de Arbitragem. Inaplicabilidade 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 habilitação do crédito da agravante, observados os limites acima estabelecidos."*²²

24. Essa decisão que comentaremos no próximo número da Revista, após a sua publicação oficial, invoca as lições de **TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE** e de **DONALDO ARMELIN**, para, em seguida, examinar a interpretação que deve ser dada à Lei nº 11.101/2005, e concluir com transcrição de parte do voto do Desembargador **JOSÉ ROBERTO BEDRAN** no caso *Saúde ABC vs. Interclínicas*.

25. A especial relevância dessa nova decisão, noticiada recentemente no *Valor Econômico* com comentários do Dr. **MARCOS FONTES**²³, que funcionou no caso, decorre de duas razões. Em primeiro lugar, constitui uma sedimentação quase definitiva da jurisprudência paulista, pois a Câmara tem competência especializada, sendo a única competente em matéria falimentar. Por outro lado, enquanto no caso *Saúde ABC vs. Interclínicas* tratava-se de aplicação da Lei nº 6.024, no processo da Jackson contra Diagrama (AI nº 531.020), a matéria se regue pela mais recente Lei nº 11.101, de 2005.

22. TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, AI nº 531.020-4/3-00, Rel. Des. Pereira Calças, j. 25.06.2008, em fase de publicação.

23. Notícia publicada no "Valor Econômico", na edição de 22.07.2008, p. E1.

