

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Felipe Ferreira Machado Moraes

A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM POR EMPRESAS EM FALÊNCIA

Belo Horizonte

2014

Felipe Ferreira Machado Moraes

A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM POR EMPRESAS EM FALÊNCIA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: César Augusto de Castro Fiuza

Belo Horizonte

2014

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

M827u Moraes, Felipe Ferreira Machado
A utilização da arbitragem por empresas em falência/ Felipe Ferreira Machado Moraes. Belo Horizonte, 2014.
113 f

Orientador: César Augusto de Castro Fiuza
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Arbitragem comercial. 2. Empresas - Falência. 3. Recuperação econômica.
4. Liquidação (Direito comercial). 5. Compromisso (Direito). I. Fiuza, César Augusto de Castro. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.736

Felipe Ferreira Machado Moraes

A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM POR EMPRESAS EM FALÊNCIA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

César Augusto de Castro Fiuza (Orientador) – PUC Minas

Christian Sahb Batista Lopes – UFMG

Rodrigo Almeida Magalhães – PUC Minas

Belo Horizonte, 8 de maio de 2014

Aos meus pais Imáculo e Maria pelo incondicional apoio sem o qual nada
disto seria possível.

Ao meu irmão Mateus pelo companheirismo.

À Lorena pelo amor, dedicação e por estar sempre ao meu lado.

Ao meu avô Antônio pelo exemplo.

À minha madrinha Isabel, *in memoriam*.

AGRADECIMENTOS

Meus sinceros agradecimentos ao Professor Doutor César Fiuza, pela confiança e sobretudo pela valiosa orientação.

Aos meus pais por priorizarem as minhas vontades e tornarem esta caminhada possível.

Agradeço à Lorena, minha companheira, pelo amor e dedicação.

Aos integrantes e colegas da Secretaria e da Diretoria da CAMARB. Vocês contribuíram muito para este trabalho, especialmente pelo que pude aprender durante a nossa convivência.

Ao estimado José Emílio pelos atenciosos e pertinentes comentários, quando o trabalho começava a ser elaborado.

Ao Marcelo Vilela, pela atenção dispensada na leitura atenciosa e pelos relevantes comentários.

Ao Clávio Valença e ao Octavio Fragata pela consideração e pela ajuda.

Aos meus amigos pela compreensão especialmente em relação à minha ausência.

*“Se um homem começar com certezas,
ele deverá terminar em dúvidas;
mas se ele se contentar
em começar com dúvidas,
ele deverá terminar em certezas.”*

Francis Bacon

RESUMO

A utilização da arbitragem como meio extrajudicial de solução de conflitos pode parecer conflitante com o processo falimentar. O presente trabalho analisa a possibilidade de utilização da arbitragem por empresas sob o regime falimentar.

Para possibilitar uma análise consistente do tema proposto, importante examinar, inicialmente, o sistema falimentar. Não menos importante é a análise do instituto da arbitragem, de modo a permitir o estudo do tema central.

Analisando o processo falimentar e o instituto da arbitragem, é possível identificar uma incompatibilidade inabalável, relacionada à impossibilidade de organizar e realizar o processo concursal falimentar pela via extrajudicial da arbitragem. Ou seja, não é possível realizar o processo concursal falimentar, propriamente dito, pela via arbitral.

Inobstante esta constatação inicial, existem algumas áreas de interseção nas quais a arbitragem pode se encontrar com o processo da falência. A decretação da falência não impede a utilização da arbitragem pela massa falida, que sucederá processualmente o falido. Ademais, a decretação da falência, por si, não afeta a validade das convenções de arbitragem celebradas, não consistindo, portanto, em óbice para solicitação ou início de novo procedimento arbitral.

A massa falida, considerando-se, portanto, o momento posterior à decretação da falência, poderá celebrar cláusula compromissória ou compromisso arbitral, elegendo a arbitragem como meio de solução de controvérsias. Para tanto, alguns requisitos deverão ser observados.

Finalmente, analisando a possibilidade de utilização da arbitragem por empresas em falência, ou pela massa falida que sucederá o empresário falido, constata-se a importância em observar algumas peculiaridades e recomendações relacionadas aos processos arbitrais envolvendo uma parte falida.

Palavras-chave: Arbitragem. Falência. Recuperação. Liquidação. Arbitrabilidade. Massa falida. Resolução de conflitos.

ABSTRACT

Apparently the use of arbitration as an alternative dispute resolution method could appear conflicting with the bankruptcy process. This research analyzes the possibility of using arbitration by bankrupt parties.

To enable a consistent analysis of the proposed issue, it is important analysis initially the bankruptcy system. No less important is the analysis of the arbitration, to enable the study of the core issue.

Analyzing the bankruptcy and the arbitration is possible to identify an some incompatibility related to the impossibility to organize and conduct the bankruptcy process through arbitration. So, it is not possible to conduct the bankruptcy process, properly, through arbitration.

Despite this initial consideration, there are some areas of intersection where the arbitration can meet the bankruptcy. The declaration of bankruptcy does not prevent the use of arbitration by the bankruptcy estate. Moreover, the declaration of bankruptcy, by itself, does not affect the validity of arbitration agreements concluded before, therefore not consisting obstacle for request a new arbitration proceedings.

The bankruptcy estate, even after the declaration of bankruptcy, could enter into arbitration clause or arbitration agreement, electing arbitration as a method of dispute resolution. For this, certain requirements must be considered.

Finally, analyzing the possible of use arbitration for companies in bankruptcy, or by bankruptcy estate succeeding the bankrupt, it is important observing some specifics and recommendations related to arbitration involving an bankrupt party.

Keywords: Arbitration. Bankruptcy. Reorganization. Liquidation. Arbitrability. Bankruptcy Estate. Dispute resolution.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 O INSTITUTO DA FALÊNCIA.....	14
2.1 Registros históricos do processo concursal e do sistema falimentar....	14
2.2 Evolução e o novo paradigma falimentar e recuperacional.....	17
2.3 Princípios basilares do sistema falimentar e recuperacional brasileiro..	18
2.3.1 <i>A par conditio creditorum</i>	18
2.3.2 <i>Unidade e universalidade do juízo falimentar</i>	19
2.3.2.1 <u>Exceção relacionada às ações trabalhistas</u>	20
2.3.2.2 <u>Exceção relacionada às ações fiscais</u>	22
2.3.2.3 <u>Exceção em relação às causas não reguladas pela Lei nº 11.101/2005 em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo</u>	24
2.3.2.4 <u>Exceção em relação às ações que demandem quantia ilíquida</u>	25
2.3.3 <i>Celeridade e economia processual</i>	29
2.4 Considerações sobre a falência.....	30
2.4.1 <i>Definição</i>	31
2.4.2 <i>Natureza jurídica</i>	32
2.4.3 <i>Os efeitos da decretação da falência</i>	33
3 A SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS POR ARBITRAGEM.....	35
3.1 Registros históricos.....	35
3.1.1 <i>Breve histórico no Direito Brasileiro</i>	38
3.2 Conceito.....	40
3.3 Princípios basilares.....	42
3.3.1 <i>Autonomia da vontade</i>	42
3.3.2 <i>Independência e imparcialidade do árbitro</i>	43
3.3.3 <i>Competência-competência (Kompetenz-Kompetenz)</i>	45
3.4 Arbitrabilidade.....	47
3.4.1 <i>Arbitrabilidade subjetiva</i>	48
3.4.2 <i>Arbitrabilidade objetiva</i>	49

3.5 Convenção de arbitragem.....	50
3.5.1 Cláusula compromissória.....	51
3.5.2 Compromisso arbitral.....	53
4 ARBITRAGEM E FALÊNCIA.....	55
4.1 A utilização da arbitragem por empresários em processo de falência: uma análise sobre a arbitrabilidade.....	57
4.1.1 Arbitrabilidade subjetiva e a representação da massa falida na arbitragem.....	57
4.1.2 Arbitrabilidade objetiva e a disponibilidade dos bens do falido.....	65
4.2 O efeito da decretação da falência sobre os contratos celebrados e a convenção de arbitragem.....	68
4.3 A suspensão do curso das ações e execuções em face do devedor.....	73
4.4 A universalidade e unidade do juízo falimentar em face dos processos arbitrais.....	76
4.5 O impacto da decretação da falência e a convenção de arbitragem.....	78
4.5.1 As convenções de arbitragem celebradas anteriormente à decretação da falência.....	78
4.5.2 Os processos arbitrais em curso.....	82
4.5.3 A celebração de convenção arbitral após a decretação da falência.....	83
4.6 A inclusão da sentença arbitral no quadro de credores.....	90
4.7 Peculiaridades do processo arbitral com a participação da massa falida.....	91
4.7.1 Sigilo do procedimento arbitral.....	92
4.7.2 A participação do Ministério Público.....	96
4.7.3 Recolhimento das custas.....	98
4.7.4 Peculiaridades a serem observadas pelos árbitros.....	100
4.7.5 Peculiaridades a serem observadas pelas partes e advogados.....	101
4.7.6 Peculiaridades a serem observadas pelas câmaras de arbitragem.....	102
5 CONCLUSÃO.....	103
REFERÊNCIAS.....	107

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva analisar a possibilidade e eventuais peculiaridades da utilização da arbitragem como meio de resolução de conflitos, por empresários em processo de falência.

Inicialmente cumpre esclarecer a opção pelos termos empregados no título do presente trabalho. Buscando demonstrar ao leitor, de maneira elucidativa, qual é o real tema abordado nesta pesquisa, utiliza-se o termo “empresa” em falência. Contudo, ao longo desta pesquisa o rigor técnico prevalecerá e, nas passagens subsequentes utilizar-se-á o termo “empresário” em falência.

Tal rigor técnico decorre do fato de que empresa, conforme teorias atuais do Direito Empresarial, é atividade, enquanto o empresário – seja ele coletivo ou individual – é o sujeito que exerce a atividade empresarial. Portanto, imperando o rigor técnico jurídico, o sujeito passivo nos processos de falência é o empresário, seja ele coletivo (sociedade) ou individual (CAMPINHO, 2010, p. 15-16).

Não obstante ser este o título escolhido, considerando que um dos enfoques a ser abordado leva em conta a decretação da falência e os efeitos dela decorrentes, na maior parte dos capítulos, durante o desenvolvimento dos trabalhos, analisar-se-á, na realidade, a possibilidade da massa falida ser parte em arbitragens (em sucessão ao falido).

Tamanho é a amplitude do tema proposto que se torna imprescindível estabelecer, inicialmente, o escopo do presente trabalho. Nesta oportunidade, propõe-se uma análise da utilização da arbitragem por empresários (antes e especialmente após a sucessão pela massa falida) sujeitos à processos de falência, avaliando a possibilidade e eventuais peculiaridades decorrentes desta utilização.

Nesta delimitação, optou-se por abordar a utilização da arbitragem doméstica, com aplicação do Direito Brasileiro, excluída, portanto, a análise específica sob o enfoque da arbitragem comercial internacional. Não obstante a opção por tal delimitação, em determinadas partes do trabalho analisar-se-á disciplina prevista no Direito Comparado com a finalidade de auxiliar na compreensão do tema proposto.

Nos últimos anos, a arbitragem têm apresentado enorme evolução no Brasil, o que pode ser constatado por meio de análise dos números de novos

procedimentos. Segundo pesquisa realizada pela coautora do anteprojeto da atual Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996, Selma Ferreira Lemes, no ano de 2005, o número de arbitragens em andamento nas cinco principais Câmaras brasileiras era de 25 processos. No ano de 2013, estas mesmas Câmaras administraram 147 processos arbitrais, o que representou um expressivo aumento no número de casos¹.

Em relação à falência, as estatísticas também indicam considerável aumento no número de novas decretações de falência, conforme pesquisa realizada pelo Serasa Experian². No ano de 2011 foram decretadas 641 novas falências, enquanto em 2012 este número subiu para 688 e em 2013 atingiu o patamar de 746 novas decretações de falência.

Constata-se crescimento na utilização da arbitragem bem como aumento no número de falências decretadas, o que permite afirmar que a possibilidade da ocorrência de procedimentos arbitrais envolvendo empresas em processo de falência possivelmente aumentará.

Portanto, torna-se necessário analisar esta zona de interseção entre a arbitragem e a falência, especialmente no tocante à validade ou inaplicabilidade da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral diante da decretação, bem como os impactos nos processos arbitrais já instaurados.

Ademais, importante analisar se, diante da decretação da falência, poderá a massa falida optar pela arbitragem e celebrar convenção arbitral. Após tais análises, não menos importante será a verificação de quais peculiaridades e boas práticas poderão ser adotadas em um processo arbitral com esta especificidade.

Para que se possa abordar o tema central do presente trabalho, analisando a possibilidade da utilização da arbitragem pelo empresário, sucedido pela massa falida, serão examinados os requisitos de arbitrabilidade objetiva e subjetiva, considerando os efeitos da decretação da falência. Dentre tais efeitos, encontra-se, a título exemplificativo, a indisponibilidade de bens pelo falido. Esta e outras questões necessariamente serão abordadas como condição para que o tema principal do trabalho seja analisado.

¹ Valor Econômico (Online). <<http://www.valor.com.br/legislacao/3407430/arbitragens-envolveram-r-3-bilhoes-em-2013>>.

² Serasa Experian (Pesquisa 2013). <http://www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias_concordatas.htm>.

A matéria, ainda carecedora de exame aprofundado no Direito Brasileiro, passa a ser objeto do cotidiano dos juristas e profissionais brasileiros. Os primeiros casos começam a ser levados às cortes estatais brasileiras, dando início à discussão sobre o tema. Na jurisdição arbitral não seria diferente, a matéria passa a ser objeto de análise também pelos árbitros em alguns procedimentos arbitrais.

Caso seja ultrapassada a etapa inicial, entendendo eventualmente pela possibilidade da utilização da arbitragem por parte em processo de falência, serão analisadas peculiaridades deste processo arbitral em que uma das partes esteja sobre a tutela do direito falimentar.

Em face destas breves notas introdutórias, resta demonstrada a atualidade do tema e a respectiva necessidade de análise por parte dos operadores do direito, sejam eles integrantes do Poder Judiciário ou atuantes na jurisdição privada por meio da arbitragem.

2 O INSTITUTO DA FALÊNCIA

Para atingir os objetivos do presente trabalho e adentrar o tema central, qual seja a utilização da arbitragem por empresários em falência, torna-se imprescindível analisar separadamente cada um destes institutos para que possam ser melhor compreendidos nesta etapa inicial.

O sistema falimentar constitui uma área de interseção entre diversos campos do direito, como por exemplo o Direito civil, processual civil, empresarial, societário, tributário, penal, processual penal, trabalhista, dentre outros. A multidisciplinariedade e a complexidade deste sistema fazem com que se tenha necessariamente uma principiologia própria, adequada às características que lhe são peculiares.

Neste sentido, cita-se Paulo Fernando Campos Salles de Toledo:

Essa característica do direito falimentar [de ser um cruzamento onde se encontram todos os componentes de um sistema jurídico] o diferencia de outras disciplinas jurídicas. A crise da empresa exige abordagem multifacetária. Vista sobre apenas um ângulo, os demais ficariam a descoberto. E a solução, sendo incompleta, seria, por isso mesmo, inadequada. (TOLEDO, 2009, p. 820)

Após estas breves considerações iniciais, analisar-se-á o instituto da falência.

2.1 Registros históricos do processo concursal e do sistema falimentar

Sem desviar o foco do tema central do presente trabalho, propõe-se, inicialmente, consignar alguns registros históricos da utilização de processos concursais. Tais registros guardam relevância para análise do tema central desta pesquisa, uma vez que influenciaram o instituto da falência que se conhece atualmente.

Após esta análise, será possível perceber que a utilização de tal instituto remonta a tempos longínquos. Ao final deste e do próximo capítulo, será também possível estabelecer um paralelo entre registros históricos dos processos concursais e da arbitragem, percebendo que ambos caminharam lado a lado durante determinados momentos ao longo da evolução da sociedade.

Alguns dos primeiros registros de processos de execução concursal remontam ao período clássico do Direito Romano. Naquele tempo, uma das evoluções do direito seguramente foi a possibilidade de promover uma execução diretamente contra o devedor, após o proferimento de uma sentença condenatória³.

Em decorrência da sentença proferida, o credor ou credores poderiam diretamente promover a execução em face do devedor. Caso o devedor não pagasse a dívida, existiam possibilidades de se oferecer como escravo para trabalhar durante o período correspondente para saldá-la, ou, ainda, recusando tal proposta, os credores poderiam vendê-lo como escravo e repartir entre eles o valor arrecadado.

No período das *legis actiones*, conforme descrito acima, basicamente poder-se-ia indicar cinco espécies de ações existentes, que compunham as ações da lei. Eram elas i) *legis actiones per sacramentum*; ii) *judicis postulatio*; iii) *condictio*; iv) *manus injectio*; e v) *pignoris capio*.

Ensina José Cretella Júnior (1990) que destas ações que compunham as *legis actiones*, as três primeiras eram de natureza cognitiva e apenas as duas últimas de natureza executiva (*manus injectio* e *pignoris capio*).

Alguns autores mencionam que existiria naquele Direito uma previsão que autorizava a divisão das partes do corpo do devedor que não possuísse condições para suportar a execução, como forma de distribuir aos credores para sanar a dívida, em tantas partes quantas fossem necessárias. Contudo, esta última possibilidade não ocorria na prática por contrariar os bons costumes e porque financeiramente os credores poderiam ser atendidos por meio da venda do devedor como escravo.

Segundo alguns autores, ali nasceu o embrião do que seria o atual processo falimentar, uma vez que se tratava de uma execução coletiva. Caso tal patrimônio fosse insuficiente para suportá-la, e a dívida não fosse paga, o devedor poderia ser arrematado como escravo para saldar as dívidas.

Neste sentido, Rubens Requião:

³ Verificar-se-á no próximo capítulo, ao tratar dos registros históricos da solução de controvérsias por arbitragem, que tais sentenças eram proferidas em determinados momentos por árbitros privados. Neste período, já era possível perceber a coexistência de espécies de execução concursal com a arbitragem.

A partir da Lei das XII Tábuas se delinearam a execução singular e a execução coletiva, sendo esta a grande contribuição do direito romano ao nosso instituto. A execução coletiva se aperfeiçoou e se amenizou através dos tempos, servindo de ponto de partida para o direito moderno. (REQUIÃO, 1998, p. 7)

Ainda por evolução do Direito Romano, ações como a *manus injectio* cederam espaço para uma espécie de execução mediante a participação de magistrados. Esta execução não era voltada contra a própria pessoa do devedor, mas contra o seu patrimônio. Esta alteração pode ser creditada à *Lex Poetelia Papiria*, cuja vigência iniciou em aproximadamente 300 a.C.

A execução passou a atingir o patrimônio do devedor e não mais a sua pessoa, sendo vedadas penas ou condutas que implicassem na utilização de meios cruéis em desfavor deste. (FIUZA, 2002, p. 42)

Durante a Idade Média, com o desenvolvimento das atividades mercantes, concebeu-se um Direito próprio, voltado para as corporações, com normas e juízes próprios.

Tal Direito, baseado no Direito Romano e no canônico (REQUIÃO, 1998, p. 10), serviu de fundamento para a concepção da falência a qual surgiu, naquela época, com marcante característica de repressão aos devedores desonestos.

Esta talvez tenha sido a principal característica a influenciar a etimologia da palavra falência, que deriva do verbo *fallere*, em latim, que significa faltar ou enganar (REQUIÃO, 1998, p.3)

Outros termos como quebras ou *quiebras* (espanhol) ou *rotto* (italiano), manifestam a ideia de quebrado, e, originam das praças de comércio, especialmente das cidades italianas, onde imperava a prática dentre os credores de quebrem a banca (ou banco) utilizado pelo devedor para atividade mercantil. Daí decorre o termo bancarrota que permaneceu no Direito Italiano.

Pode-se dizer que esta seria também a origem do termo utilizado no Direito Norte Americano, qual seja *bankruptcy*. Ilustra-se com Douglas G. Baird: “a palavra *bankruptcy* deriva de um costume italiano medieval de quebrar os bancos de um banqueiro ou comerciante que fugia e deixava credores sem serem pagos.”⁴ (BAIRD, 2006, p.4)

⁴ The word bankruptcy derives from the medieval Italian custom of breaking the benches of a banker or merchant who absconded and left creditors unpaid.

Alcançado o objetivo inicial de registrar historicamente, de maneira sucinta, a concepção e evolução dos processos concursais e da falência, prosseguir-se-á com a análise da relativamente recente alteração legislativa pátria sobre o tema.

2.2 Evolução do novo paradigma falimentar e recuperacional

O Decreto-Lei nº 7.661, de 1945 era, até então, responsável pela disciplina da falência no Direito Brasileiro, o que perdurou até o ano de 2005. Esta legislação demandava mudanças principalmente para melhorar a eficiência do procedimento concursal e para atender aos novos anseios de recuperação das empresas em crise, no mesmo compasso das legislações do Direito Comparado.

O instituto da concordata, seja suspensiva (após a decretação da falência) ou preventiva (anteriormente), sai de cena para ceder espaço à recuperação de empresas.

Com esta nova disciplina, além da substituição do instituto da concordata pelo da recuperação, alterou-se também o fundamento do direito falimentar, que passou a ser principalmente a recuperação da atividade empresarial, prezando pela preservação da empresa.

Neste sentido Eduardo Goulart Pimenta:

A alteração nas normas falimentares brasileiras veio em boa hora, dada a já lembrada antiguidade e inadequação do Decreto-Lei nº 7.661/1945 face à busca pela reabilitação da empresa em dificuldades.
Dentre as várias significativas modificações, esta nova legislação concursal introduz em nosso ordenamento os institutos da recuperação judicial e extrajudicial de empresas, elaborados sob a premissa da preservação da unidade econômica em dificuldades momentâneas. (PIMENTA, 2006, p. 62)

Evidentemente que este novo paradigma do direito falimentar implicou em outras tantas alterações, como, por exemplo, a previsão da figura do administrador judicial em detrimento do antigo síndico; e privilegiando maior participação dos credores no processamento do novo mecanismo da recuperação.

Contudo, seja sob ótica do regime anterior (Decreto-Lei nº 7.661), seja sob a disciplina da nova lei, após a decretação da falência o procedimento passa a ter natureza eminentemente executiva concursal. Neste processo, os credores do falido passam a concorrer pela partilha do patrimônio, observada a ordem de preferência.

2.3 Princípios basilares do sistema falimentar e recuperacional brasileiro

Tendo sido significativa a alteração implementada no sistema falimentar brasileiro, constituindo uma mudança de paradigma, é natural que os princípios basilares de tal sistema igualmente tenham sofrido algumas alterações.

Contudo, alguns princípios basilares seguem indissociáveis do instituto da falência desde tempos longínquos, como é o caso do princípio da *par conditio creditorum*.

Considerando os inúmeros princípios que norteiam o direito falimentar, limitar-se-á tal análise àqueles de maior relevância para o tema central ora abordado, quais sejam: o da *par conditio creditorum* (ou o tratamento igualitário entre os credores); da unidade e universalidade do juízo falimentar; e da celeridade e economia processual.

2.3.1 A *par conditio creditorum*

A *par conditio creditorum* é um princípio basilar do direito falimentar e recuperacional, que preconiza, em derivação do princípio da isonomia, o tratamento igualitário entre credores de mesma classe de créditos.

Neste sentido é o entendimento de Marcelo Andrade Féres:

A par conditio creditorum é, portanto, uma manifestação específica do princípio constitucional da isonomia, por meio do qual se orienta o ordenamento ao equacionar os interesses postos em conflito no concurso de credores, de sorte a lhes atribuir hierarquia, definindo a seqüência de pagamentos a serem feitos pela massa. (FÉRES, 2005, p.116)

Em face da insolvência⁵ do devedor, verificando-se a insuficiência patrimonial para saldar todas as obrigações perante os credores, necessário organizar um concurso entre eles para que todos sejam reunidos no mesmo processo liquidatório. Tal distribuição deverá atender aos preceitos de cada ordenamento jurídico, contudo, deverá ser observada regra essencial e inerente ao direito concursal, qual seja, o tratamento igualitário entre os credores.

⁵ Insolvência em sentido econômico, segundo Pontes de Miranda (MIRANDA, 1960, p.5).

Neste sentido, Pontes de Miranda:

Se algum credor propõe a sua ação executiva, sem que se abra o concurso de credores, o bem penhorado é que serve ao adimplemento, sem que se possa, após isso, estabelecer solução igualitária. A *par condicio creditorum* supõe que dois ou mais credores concorreram. Ai é que o princípio incide, em toda a sua inteireza. (MIRANDA, 1960, p.29)

Tal princípio está refletido em distintas partes da Lei nº 11.101/2005, como, por exemplo, nos artigos que estabelecem regras para pagamento dos credores conforme as respectivas classes, sem distinguir os integrantes de cada uma delas (art. 84); e ainda, na disciplina da regra geral aplicada a casos não previstos na referida lei (art. 126).

2.3.2 Unidade e universalidade do juízo falimentar

Com forma de operacionalizar o princípio da *par conditio creditorum*, o qual garante o tratamento igualitário entre os credores, será essencial instituir a unidade e a universalidade do juízo falimentar.

A Lei nº 11.101/2005, em seus arts. 76 e 115, prevê:

Art. 76. 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.

Parágrafo único. Todas as ações, **inclusive as excetuadas no caput deste artigo**, terão prosseguimento com o administrador judicial, que deverá ser intimado para representar a massa falida, sob pena de nulidade do processo.

Art. 115. 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 esta Lei prescrever. (BRASIL, 2005, grifo nosso)

Almejando a melhor organização do processo falimentar e evitando a proposição de inúmeras ações em cada uma das localidades onde o falido possuiu negócios; é necessário definir um juízo único e competente para julgar todas as ações propostas contra a massa (*vis attractiva* do juízo falimentar).

Tal providência permite que as ações em face da massa falida possam tramitar perante o mesmo juízo em igualdade de condições entre todos os credores, especialmente no que concerne ao recebimento dos créditos (liquidação).

Além destes dispositivos, a legislação falimentar apresenta, em seu art. 6º, §8º, a regra de prevenção do juízo falimentar em caso de novos pedidos de falência ou recuperação em face do mesmo devedor, evitando pedidos simultâneos e decisões esparsas e eventualmente contraditórias.

Art. 6º [...]

§ 8º A distribuição do pedido de falência ou de recuperação judicial previne a jurisdição para qualquer outro pedido de recuperação judicial ou de falência, relativo ao mesmo devedor.

Neste sentido ilustra-se com o entendimento da Ministra Nancy Andrigli, do Superior Tribunal de Justiça:

Essas regras, em conjunto, têm como finalidade: (i) impedir que sejam declaradas tantas falências em juízos diferentes quantos sejam os estabelecimentos do devedor; e (ii) evitar a dispersão de ações de caráter patrimonial a serem propostas contra a massa falida, submetendo todas a critério único de julgamento.” (ANDRIGHI, 2009, p. 500)

Após analisar a importância dos referidos princípios para o sistema falimentar, cumpre ressaltar que, embora de extrema relevância conforme demonstrado, eles não são absolutos.

A própria Lei nº 11.101/2005 traça exceções à tais princípios, conforme analisar-se-á adiante.

2.3.2.1 Exceção relacionada às ações trabalhistas

Uma das exceções à *vis attractiva* do juízo falimentar são as ações de natureza trabalhista, conforme disciplina do art. 6º, §2º, da Lei de Falência e Recuperação. O referido dispositivo prevê que as ações cujos créditos ainda não tenham sido apurados, normalmente as de natureza de conhecimento ou pendentes de liquidação, serão processadas perante a justiça especializada até a apuração do referido crédito.

Além deste dispositivo, o próprio art. 76 que prevê a universalidade do juízo falimentar, contempla também como uma das exceções expressas as causas trabalhistas.

O legislador acertadamente permitiu que tais ações, que ainda não representam créditos, sejam processadas perante a justiça especializada. Não se

sabe, durante a fase de conhecimento, sequer se tais ações irão representar algum crédito futuro, motivo pelo qual o juízo falimentar não deve se ocupar destas ações precipitadamente. Ademais, o legislador privilegiou a justiça especializada, o que confere ainda mais eficiência e celeridade ao processo falimentar, atendidos os princípios do novo sistema falimentar e recuperacional.

Evidentemente que, em se tratando de matérias de natureza trabalhista o legislador considerou também a competência da justiça especializada (trabalhista), por previsão constitucional, ainda que seja esta também a solução que melhor se adequa à estrutura e aos princípios do direito falimentar.

Neste sentido, Maria Celeste Morais Guimarães (2007, p. 75): “Contudo, o juízo universal da falência não se sobrepõe a regras de distribuição de competência, de índole constitucional, como a referente às reclamações e execuções trabalhistas (art. 114 da CF) [...]”.

É certo que as ações de conhecimento destoam, enquanto nesta fase inicial, do propósito do concurso de credores, pois, afinal, sequer é possível afirmar se delas resultará algum crédito.

Contudo, após a fase de conhecimento e liquidação, é importante que a execução ocorra através da via concursal, sob pena de abalar a paridade entre os credores. Importante registrar que nesta fase não mais prevalece o argumento da especialidade do juízo, uma vez encerrada a fase de conhecimento e liquidação.

Na eventualidade da execução prosseguir também perante a Justiça do Trabalho, imprescindível que o produto dela decorrente seja revertido em favor da massa, sob pena de abalar a *par conditio creditorum*, conforme aponta Vinícius José Marques Gontijo:

No entanto, estando prestada a jurisdição especial material, a execução da obrigação acertada e liquidada não demanda a especialização judicial trabalhista, podendo (e devendo), ao revés, ser aplicada pelo Poder Judiciário incumbido especialmente da execução coletiva falimentar, assegurando a *par conditio creditorum* inclusive em favor dos demais empregados incluídos no quadro geral de credores da massa falida. (GONTIJO, 2007, p. 913)

Assim também sustenta a Ministra Fátima Nancy Andrichi (2009, p. 503) ao ressaltar que tal entendimento foi acolhido pela jurisprudência brasileira desde o sistema falimentar anterior, e que deveria ser mantido também para o novo sistema.

2.3.2.2 Exceção relacionada às ações fiscais

Outra situação específica que foge à regra geral da unidade e universalidade do juízo falimentar, é a relacionada às ações de natureza fiscal. A Lei de Falência e Recuperação prevê:

Art. 6º [...]

§ 7º As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica.

[...]

Art. 76. 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.

Contudo, tais dispositivos não são os únicos a disciplinarem o tratamento das ações de natureza fiscal, em relação aos processos concursais e à legislação falimentar. O art. 186 do CTN – Código Tributário Nacional, alimentando ainda mais o debate sobre o tema, prevê que a cobrança do crédito tributário, realizada judicialmente, não sujeitar-se-á ao concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento.

Diante de tais dispositivos, a doutrina diverge, ainda que não intensamente, acerca do assunto. Alguns profissionais defendem que a interpretação conjunta destes artigos não induziria à suspensão das ações de natureza fiscal, por expressa exceção, preservando-se o foro especializado para tais ações de conhecimento, até o devido reconhecimento e liquidação do crédito.⁶ Outros entendem que todas as causas em sentido amplo, inclusive as execuções de natureza tributária, por previsão do referido artigo do CTN, prosseguirão perante a justiça especializada⁷. Finalmente, existem aqueles que preconizam que poderão prosseguir as ações fiscais de conhecimento ou execução, desde que estas últimas, observem o concurso material ou obrigacional. Tais execuções somente poderão prosseguir, na

⁶ Neste sentido, Carlos Henrique Abrão, (ABRÃO, 2010, p. 288)

⁷ Neste sentido, Daniel Moreira do Patrocínio, (PATROCÍNIO, 2013, p. 159); e Carlos Klein Zanini (ZANINI, 2007, p. 342)

prática, a depender do estágio processual em que se encontram perante a justiça especializada⁸.

Importante salientar, contudo, que não obstante o caminho a ser percorrido até a arrecadação do crédito de natureza fiscal ou tributária, a doutrina é majoritária ao conceber que o resultado de tal processo executório será destinado ao juízo universal, atendendo ao concurso material, respeitando a ordem de prioridade entre os credores.

Finalmente, cumpre registrar que tal disciplina legal, acerca do tratamento das ações fiscais, tem origem na legislação anterior, cuja disciplina era análoga. Ainda aplicando o sistema pretérito, no ano de 2001 o Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, cujo raciocínio serve de orientação para as regras do novo sistema:

PROCESSUAL – EXECUÇÃO FISCAL – MASSA FALIDA – BENS PENHORADOS – DINHEIRO OBTIDO COM A ARREMATAÇÃO – ENTREGA AO JUÍZO UNIVERSAL – CREDORES PRIVILEGIADOS.

I – A decretação da falência não paralisa o processo de execução fiscal, nem desconstitui a penhora. A execução continuará a se desenvolver, até à alienação dos bens penhorados.

II – Os créditos fiscais não estão sujeitos a habilitação no juízo falimentar, mas não se livram de classificação, para disputa de preferência com créditos trabalhistas (DL n^o 7.661/1945, art. 126).

III – Na execução fiscal contra o falido, o dinheiro resultante da alienação de bens penhorados deve ser entregue ao juízo da falência, para que se incorpore ao monte e seja distribuído, observadas as preferências e as forças da massa.”

(BRASIL, STJ. REsp. 188.148-RS/, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 2001)

A Ministra Nancy Andrighi reforça a tese, registrando igualmente que tal entendimento também era acolhido pela legislação falimentar pretérita e pela jurisprudência, devendo prevalecer com o sistema falimentar atualmente vigente (ANDRIGHI, 2009, p. 502).

⁸ Neste sentido, Ministro João Otávio de Noronha e Sérgio Mourão Corrêa Lima (NORONHA; LIMA, 2009, p. 102-103)

2.3.2.3 Exceção em relação às causas não reguladas pela Lei nº 11.101/2005 em que o falido figura como autor ou litisconsorte ativo

Sobre esta possível exceção à universalidade e unidade da falência repousam alguns debates sobre a interpretação que deve ser empregada ao art. 76 (transcrito no item 2.3.3 *supra*).

O *caput* do referido artigo menciona expressamente como uma exceção aos princípios da unidade e universalidade, as ações que, cumulativamente: (i) não estiverem reguladas nesta Lei; e (ii) contam com o falido figurando como autor ou litisconsorte ativo.

Contudo, ao utilizar o termo “falido”, o legislador conferiu margem para divergência de interpretações.

Parte da doutrina entende que o legislador pretendeu utilizar o termo “falido” em referência única e exclusivamente ao empresário, excluída nesta interpretação a massa falida. Deste raciocínio decorre a não aplicação de tal exceção à massa falida, quando for parte em tais ações não reguladas pela Lei nº 11.101/2005.

Este é o entendimento de Carlos Henrique Abrão:

Abrindo brecha, foi mais longe o legislador por se reportar às causas não disciplinadas no texto, nas quais o falido figura como autor ou litisconsorte ativo, que se processam não vinculadas ao juízo universal. As demandas propostas pela massa terão curso no juízo universal e indivisível, porém se o falido for autor, ou figurar como litisconsorte ativo, nessas hipóteses não há perpetuação jurisdicional, sendo livre a competência para efeito de distribuição da causa. (ABRÃO, 2010, p. 289)

Em sentido contrário, buscando fomentar a argumentação acerca do tema, cita-se a posição de Sérgio Campinho:

Contudo, a regra comporta certas exceções. Existem ações não falimentares, consistentes naquelas cuja existência independe do processo concursal. São as não reguladas na Lei Falimentar, ‘em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo’ [...] A expressão legal não é feliz. Após a falência, a massa falida é que ocupará o pólo ativo da demanda que envolver os bens, negócios e interesses do devedor falido. (CAMPINHO, 2010, p. 310)

Neste sentido também é a posição de Carlos Klein Zanini:

Por segundo, a Lei substitui a expressão massa falida por falido, o que se mostra tão discutível quanto, do ponto de vista prático, irrelevante. Tal exceção encontra justificativa mais do que razoável na absoluta inconveniência de se obrigar a massa a demandar contra terceiros sempre no juízo da falência, o que, além de subverter as regras naturais da competência jurisdicional, tenderia a vir em seu desfavor, retardando a tramitação do feito. (ZANINI, 2007, p. 342)

Em relação à referida exceção à unidade e universalidade, entende-se que tal debate perde toda sua razão de existir ao analisar o art. 76, em conjunto (como não poderia deixar de ser) com o seu parágrafo único.

Por meio de leitura do parágrafo único do referido artigo, verifica-se que o legislador mencionou expressamente que esta seria a regra de transição das ações do falido para a massa falida, representada pelo administrador judicial, mencionando expressamente *“inclusive as excetuadas no caput”*: *“Todas as ações, inclusive as excetuadas no caput deste artigo, terão prosseguimento com o administrador judicial, que deverá ser intimado para representar a massa falida (BRASIL, 2005, grifo nosso)*

Portanto, o entendimento que deve prevalecer em relação à aplicação do art. 76, especificamente sobre a exceção concernente às ações não previstas na Lei falimentar, é o de que deve ser aplicado também aos casos em que a massa sucederá o falido, inclusive naqueles ainda não iniciados.

2.3.2.4 Exceção em relação às ações que demandem quantia ilíquida

Alguns autores sustentam que o art. 76 *caput*, ao disciplinar as exceções ao juízo unitário e universal da falência, deve ser analisado em conjunto com o art. 6º da Lei de Falência e Recuperação, sob pena de permitir interpretações que destoariam da lógica própria do sistema falimentar e do restante da Lei. Entendimento este que deve prevalecer.

O art. 6º contempla importantes efeitos oriundos da decretação da falência e do deferimento da recuperação. Dentre estes efeitos está a suspensão⁹ da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor.

Art. 6º 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. (BRASIL, 2005)

Verifica-se, no parágrafo único do mesmo dispositivo, importante regra que exclui desta suspensão automática as ações que estiverem em andamento e que demandem quantia ilíquida: “§ 1º Terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida.” (BRASIL, 2005)

Pode-se dizer que seria possível identificar três posições quanto ao entendimento da doutrina acerca do tema (exceção à universalidade e unidade prevista no art. 76, também a partir do art. 6º, § 1º).

A *primeira* delas sustenta que o art. 6º não constitui expressamente uma exceção à universalidade do juízo falimentar (art. 76). Preconiza que somente os casos expressos elencados no art. 76 representariam uma exceção. Contudo, tais autores reconhecem o condão do art. 6º de permitir o prosseguimento das ações que demandam quantia ilíquida, apenas não classificam tal possibilidade como uma exceção expressa ao juízo universal previsto no art. 76¹⁰. Neste sentido, (ABRÃO, 2010,p. 288); e (BEZERRA FILHO, 2011, p. 189-190).

A *segunda* delas, sustenta a aplicabilidade do art. 6º, § 1º como uma das hipóteses de exceção à *vis attractiva* do juízo falimentar, contudo, apenas extensível às ações já instauradas e em andamento na época da decretação, conforme literalidade do referido dispositivo (transcrito acima).

Neste sentido é a lição da Ministra Fátima Nancy Andriighi:

Nas ações em que se demandar quantia ilíquida, independentemente da posição da massa falida na relação processual, também não haverá atração pelo juízo universal da falência, desde que já estejam em tramitação ao tempo da decretação da quebra (art. 6º, § 1º, da LRE). [...]
As ações que tenham por objeto crédito ilíquido, mas que tenham sido ajuizadas após a decretação da quebra não se sujeitam à exceção do art. 6º, § 1º, LRE, que se refere exclusivamente às demandas já em trâmite por

⁹ O referido tema relacionado à suspensão das ações será analisado especificamente em tópico subsequente.

¹⁰ Caso considerem, não mencionam isto explicitamente nas obras consultadas, como outros autores o fazem, interpretando o art. 76 fazendo remissão ao art. 6º.

oportunidade da falência. Nesse caso, após o trânsito em julgado, os respectivos créditos também podem ser habilitados mediante procedimento administrativo. (ANDRIGHI, 2009, p. 503-504)

Em sentido análogo, cita-se o posicionamento de Carlos Klein Zanini:

Fora das hipóteses tratadas no ponto anterior, afigura-se relevante, para efeito de verificar-se ou não a incidência da vis attractiva da falência, o momento extado em que se a decreta. Assim é por dispor o art. 6º, § 1º da Lei que 'terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida'. Trata-se, *in casu*, da ação aforada contra a massa, porquanto aquela em que a massa é autora encontra-se já excepcionada pelo art. 76. A exceção de que aqui se cuida não é, todavia, absoluta. A Lei dispõe que terá apenas *prosseguimento* a ação, não se aplicando, por conseguinte, naqueles casos cuja a ação, tendo por objeto quantia ilíquida, venha a ser ajuizada após ter sido decretada a falência, situação na qual estará sujeita à força atrativa do juízo falencial. (ZANINI, 2007, p. 343)

Tal interpretação vai de encontro ao exato texto do art. 6º, § 1º (literalidade), contudo, representa algumas dificuldades de ordem prática.

Estas dificuldades guardam relação com o próprio juízo da falência. Sendo o processo falimentar um processo concursal, de natureza executiva, que propõe a liquidação de ativos, caso estas ações, ainda em fase de conhecimento, não possam prosseguir pelo fato de terem sido instauradas após a decretação da falência, tais créditos dificilmente poderão ser habilitados no processo falimentar, por carecerem de executividade. Neste caso, parece que o princípio da *par conditio creditorum* poderia ficar abalado e causar alguma disparidade entre os credores, de mesma classe, que iniciaram as ações que demandam quantia ilíquida em tempos ligeiramente distintos. Não parece ser este o propósito da Lei.

A alternativa que se apresenta (em face de tal dificuldade), seria desistir da ação que foi objeto de suspensão e propor a homologação, com natureza de conhecimento e sem exigibilidade ou liquidez, em face do juízo falimentar. Contudo, não parece ser esta, também, a melhor opção, em razão da natureza concursal e executiva do processo falimentar, o que, inclusive, prejudicaria o bom andamento do processo de falência, contrariando os princípios da eficiência e celeridade contemplados no art. 75 da Lei de Falências e Recuperação.

Finalmente, a *terceira* e última classificação quanto aos entendimentos doutrinários acerca do tema, defende que, por meio de interpretação sistêmica, analisando também os motivos que fundamentam a regra contemplada no art. 6º, §

1º, que deverão ser aplicados em conjunto o art. 76 e o § 1º do art. 6º. Tal aplicação deverá ocorrer tanto para os processos em curso, quanto para os que ainda não tiveram início, carecedores de liquidez (processo de conhecimento).

Neste sentido é a lição de Paulo Fernando Campos Salles de Toledo:

Ainda a acentuar a natureza relativa da regra de suspensão, proclama o art. 76 da Lei 11.101/2005 a unidade e indivisibilidade do juízo falimentar, '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.' A norma, é claro, deve ser analisada em conjunto com o disposto no art. 6º, § 1º, e se refere às ações em que se demande quantia ilíquida, ou pretensões que não tenham por objeto quantias certas e definidas, uma vez que, nesse caso, o crédito deverá ser habilitado na falência. (TOLEDO, 2009, p. 821)

Também é este o entendimento de Donaldo Armelin:

Considerando-se o carácter 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 debeatur* dos credores, soa excessiva, considerando-se que os créditos apurados judicialmente passarão pelo crivo do processo falimentar. (ARMELIN, 2007, p. 20)

Bastante contundente é o entendimento de Donaldo Armelin neste sentido. Dentre os argumentos que buscam justificar a impossibilidade de suspensão das ações que demandarem quantia ilíquida, inclusive aquelas ainda não instauradas, estão: i) o processo de conhecimento deverá avaliar e decidir pela existência ou não do crédito; ii) a natureza de ações de conhecimento destoam do propósito do concurso de credores e da falência, de natureza preponderantemente executória; iii) aqueles cujo crédito ainda carece de liquidez, terão condições desfavoráveis em comparação aos credores da mesma classe, que já tiveram a oportunidade de, através da ação de conhecimento, torná-los certos e exigíveis, o que dificilmente conseguirá senão através do processamento da ação de conhecimento; iv) analisando o objetivo da suspensão prevista no art. 6º, soa absolutamente excessivo que as demandas de quantia ilíquida, ainda por iniciar, não possam ter normal prosseguimento até a decisão pelo reconhecimento ou não do crédito; v) o prosseguimento de tais ações que demandam quantia ilíquida não causa qualquer

disparidade entre os credores (pelo contrário) pois, caso o crédito seja reconhecido, deverá ser inserido no quadro sendo submetido ao crivo do processo falimentar, mantida a *par conditio creditorum*.

Conforme indicado, argumentos não faltam para que as ações que demandem quantia ilíquida possam ter normal prosseguimento mesmo quando iniciadas após a decretação da falência.

O processo concursal não se deve ocupar de potenciais créditos, devendo manter sua atenção voltada para a maximização do patrimônio da massa, almejando o pagamento dos credores.

Entende-se que as exceções previstas no art. 76 da Lei de Falência e Recuperação deverão ser analisadas em conjunto com o disposto no art. 6º do mesmo diploma legal. A suspensão das ações que demandam quantia ilíquida soaria contraditória ao sistema falimentar e representaria uma penalização exagerada ao credor nesta situação, desequilibrando, inclusive, a igualdade entre credores em mesma classe.

Este foi o entendimento da Ministra Nancy Andrighi, em recente voto proferido, em julgamento de Recurso Especial, referente ao caso *Kwikasair v. AIG*:

Todavia, a suspensão irrestrita de todas as demandas, nas quais se incluem aquelas em que se discute a própria formação do título executivo, por ser medida manifestamente excessiva, é excepcionada pelo § 1º do art. 6º da Lei no 11.101/05. Isso porque o impedimento de seu trâmite resultaria em intransponível empecilho ao exercício do direito creditório. Este sim, depois de liquidado, passível de submissão ao crivo do processo falimentar e habilitação no quadro geral de credores ou inclusão no acervo patrimonial. (BRASIL, STJ. REsp. 1.355.831-SP/ 2012/0174382-7/, Rel. Min. Sidnei Beneti, 2013)

Nos termos dos arts. 6º e 76 da legislação falimentar, as ações que demandem quantia ilíquida não deverão ser suspensas, e aquelas que ainda não tenham sido iniciadas, poderão ser propostas. As demandas de competência da justiça especializada, inclusive aquelas relacionadas à jurisdição arbitral, deverão ser apreciadas pela jurisdição especial (jurisdição arbitral).

2.3.3 Celeridade e economia processual

O novo paradigma do direito falimentar, com foco na eficiência e na otimização dos recursos, contempla como princípios orientadores do novo processo concursal a celeridade e a economia processual.

Neste sentido é a previsão expressa do art. 75 da Lei de Falência e Recuperação:

Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa.
Parágrafo único. O processo de falência atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual. (BRASIL, 2005)

Embora os princípios da celeridade e economia processual estejam contemplados inclusive constitucionalmente, por meio da Emenda Constitucional nº 45, que contempla como garantia a duração razoável do processo, seguramente o legislador acertou ao contemplá-los na legislação falimentar, como maneira de nortear a base e os objetivos deste novo sistema.

Tais princípios, ainda que de conteúdo bastante amplo, servem para demonstrar a predisposição por meios mais céleres e eficientes, que possam atender aos objetivos da lei falimentar. Neste aspecto, seguramente os métodos extrajudiciais de solução de conflitos poderão auxiliar.

Cumprido citar, neste sentido, Eduardo Goulart Pimenta:

Em se tratando da falência, deve-se tomar como principal elemento orientador na aplicação da nova legislação um ponto decisivo acertadamente invocado pelo novo ordenamento concursal: a celeridade na condução da falência e no pagamento dos credores (art. 75 da Lei no 11.101/2005) (PIMENTA, 2006, p. 62)

Portanto, os princípios da celeridade e economia fazem parte dos fundamentos e objetivos do sistema falimentar e poderão, em determinados casos, ser efetivados mediante a aplicação de mecanismos extrajudiciais de solução de controvérsias.

2.4 Considerações sobre a falência

Concluída a breve análise histórica sobre a falência, sobre sua nova sistematização no Direito Brasileiro e principiologia, cumpre, nesta oportunidade, analisar o próprio instituto da falência.

2.4.1 Definição

A falência é um processo de execução coletiva que se instala diante da insolvência de um devedor, como forma de satisfazer o interesse da pluralidade de credores, através da observância de normas processuais e materiais específicas.

A definição da falência provoca alguns debates doutrinários. Alguns autores optam por priorizar e enfatizar a sua faceta processual. Outros, em sentido oposto, compreendem que seria algo a mais do que apenas um processo, contemplando também direito substancial. Daí decorrem as teorias e estudos que buscam definir a natureza do instituto da falência, sem contudo chegarem a consenso (conforme tópico seguinte).

Antes de avançar ao tema da natureza jurídica, o qual irá demonstrar a dificuldade em se definir ou conceituar a falência, cumpre mencionar a seguinte definição:

[...] a falência apresenta algumas fases de administração, mas não é processo administrativo. Apresenta alguns procedimentos de cognição, mas não é processo cognitivo. Realiza uma função preparatória e acautelatória, mas não é procedimento cautelar. Tem fim de execução, mas é mais do que processo executivo (fase de cognição). Por isto, procedimento executivo especial. (FRANCO, 2008, p. 8-9)

Esta definição, apresentada por Vera Helena de Melo Franco e Raquel Sztajn, demonstra ser adequada para descrever as multifaces da falência, registrando, ao final, ligeira preponderância para a natureza processual executiva da falência, em que pese optar pela classificação enquanto “processo executivo especial”.

Ao final, considerando esta multiplicidade de aspectos e características que lhe são peculiares, compreende-se a falência como um processo executivo coletivo especial e peculiar. Especial por ser diferente do processo executivo comum, uma vez que se trata de processo concursal, com pluralidade de devedores em face de patrimônio único do credor. Peculiar em razão da principiologia própria e das características que o diferenciam do processo cognitivo puro e do processo executivo tradicional.

2.4.2 Natureza jurídica

Em relação à definição da natureza jurídica da falência, a dificuldade em alcançar consenso é ainda maior.

Neste sentido alguns processualistas sustentam ser um processo, enquanto outros profissionais, como alguns comercialistas, defendem ser um instituto, em razão da preponderância das características de direito material.

Conforme lição de Sérgio Campinho, “No regramento falimentar coexistem regras de fundo e de forma, não havendo que se falar na prevalência do caráter material ou do processual do instituto, pois a feição híbrida lhe é peculiar.” (CAMPINHO, 2010, p. 8)

Em sentido semelhante, porém pendendo ligeiramente para a natureza processual, é o entendimento de Humberto Theodoro Júnior:

A falência, embora regulada por lei que trata de relevantes temas de direito material, é sobretudo um remédio processual concebido para enfrentar grave problema da insolvência do devedor, quando esta afeta não o interesse individual de um ou outro credor, mas atinge o universo todo dos credores do inadimplente, gerando um abalo social, pela impossibilidade de satisfação completa de todos eles. (THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 86)

Cita-se, ainda, o entendimento de Rubens Requião, o qual, embora manifestado ainda à época do sistema falimentar anterior, permanece coerente e atualizado:

Sendo o procedimento falimentar, no consenso dos juristas, por definição uma execução concursal, não resta dúvida de que nos deparamos no arcabouço de seu sistema com regras evidentemente processualísticas; mas não podemos, porém, deixar de reconhecer que, de permeio com o procedimento, existem inúmeras e fundamentais regras de direito substantivo, que disciplinam, por exemplo, os efeitos jurídicos da abertura da falência, os direitos e deveres do falido e dos credores, as atribuições do síndico, a classificação dos privilégios e outras tantas normas de direito substancial. Sem essas regras, de nada valeria o arcabouço processual do instituto da falência. (REQUIÃO, 1998, p. 28)

Verifica-se ligeira prevalência, dentre os autores citados, para as características processuais. Vislumbrando a falência como um processo de execução especial, cumpre ainda caracterizar tal processo.

Finalmente, Humberto Theodoro Júnior analisa a natureza contenciosa de tal processo:

Há, portanto, processo contencioso de cognição, quando se busca definir o estado de insolvência do devedor e quando se tenta fixar o direito de cada credor a participar do concurso. E, processo executivo, também contencioso, quando se realiza contra a massa, o direito de crédito de cada credor habilitado no concurso.¹¹ (THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 89)

Ao final da análise da natureza jurídica da falência, pode-se afirmar que embora seja tema absolutamente controverso, que alguns autores acenam pela preponderância da natureza processual, em que pese a presença de inúmeros elementos de direito substancial na legislação e no sistema falimentar, o que não afasta a possibilidade de classificá-la como uma matéria autônoma dentro do direito.

2.4.3 Os efeitos da decretação da falência

Antes de prosseguir com a análise dos efeitos da decretação da falência, tema absolutamente relevante para o objetivo do presente trabalho, cumpre tecer dois breves esclarecimentos.

Primeiramente, a decretação da falência produz vários efeitos jurídicos, sendo todos eles relevantes. Contudo, é necessário manter o foco no objetivo central do presente trabalho e, para tanto, serão analisados apenas os efeitos que implicam em maior relevância para a presente pesquisa. Em segundo lugar, cumpre mencionar que parte destes efeitos foram analisados em itens anteriores, por serem reflexo de princípios inicialmente analisados; os demais efeitos serão profundamente analisados no capítulo subsequente, ao abordar o respectivo impacto na utilização da arbitragem.

Os efeitos da decretação da falência que guardam relação com a utilização da arbitragem são: i) a unidade e universalidade do juízo falimentar; ii) a suspensão das ações e execuções individuais em face do falido, salvo as exceções previstas; iii) a perda da administração dos bens pelo falido e a formação da massa falida; iv) o vencimento antecipado de todas as obrigações do falido; v) a manutenção dos contratos bilaterais celebrados, com a possibilidade de declaração do administrador pelo cumprimento, ou não, das obrigações contratuais; vi) a sucessão do falido pela

¹¹ Neste ponto o autor citado apresenta uma exceção à feição contenciosa do processo falimentar. No caso de autofalência, especificamente na parte inicial (cognitiva) de análise dos requisitos para a decretação, seria um processo desprovido de natureza contenciosa.

massa falida, em todas as ações em curso, mediante representação pelo administrador judicial.

Estes são alguns dos efeitos decorrentes da decretação da falência que serão objeto de análise em tópicos específicos em razão de sua relevância para o instituto da arbitragem e para a convenção arbitral.

3 A SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS POR ARBITRAGEM

Mantendo a proposta inicial do presente trabalho, antes de adentrar o tema central é imprescindível analisar o instituto da arbitragem.

Seguindo a mesma lógica aplicada à estruturação do capítulo anterior, analisar-se-á a arbitragem desde os seus registos históricos, passando por sua conceituação e principiologia basilar, analisando a convenção de arbitragem e os requisitos de arbitrabilidade.

3.1 Registros históricos

As formas de solução extrajudiciais de conflitos caminham lado a lado com o desenvolvimento da civilização, marcando presença desde tempos mais remotos onde a autotutela servia como forma de solução dos conflitos, mediante a imposição da parte que detinha maior concentração de força. Na evolução das civilizações, outros registos passaram a retratar a ocorrência de negociações entre as partes; até finalmente alcançar algo similar ao que seria, nos dias atuais, um processo de arbitragem.

A solução de conflitos mediante a atuação de um terceiro privado antecede até mesmo a própria ideia e concepção do Estado. Alguns registos e estudos do Direito Romano e também na Grécia antiga relatavam a existência de solução privada dos conflitos, por meio da atuação de indivíduos que desempenhavam funções como uma espécie de juízes privados ou árbitros. A doutrina é pacífica ao afirmar que a solução de conflitos por arbitragem é anterior à própria concepção de Estado e à jurisdição pública. Por esta razão, pode-se afirmar que a prestação jurisdicional teve início com a atuação de terceiros responsáveis pela pacificação dos conflitos.

Importante lembrar que somente após o desenvolvimento e a aplicação destes métodos de solução de conflitos, como a negociação, a mediação e a arbitragem é que o Estado passou a centralizar e oferecer em carácter exclusivo a prestação jurisdicional.

Com a devida cautela para não destoar do tema central do presente trabalho, cumpre, à título de ilustração, registrar que a utilização da arbitragem remonta à

Grécia antiga e aos primórdios da civilização romana, definindo estes como marco de início para os registros históricos ora apresentados.

Alguns autores afirmam que arbitragem era utilização desde a Grécia antiga, o que pode ser constatado por registros da mitologia grega, os quais indicavam que aquela sociedade já conhecia e aplicava esta forma de resolução de conflitos¹².

Nos dizeres de José Cretella Júnior:

Na mitologia grega, vamos encontrar o lendário Páris, filho de Príamo e Hécuba, no monte Ida, funcionando como árbitro entre Atena, Hera e Afrodite, que disputavam a maçã de ouro, destinada pelos deuses à mais bela, pleito decidido em favor de Afrodite, que subornou o árbitro, prometendo-lhe, em troca, o amor de Helena, raptada, depois, por este juiz, o que deu, como resultado, a guerra de Tróia.
[...] Nas diferentes Cidades-Estados, ou *polis* aparece a figura do árbitro, como no direito ático, em que este julgador, contrastando com o juiz estatal, que se prende às regras jurídicas processuais, decide o litígio de modo breve, com o 'sim' ou o 'não', adotando, na íntegra, a colocação de um dos contendores, dizendo-se, na época, que o árbitros tinha a possibilidade ou faculdade de julgar, conforme a equidade, a *epieiquia*, ao passo que o juiz julgava conforme a lei. (CRETELLA JÚNIOR, 1988, p. 129)

Em relação ao Direito Romano, retrata o espanhol Antonio Fernández de Buján:

Parece razoável pensar que nos primeiros tempos da comunidade política Romana, com anterioridade à organização da administração justiça e da atribuição de competências à magistrados e juízes, a decisão das controvérsias entre os particulares seria de responsabilidade de um ou vários árbitros, escolhidos de comum acordo pelos interessados em solucionar o seu conflito. (BUJÁN, 2006, p. 199)

Durante as fases do Direito Romano era possível verificar uma alteração na organização do Direito e, conseqüentemente, na forma de resolução dos conflitos. No período Clássico um dos momentos relevantes para o desenvolvimento da arbitragem, no formato que atualmente conhecemos, seguramente foi a fase da *legis actiones*.

¹² Importante mencionar que não se tratava de um processo arbitral ou do instituto exatamente como o conhecido e aplicado atualmente, contudo, seguramente era um mecanismo realmente semelhante, principalmente pelo fato de que as decisões eram proferidas por árbitros privados e conhecedores da matéria discutida.

Neste período do processo civil romano, basicamente a instância era composta por duas fases, assim descritas por José Cretella Júnior:

Jus e judicium são os nomes com que os romanistas designam as duas fases em que se desdobra a instância, no direito romano.

As questões civis são apresentadas, primeiro, *in jure*, no tribunal do magistrado, depois *apud judicem*, diante dum particular, escolhido pelos litigantes para julgar o processo. É a *ordo judiciorum privatorum*, ordem dos processos privados ou marcha do processo civil.

Manteve-se tal sistema até fins da época clássica, porque tinha dupla vantagem – apressava a solução das pendências, aliviando o trabalho dos magistrados e restringindo o poder absoluto de que se achavam investidos. (CRETELLA JÚNIOR, 1990, p. 408)

Nos dizeres de César Fiuza:

Em Roma, a arbitragem tinha regras especiais que provam ter gozado esse meio de compor litígios de certo favor.

Aliás, até a implantação do processo extraordinário, eram sempre terceiros particulares, eleitos pelas partes ou pelo magistrado, que se incumbiam do julgamento de litígios. Assim foi na época das *legis actiones* e do processo formular. (FIUZA, 1995, p. 64)

Importante destacar não apenas a relevância do Direito Romano para a evolução das formas de solução de conflitos atualmente concebidas, especialmente da arbitragem, como também ressaltar os motivos que desde aquele tempo justificavam a utilização deste meio de solução de conflitos. Em alguns registros históricos verifica-se o clamor, desde aquele tempo longínquo, pela celeridade das decisões dos conflitos.

Contudo, foi na Idade Média, com o desenvolvimento das atividades mercantis e do comércio, que a arbitragem efetivamente aproximou do então recente Direito Comercial.

A atividade comercial desde aquele tempo apresentava certas peculiaridades e clamava por soluções jurídicas adequadas para aquelas relações. Neste período foram criados instrumentos próprios daquela atividade, que passou a ser regulamentada pelo próprio mercado, inclusive com concepções de normas baseadas nos usos e costumes.

Os comerciantes clamavam por decisões céleres e que acompanhassem o dinamismo do mercado, sobretudo, que contemplassem a praxe e os costumes que orientavam aquelas atividades mercantis. Neste cenário e diante desta demanda, a arbitragem despontou como meio adequado de solução daquelas disputas.

Neste sentido, registra-se o relato do coautor do anteprojeto da Lei de Arbitragem, Pedro Batista Martins:

Mutatis mutandis, o mesmo aconteceu na Idade Média, com o *boom* do comércio e o desenvolvimento das práticas comerciais. Os mercadores, com o dinamismo que lhes é peculiar no enfrentamento de novos negócios e na busca de mercados, inovaram nos usos e costumes criando mecanismos e instrumentos comerciais não acompanhados, a tempo, pelo ordenamento jurídico de então.

Cientes dessa distância, solucionavam suas disputas por julgadores privados, especializados no ramo do comércio e, para tal, aplicavam às questões a *lex mercatoria* que lhes era peculiar e que, de fato, regia suas relações comerciais. (MARTINS, 2012, p. 36)

Em decorrência de algumas características da arbitragem, anteriormente mencionadas, é possível atestar que este meio de solução de conflitos se desenvolveu e evoluiu bem próximo do Direito Comercial e Empresarial. Nas transações comerciais, no Direito Societário, dentre outros temas, a arbitragem ocupou papel de destaque em diversos momentos históricos, principalmente por representar um meio de solução de conflitos que oferecia a agilidade e a especialidade das decisões que o meio empresarial necessitava.

Uma vez alcançado o objetivo proposto, qual seja de analisar brevemente alguns registros históricos da evolução da arbitragem, verifica-se que este meio de solução de conflitos é utilizado desde a antiguidade. Ademais, verificou-se a coexistência, em determinadas épocas, da arbitragem e dos processos concursais e de execução coletiva.

3.1.1 Breve histórico no Direito Brasileiro

Não obstante alguns profissionais sustentarem que a arbitragem é um instituto novo no Brasil, convém mencionar que este método de resolução extrajudicial de conflitos esteve presente desde os primórdios da história do país.

Ainda nos tempos da Colônia, através de previsões nas Ordenações herdadas de Portugal, era possível identificar a presença do instituto da arbitragem em nosso ordenamento, segundo Rodrigo Almeida Magalhães (2006, p. 42).

No período imperial também foi possível identificar dispositivos em nosso ordenamento que contemplavam a utilização da arbitragem como meio de solução dos conflitos. A título exemplificativo, é possível citar a Constituição do Império, de

1824, a qual mencionava expressamente, em seu Título 6º, Do Poder Judicial: “Art. 160. Nas cíveis, e nas penais civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juízes Árbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.”

Especificamente quanto à relação da arbitragem com o direito comercial ou empresarial, também não se pode dizer que se trata de disciplina recente, uma vez que o Código Comercial de 1850, desde aquele tempo, previa a utilização da arbitragem como método de solução de conflitos de natureza societária. É o que se verifica no art. 348, pertencente à parte disciplinadora das dissoluções de sociedades:

Art. 348 - Acabada a liquidação, e proposta a forma de divisão e partilha, e aprovada uma e outra pelos sócios liquidados, cessa toda e qualquer reclamação da parte destes, entre si reciprocamente e contra os liquidantes. O sócio que não aprovar a liquidação ou a partilha é obrigado a reclamar dentro de 10 (dez) dias depois desta lhe ser comunicada; pena de não poder mais ser admitido a reclamar, e de se julgar por boa a mesma liquidação e partilha.

A reclamação que for apresentada em tempo, não se acordando sobre ela os interessados, será decidida por árbitros, dentro de outros 10 (dez) dias úteis; os quais o juiz de direito do comércio poderá prorrogar por mais 10 (dez) dias improrrogáveis.

Contudo, apesar destes exemplos serem suficientes para demonstrar que a disciplina da arbitragem não é algo novo no Direito Brasileiro, é importante destacar que a sua franca utilização é bastante recente.

Especificamente após a promulgação da atual Lei Brasileira de Arbitragem, Lei nº 9.307/1996, seguida pelo julgamento do Superior Tribunal de Justiça (STF) que decidiu pela constitucionalidade de dispositivos da respectiva Lei, o que ocorreu no ano de 2001 (STF, 2001, AGRSE Nº 5.206-7) é que se pode dizer que a arbitragem de fato passou a ser um método extrajudicial de solução de controvérsias amplamente utilizado no Brasil.

Todo este contexto, aliado às bem fundamentadas decisões proferidas pelo Poder Judiciário brasileiro sobre a matéria, fizeram com que o instituto passasse por um árduo e profícuo período de amadurecimento e desenvolvimento. No cenário nacional, atualmente merece destaque, ainda, o ambiente favorável ao desenvolvimento da arbitragem e as estatísticas positivas que demonstram o aumento em sua utilização.

3.2 Conceito

Arbitragem é um meio extrajudicial de solução de controvérsias que, mediante uma convenção oriunda da vontade das partes, prevê a decisão do conflito por terceiros independentes e imparciais.

Segundo Carlos Alberto Carmona, um dos coautores do anteprojeto da atual legislação vigente sobre arbitragem:

A arbitragem – meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes podem dispor. (CARMONA, 2009, p.31)

Ao apresentar o referido conceito, o autor esclarece que a utilização da palavra “alternativo” para fazer referência a este mecanismo, considerou a sua posição em relação ao processo estatal, que seria o meio, também heterocompositivo, de maior utilização. Demonstra que o termo alternativo também deriva de conceitos ou nomenclaturas provenientes de outros sistemas jurídicos, como é o caso do Direito Norte Americano, com “*alternative dispute resolution*”. Após tais considerações, o referido autor afirma compreender como correta também a referência a métodos “adequados” de solução de controvérsias.

Embora não seja elemento permanente e essencial ao conceito de arbitragem, importante mencionar que a sentença proferida naquele processo, ou seja, a sentença arbitral, no Brasil atualmente é equiparada à sentença proferida pela jurisdição estatal, sendo reconhecida como título executivo judicial, conforme disciplina do Código de Processo Civil Brasileiro¹³.

A também coautora do anteprojeto da atual Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), Selma Ferreira Lemes, apresenta definição semelhante:

A arbitragem, portanto, é um modo extrajudiciário de solução de conflitos em que as partes, de comum acordo, submetem a questão litigiosa a uma terceira pessoa, ou várias pessoas, que constituirão um tribunal arbitral. A

¹³ Art. 475-N, IV (BRASIL, 1973).

decisão exarada por este tribunal arbitral tem os mesmos efeitos de uma sentença judicial [...] (LEMES, 2007, p. 59)

Durante certo período, alguns autores analisaram e estudaram a natureza jurídica da arbitragem. O tema despertou atenção da doutrina, considerando que o instituto emana da vontade das partes, produzindo uma convenção privada, mas, por outro lado, é um método de solução de conflitos, por meio da decisão de árbitros, o tema despertou atenção da doutrina.

A doutrina apresentava divergências quanto à natureza jurídica do instituto. Em síntese, os autores apresentaram posições e entendimentos que podem ser divididos em três correntes: a contratual, a jurisdicional e a híbrida.

Segundo o entendimento da primeira corrente, a contratual, em razão do instituto emanar de uma convenção de vontade das partes, a qual fundamenta a atuação dos árbitros, a arbitragem teria natureza jurídica contratual.

A corrente jurisdicional, por sua vez, optou por conferir destaque ao resultado alcançado pela arbitragem, ou seja, ao julgamento por um terceiro imparcial que soluciona a controvérsia. Diante desta compreensão, a referida corrente sustenta ser jurisdicional a natureza jurídica da arbitragem.

O entendimento de Humberto Theodoro Júnior retrata brevemente o debate entre as duas correntes e o enfraquecimento da contratualista diante da Lei de Arbitragem (Lei no 9.307/1996): “Se, no regime anterior à Lei 9.307, mostrava-se forte a corrente que defendia a natureza contratual ou privatística da arbitragem, agora não se pode mais duvidar que saiu vitoriosa, após o novo diploma legal, a corrente jurisdicional ou publicística.” (THEODORO JÚNIOR, 1998, p. 373)

A última corrente traça seus argumentos posicionando no centro entre as duas anteriores. Para esta última, a arbitragem possui natureza híbrida, exatamente por ser na origem uma convenção contratual e, em sua finalidade, processo destinado a produzir efeitos jurisdicionais.

Importante destacar a pertinência da corrente contratual, uma vez ser a arbitragem um método de fundamento efetivamente contratual, concebido a partir da autonomia privada. Não menos relevante é a pertinência dos argumentos sustentados pela corrente jurisdicional, sobretudo após a promulgação da Lei Brasileira de Arbitragem, uma vez que a sentença arbitral não mais necessita de homologação para produzir efeitos, sendo equiparada à sentença judicial.

Exatamente pelas razões expostas parece mais adequada a opção pela corrente que sustenta ser híbrida a natureza jurídica da arbitragem, pois, de fato, em parte é contratual e, em outra, jurisdicional.

3.3 Princípios basilares

Abordar todos os princípios peculiares ao sistema arbitral¹⁴ não constitui objetivo do presente trabalho. Serão examinados tão somente aqueles que apresentem maior relevância para a compreensão do tema central desenvolvido.

Analisar-se-á o princípio basilar da arbitragem, qual seja o da autonomia privada. Na sequência serão analisados o princípio da competência-competência (*Kompetenz-Kompetenz*); e, finalmente, os princípios da independência e da imparcialidade do árbitro.

3.3.1 Autonomia da vontade

A arbitragem é método de solução de conflitos indubitavelmente privado e que possui espaço delimitado de aplicação, restringido, por exemplo, pelos limites da arbitrabilidade objetiva e subjetiva. Estes limites serão analisados adiante (ainda neste capítulo). Em relação à arbitrabilidade objetiva, sem a pretensão de adiantar o tema, verifica-se que somente as controvérsias relacionadas à direitos patrimoniais disponíveis podem ser resolvidas por arbitragem. A arbitrabilidade subjetiva, por sua vez, disciplina que somente pessoas que tenham capacidade civil poderão ser partes nos processos arbitrais.

Enquanto meio de solução das controvérsias relacionadas à direitos patrimoniais e disponíveis, que tenham como partes pessoas necessariamente capazes de contratar, o princípio da autonomia privada desponta como fundamento do instituto da arbitragem.

Acertadamente tal princípio deve imperar para que características como a flexibilidade e a liberdade de definição de normas possam ser convertidas em atrativos para a utilização da arbitragem.

¹⁴ Sobre sistema processual arbitral e os princípios que lhe são peculiares, Eduardo de Albuquerque Parente (2012).

Nestes termos, esclarece Carlos Alberto Carmona (2009, p. 15), sustentando que o princípio da autonomia da vontade foi prestigiado de modo expresso e em grau máximo pela Lei brasileira de arbitragem.

Cândido Rangel Dinamarco, ao abordar a regência jurídico processual da arbitragem, esclarece que a autonomia da vontade seria o seu princípio central e menciona quais seriam os limites a que ela estaria sujeita:

No processo arbitral, que não é estatal e portanto não veicula o exercício do *imperium* e tem por fundamento central a autonomia da vontade, é natural que em boa medida possam as partes, logo em eventual cláusula compromissória ou ao instituírem o juízo arbitral, definir as normas processuais que deverão prevalecer no processo como um todo ou em cada situação específica – sempre com observância das garantias constitucionais do processo e fidelidade aos bons costumes e à ordem pública [...] (DINAMARCO, 2013, p. 46)

Os limites à autonomia seriam as garantias processuais e o devido processo legal por um lado; e por outro, os bons costumes e a ordem pública. Neste sentido disciplinam os art. 2º, §1º; e 21, § 2º da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996).

O princípio da autonomia está umbilicalmente ligado ao instituto da arbitragem, e como forma de manifestação desta ligação, nos processos arbitrais as partes poderão escolher os julgadores (árbitros), o direito aplicável ao caso, as regras de procedimento (inclusive quanto aos regulamentos de arbitragem adotados), além de outras especificidades.

3.3.2 Independência e imparcialidade do árbitro

Outros princípios norteadores do instituto e que constituem um dos pilares da arbitragem, são os da independência e da imparcialidade do árbitro.

O árbitro é um terceiro, normalmente indicado pelas partes, para decidir as controvérsias que lhe são submetidas. Comumente menciona-se que o profissional “está” arbitro, ou que é arbitro em determinado procedimento arbitral. Esta concepção provém da compreensão de árbitro enquanto profissional que desempenha uma atividade, e não como aquele ocupante de cargo ou representante de determinada profissão.

A Lei Brasileira de Arbitragem prevê, em seu art. 13, que pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e de confiança das partes.

Conforme analisado anteriormente, em que pese ser meio de solução extrajudicial de conflitos fundamentado na autonomia privada, ao longo do processo arbitral esta autonomia deverá observar algumas condições ou limites. Dentre estes limites, encontra-se o devido processo legal ou “devido processo legal arbitral”, conforme Eduardo de Albuquerque Parente (2012).

Em relação ao fundamental princípio do devido processo legal, cumpre citar a lição de Humberto Theodoro Júnior:

Nesse âmbito de comprometimento com o ‘justo’, com a ‘correção’, com a efetividade’ e a ‘presteza’ da prestação jurisdicional, o *due process of law*, realiza, entre outras, a função de um superprincípio, coordenando e delimitando todos os demais princípios que informam tanto o processo como o procedimento. (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 24)

Nesta concepção de “superprincípio”, intrinsecamente comprometido com o “justo”, os princípios da independência e imparcialidade devem ser analisados também como maneira de limitar a autonomia privada.

Ao disciplinar a arbitragem impossível não contemplar a independência e imparcialidade do árbitro como pré-requisitos de validade do processo arbitral.

O art. 13 da Lei de Arbitragem (Lei. nº 9.307/1996), ao mesmo tempo em que reflete o princípio da autonomia em seu *caput* e no §3º, também disciplina os princípios norteadores do exercício da função de árbitro:

Art.13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

[...]

§3º. As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

[...]

§6º. No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

Dentre estes princípios estão o da independência e o da imparcialidade do árbitro, refletidos por meio do dever de atuar de maneira independente e imparcial no desempenho da função para a qual foi investido.

O princípio da imparcialidade, imprescindível para qualquer processo jurisdicional, seja estatal ou arbitral, busca assegurar a atuação desinteressada do julgador, sem que tenha qualquer interesse na resolução daquela controvérsia.

A imparcialidade deve ser analisada considerando os casos de impedimento e os de suspeição.

O princípio da independência, por sua vez, assegura que durante o desempenho de sua função o árbitro não sofra qualquer influência externa, política, pessoal, negocial, econômica que afete sua decisão.

Em relação ao princípio da independência do árbitro, segundo Selma Ferreira Lemes:

Na visão deontológica este preceito é definido como a manutenção pelo árbitro, num plano de objetividade tal, que no cumprimento de sua prestação não ceda à pressão nem de terceiros nem das partes. Nesta independência de aplicação da objetividade está a liberdade de autodeterminação na ordem de sua conduta e no exercício arbitral. (LEMES, 2001, p. 53)

Após analisar ambos os princípios de indiscutível relevância para a arbitragem, cumpre distingui-los e, para tanto, cita-se novamente Carlos Alberto Carmona (2009, p. 242): “Em boa técnica, diferencia-se a imparcialidade da independência: aquela é uma predisposição do espírito, esta uma situação de fato; a independência pode ser apreciada objetivamente, enquanto a imparcialidade só pode ser avaliada pela prática.”

Enquanto a imparcialidade está relacionada aos aspectos de ordem subjetiva do julgador, a independência será aferida objetivamente.

3.3.3 Competência-competência (*Kompetenz-Kompetenz*)

Um dos motivos responsáveis pela demora na maturação do instituto da arbitragem no Brasil foi a possibilidade de impedir a instauração ou prosseguimento dos processos arbitrais utilizando manobras e mecanismos judiciais.

Dentre estas possíveis manobras, está a possibilidade de suscitar uma discussão judicial, preliminar, acerca da aplicabilidade ou validade da convenção de arbitragem e, por conseguinte, da competência dos árbitros.

Conforme assinala Rafael Francisco Alves (2012, p. 1), tais condutas objetivam obter ordens emanadas do Poder Judiciário, destinadas a obstar o início ou o prosseguimento das arbitragens. Tais ordens do Poder Judiciário, proferidas com esta finalidade, recebem o nome de medidas antiarbitragem ou *anti-suit injunctions*.

Uma das inovações trazidas pela Lei nº 9.307/1996, foi responsável por restringir tais possibilidades, conferindo maior segurança jurídica à arbitragem. Isto ocorreu especialmente por meio da disciplina legal do princípio da competência-competência, ou, como conhecido por influência internacional, *Kompetenz-Kompetenz*.

O termo *Kompetenz-Kompetenz* é proveniente do Direito Alemão. Possuía, em sua origem, significado diverso do que lhe foi imputado ao passar por uma internacionalização mundo a fora. Em origem, ainda no bojo do Direito Alemão, tal princípio preconizava que os árbitros eram os únicos a terem competência para decidirem sobre sua competência, vedada qualquer possibilidade de reanálise da matéria, ainda que *a posteriori*, pelas cortes estatais. Exatamente por este carácter extremista, o princípio da *Kompetenz-Kompetenz* foi alvo de críticas e resistências no Direito Alemão (GAILLARD; SAVAGE, 1999, p. 395).

Especificamente em seu art. 8º, *caput*, a Lei de Arbitragem estabelece que a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato – o que será objeto de análise no item que abordará o tema da convenção de arbitragem – e, em seu parágrafo único, que caberá aos árbitros decidir sobre questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

Por meio da previsão do parágrafo único do referido dispositivo, é possível indicar que ocorreu a materialização do princípio da competência-competência, reconhecido internacionalmente. Nos termos do citado dispositivo legal, os árbitros são competentes para decidir sobre a própria competência, ou seja, não há que se falar em submissão de matérias relativas a impedimentos, validade da cláusula, aplicabilidade da arbitragem, arbitrabilidade, ao crivo inicial da jurisdição estatal.

Evidentemente que a jurisdição estatal e a arbitral necessitam de mútua colaboração. A possibilidade de análise pelo Poder Judiciário das questões envolvendo a competência dos árbitros, caso necessário, deverá ocorrer conforme o mecanismo previsto nos arts. 32 e 33 da Lei de Arbitragem, especificamente por meio de ação para anulação de sentença arbitral.

Fica assegurado o controle pela jurisdição estatal, porém, sempre que se demonstrar necessário, deverá ocorrer *a posteriori*. Deve-se afastar eventuais intervenções que representem ameaça ao prosseguimento do processo arbitral, sobretudo quando relacionadas à condutas de cunho protelatório.

Neste sentido, cita-se Eleonora Coelho Pitombo:

[...] a negação do princípio *Kompetenz-Kompetenz*, ou seja, a possibilidade de o juízo togado vir a apreciar – antes e em detrimento dos árbitros – alegação de uma das partes quanto a pretensas nulidades da convenção de arbitragem seria atentar não somente contra a autonomia da vontade das partes (presumivelmente livre e lícitamente manifestada), mas também contra a presunção de idoneidade da própria arbitragem, retirando daqueles que a elegeram toda segurança jurídica. (PITOMBO, 2007, p. 327)

Exatamente por ser presumivelmente válida a convenção arbitral e por representar mecanismo que visa a proteção da autonomia da vontade manifestada pelas partes, é que o princípio em referência recebe atenção especial pelo sistema arbitral.

Merece destaque a maneira adequada, via de regra, como tal princípio têm sido aplicado pelo Poder Judiciário brasileiro, especialmente pelo Superior Tribunal de Justiça, o que confere ainda mais segurança jurídica ao instituto da arbitragem. Neste sentido, cita-se trecho do voto da Ministra Fátima Nancy Andrighi:

A cláusula compromissória estipulada no contrato possui força vinculativa obrigatória inclusive no que tange à decisão sobre a validade e eficácia da convenção de arbitragem (art. 8º, parágrafo único). Jurisprudência deste TJSP, do STJ e do STF sobre o tema. É ilegal a pretensão da autora, no caso, de ver declarada a nulidade da convenção de arbitragem antes da sua instituição.

Inexistência de ferimento ao princípio de que nenhuma lesão ou ameaça a direito será subtraída da apreciação do Poder Judiciário (artigo 5º, XXXV, CF), já que a própria lei preserva a participação do Poder Judiciário para a anulação da sentença arbitral, inclusive a validade do compromisso (arts. 32 e 33). (BRASIL, STJ. REsp. 1.355.831-SP/ 2012/0174382-7/, Rel. Min. Sidnei Beneti, 2013)

Após a análise de alguns dos princípios basilares da arbitragem, analisar-se-ão os requisitos necessários para a utilização da arbitragem.

3.4 Arbitrabilidade

Almejando a adequada compreensão do instituto da arbitragem, é imprescindível examinar os critérios de arbitrabilidade ou seja, as condições necessárias para submeter a resolução dos conflitos à via arbitral.

Tais critérios podem ser classificados entre aqueles de ordem subjetiva, ou seja, quais pessoas ou sujeitos podem utilizar este meio de solução de conflitos; e

os de ordem objetiva, relacionados às matérias que poderão ser submetidas à solução arbitral. A análise dos primeiros critérios (subjetivos) recebe o nome de arbitralidade subjetiva. O exame dos critérios de ordem objetiva recebe o nome de arbitralidade objetiva.

3.4.1 Arbitralidade subjetiva

Enquanto meio privado de solução de conflitos, que emana da vontade das partes, de natureza convencional, o requisito (de ordem subjetiva) para a utilização da arbitragem é representado pela capacidade de contratar. Nesta acepção, a capacidade é compreendida enquanto capacidade civil, disciplinada no Código Civil Brasileiro.

Segundo César Fiuza, a “capacidade é a aptidão inerente a cada pessoa para que possa ser sujeito ativo ou passivo de direitos e obrigações”. (FIUZA, 2008, p. 128). O mesmo autor menciona, ainda, que tal aptidão pode ser potencial (capacidade de direito) ou efetiva (capacidade de fato). Concluindo, menciona, então, que “capacidade de fato é o poder efetivo que nos capacita para a prática plena de atos da vida civil.” (FIUZA, 2008, p. 129)

Nesta acepção, a arbitralidade subjetiva disciplina que qualquer pessoa capaz – capacidade de fato e negocial – pode utilizar a arbitragem. Nestes exatos termos prevê a Lei de Arbitragem: “Art.1º – As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

Importante destacar o rigor técnico do legislador ao definir o requisito central referente à arbitralidade subjetiva. Ao disciplinar o tema, todas as atenções foram direcionadas para a “capacidade” de contratar.

Ainda que o referido artigo mencione o termo “pessoa”, seguramente é sobre a capacidade contratual que se assenta o requisito de arbitralidade subjetiva.

Esta discussão pode parecer inócua. Contudo, o tema merece especial atenção por guardar relação com a possibilidade da massa falida ser parte ou optar pela arbitragem. Torna-se imprescindível esclarecer se o requisito de arbitralidade subjetiva guarda relação tão somente com a capacidade contratual, ou, se além deste, contemplaria também o requisito de ser necessariamente pessoa.

Alguns sujeitos sem personalidade, como por exemplo a massa falida, possuem capacidade de contratar, podendo ser parte em contrato ou até mesmo em processos judiciais. Em face disto, pode-se atestar a capacidade processual da massa falida.

Oportunamente a arbitrabilidade subjetiva da massa falida será objeto de exame específico. Contudo, é importante destacar, nesta oportunidade, que o critério utilizado pelo legislador e pelo sistema arbitral foi exclusivamente o da capacidade de contratar. A personalidade não representa obstáculo para utilização da arbitragem, desde que o sujeito tenha capacidade civil e processual.

3.4.2 Arbitrabilidade objetiva

Além da arbitrabilidade subjetiva, supra mencionada, o art. 1º da Lei de Arbitragem, disciplina, ainda, os requisitos de arbitrabilidade objetiva, ou seja, quais matérias podem ser submetidas à arbitragem. Pode-se afirmar que o requisito de ordem subjetiva não é suficiente para a que a arbitragem seja utilizada, sendo necessário, para tanto, também a presença do requisito objetivo.

O legislador definiu, no referenciado dispositivo legal, que os direitos patrimoniais disponíveis poderão ser objeto de solução por meio da arbitragem. Contudo, importante examinar o que efetivamente seriam estes direitos patrimoniais disponíveis.

Os direitos patrimoniais são aqueles que estão contemplados pela esfera patrimonial das partes, ou que, de alguma maneira, podem afetar a universalidade de bens e direitos do sujeito.

Em relação à disponibilidade de tais direitos, o legislador prevê que a matéria objeto da arbitragem deverá, necessariamente, ser passível de alienação ou negociação. Imprescindível esclarecer que o requisito ora examinado não implica na efetiva disponibilidade do direito, mas tão somente na possibilidade de que ele seja objeto de contratação ou negociação.

Para o desenvolvimento do presente trabalho é necessário elucidar que ao submeter a controvérsia à via arbitral não se estará dispondo do direito. A utilização da arbitragem tão somente atesta que os direitos que integram seu objeto são passíveis de disposição.

3.5 Convenção de arbitragem

O art. 3º da Lei Brasileira de Arbitragem, nº 9.307/1996, prevê que a submissão dos conflitos à resolução por meio do juízo arbitral ocorrerá mediante a celebração da convenção de arbitragem, entendida como a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Analisando o referido dispositivo legal, verifica-se que a convenção de arbitragem é o instrumento utilizado pelas partes para manifestarem a opção pelo juízo arbitral como meio de solução das controvérsias.

Este instrumento (convenção de arbitragem) deve ser entendido como gênero, do qual são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Tanto a cláusula quanto o compromisso são suficientes para assegurar a opção pela arbitragem.

A principal diferença entre estas duas espécies de convenção está relacionada ao momento em que são celebradas. Enquanto o compromisso arbitral seria contemporâneo ou posterior ao surgimento do litígio que será resolvido, a cláusula compromissória é celebrada anteriormente ao seu surgimento.

É o que se verifica nos arts. 4º e 6º do mesmo diploma:

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

Art. 6º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral. (BRASIL, 1996)

Nos dizeres da lei, portanto, a presença de qualquer das espécies de convenção é suficiente para afastar a jurisdição estatal e optar pela arbitral.

Analisando os efeitos, tanto da cláusula compromissória quanto do compromisso, pode-se dizer que ambos possuem efeito positivo, qual seja a opção e escolha pela arbitragem como meio de solução de conflitos, bem como outro efeito, denominado negativo, em decorrência de prontamente afastar a competência das cortes estatais para resolução de eventuais disputas.

Em sentido semelhante sustenta Carmona:

Em síntese apertada, a convenção de arbitragem tem um duplo caráter: como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere a litígios atuais ou futuros, obrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; como pacto processual, seus objetivos são os de derrogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros. Portanto, 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)." (CARMONA, 2009, p.79)

Cada uma destas espécies de convenção de arbitragem merece análise criteriosa para que possam ser adequadamente compreendidas.

3.5.1 Cláusula compromissória

A cláusula compromissória ou cláusula arbitral é aquela apta a exercer a opção pela jurisdição arbitral, determinando que as controvérsias decorrentes do contrato no qual está inserida serão resolvidas por meio de arbitragem.

Este conceito é análogo ao conteúdo do art. 4º da Lei de Arbitragem, e, de ambos, decorre uma característica essencial da cláusula compromissória, qual seja, a sua natural limitação ao escopo do contrato no qual está inserida. Embora a cláusula compromissória goze de autonomia – tema a ser analisado em tópico subsequente – através da leitura do referido dispositivo legal verifica-se que existe uma limitação natural de seu alcance aos litígios que possam surgir daquela relação contratual.

Como requisito de validade, segundo previsão da Lei nº 9.307/1996, é necessário que seja celebrada por escrito, podendo estar inserida no próprio contrato ou em instrumento apartado a que aquele faça referência.

Conforme mencionado, acerca dos efeitos da cláusula compromissória, a maior parte da doutrina considera a existência de dois efeitos, sendo um rotulado como negativo e outro como positivo. O efeito negativo, produzido concomitantemente à celebração da cláusula, é o responsável por excluir a competência da jurisdição estatal para dirimir as controvérsias oriundas daquele contrato. O efeito positivo, em sentido contrário, preconiza a opção pela arbitragem e a definição de competência do juízo arbitral para resolver eventuais controvérsias decorrentes da respectiva relação contratual.

Importante ressaltar que as controvérsias que podem surgir durante a execução do contrato são eventuais. Contudo, tanto o efeito negativo quanto o positivo não são eventuais, pois, de imediato, excluem a jurisdição estatal e elegem a arbitral.

Neste sentido, César Fiuza:

Logo que preencha todos os requisitos de validade estudados acima, a cláusula compromissória faz lei entre as partes, sendo oponível, por exemplo, ao credor que aciona com base em convenção que a contenha. Da mesma forma, é também oponível aos sucessores maiores das partes, seja a sucessão *inter vivos* ou *mortis causa*. É também oponível aos credores de quem a celebrou, a não ser que tenha havido fraude contra credores. No tocante àqueles que por ela se obrigam, a cláusula produz duplo efeito. Primeiramente, subtrai à jurisdição ordinária os feitos que deveriam ser por ela conhecidos. Em segundo lugar, e conseqüentemente, obriga as partes contratantes a recorrerem à arbitragem. (FIUZA, 1995, p. 115)

Importante mencionar relevante característica da cláusula compromissória, qual seja a sua autonomia em relação ao contrato no qual está inserida.

É exatamente esta autonomia que permite a aplicabilidade do princípio da competência-competência, ou seja, ainda que se discuta a nulidade do contrato ou a competência da jurisdição arbitral, o pacto em nada será afetado, permanecendo os árbitros, portanto, competentes para decidir o conflito.

Esta mesma regra será aplicável em casos relacionados à alterações ou modificações na relação contratual original, hipóteses em que, a não ser mediante expressa manifestação em contrário, a cláusula compromissória permanecerá intacta ainda que diante de tais alterações naquela relação jurídica, a menos, é claro, que seja alterado o teor da própria cláusula.

Neste sentido, Marcelo Dias Gonçalves Vilela:

O convênio ou convenção arbitral constitui-se como um vínculo independente e distinto da relação contratual que lhe dá vigência. Ainda que formalmente acompanhe o pacto principal, a convenção arbitral não é afetada pela modificação daquele. (VILELA, 2004, p. 111)

Finalmente, sobre a disciplina da cláusula compromissória também existia, durante vários anos, enorme insegurança jurídica no Direito Brasileiro, especialmente em período anterior à promulgação da Lei de Arbitragem e ao julgamento da constitucionalidade de parte de seus dispositivos.

Anteriormente a cláusula compromissória era reconhecida como uma promessa de contratar e, diante da instauração de um conflito, caso uma das partes se recusasse a submetê-lo à jurisdição arbitral, à outra nada era garantido, senão a possibilidade de pleitear perdas e danos em razão de tal conduta.

Atualmente o referido problema foi solucionado pelo Direito Brasileiro, o qual passou a reconhecer que a cláusula compromissória, desde que contemple os requisitos necessários para instauração da arbitragem (regras procedimentais para a nomeação dos árbitros), será apta a instituir a arbitragem, ainda que ausente ou inerte a parte contrária.

3.5.2 *Compromisso arbitral*

A outra espécie que integra o gênero convenção de arbitragem é o compromisso arbitral.

O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio pré-existente à solução por arbitragem, podendo ser celebrado judicial ou extrajudicialmente.

O compromisso celebrado judicial geralmente ocorre diante de hipótese relacionada à cláusula validamente firmada, mas que não contempla os requisitos necessários para a instauração da arbitragem (cláusula vazia). Neste caso, diante de eventual resistência da parte contrária em anuir com o início do procedimento arbitral, o mecanismo que a Lei de Arbitragem oferece é a ação de instituição judicial da arbitragem, prevista em seu art. 7º.

O compromisso extrajudicial, por sua vez, será celebrado sem a intervenção judicial, por escrito, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público. Esta modalidade de compromisso poderá ser utilizada em situações onde o conflito já está instaurado, porém, sem que tenha sido celebrada cláusula compromissória.

Outra possibilidade na qual o compromisso extrajudicial poderá ser utilizado, está relacionada às hipóteses de cláusula arbitral celebrada com alguma inconsistência ou equívoco. Neste caso, o compromisso poderá ser celebrado para sanar eventuais omissões ou corrigir inconsistências ou contradições contidas na cláusula compromissória anteriormente celebrada.

Não são frequentes publicações de pesquisas ou estatísticas que comparam o número de arbitragens iniciadas com base em cláusula compromissórias com o

daquelas iniciadas por meio de compromisso arbitral. A título exemplificativo, no período entre 2008 e 2013, a CAMARB – Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil recebeu 92 (noventa e duas) novas solicitações de arbitragem. Dentre estas solicitações, apenas 4 (quatro) foram instaurados por compromisso arbitral. Destes quatro casos, 2 (dois) foram exclusivamente iniciados através de compromisso arbitral extrajudicial; 1 (um) de compromisso arbitral celebrado judicialmente, conforme art. 7º da Lei de Arbitragem; e 1 (um) celebrado extrajudicialmente, mas como forma de suprir lacunas da cláusula compromissória (vazia) preexistente¹⁵.

Estes números acenam para a importância de se optar pela arbitragem por meio da celebração de cláusula compromissória (cheia), pois, caso contrário, dificilmente as partes concordam, *a posteriori*, em submeter a solução dos conflitos à via arbitral.

¹⁵ Informações e estatísticas fornecidas pela CAMARB – Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil.

4 ARBITRAGEM E FALÊNCIA

Uma vez analisados separadamente a falência e a arbitragem, essencial adentrar a intrigante, e ainda pouco explorada, área de interseção destes institutos.

Analisando o complexo (por natureza) sistema falimentar e recuperacional, os pontos de encontro entre tais matérias correlatas ao processo da falência e a arbitragem merecem importância e não devem ser preteridos. Neste sentido, cita-se Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, demonstrando estas áreas de interseção:

O exame desse microsistema (a qualificação é de todo pertinente, exatamente em função dessa complexidade de enfoques) conduz o intérprete a questões ligadas não só às teorias gerais do direito empresarial e do direito civil, mas também temas de natureza societária, processual (civil e penal), contratual, constitucional, tributária, trabalhista e criminal. Não é de surpreender, pois, que, também em relação à arbitragem haja pontos de interseção. (TOLEDO, 2009, p. 820)

Tamanho a complexidade do processo falimentar que seriam inúmeras as possibilidades de utilização da arbitragem neste contexto. Inicialmente, contudo, é possível identificar uma área de difícil acomodação entre as características e princípios peculiares à falência e à arbitragem. Esta área seria o próprio processo concursal da falência e as suas ações específicas.

Conforme analisado anteriormente, o processo falimentar possui características peculiares. Algumas delas guardam identidade com as vantagens, princípios e características da arbitragem, como é o caso do princípio da eficiência e celeridade, contemplado expressamente no art. 75 da Lei de Falências e Recuperação.

Contudo, em sentido contrário, existem outros princípios e características próprias do processo falimentar que conflitam, ao menos em parte, com aquelas do processo arbitral.

Algumas destas aparentes zonas de conflito possuem fundamento no aspecto de publicidade e transparência, bem como na natureza executiva do processo falimentar. Tais características representam contraposição à natureza privatista própria da arbitragem, bem como ao sigilo que faz parte da prática destes processos, ainda que não seja por determinação legal.

Neste sentido, ilustra-se com a observação de Vesna Lazic, manifestada em tese específica sobre o tema: “*Insolvência e arbitragem são ambos procedimentos legais, mas com naturezas muito diferentes. Eles têm propósitos e políticas distintos, e objetivos e princípios diferentes.*”(LAZIC, 1998, p.2)¹⁶

É possível, *ab initio*, afirmar que o processo concursal falimentar, em si, é conflitante com a utilização da arbitragem para tal finalidade. Neste sentido, é possível afirmar que seria inviável promover um processo falimentar por completo, atendendo as especificidades legais e da própria natureza falimentar, pela via arbitral.

Neste sentido, cita-se novamente Vesna Lazic:

Muito frequentemente é afirmado que as questões relacionadas à própria falência estão fora da jurisdição árbitros ou que tais questões não são arbitráveis. Certamente não sendo uma matéria puramente privada, questões envolvendo direito falimentar e insolvência são tradicionalmente consideradas fora do alcance da arbitragem. Em princípio, um árbitro não será competente para declarar alguém falido ou para nomear o administrador judicial. Questões puramente falimentares, em particular as que empregam procedimentos especiais previstos pela legislação nacional sobre insolvência, tais como a verificação, inventariação, arrecadação e distribuição de ativos, geralmente não são temas para serem decididos por um árbitro, mas pelos tribunais estatais nacionais competentes, com jurisdição sobre falência. (LAZIC, 1998, p. 42-43)¹⁷

Verifica-se que alguns dos limites intransponíveis em âmbito internacional também o são em relação às arbitragens domésticas e ao Direito Brasileiro. Contudo, não obstante as questões relacionadas diretamente à administração e condução da falência não serem passíveis de solução por arbitragem, existem outros relevantes pontos de interseção entre os institutos nos quais esta limitação não subsistirá.

Na sequência, serão analisadas algumas destas situações em que a falência encontra a arbitragem, especialmente naquelas em que a massa falida (em substituição ao falido) participará do processo arbitral.

¹⁶ Insolvency and arbitration are both legal procedures, but of a very different type of nature. They have distinct purpose and underlying policies and dissimilar objectives and principles.

¹⁷ It is very often stated that bankruptcy issues fall outside the arbitrator's jurisdiction or that such matters are not arbitrable. Certainly not being a purely private matter, insolvency law issues are traditionally considered to be outside the reach of arbitration. In principle, an arbitration will not be competent to declare someone bankrupt or to nominate the trustee. Pure bankruptcy issues, in particular those employing a special procedure provided by national insolvency laws, such as the verification, inventarization, collection and distribution of assets, are generally not to be decided by an arbitrator, but by the competent national courts having jurisdiction over the bankruptcy.

4.1 A utilização da arbitragem por empresários em processo de falência: uma análise sobre a arbitrabilidade

Conforme mencionado anteriormente, a falência pode, *prima facie*, ser aparentemente conflitante com os requisitos para a utilização da arbitragem pelo falido, sucedido pelo massa (representada pelo administrador judicial). Estes aparentes conflitos decorrem da análise dos princípios e de alguns dos efeitos da decretação da falência, bem como dos requisitos imprescindíveis para a utilização da arbitragem.

A decretação da falência ocasiona, como um de seus efeitos, o afastamento do falido da administração da empresa, implicando, por consequência, na impossibilidade de disposição, por ele, dos bens que integram o seu patrimônio.

Este afastamento do falido da administração da empresa e a perda da capacidade de disposição sobre o seu patrimônio induzem a uma revisão aos requisitos de arbitrabilidade subjetiva e objetiva, porém, nesta oportunidade, sob o enfoque dos efeitos oriundos da decretação da falência.

4.1.1 Arbitrabilidade subjetiva e a representação da massa falida na arbitragem

Inicialmente, cumpre mencionar que este item abordará dois temas. Um deles será propriamente a arbitrabilidade subjetiva da massa falida e o outro será a sua representação processual nas arbitragens.

Para que o rigor técnico possa prevalecer na abordagem do tema, é importante visualizar nitidamente a distinção entre o falido (devedor-empresário) e a massa falida.

Um dos efeitos da decretação da falência, conforme verificado anteriormente, é o afastamento do devedor da administração dos seus bens, o que implica também na impossibilidade de deles dispor.

Uma equivocada interpretação inicial que eventualmente decorrerá deste dispositivo é a de que a arbitrabilidade subjetiva, ou seja, a análise da capacidade deste devedor restaria comprometida.

Importante ressaltar que a personalidade jurídica deste devedor, assim como a sua capacidade, prosseguem normalmente. Assim dispõe o art. 103 da Lei de Falências e Recuperação, em seu parágrafo único:

Art. 103. Desde a decretação da falência ou do seqüestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor.

Parágrafo único. O falido poderá, contudo, fiscalizar a administração da falência, requerer as providências necessárias para a conservação de seus direitos ou dos bens arrecadados e intervir nos processos em que a massa falida seja parte ou interessada, requerendo o que for de direito e interpondo os recursos cabíveis. (BRASIL, 2005)

Por meio da análise do referido artigo, não restam dúvidas de que a capacidade do falido permanece, mesmo após a decretação, sendo a ele assegurada inclusive a capacidade processual.

Qual então seria o real efeito da previsão deste artigo?

Nota-se que o que realmente ocorre com a decretação da falência é o afastamento do falido da administração da empresa e dos bens que compõem o seu patrimônio.

Diante de tal indisponibilidade patrimonial, a legislação determina a nomeação de um administrador judicial, que passará a responder, administrar e representar a massa, inclusive em relação ao patrimônio que a integra.

Conforme será analisado na sequência, a massa assumirá a posição processual do falido, o que torna imprescindível reanálise da arbitralidade subjetiva, agora sob o enfoque da massa falida.

A massa falida é sujeito de direito sem personalidade, possuidora de capacidade negocial e processual, originada através da universalidade do patrimônio e da reunião dos credores do falido.

Embora a estes sujeitos não seja conferida personalidade, em várias situações serão tratados como pessoas, conforme sustenta César Fiuza:

A massa falida consiste nos haveres e deveres do falido, que serão geridos por um administrador judicial, a fim de, em última instância, satisfazer os direitos dos credores. De fato, não é o falido que é acionado. Ele mesmo pode acionar ou ser acionado pela massa. Para entender esse fenômeno é, realmente, necessária a teoria dos sujeitos despersonalizados. A massa seria, assim, um organismo sem personalidade, que, apenas para efeitos práticos, é tratado como se fosse pessoa. (FIUZA, 2008, p. 163)

Neste sentido, Celso Agrícola Barbi explica como ocorre a formação da massa falida:

Quando um devedor comerciante não paga suas obrigações, instaura-se contra ele execução coletiva: os seus bens são arrecadados, formando uma massa ativa, e seus credores, reunidos, compõem uma massa subjetiva. Ao conjunto dessas duas massas dá-se o nome de massa falida. Nosso direito não confere personalidade jurídica a essa massa; mas o Código, seguindo a legislação anterior, lhe atribui a capacidade de ser parte, ativa ou passivamente. É o que resulta do item III, que a ela se refere e ao seu representante judicial" (BARBI, 1998, p.105)

Verifica-se, através do entendimento de Celso Agrícola Barbi, que o direito definitivamente confere capacidade, inclusive processual, à massa falida, a qual deverá ser exercida através da representação pelo administrador judicial, nos termos do art. 12 do Código de Processo Civil Brasileiro.

Cumprе rememorar o assunto abordado em capítulo anterior, em tópico destinado à arbitrabilidade subjetiva. Na oportunidade, verificou-se que o requisito de tal arbitrabilidade é a capacidade e não propriamente a personalidade.

O pilar da arbitragem é a autonomia privada, conforme registrado anteriormente. Os arbitralistas mencionam a capacidade de contratar como requisito para utilização da arbitragem. Buscando analisar a arbitrabilidade subjetiva em relação à massa falida, imprescindível revisitar, ainda que superficialmente, a teoria geral dos contratos.

Para que os contratos sejam válidos, deverão ser observados determinados requisitos de validade. Neste sentido Arnaldo Wald:

O contrato, sendo um negócio jurídico bilateral, exige agentes capazes; objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e consentimento válido, além de forma prescrito ou não vedada em lei (art. 104). A capacidade de fato dos contratantes é condição imprescindível para a validade do contrato, importando a incapacidade relativa em anulabilidade do negócio e a incapacidade absoluta em nulidade deste. (WALD, 2011, p. 255)

Os requisitos subjetivos do contrato, são assim definidos por César Fiuza: i) capacidade; ii) consentimento; iii) pluralidade de partes. (FIUZA, 2008, p. 396).

Para análise da arbitrabilidade subjetiva da massa falida, a atenção será direcionada para os requisitos capacidade e pluralidade de partes.

Iniciando pelo último, importante observar que o referido autor utiliza o termo pluralidade de partes e não pluralidade de pessoas. O conteúdo de tal requisito, também considerado um pressuposto, é o de necessária interação com outro sujeito, implicando na impossibilidade de contratar consigo mesmo.

Logo, ainda que o legislador tenha utilizado a palavra “pessoas” no art. 1º da Lei de Arbitragem, o requisito é, em realidade, a capacidade contratual, o que poderia inclusive ocasionar a substituição da referida palavra por “partes”.

Feita esta leitura (iniciada no Capítulo 2) é possível verificar que a massa poderá utilizar a arbitragem, estando presente o requisito da capacidade e, portanto, superada a análise da arbitrabilidade subjetiva.

Neste sentido é o entendimento de Carlos Alberto Carmona, coautor do anteprojeto da Lei de Arbitragem:

Como se vê, os entes despersonalizados (universalidades dotadas de representação ativa e passiva como condomínios em edifícios, massas falidas, espólios, sociedades de fato), desde que autorizados, podem valer-se da arbitragem, eis que têm capacidade de ser parte e de estar em juízo, nada impedindo que disponham de seus direitos. (CARMONA, 2009, p. 37-38).

Considerando que o falido fica afastado da administração dos bens, os quais passam a integrar a então formada massa falida, outro aspecto que deve ser necessariamente analisado é a representação da massa falida nos processos judiciais e, especialmente, nos arbitrais.

Com o afastamento do falido, a massa falida será representada judicialmente pelo administrador judicial, que sucederá o falido nos processos em andamento e figurará como parte naqueles ainda por serem instaurados.

Esta é a disciplina prevista no art. 22 da Lei nº 11.101/2005:

Art. 22. Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe:

[...]

III – na falência:

[...]

c) relacionar os processos e assumir a representação judicial da massa falida;

[...]

l) praticar todos os atos conservatórios de direitos e ações, diligenciar a cobrança de dívidas e dar a respectiva quitação;

[...]

n) representar a massa falida em juízo, contratando, se necessário, advogado, cujos honorários serão previamente ajustados e aprovados pelo Comitê de Credores; (BRASIL, 2005)

O art. 76 da Lei de Falências e Recuperação além de contemplar o princípio da universalidade do juízo falimentar também disciplina a representação processual da massa falida:

Art. 76. 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.

Parágrafo único. Todas as ações, inclusive as excetuadas no *caput* deste artigo, terão prosseguimento com o administrador judicial, que deverá ser intimado para representar a massa falida, sob pena de nulidade do processo. (BRASIL, 2005)

Tais dispositivos previstos na legislação falimentar e recuperacional, estão em perfeita harmonia com a disciplina apresentada pelo Código de Processo Civil Brasileiro:

Art. 12. Serão representados em juízo, ativa e passivamente:

[...]

III - a massa falida, pelo síndico;

Este também é o entendimento doutrinário acerca do tema. Neste sentido, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo:

Com o decreto da falência, forma-se a massa falida, englobando os bens e as dívidas do falido. A massa não poderá, naturalmente, ser representada em juízo pelo devedor, mesmo porque este perdeu, desde a sentença de quebra, o direito de administrar os seus bens. Esta incumbência é do administrador judicial. Para isto, deve ele relacionar os processos em curso e neles assumir a representação judicial da massa, como consta da alínea *c* do inciso III do artigo em tela. Dessa representação também cuida a alínea *n* do mesmo inciso, acrescentando que poderá ser contratado, se necessário, advogado para a defesa dos interesses da massa. (TOLEDO, 2010, p. 111)

Neste sentido também Manoel Justino Bezerra Filho:

Essas três estipulações [alíneas *l*, *m* e *n*] dizem respeito mais diretamente à representação processual que o administrador judicial tem da massa, devendo tomar, nas ações em andamento ou a serem ajuizadas, não só as

medidas aqui relacionadas como também toda e qualquer medida em defesa dos interesses da massa.

A letra c, acima, já estabelecia a representação processual da massa pelo administrador judicial. Aqui, novamente é fixada a representação, acrescendo a Lei a observação (letra n) de que o administrador pode contratar advogados para tal trabalho, com honorários previamente ajustados e aprovados. (BEZERRA FILHO, 2011, p. 102)

A título exemplificativo, é esta também a solução adotada pelo Direito Norte Americano, especificamente no capítulo 7 do *US Bankruptcy Code*, que disciplina o processo de *liquidation*:

O principal executivo em um processo do capítulo 7 é o administrador judicial. O administrador age como um representante da massa falida e é encarregado de administrar os bens do devedor e proteger os direitos dos credores e outros. O administrador, por exemplo, tem o poder de propor ações que o devedor poderia propor fora da falência. (BAIRD, 2006, p.12, tradução nossa)¹⁸

Observa-se que o art. 22 ao disciplinar a representação da massa falida em juízo utiliza o termo representação judicial. Para a correta compreensão deste item, é importante analisar o sistema falimentar e especialmente o contexto em que tal artigo está inserido.

O que o legislador pretendeu demonstrar em tal dispositivo legal foi exatamente a sucessão do falido, nos processos em que for parte, pela massa falida representada pelo administrador judicial. São dispositivos que se adequam aos princípios da eficiência e celeridade e sobretudo ao interesse da massa e dos credores, uma vez que reflete o cuidado recomendado para que a massa não suporte prejuízos decorrentes de dúvidas ou equívocos em sua representação processual.

Isto posto, a interpretação mais adequada para este disposto, no que concerne à representação da massa nos processos arbitrais, é a idêntica disciplina, aplicada de forma extensiva à todos os processos jurisdicionais.

Qualquer interpretação adversa representaria incongruência jurídica e com a lógica dos sistema falimentar e processual. Considerando a possibilidade literal de representação da massa falida pelo administrador em todos os processos judiciais, e

¹⁸ The principal officer in a Chapter 7 case is the bankruptcy trustee. The trustee acts as the representative of the bankruptcy estate and is charged with managing the assets of the debtor and protecting the rights of the creditors and others. The trustee, for exemple, has the power to bring actions the debtor could have brought outside of bankruptcy.

sendo a arbitragem igualmente jurisdição, ainda que privada, deverá o administrador judicial representar a massa também nos processos arbitrais.

Referindo-se especificamente à representação da massa perante processos arbitrais, cumpre citar Paulo Fernando Campos Salles de Toledo:

Em outras palavras: na falência, como o devedor perde a administração de seus bens, não pode prosseguir atuando no processo, na mesma posição processual. Será sucedido, no entanto, pela massa falida, representada pelo administrador judicial, obviamente nas causas que não tiverem sido suspensas pela falência. (TOLEDO, 2009, p. 830)

Este é também o entendimento de Donaldo Armelin:

A decretação de falência ou de liquidação extrajudicial não impede que a massa falida ou a empresa liquidanda cumpra o pactuado em cláusula compromissória ou compromisso arbitral pactuado anteriormente, participando da arbitragem, agora representada pelo seu síndico ou liquidante, conforme o caso. O que sucede na espécie é a sucessão, na arbitragem pactuada, da empresa falida ou em liquidação pela massa falida ou empresa liquidanda. (ARMELIN, 2007, p. 16)

Corroborando para este entendimento, esta também é a solução verificada no Direito Comparado. Via de regra, nos processos arbitrais onde uma das partes esteja em processo falimentar, de insolvência ou liquidação, a sua representação na arbitragem ocorrerá pelo administrador judicial, *trustee* ou figura correspondente, a depender do ordenamento jurídico (Vesna Lazic, 1998).

Após fundamentar ser a interpretação extensiva a mais adequada para este item, importante retornar ao exame de parte da alínea “c” do artigo 22. O referido dispositivo menciona também outro dever do administrador, qual seja, de relacionar todos os processos em que a massa falida figure como parte.

Evidentemente que, uma vez defendida a interpretação extensiva para que o administrador possa representar a massa falida também nas arbitragens, deve-se manter a mesma coerência para contemplar nesta obrigação do administrador também a necessidade de relacionar os processos arbitrais nesta listagem. Entende-se que esta seria a solução mais adequada para compreender e aplicar tal dispositivo, procedendo da mesma maneira em face da obrigação do devedor de

apresentar relação semelhante, prevista no art. 104, inciso “I”, alínea “g”, da Lei nº 11.101/2005¹⁹.

Após abordar os temas da arbitrabilidade subjetiva e da representação judicial e arbitral da massa falida, resta ainda outro item, relacionado à esta última, a ser analisado.

Ao falar em representação arbitral ou judicial da massa falida, cumpre mencionar o art. 120 da Lei de Falência e Recuperação:

Art. 120. O mandato conferido pelo devedor, antes da falência, para a realização de negócios, cessará seus efeitos com a decretação da falência, cabendo ao mandatário prestar contas de sua gestão.

§ 1º O mandato conferido para representação judicial do devedor continua em vigor até que seja expressamente revogado pelo administrador judicial.

Em relação aos mandatos em geral, verifica-se que a regra prevê que os mandatos conferidos pelo devedor anteriormente à decretação da falência, terão seus efeitos cessados. O §1º, contudo, prevê regra específica para os mandatos de representação judicial.

Os mandatos de representação judicial continuarão em vigor até ulterior revogação expressa pelo administrador judicial. Tal especificidade é absolutamente pertinente e acertada por parte do legislador, o que corrobora para a correta representação da massa e para eficiente operacionalização prática desta substituição na representação.

Mantendo a mesma linha de raciocínio apresentada neste item, entende-se que tal dispositivo igualmente deverá ser aplicável aos mandatos conferidos para representação perante a jurisdição arbitral, pelos mesmos motivos anteriormente expostos.

No que concerne a esta especificidade, é preciso entender que tal regra é prevista na legislação falimentar como maneira de possibilitar o prosseguimento dos inúmeros processos judiciais nos quais a massa seja parte. Pode-se dizer, em relação às arbitragens, que dificilmente existiria este número elevado de processos, o que faz com que seja a elas dispensada atenção especial.

¹⁹ A inserção da relação dos procedimentos arbitrais nas listas de processos do falido, previstas na Lei de Falência e Recuperação, não implica em quebra do dever de sigilo, tema que será abordado em tópico específico deste trabalho.

Considerando ser bastante reduzido o número de arbitragens em comparação com o número de processos judiciais de uma massa falida, e com objetivo puramente de ordem prática, para prevenir eventuais manobras processuais contrárias à arbitragem ou à sentença arbitral, é recomendável que durante a substituição do falido pelo administrador judicial nos processos arbitrais em curso, este último seja intimado a confirmar expressamente a continuidade da representação pelos atuais procuradores.

Esta recomendação, ao mesmo tempo que pode soar como exagerada, poderá sem maior esforço e com moderado dispêndio de tempo, evitar posteriores medidas antiarbitragem ou anulações de sentenças.

Preocupação similar está estampada na posição de Fernando Mantilla Serrano, manifestada através de artigo baseado em sua larga experiência junto à Corte de Arbitragem da CCI – Câmara de Comércio Internacional, sediada em Paris:

Nestas situações, o árbitro deve solicitar que as partes comentem os efeitos que a insolvência pode ter na arbitragem, e deverá solicitar a parte insolvente (seus advogados e representantes) a fornecer todas as informações relativas à sua representação.²⁰ (MANTILLA-SERRANO, 1995, p. 56)

4.1.2 Arbitrabilidade objetiva e a disponibilidade dos bens do falido

Analisando o art. 103 da Lei de Falências e Recuperação, é possível concluir, inicialmente, que estariam os bens do falido indisponíveis. Em parte tal afirmação está correta, pois o próprio falido não mais poderá dispor e administrar seus bens, conforme analisado.

Contudo, é importante ressaltar que a indisponibilidade está voltada para o falido e não para os bens que integram o seu patrimônio. Os bens do falido passam a compor a massa falida e seguirão disponíveis, observados os requisitos previstos em lei.

Evidentemente que as matérias que possam ser objeto de um processo arbitral envolvendo partes em falência ou insolvência são inúmeras. É possível indicar, a título ilustrativo alguns exemplos como pleitos objetivando reequilíbrio

²⁰ In those situations, the arbitrator should invite the parties to comment on the effects the insolvency proceedings may have in the arbitration and should request the insolvent party (its counsel or representatives) to provide all particulars concerning its representation.

econômico de contratos, indenizações, oriundos de controvérsias societárias, de construção, de compra e venda de máquinas, cessão de tecnologia dentre outros.

A arbitrabilidade objetiva não sofre abalo em razão da decretação da falência de uma das partes, mas tão somente implica em limitações para a disponibilidade dos bens. A título de exemplo é possível imaginar uma situação na qual, durante um processo arbitral, discute-se a possibilidade de celebração de um acordo para por fim à controvérsia. Nesta hipótese, o administrador judicial estaria sujeito aos requisitos impostos por lei, para que pudesse efetivamente dispor dos bens (patrimônio), ao concluir o acordo.

Importante destacar que até mesmo a transigência sobre os bens e o patrimônio que compõe a massa é possível, não havendo, portanto, que se falar em indisponibilidade patrimonial.

Neste sentido, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo:

Note-se, desde logo, que a circunstância de uma das partes na arbitragem vir a ter sua falência decretada, ou ingressar com pedido de recuperação judicial, não impede, por si só, que o procedimento arbitral tenha sequência. Novos processos também poderão ser instaurados, respeitadas umas tantas regras, como se verá. Tenha-se presente, quanto a isso, que a transação é sempre possível, mesmo na falência [...]. (TOLEDO, 2009, p. 820)

No curso de qualquer arbitragem, embora bastante incomum, eventualmente poderá surgir determinada controvérsia acerca de direitos indisponíveis, que poderá ser uma questão prejudicial para a decisão dos demais pleitos da arbitragem. Importante ressaltar que esta eventual indisponibilidade em nenhuma hipótese decorrerá da decretação da falência, conforme amplamente demonstrado.

O que se pretende analisar neste item, são eventuais hipóteses nas quais nem mesmo o administrador judicial, mediante as prévias autorizações contempladas na lei, poderia dispor dos bens ou direitos. Nestes casos específicos e de improvável ocorrência, tendo o processo arbitral uma parte insolvente ou não, aplicar-se-á a solução geral prevista na Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96). Reitera-se que esta é a regra geral, aplicável a qualquer tipo de arbitragem na qual sobrevenha controvérsia acerca de direito indisponível:

Art. 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o

juízo, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral.
 Parágrafo único. Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem. (BRASIL, 1996)

Importante registrar que a competência para conhecimento e aplicação do disposto no art. 25 da Lei de Arbitragem, é exclusiva do Tribunal Arbitral (arbitral).

Cumpra-se mencionar trecho da decisão, de distinta qualidade técnica e jurídica, da Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em decisão em sede de Agravo, de relatoria do Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, relacionado ao caso *Jackson v. Diagrama*:

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 (SÃO PAULO, Tj. Ag. 5310204300, Rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, 2008, grifo nosso)

Reitera-se que a decretação da falência não implica a indisponibilidade dos bens do falido, mas tão somente a possibilidade deste empresário ou sociedade falida dispor de seu patrimônio. A disponibilidade patrimonial dos bens que integram a massa falida prosseguirá, mediante representação pelo administrador judicial, a quem fica incumbida a disponibilidade e administração dos bens e direitos, observados os requisitos legais. Em síntese, a decretação da falência não impõe, de maneira alguma, a aplicação do art. 25º da Lei de Arbitragem.

Quais seriam então estes requisitos legais para que o administrador judicial possa dispor dos bens que integram a massa falida? Em diversos dispositivos da Lei de Falência e Recuperação, o legislador prevê a possibilidade de disposição dos bens e direitos da massa, objetivando o interesse desta, mediante autorização judicial, ouvidos o comitê de credores e o falido. A título exemplificativo, cita-se o art. 99, VI da Lei nº 11.101/2005.

É possível verificar, portanto, que a arbitrabilidade subjetiva persiste ainda que com a decretação da falência, podendo a massa, representada pelo

administrador, utilizar e figurar como parte em arbitragens. Ainda que não tenham restado dúvidas de que o patrimônio da massa seguirá disponível, resta ainda analisar quais matérias efetivamente poderão ser submetidas à arbitragem e em quais condições.

Este e outras questões serão analisadas no item 4.5, subdividindo-as em três cenários distintos: i) o das convenções de arbitragem celebradas anteriormente à decretação de falência; ii) o dos procedimentos arbitrais em curso; e, finalmente, iii) as convenções de arbitragem celebradas após a decretação da falência.

4.2 O efeito da decretação da falência sobre os contratos celebrados e a convenção de arbitragem

Superada a análise da arbitrabilidade subjetiva, referente à capacidade processual e representação da massa falida nas arbitragens, e enfrentada, ainda, a discussão acerca da arbitrabilidade objetiva e a manutenção da disponibilidade do patrimônio que compõe a massa, analisar-se-á outro efeito da decretação da falência e seus impactos sobre os contratos celebrados pelo falido e especificamente sobre a convenção de arbitragem.

Conforme abordado anteriormente alguns dos efeitos da decretação da falência recaem sobre as obrigações e contratos previamente pactuados pelo devedor.

Diante do início do processo concursal da falência, um dos princípios basilares a serem observados é o da *par conditio creditorum*, ou da igualdade de condição entre os credores.

Tal princípio, abordado em capítulo anterior, decorrente do princípio da isonomia, objetiva o tratamento equânime entre os credores em iguais situações durante o processo concursal. Desta forma, será assegurado aos credores em situações igualitárias o mesmo tratamento durante a liquidação, especialmente em relação ao recebimento de créditos e respectivas condições, caso venha a ocorrer.

Para que este princípio possa produzir efeitos práticos durante um processo concursal é necessário que algumas condições sejam estabelecidas preservando este tratamento equânime entre os credores. Pode-se afirmar que o vencimento antecipado de todas as obrigações do devedor seja um exemplo.

Uma vez que o crédito de cada credor individualmente poderá ter condições, prazos e regras específicas para o recebimento, ao ser decretada a falência o sistema concursal objetiva posicionar todos os credores de uma mesma classe em situações compatíveis, e, para tanto, uma das providências adotadas é a declaração do vencimento antecipado de todas as obrigações, visando igualar as condições iniciais de recebimento dentre os credores.

Esta é a disciplina apresentada pela legislação falimentar brasileira, quanto ao vencimento antecipado das obrigações do falido:

Art. 77. A decretação da falência determina o vencimento antecipado das dívidas do devedor e dos sócios ilimitada e solidariamente responsáveis, com o abatimento proporcional dos juros, e converte todos os créditos em moeda estrangeira para a moeda do País, pelo câmbio do dia da decisão judicial, para todos os efeitos desta Lei. (BRASIL, 2005)

Neste sentido é também o entendimento de Carlos Henrique Abrão: “Compreende-se, portanto, que a decretação da quebra implica o vencimento geral de todas as obrigações da sociedade e daqueles sócios que a ela empresam responsabilidade solidária e ilimitada[...]” (ABRÃO, 2010, p. 78)

Corroborando com o entendimento apresentado, cita-se Daniel Moreira do Patrocínio:

A sentença que decreta a falência ocasiona o vencimento antecipado de todas as obrigações do falido (LREF, art. 77). Esta medida tem por objetivo assegurar que todos os credores possam, de imediato, após a liquidação do ativo, receber sua quota-parte. Do contrário, apesar de o patrimônio do falido já ter sido arrecadado e vendido, não poderia o credor ser pago, sob a alegação de que seu crédito ainda não seria exigível. Desta forma, a exigibilidade de todas as obrigações do falido, surge com a decretação da falência. Outra razão para que ocorra o vencimento antecipado das obrigações do falido corresponde à necessidade de que todos os credores correspondentes à mesma classe possam receber, no mesmo momento, de forma proporcional ao valor de seus respectivos créditos. (PATROCÍNIO, 2013, p. 160)

Analisando o dispositivo em pauta, não é possível encontrar, a este respeito, qualquer oposição à validade da convenção de arbitragem.

Em relação aos contratos bilaterais validamente pactuados pelo devedor, tema que se aproxima da natureza da convenção arbitral, a legislação falimentar e recuperacional brasileira prevê:

Art. 117. Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê.

§ 1º O contratante pode interpelar o administrador judicial, no prazo de até 90 (noventa) dias, contado da assinatura do termo de sua nomeação, para que, dentro de 10 (dez) dias, declare se cumpre ou não o contrato. [...] (BRASIL, 2005, grifo nosso)

Inicialmente, deste dispositivo decorre efeito que confere segurança jurídica aos contratos celebrados, por meio de disposição expressa mencionando que os contratos bilaterais não se resolvem pela falência. Contudo, em prol do interesse da massa, o administrador deverá avaliar a conveniência de cumprir tais contratos que ainda não foram concluídos.

Do referido artigo surge questionamento relacionado aos seus efeitos sobre a convenção de arbitragem, seja ela cláusula compromissória ou compromisso arbitral. Seria a convenção mais um simples contrato bilateral, portanto, sujeito à necessária interpelação do administrador judicial e posterior declaração de cumprimento?

Demonstrando a divergência de posicionamentos sobre o tema, cumpre mencionar inicialmente a decisão proferida em face de habilitação de crédito com base em sentença arbitral. A referida decisão, cuidadosamente fundamentada, foi proferida em primeira instância, pelo então Juiz da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Capital (São Paulo) do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Dr. Alexandre Alves Lazzarini (posteriormente Desembargador no mesmo Tribunal):

[...] E, em que pesem as argumentações da habilitante Jackson, não há como superar os óbices apresentados, inclusive pelo fato de que o processo de falência é público. Ao ser decretada a falência a parte perde a disponibilidade de seus direitos, havendo a interferência estatal em toda a sua atividade, prevalecendo o interesse público (da massa falida e, portanto, dos credores) ao particular (contrato entre as partes e arbitragem). A única possibilidade de admissão dos efeitos da arbitragem seria: a) a sua suspensão imediata, com comunicação ao juízo da falência; b) a manifestação do administrador judicial, nos termos do art. 117 da Lei n. 11.101/2005, se considerado o estreito limite de um contrato bilateral, ainda assim, com a continuidade no cumprimento do contrato, sujeito a autorização judicial, de modo a continuar o procedimento; c) intimação do Ministério Público para acompanhar o procedimento de arbitragem. (SÃO

PAULO, Tj. Decisão Habilitação de Crédito. 583.00.2005.031627/13. Juiz Alexandre Alves Lazzarini. 2007, grifo nosso)²¹

Trata-se do caso *Jackson v. Diagrama*, o qual teve início por meio de homologação de crédito na falência, recebida como impugnação. Na decisão *supra* citada, o Juiz decidiu pela impossibilidade de habilitação do referido crédito, dentre outros motivos (analisados em outras subdivisões deste trabalho) pela necessidade de manifestação do administrador judicial nos termos do art. 117 da Lei nº 11.101/2005. Naquela oportunidade, entendeu-se pela necessidade de interpelação do administrador em relação à cláusula compromissória, por ser esta um contrato bilateral.

Esta decisão, que foi objeto de revisão pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não refletia a compreensão mais adequada acerca do assunto. Conforme analisado em capítulo anterior, a convenção de arbitragem não pode ser compreendida como um contrato bilateral qualquer.

Entendida como negócio jurídico bilateral, a doutrina é praticamente uníssona quanto aos efeitos positivo e negativo da cláusula de arbitragem. Tanto o efeito positivo (garantidor da possibilidade de instalar o juízo arbitral), quanto – e principalmente – o negativo (de afastar a competência da jurisdição estatal), são produzidos durante a concepção da convenção arbitral.

A cláusula compromissória, por exemplo, por meio de seus efeitos (especialmente o negativo) é suficiente para excluir a jurisdição estatal e estabelecer a arbitral como forma de resolução de conflitos, tendo, portanto, produzidos todos os efeitos que dela se espera, desde o momento de sua celebração.

Assim, trata-se de contrato ou pacto perfeito e acabado, com efeitos já produzidos, por meio da opção pela arbitragem, com o conseqüente afastamento da jurisdição estatal.

Por óbvio, não há que falar em necessidade de interpelação do administrador relacionada a contrato que produziu os efeitos esperados. Neste sentido, ilustra-se com a criteriosa posição de Ricardo Tepedino:

A segunda pergunta diz respeito à necessidade de se interpelar o administrador, para saber se cumpre ou não a cláusula de arbitragem. A ela

²¹ O referido caso *Jackson v. Diagrama* foi objeto de decisão em segunda instância pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao julgar Recurso de Agravo, que teve como relator o Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, também citada nesta oportunidade.

respondo negativamente. A regra do art. 117 se dirige, como ressaltado no item 30, supra, a contratos onde ainda remanescem pendentes de satisfação obrigações para ambas as partes. (TEPEDINO, 2010, p. 426)

Cumprido citar novamente o elucidativo entendimento da Ministra Nancy Andrighi, por meio de seu voto no julgamento de Recurso Especial, pela terceira turma do STJ, relacionado ao caso *Kwikasair v. AIG*:

A partir de uma leitura sistemática da referida legislação e ainda à luz da teoria do diálogo das fontes, a natureza contratual da convenção de arbitragem, seja ela cláusula compromissória, cheia ou vazia, ou compromisso arbitral, não é suficiente para subordinar sua eficácia ao juízo de conveniência do administrador judicial, afastando-se o art. 117 da Lei de Falências. Isso porque, como já salientado, a convenção de arbitragem é, por si só, suficiente ao afastamento efetivo da jurisdição estatal, consumando, de pronto, renúncia definitiva, ainda que sujeita a condição suspensiva.

Portanto, a superveniência da quebra não afasta a exigibilidade e a eficácia da convenção arbitral celebrada validamente pelas partes plenamente capazes no momento de sua contratação.

(BRASIL, STJ. REsp. 1.355.831-SP(2012/0174382-7), Rel. Min. Sidnei Beneti, 2013)

Finalmente, cumpre lembrar que a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato no qual está inserida. Conforme verificado anteriormente, trata-se do princípio da autonomia da cláusula compromissória.

De acordo com tal princípio, nem mesmo a anulação do contrato comprometeria a validade da cláusula de arbitragem.

Considerando o princípio da autonomia da cláusula compromissória e diante de uma situação de decretação de falência com contrato vigente e cláusula arbitral válida, duas são as possibilidades ventiladas em matéria de exigibilidade. A primeira delas voltada para exigibilidade do contrato, per se, e eventual necessidade de interpelação do administrador quanto ao seu cumprimento. A segunda relacionada com a eventual necessidade de interpelação em relação à própria cláusula de arbitragem ou pacto arbitral.

Quanto à primeira (o contrato), é possível que o contratante interpele o administrador acerca do contrato principal, nos termos do art. 117 da Lei de Falência e Recuperação. Contudo, tal possibilidade não será igualmente possível em relação à convenção de arbitragem.

Nos termos do referido artigo, ainda que o administrador opte pelo não cumprimento do contrato, a cláusula de arbitragem, autônoma que é, permanecerá

perfeita e passível de ser aplicável, assim como eventual compromisso arbitral que tenha sido celebrado.

Em relação a este tema, alguns autores abordam a análise do art. 117, em conjunto com o art. 7º da Lei de Arbitragem, não raras vezes, sustentando que não seria aplicável o primeiro e, em caso de recusa da massa em participar da arbitragem, que poderia ser utilizado o segundo (art. 7º da Lei 9.307/1996).

Os referidos artigos não se confundem e devem ser analisados separadamente. O art. 7º da Lei de Arbitragem somente será aplicável nas hipóteses em que foi celebrada cláusula compromissória vazia, e não seja possível a indicação de árbitros por resistência de qualquer das partes. A aplicação deste dispositivo não deve se pautar pelo disposto no art. 117 da legislação falimentar e recuperacional.

Não restam dúvidas, portanto, que os efeitos da decretação da falência sobre os contratos celebrados pelo falido (sucedido pela massa), em nada afetam a cláusula compromissória, a qual inclusive não estará sujeita à necessidade de interpelação do administrador, uma vez se tratar de convenção autônoma com efeitos produzidos.

Com isto, verifica-se a desnecessidade, e mais, a impossibilidade de interpelação do administrador em relação à cláusula arbitral. O princípio da autonomia da cláusula compromissória será suficiente para preservar a cláusula arbitral diante de eventual interpelação e não cumprimento relacionados ao contrato no qual está inserida.

4.3 A suspensão do curso das ações e execuções em face do devedor

Um dos efeitos da decretação da falência de maior relevância para o tema ora enfrentado seguramente é o previsto no art. 6º da Lei de Falência e Recuperação, responsável por disciplinar que todas as ações e execuções em face do devedor, assim como o curso da prescrição, serão suspensas.

Art. 6º 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.

§ 1º Terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida.

Esta regra da suspensão das ações e execuções em face do devedor não é exclusividade do Direito Brasileiro, pelo contrário, pode-se dizer que é influência do Direito Comparado. A título ilustrativo, cumpre citar a regra da *automatic stay*, contemplada no Direito Norte Americano. Neste sentido William D. Warren e Daniel J. Brussel:

Sob a seção 362 (a), a apresentação de um pedido de falência funciona como uma suspensão em face contra uma variedade de atos que afetam o devedor, a propriedade do devedor, o patrimônio da massa falida, ou a propriedade controlada pela massa falida. Esta suspensão é conhecida como a suspensão automática.

A suspensão automática é uma das proteções fundamentais do devedor, prevista pelo direito falimentar. Ela confere uma trégua ao devedor em face de seus credores. Ela suspende todas as execuções, todos assédio e todas as ações de liquidação. Ela permite que o devedor tente uma renegociação ou um plano de recuperação, ou simplesmente para ser aliviado em relação às pressões financeiras que o levaram a uma falência. (WARREN; BUSSEL, 2006, p. 213)²²

O Direito Francês igualmente recepcionou a suspensão automática, prevendo, ao disciplinar o procedimento de *sauvegarde* – a grosso modo uma espécie de recuperação simplificada – que ao ser processado suspenderia o ajuizamento de algumas ações de credores, segundo Philippe Fouchard (1998, p. 474-475).

Conforme verificado anteriormente, em que pese a importância do referido dispositivo, em prol da eficiência, celeridade e do interesse da massa falida (dentre outros motivos), o legislador brasileiro optou por criar exceções para esta suspensão.

Pode-se dizer que também no Direito Norte Americano, no que concerne à *automatic stay*, algumas exceções foram contempladas, conforme ensina Douglas G. Baird:

De longe, a mais importante destas seções é §362, que impõe a suspensão automática à todos os credores. Ela exige que os credores interrompam todas as ações de cobrança no momento em que o requerimento é distribuído. A suspensão automática produz efeitos tão

²² Under the section 362(a), the filing of a petition in bankruptcy operates as a stay against a variety of acts affecting the debtor, property of the debtor, property of the bankruptcy estate, or property held by the bankruptcy estate. This stay is known as the automatic stay.

The automatic stay is one of the fundamental debtor protections provided by a bankruptcy law. It gives the debtor a breathing spell from his creditors. It stops all collection efforts, all harassment, and all foreclosure actions. It permits the debtor to attempt a repayment or reorganization plan, or simply to be relieved of the financial pressures that drove him into a bankruptcy.

grandes que torna fácil esquecer que a suspensão é simplesmente uma presunção. O tribunal (estatal) pode afastar a suspensão sempre que um credor demonstrar que não há fundamento ou que o seu interesse está inadequadamente protegido. (BAIRD, 2006, p. 14)²³

Em relação ao Direito brasileiro, a primeira delas é a que merece a atenção neste momento, por se aplicar perfeitamente aos procedimentos arbitrais. Esta aplicação irrestrita aos procedimentos arbitrais, decorre da natureza da jurisdição arbitral, que é essencialmente cognitiva (processo de conhecimento), carecendo-lhe força executiva.

Uma vez que arbitragem não se presta à execução, é possível presumir que os procedimentos arbitrais podem ser enquadrados necessariamente no critério acima mencionado, por tratarem de processos onde são discutidos direitos e obrigações relacionados à quantias ilíquidas.

Neste sentido é a lição do processualista e arbitralista Marcelo Dias Gonçalves Vilela: “A jurisdição arbitral tem natureza eminentemente cognitiva, substituindo a prestação jurisdicional estatal na atividade de afirmar o direito no caso concreto e formar o título executivo. Não há na Arbitragem jurisdição executiva.” (VILELA, 2013, p. 344)

Corroborando para este entendimento, cita-se o coautor do anteprojeto da Lei de Arbitragem, Pedro Batista Martins: “instituto [arbitragem] que visa solucionar disputa de cunho ilíquido ou controvertido. Não se presta, ou ao menos não deveria prestar, a solucionar questões passíveis de execução forçada” (MARTINS, 2000, p. 338)

Acertadamente definiu o legislador, pois, conforme verificado anteriormente, o processo concursal deverá concentrar sua atenção aos créditos já existentes, revestidos de executividade, e não invocando para o juízo concursal potenciais créditos que demandam discussão de natureza cognitiva, que inicialmente seriam meras expectativas. Esta opção vai de encontro aos princípios da celeridade e eficiência, e atendem o melhor interesse da massa.

²³ By far the most important of these sections is §362, which imposes an automatic stay on all creditors. It requires creditors to cease all debt collection efforts the moment a petition is filed. The automatic stay looms so large that it is easy to forget that the stay is simple a presumption. The court can lift the stay whenever a creditor shows that there is cause or that its interest is inadequately protected.

4.4 A universalidade e unidade do juízo falimentar em face dos processos arbitrais

Os princípios da universalidade e da unidade do juízo falimentar foram objeto de ampla análise no Capítulo 2.

Além de serem compreendidos como princípios basilares do sistema falimentar, são ainda importantes efeitos oriundos da decretação da falência. A operacionalização do processo falimentar e a produção de seus efeitos mantendo a igualdade entre os credores, jamais seria atingida sem a universalidade e unidade do juízo falimentar.

Verificou-se que tais princípios estão refletidos nos arts. 76 e 115, cuja interpretação deverá considerar também o disposto no art. 6º da Lei de Falência e Recuperação:

Art. 76. 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.

Parágrafo único. Todas as ações, inclusive as excetuadas no *caput* deste artigo, terão prosseguimento com o administrador judicial, que deverá ser intimado para representar a massa falida, sob pena de nulidade do processo.

Art. 115. 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 esta Lei prescrever. (BRASIL, 2005, grifo nosso)

Ao analisar os referidos princípios, ocupou-se, também, de analisar detidamente as suas exceções, quais sejam: i) as ações de natureza trabalhistas; ii) as ações fiscais; iii) em relação às ações não reguladas pela Lei nº 11.101/2005, em que o falido figurar como autor ou litisconsorte no pólo ativo; e iv) as ações que demandarem quantia ilíquida.

Uma vez analisadas as exceções acima (Capítulo 2), bem como a disciplina legal de cada uma delas, cumpre analisar a respectiva aplicabilidade em relação às arbitragens.

Necessário registrar, *ab initio*, que as matérias de natureza trabalhista ou tributária, as quais extrapolam as fronteiras estabelecidas para o presente trabalho, são objeto de largas discussões acerca da respectiva arbitrabilidade e possibilidade de serem resolvidas por arbitragem.

Cumpra então analisar a aplicabilidade das duas últimas exceções pontuadas aos procedimentos arbitrais.

Em relação às ações não previstas na lei falimentar, nas quais a massa figure como autora ou litisconsorte ativa, tal exceção é perfeitamente aplicável aos procedimentos arbitrais, uma vez não se tratarem de ações falimentares. Contudo, para que tal disposto seja aplicável, deverá estar presente o outro requisito, qual seja, a massa presente na condição de autora ou litisconsorte no pólo ativo.

Assim, verifica-se que sempre que a massa falida for demandante, inclusive em arbitragens, poderá se valer de tal disposto para excepcionar a universalidade do juízo falimentar. Contudo, como será analisado adiante, a aplicabilidade de tal dispositivo será ligeiramente ofuscada pela outra exceção (ações que demandem quantia ilíquida).

Enquanto esta exceção ora analisada (ações não falimentares) é aplicável somente àquelas ações que tenham a massa no pólo ativo (como parte ou litisconsorte), a exceção prevista no art. 6º, §1º, (ações que demandem quantia ilíquida) é aplicável, em regra, à todos os processo arbitrais.

Esta aplicação irrestrita decorre, conforme analisado anteriormente, da natureza cognitiva da arbitragem, onde, via de regra, enquanto natureza de processo de conhecimento, sempre resolverá controvérsias que demandem quantias ilíquidas.

Neste sentido é o entendimento de Pedro Batista Martins (2000, p. 338) e de Marcelo Dias Gonçalves Vilela (2013, p. 344).

Cumpra reiterar que a universalidade e a unidade podem ser excepcionadas em relação à fase arbitral (processo de conhecimento) considerando: i) da interpretação sistêmica do art. 76 com o art. 6º§1º; ou, na eventualidade de não considerar tal interpretação, ii) por meio de analogia com a disciplina aplicável às ações que tramitam perante a justiça especializada (trabalhista ou de natureza fiscal), as quais devem prosseguir no juízo especial. Neste caso, o mesmo deverá ocorrer com as demandas arbitrais, com maior razão, por se tratar de jurisdição extrajudicial, o que representaria um argumento a mais neste sentido.

Nestes termos, Donaldo Armelin (2007, p. 20) e Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (TOLEDO, 2009, p. 843-844), ambos citados anteriormente.

Portanto, verifica-se que o processo arbitral constitui, indubitavelmente, exceção ao juízo universal da falência.

4.5 O impacto da decretação da falência e a convenção de arbitragem

Com viés teórico, mas também pragmático, será analisado o impacto da decretação da falência em face da convenção de arbitragem (cláusula compromissória ou compromisso arbitral).

Esta abordagem pretende fornecer subsídios, teóricos e de ordem prática, para o operador do direito, prestigiando o rigor técnico-jurídico que o tema recomenda.

Optou-se por subdividir este tópico em três cenários diversos, quais sejam: i) o das convenções de arbitragem celebradas anteriormente à decretação da falência; ii) o dos procedimentos arbitrais em curso; e, finalmente iii) a convenção arbitral celebrada após a decretação da falência.

Durante a abordagem dos três cenários, presumir-se-á que os direitos objeto do procedimento, per si, são disponíveis, o que permitirá concentrar toda atenção aos efeitos da decretação da falência nos cenários traçados. À título meramente exemplificativo, a presente análise definirá como premissa um contrato genérico cujo objeto tenha cunho exclusivamente patrimonial e que seja disponível.

4.5.1 As convenções de arbitragem celebradas anteriormente à decretação da falência

Antes de iniciar a abordagem deste primeiro cenário, cumpre esclarecer que neste subitem serão analisados os efeitos da decretação da falência em face da convenção de arbitragem celebrada, a qual, contudo, ainda não desencadeou no início de processo arbitral.

Neste primeiro cenário, o falido (empresário), ainda com poderes para administração de seu patrimônio, com total disponibilidade sobre seus bens, firmou cláusula compromissória válida. Portanto, quanto ao requisito de arbitrabilidade subjetiva no ato da celebração da convenção, não restam dúvidas de que o requisito da capacidade esteve presente. O mesmo ocorre em relação à arbitrabilidade objetiva. Uma vez que o falido, à época da assinatura do contrato (convenção), gozava dos poderes de administração e disponibilidade de seu patrimônio, é possível identificar a presença também do requisito objetivo.

Neste hipótese, em face da decretação da falência, surge a necessidade de analisar a obrigatoriedade de aplicação do art. 117 da Lei de Falência e Recuperação. O referido dispositivo será aplicável à convenção de arbitragem, apenas no que couber.

Nos termos deste artigo, a convenção de arbitragem, enquanto espécie de contrato, não será rescindida pela decretação da falência, conforme *caput* do dispositivo legal em pauta. Contudo, não será necessária qualquer espécie de interpelação do administrador judicial para declarar se cumpre ou não o referido contrato.

Esta desnecessidade de interpelação decorre da própria natureza da cláusula ou convenção de arbitragem, cujos efeitos (positivo e negativo) foram produzidos desde a sua assinatura, afastando *ab initio* a jurisdição estatal e, autorizando, conforme necessidade, a instauração do processo arbitral.

Em relação à produção dos efeitos da convenção de arbitragem, cita-se o entendimento de Carlos Alberto Carmona:

Pode-se hoje dizer, com tranquilidade, que a cláusula arbitral é um negócio jurídico processual, eis que a vontade manifestada pelas partes produz desde logo efeitos (negativos) em relação ao processo estatal e positivos, em relação ao processo arbitral (já que, com a cláusula, atribui-se jurisdição aos árbitros). (CARMONA, 2009, p. 102)

Permanecendo válida, portanto, a convenção, o procedimento arbitral poderá ser instaurado tanto pela massa falida, quanto em face dela. Nestas hipóteses, nas obrigações e negócios do falido, ocorreu a respectiva substituição pela massa, que possui inclusive capacidade processual. Esta capacidade processual será exercida mediante representação pelo administrador judicial, nos termos da legislação falimentar, em especial, de seu art. 22.

O referido processo poderá ser iniciado normalmente e não deverá ser suspenso, diante da exceção prevista no §1º do art. 6º, uma vez se tratar de matéria de natureza cognitiva, cuja ação normalmente demandará quantia ilíquida.

O mesmo dispositivo legal (art. 6º), em interpretação conjunta com os arts. 76 e 117, autorizaria, por si só, o prosseguimento da arbitragem perante o juízo especial (arbitral), constituindo exceção à universalidade e unidade do juízo falimentar. Contudo, corroborando ainda mais com o entendimento ora proposto, entende-se que, também em razão da especialidade da jurisdição arbitral o processo

deverá prosseguir neste juízo, tal como ocorre com as ações trabalhistas e fiscais. Acresce-se a tal argumento, relacionado à especialidade do juízo, a constatação de que arbitragem é processo extrajudicial, externo, portanto, à estrutura da Poder Judiciário, o que justificaria com maior razão a exceção ora proposta.

Neste sentido é também o entendimento de Donaldo Armelin:

Ora, se a distribuição da competência entre as várias Justiças que integram o Poder Judiciário é suficiente para estancar a vis attractiva da falência, com maior razão a diversidade entre a jurisdição estatal e a arbitral será bastante para este fim. (ARMELIN, 2007, p. 21)

Na eventualidade de se identificar no curso da arbitragem demandas por quantias exclusivamente líquidas (hipótese remota), neste caso a exceção prevista no art. 6º, §1º, não será aplicável e, a menos que a massa seja autora ou litisconsorte no pólo ativo (hipótese do art. 76), o procedimento arbitral não deverá prosseguir.

Neste aspecto, imprescindível revisitar o princípio da competência-competência (*Kompetenz-Kompetenz*), disciplinado no art. 8º da Lei de Arbitragem (analisado no item 3.3.3). Segundo o referido princípio, o árbitro tem competência para decidir sobre a própria competência. Neste sentido, a aplicabilidade do art. 6º da Lei de Falência e Recuperação será objeto de análise exclusiva pelos árbitros, ou seja, pelo juízo arbitral.

Após o proferimento da sentença arbitral, caso seja apurado valor devido contra a massa, o devedor deverá comunicar ao juízo concursal, solicitando a inclusão do crédito no quadro de credores.

Considerando ser a sentença arbitral um título executivo judicial, assim classificada pelo Código de Processo Civil Brasileiro, aplica-se o disposto na sentença proveniente da jurisdição estatal especializada, hipótese em que não será necessário processo de habilitação do crédito, mas tão somente a comunicação, pelo interessado, ao juízo da falência. Na eventualidade de não aceitação ou pairando alguma discussão acerca do valor do crédito, evidentemente que fica assegurada a competência do credor interessado para promover a homologação.²⁴

²⁴ A inclusão ou homologação de crédito decorrente da sentença arbitral será objeto de análise através de tópico específico.

Neste aspecto, importante reiterar que, a depender do estágio do processo falimentar, existe o considerável risco de que não haja recursos suficientes para suportar eventual condenação. Importante ressaltar que tal risco poderá ser evitado por meio da aplicação do disposto no art. 6º, §1º e 3º, que prevê a possibilidade do juízo perante o qual prosseguirá ação que demandar quantia ilíquida (neste caso o juízo arbitral) determinar a reserva da importância que estimar devida, e, uma vez reconhecido líquido o direito, será inserido como crédito na respectiva classe.

Neste sentido, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo:

A primeira dessas regras versa sobre o direito de reserva da importância que se estimar devida. O fundamento é evidente: de nada adiantaria apurar-se a responsabilidade da devedora, traduzida no pagamento de determinada quantia, sem haver disponibilidade de recursos prevista para isto. A reserva será determinada pelo juiz da causa cuja sequência foi legalmente imposta. Por idênticas razões, na arbitragem que tiver prosseguido, o árbitro ou o tribunal arbitral terá poderes para decidir acerca da 'reserva da importância que estimar devida'. (TOLEDO, 2009, p. 827)

Tratando-se de sentença que reconhecer créditos em favor da massa, ou seja, processo arbitral em que os pleitos da massa foram julgados procedentes, não havendo cumprimento espontâneo, caberá execução da sentença arbitral perante o juízo competente, devendo o montante ao final arrecadado ser integrado à massa.

Finalmente, em relação à possibilidade de iniciar procedimento arbitral após a decretação da falência, com fulcro em convenção de arbitragem celebrada anteriormente, cumpre mencionar que o entendimento ora apresentado, embora acolhido pela maioria da doutrina²⁵, convive com divergências. Neste sentido, Beat Walter Rechsteiner:

Quando o procedimento arbitral ainda não foi iniciado na data da decretação da falência do devedor, a cláusula arbitral ou cláusula compromissória constante num contrato celebrado entre credor e devedor com data anterior se torna ineficaz naquele momento. A partir daí, o credor está sujeito às regras da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que exige a verificação e a habilitação de seu crédito nos exatos termos de seu Capítulo II, Seção II, 'Da verificação e habilitação de créditos', arts. 7º a 20. (RECHSTEINER, 2007, p. 358)²⁶

²⁵ No mesmo sentido, (TOLEDO, 2009); (CRIPPA, 2011); (VILELA, 2013).

²⁶ O referido autor considera possível apenas a hipótese de exceção pelo art. 76, ou seja, nas ações não previstas na legislação falimentar, figurando a massa no polo ativo. (RECHSTEINER, 2007, p. 360)

4.5.2 Os processos arbitrais em curso

No segundo cenário, ora objeto de análise, ligeiras são as diferenças em relação ao anteriormente abordado.

Neste caso, considerar-se-á a convenção de arbitragem celebrada pelo falido, com procedimento arbitral já iniciado, anteriormente à decretação da falência.

Estando o falido à época da celebração da convenção à frente da administração da empresa, com ampla disponibilidade sobre seu patrimônio, igualmente não há que falar em nulidade da cláusula.

Neste hipótese, diferentemente ao item anterior, sequer será necessário a análise do art. 117, uma vez que o processo arbitral já está em curso.

De maneira idêntica ao disciplinado no item antecedente, o processo arbitral não será suspenso conforme art. 6º da Lei de Falência e Recuperação, exceção prevista no §1º.

Neste sentido, cita-se o voto do Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, referente ao caso *Jackson v. Diagrama*:

Outrossim, iniciado o procedimento de arbitragem, nos termos convencionados pelas partes, e, comunicada a falência da agravada, interveio nos autos o Administrador Judicial, sustentando a competência do Juízo Universal da Falência para dirimir o conflito, o que não foi aceito pelo Juízo Arbitral, que, corretamente, deu prosseguimento à arbitragem, na dicção do artigo 76, parágrafo único, da Lei nº 11 101/2005 Não era mesmo de se suspender a tramitação do procedimento de arbitragem, eis que, aplica-se à hipótese o artigo 6º, §1º da Lei nº 11 101/2005, visto que versando a demanda sobre quantia ilíquida. (SÃO PAULO, Tj. Ag. 5310204300, Rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, 2008, grifo nosso)

Todo o restante da sistemática prevista no item anterior será igualmente à este aplicável. Contudo, há que se destacar uma relevante diferença entre os dois cenários iniciais, que merece atenção por parte dos *players* da arbitragem.

Verifica-se que neste segundo cenário o processo arbitral já está em curso quando a falência é decretada. Embora não seja suficiente para comprometer a arbitrabilidade objetiva e subjetiva (massa), cumpre lembrar que o falido será sucedido pela massa falida. Tal processo de substituição merece atenção.

Ao assumir a posição processual anteriormente ocupada pelo falido, a massa, representada pelo administrador judicial, deverá prosseguir com a representação

processual. Importante esclarecer que, nos termos do art. 120, §1º, os mandatos conferidos para representação judicial do devedor, continuam em vigor até que sejam expressamente revogados pelo administrador judicial. Tal dispositivo, de enorme relevância para a organização das atribuições administrativas da massa, garante o prosseguimento da representação dos procuradores atuantes no caso, confere ao administrador a incumbência, caso assim entenda, de revoga-los.

Este dispositivo deve ser aplicado também aos processos arbitrais, por analogia, uma vez tratem igualmente de jurisdição (ainda que arbitral). Contudo, em face da literalidade do dispositivo (art. 120, §1º), é absolutamente recomendável, em prol da segurança do procedimento, que se intime o administrador judicial para que se manifeste formalmente a respeito, solicitando, concomitantemente aos procuradores constituídos, que confirmem o prosseguimento da representação (em atenção aos profissionais que atuam no caso).

4.5.3 A celebração de convenção arbitral após a decretação da falência

Sobre este último cenário (a possibilidade de celebração de convenção de arbitragem após a decretação da falência) assentam-se as principais divergências acerca do tema. Em prol da segurança jurídica, é imprescindível que o assunto seja analisado e desenvolvido pela doutrina, assim como prossiga sendo objeto de decisões pelas cortes estatais (a exemplo das analisadas no decorrer do trabalho).

Este cenário, a princípio, poderia levar à equivocada ideia de irrelevância sob aspecto prático, ao não serem vislumbradas possibilidades em que a arbitragem possa ser utilizada após a decretação da falência. Contudo, a prática dos processos falimentares demonstra situações onde a arbitragem será o meio de solução de conflitos mais adequado.

Enquanto processo concursal, a falência possui como principal objetivo a liquidação do patrimônio da massa e a respectiva distribuição da arrecadação entre os credores. Durante o processo falimentar, o administrador poderá dispor do patrimônio da massa para objetivar o melhor interesse dela e dos credores. Para tanto, poderá ocorrer a cessão da marca; transferência de tecnologia; cessão do estabelecimento; alienação de bens como aeronaves, embarcações ou plantas industriais, dentre outras operações e negócios jurídicos. Estes são apenas alguns exemplos que podem representar relações contratuais para as quais a arbitragem

seria recomendável, principalmente por apresentar vantagens como a especialidade do julgador; a definição do direito aplicável; e a celeridade.

Seguramente a utilização da arbitragem em relações contratuais como as referenciadas poderá representar um atrativo ao sujeito que irá celebrar contratos com a massa falida, conferindo maior segurança jurídica à relação contratual.

Apresentadas estas considerações iniciais, cumpre mencionar que a decretação da falência do devedor suscita inúmeras questões e produz alguns efeitos que afetam também a convenção de arbitragem e a respectiva possibilidade de celebração, conforme verificado no decorrer deste trabalho.

Dentre os principais efeitos analisados, encontra-se a perda da disponibilidade dos bens pelo falido, o que seguramente cria obstáculo para que ele (falido) possa celebrar convenção de arbitragem relacionada ao patrimônio que passou a integrar a massa (patrimônio do qual foi afastado).

Verificou-se que a decretação contudo, não produz os mesmos efeitos em relação à massa, que prosseguirá podendo administrar e dispor dos bens que a integram. Este é o entendimento extraído do art. 22, §3, da Lei de Falência e Recuperação:

Art. 22. Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe:

[...]

I – na recuperação judicial e na falência:

[...]

h) contratar, mediante autorização judicial, profissionais ou empresas especializadas para, quando necessário, auxiliá-lo no exercício de suas funções;

[...]

§ 3º Na falência, o administrador judicial não poderá, sem autorização judicial, após ouvidos o Comitê e o devedor no prazo comum de 2 (dois) dias, transigir sobre obrigações e direitos da massa falida e conceder abatimento de dívidas, ainda que sejam consideradas de difícil recebimento. (BRASIL, 2005)

Analisando o dispositivo citado é possível afirmar que os direitos que compõem a massa permanecessem disponíveis, podendo o administrador, em nome dela, inclusive contratar. Para que o administrador possa dispor de bens e direitos em nome da massa, deverá, presente o requisito de interesse da massa, solicitar autorização judicial, ouvidos o comitê de credores e o devedor.

A análise do efeito acima mencionado (perda da administração e disponibilidade de bens pelo falido), aliada aos artigos citados, produz certa divisão entre a doutrina.

Alguns profissionais sustentam que, diante dos efeitos oriundos da decretação da falência, os bens restariam indisponíveis e, por esta razão, nem mesmo a massa falida poderia celebrar cláusulas compromissórias.

Neste sentido cita-se Donaldo Armelin:

Evidentemente, em se tratando de execuções concursais pendentes, com a perda pelo executado da disponibilidade de seus bens, arrecadados para se integrarem na massa direcionada à satisfação dos direitos dos credores, não há, sob o prisma do direito brasileiro, como celebrar convenção de arbitragem válida, até porque esta exige, de forma expressa e inequívoca, que o seu objeto seja, exclusivamente, direitos patrimoniais disponíveis. (ARMELIN, 2007, p. 18-19)

Em sentido análogo, é o entendimento de Ronaldo de Vasconcelos:

Até mesmo porque, em se tratando de processo falimentar pendente, com a consequente perda pela falida da disponibilidade da administração de seus bens (LRF, art. 103), não há como celebrar convenção de arbitragem válida, uma vez que esta inequivocamente exige que o seu objeto sejam direitos patrimoniais disponíveis. Como se isso não bastasse, a própria arrecadação dos bens da empresa falida acarreta a indisponibilidade desses direitos. (VASONCELOS, 2008, p. 136)

Em sentido diferente, posicionam-se outros autores, sustentando que os direitos permanecem disponíveis e que, portanto, seria possível a celebração de convenção de arbitragem. Para tanto, seria necessário que o administrador solicitasse autorização judicial, nos termos do art. 22, §3º da Lei de Falência e Recuperação.

Neste sentido é o entendimento de Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, um dos precursores a sustentar tal solução:

É que, sabidamente, o administrador de bens de terceiros não tem poderes de disposição. Não pode, portanto, aliená-los, a não ser quando expressamente autorizado. Essa autorização será judicial em certos casos (como na hipótese da falência, lembra Carmona) possibilitando desse modo a celebração da convenção de arbitragem, que, não fora isto, seria nula. (TOLEDO, 2009, p. 834)

Em sentido análogo, Carlos Alberto Carmona:

[...] havendo, porém, autorização (judicial, no caso do inventariante e do síndico da falência, ou da assembleia de condôminos, no que diz respeito ao condomínio), poderá ser celebrada convenção arbitral. Sem a autorização, será nula a cláusula ou o compromisso arbitral. (CARMONA, 2009, p.37)

Antes de registrar o posicionamento que será proposto por meio do presente estudo, imprescindível suscitar algumas reflexões.

Primeiramente, *i) Os bens que integram a massa falida são disponíveis e, como critério necessário para a efetiva disponibilidade, requer-se autorização apenas para deles dispor? Ou, tais bens seriam indisponíveis (via de regra) e a autorização teria efeitos sobre eles, alterando seu status para disponíveis? ii) a opção pela via arbitral, apesar de ser possível apenas quando se tratar de direitos patrimoniais disponíveis, implica necessariamente em ceder, transigir ou renunciar à direitos ou bens?*

Tais reflexões orientarão a solução que será defendida nesta oportunidade.

i) Os bens que integram a massa falida são disponíveis e, como critério necessário para a efetiva disponibilidade, requer-se autorização apenas para deles dispor? Ou, tais bens seriam indisponíveis (via de regra) e a autorização teria efeitos sobre eles, alterando seu status para disponíveis?

Para que possa responder esta primeira questão, cumpre analisar a natureza da autorização judicial, prevista no art. 22, §3º da Lei de Falência e Recuperação. Trata-se de autorização judicial voltada à prática de atos pelo administrador. A referida participação do juízo falimentar é voltada para a atividade do administrador judicial e sobre ela produz efeitos. Autoriza-se o administrador a praticar atos que impliquem disponibilidade patrimonial, mas o estado dos bens em nada é alterado em razão da autorização. Desde o início do processo falimentar, os bens são disponíveis por natureza, exatamente para atender ao objetivo do processo concursal, mas para que deles possa dispor, o administrador judicial deverá requerer autorização. Esta análise leva à conclusão de que o direito objeto de eventuais procedimentos arbitrais é disponível, ainda que necessite de autorização para que deles se possa efetivamente dispor.

Passa-se então à análise da segunda reflexão proposta.

ii) a opção pela via arbitral, apesar de ser possível apenas quando se tratar de direitos patrimoniais disponíveis, implica necessariamente em ceder, transigir ou renunciar à direitos ou propriedade (bens)?

Em relação à opção pela arbitragem, trata-se de escolha da via processual e jurisdicional adequada para o caso concreto. A arbitragem, enquanto processo extrajudicial, possui natureza jurisdicional e, por meio de sentença arbitral (equiparada à sentença proferida judicialmente), decidirá sobre as matérias que lhe são submetidas. Seguramente ao submeter o conflito à via arbitral não estar-se-á, necessariamente, diante de disposição ou renúncia de direitos. Corroborando para esta afirmação, por hipótese, é possível que seja proferida sentença arbitral que julgue totalmente procedentes ou improcedentes os pedidos de uma das partes, oportunidade em que não representaria nenhuma redução patrimonial para a parte vencedora.

Com esta primeira reflexão, sustenta-se que arbitragem é processo jurisdicional, adversarial, que não implica em renúncia ou transigência sobre direitos, o que, per si, não representa disponibilidade patrimonial.

Este raciocínio é imprescindível para analisar a possibilidade de celebração de convenção arbitral pela massa falida, após a decretação da falência. Trata-se de opção (pela via arbitral) de natureza jurídico-negocial, de competência do administrador, que independe de autorização judicial por não representar ato que implique em disponibilidade patrimonial.

O caso *Interclínicas v. Saúde ABC*, embora tenha enfrentado o tema sob enfoque ligeiramente distinto, uma vez que uma das partes estava em processo de liquidação e não propriamente em falência (operadora de plano de saúde portanto não sujeita à falência mas à liquidação extrajudicial), suscitou uma discussão acerca da validade de cláusula compromissória celebrada anteriormente à decretação. Não obstante a cláusula tenha sido celebrada anteriormente à decretação da liquidação, é este o raciocínio que deverá prevalecer igualmente nos casos de celebração de convenção de arbitragem *a posteriori*. Cumpre ressaltar que tal caso apresenta elementos similares ao tema em discussão neste item, motivo pelo qual cita-se o esclarecedor voto da Ministra Relatora do caso, Fátima Nancy Andrichi:

Com efeito, a participação da massa liquidanda no procedimento arbitral, a rigor, não exige a prática de nenhum ato inclinado a concluir negócios pendentes, tampouco a onerar ou alienar bens. O fato da arbitragem envolver direitos disponíveis não significa que haverá, necessariamente, no curso do procedimento arbitral, atos do liquidante que impliquem na disponibilização de tais direitos.

[...]

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. (BRASIL, STJ. MC. 14.295-SP-(2008/0122928-4)/ Rel. Min. Nancy Andrighi, 2008)

Contudo, este entendimento possui alguns desdobramentos naturais. O primeiro deles relaciona-se às custas do procedimento arbitral. Enquanto solução extrajudicial de conflitos, de origem privada, a opção pela arbitragem implica em recolhimento de custas processuais, basicamente representadas pelos honorários dos profissionais que atuarão como árbitros e pela taxa de administração da Câmara de Arbitragem (esta última apenas será devida nas arbitragens institucionais ou administradas).

Portanto, a opção pela via arbitral implica em recolhimento de custas, as quais podem atingir consideráveis cifras por serem fixadas, normalmente, com base no valor discutido na controvérsia. Assim, o administrador judicial não precisará de autorização judicial para celebrar a convenção arbitral, todavia, precisará de autorização em razão da obrigação de cunho patrimonial representada pelas custas da arbitragem, decorrente desta opção pela via arbitral. Neste caso, tal autorização deverá ocorrer como pré-requisito necessário para a celebração da convenção arbitral, em razão da responsabilidade das partes pelas custas.

Caso a parte adversa, todavia, opte por assumir a responsabilidade integral pelo pagamento das custas (o que poderá ser disciplinado no próprio compromisso ou na cláusula arbitral), restaria dispensada a necessidade de autorização judicial. Neste caso, o administrador, independeria de autorização judicial, enquanto representante da massa falida, possuindo a autonomia e capacidade necessárias para celebrar a cláusula compromissória, em se tratando de opção negocial e que não implicaria em disponibilidade patrimonial.

Recapitulando, para celebrar convenção de arbitragem o administrador judicial não precisará de autorização do juízo falimentar, uma vez não implicar em

disponibilidade de bens ou direitos. Trata-se tão somente de opção pela via jurisdicional que melhor se adequa ao caso concreto.

Via de regra, esta opção implica na assunção de obrigação de arcar com as custas do processo arbitral, motivo que obriga o administrador a solicitar autorização judicial nos casos em que a massa deverá suportar os custos decorrentes da arbitragem. Tal autorização não decorrerá da opção pela via arbitral, mas pelos efeitos econômicos dela decorrentes. A autorização tornar-se-á dispensável, contudo, caso a opção pela via arbitral ocorra sem que a massa fique obrigada pelo pagamento de custas, hipótese em que a parte contrária assumirá a responsabilidade integral pelo recolhimento.

Ainda em relação à necessidade de autorização judicial, outra hipótese que merece ser analisada trata-se da possibilidade de celebração de acordo no curso da arbitragem, visando por fim à controvérsia.

Neste aspecto, importante lembrar que arbitragem é meio extrajudicial de solução de controvérsias, classificado como meio heterocompositivo, o que implica na participação de um terceiro que efetivamente resolverá o conflito (árbitro). Portanto, arbitragem é contencioso. Arbitragem é processo. Embora não seja confundida com procedimento de negociação, mediação ou conciliação, eventualmente no curso da arbitragem é possível alcançar uma solução amigável, até mesmo por incentivo da Lei de Arbitragem (art. 28).

Nestas hipóteses de celebração de acordo, o que naturalmente implicará transigência de direitos, será necessária prévia autorização judicial, ouvido o comitê de credores e o devedor nos termos da legislação falimentar brasileira. Não se trata de autorização para a utilização da arbitragem, mas autorização para celebração do acordo, o que ocorreria também em processo judicial.

Uma vez celebrado eventual acordo, após autorização judicial, poderão as partes requerer ao Tribunal Arbitral (árbitros que atuam no caso) que o declarem por sentença arbitral:

Art.28. Se, no decurso da arbitragem, as partes chegarem a acordo quanto ao litígio, o árbitro ou o tribunal arbitral poderá, a pedido das partes, declarar tal fato mediante sentença arbitral, que conterà os requisitos do art.26 desta Lei. (BRASIL, 1996)

Em relação à necessidade de autorização judicial na hipótese de acordo, cita-se novamente voto da Ministra Fátima Nancy Andrichi:

Por outro lado, mesmo que as partes eventualmente vislumbrem a possibilidade de acordo, o que poderá implicar na prática, pelo liquidante, de ato de oneração da massa liquidanda, nada impede a solicitação de prévia e expressa autorização da ANS, conforme determina o art. 16, § 1o, da Lei no 6.024/74. (BRASIL, STJ. MC. 14.295-SP-(2008/0122928-4)/ Rel. Min. Nancy Andrighi, 2008, grifo nosso)

Embora possível a celebração de acordo pela massa falida, representada pelo administrador judicial, para tanto, será imprescindível prévia autorização judicial, nos termos da legislação falimentar e recuperacional.

4.6 A inclusão da sentença arbitral no quadro de credores

A legislação falimentar garante a universalidade e a unidade do juízo falimentar como forma de assegurar a igualdade entre os credores de mesma classe. Isto ocorrerá, conforme verificado, especialmente em relação ao créditos líquidos e passíveis de execução.

Uma vez proferida a sentença arbitral, surge natural questionamento acerca do procedimento a ser adotado para o reconhecimento e a inserção do respectivo crédito no quadro credores.

Verificou-se por meio da análise dos itens anteriores, que a arbitragem, por representar processo onde se discute quantia ilíquida, representa exceção à universalidade do juízo falimentar e, portanto, enquanto perdurar a fase de conhecimento, deverá ter normal prosseguimento. Esta exceção é prevista no art. 6º da Lei nº 11.101/2005.

Em seu §3º, o referido dispositivo prevê a possibilidade do juízo especial, no caso o juízo arbitral, determinar ao juízo concursal a reserva da importância que estimar devida para assegurar o recebimento de eventual crédito. Nesta hipótese, o mesmo artigo menciona que, uma vez reconhecido o direito, o crédito deverá ser incluído na classe própria.

Nitidamente é possível verificar que o sistema falimentar, nesta hipótese de eventual reserva prévia de valor, não contempla necessidade de habilitação do crédito contemplado na sentença proferida pela justiça especializada, mas, tão somente, a sua inclusão direta.

Uma vez que a sentença arbitral é reconhecida pelo Código de Processo Civil Brasileiro como título executivo judicial, conforme examinado anteriormente, o mesmo entendimento contemplado no art. 6º deverá ser à ela aplicável, por coerência lógica.

Após o proferimento da sentença arbitral, deverá a parte interessada solicitar a inclusão dos créditos nela previstos no quadro de credores. Contudo, caso o crédito não seja prontamente reconhecido ou inserido pelo juízo falimentar, ao seu detentor será assegurada legitimidade para solicitar a respectiva homologação.

No curso do procedimento de homologação fica assegurada a possibilidade de apresentação de eventual impugnação ao crédito. Considerando ser a arbitragem, via de regra, procedimento confidencial, cujo trâmite ocorre extrajudicialmente, entende-se cabível, também no pedido de inclusão de crédito, a impugnação (em sentido amplo) do crédito que se pleiteia o reconhecimento.

Cumprе mencionar que ao Ministério Público, Comitê de Credores, administrador judicial, ou ao próprio devedor, deverá ser assegurada a legitimidade para propor ação de anulação da sentença arbitral, caso presente alguma das hipóteses contempladas pelos arts. 32 e 33 da Lei de Arbitragem.²⁷

4.7 Peculiaridades do processo arbitral com a participação da massa falida

Uma vez analisadas as possibilidades de utilização da arbitragem pela massa falida, é possível constatar algumas importantes especificidades e peculiaridades presentes nos processos arbitrais que tenham a massa como uma das partes.

Exatamente por se tratar de hipótese ainda pouco frequente (a participação da massa falida em processos arbitrais) sobre o tema ainda pairam dúvidas, estando presentes desafios de ordem prática.

Neste tópico, serão analisadas algumas destas relevantes especificidades em relação à matéria tratada no presente trabalho.

²⁷ O referido tema será objeto de abordagem através de tópico específico.

4.7.1 Sigilo do procedimento arbitral

Uma das características da arbitragem, compreendida por muitos profissionais como uma vantagem estratégica, é a confidencialidade ou o sigilo do procedimento arbitral.

Esta característica, embora não prevista expressamente na legislação brasileira, acompanha a prática da arbitragem, prevalecendo como regra geral.

A Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), em seu art. 13, §6º, prevê, tão somente, o dever de discricção do árbitro. Este dever de discricção, legalmente estabelecido, não implica no dever de sigilo e com este não deve ser confundido. A discricção está relacionada à função do árbitro e à sua posição profissional enquanto membro do Tribunal Arbitral que atuará no caso.

Acerca do sigilo, pode-se afirmar que este não seria elemento essencial do processo arbitral, sendo contratualmente pactuado, e, portanto, podendo as partes convencionar por afastá-lo, como, por exemplo, nos casos em que a administração pública for parte. Neste sentido, cita-se Carlos Alberto Carmona:

Parece-me, francamente, um falso dilema, já que o sigilo é uma característica que pode – apenas pode – ser estabelecida pelas partes, nada impedindo que os litigantes, por qualquer razão, abram mão da confidencialidade que geralmente cerca o procedimento arbitral. (CARMONA, 2009, p. 51)

Em pesquisa conduzida pela Queen Mary University of London²⁸, realizada em 2010, as empresas entrevistadas foram questionadas acerca do sigilo do procedimento, instadas a responder se o procedimento arbitral seria sigiloso ainda que não tivesse nenhuma previsão contratual a este respeito, seja no regulamento ou na convenção de arbitragem. Dentre as empresas entrevistadas, 50% (cinquenta por cento) afirmaram que sim. Ou seja, mesmo que o sigilo não esteja previsto nas regras da arbitragem ou na convenção arbitral, o mercado reconhece, ainda que equivocadamente, a sua aplicação como uma prática inerente à própria arbitragem.

Apesar de atualmente ser uma característica habitual que passou a integrar a prática da arbitragem, o sigilo do procedimento decorre de obrigação contratual, normalmente prevista nas cláusulas celebradas ou nos regulamentos de arbitragem. Neste sentido, a título de ilustração, cita-se o regulamento de arbitragem das

²⁸ http://www.whitecase.com/files/upload/fileRepository/2010International_Arbitration_Survey_Choices_in_International_Arbitration.pdf (acesso em 18 de fevereiro de 2014)

principais câmaras de arbitragem brasileiras, bem como da Corte de Arbitragem da CCI:

CCI

ARTIGO 22

Condução da arbitragem

[...]

3) Mediante requerimento de qualquer parte, o tribunal arbitral poderá proferir ordens relativas à confidencialidade do procedimento arbitral ou de qualquer outro assunto relacionado à arbitragem e poderá adotar quaisquer medidas com a finalidade de proteger segredos comerciais e informações confidenciais. (Regulamento de Arbitragem da Corte de Arbitragem da CCI, de 2013)

CAM/CCBC

ARTIGO 14 - SIGILO

14.1. O procedimento arbitral é sigiloso, ressalvadas as hipóteses previstas em lei ou por acordo expresso das partes ou diante da necessidade de proteção de direito de parte envolvida na arbitragem.

[...]

14.2. É vedado aos membros do CAM/CCBC, aos árbitros, aos peritos, às partes e aos demais intervenientes divulgar quaisquer informações a que tenham tido acesso em decorrência de ofício ou de participação no procedimento arbitral. (Regulamento de Arbitragem do CAM/CCBC, de 2012)

CIESP/FIESP

10.6 – É vedado aos membros da Câmara, aos árbitros e às partes divulgar informações a que tenham tido acesso em decorrência de ofício ou de participação no procedimento arbitral, salvo em atendimento a determinação legal. (Regulamento de Arbitragem da Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem da CIESP/FIESP, de 2013)

CAMARB

12.1 O procedimento arbitral será rigorosamente sigiloso, sendo vedado à CAMARB, aos árbitros e às próprias partes divulgar quaisquer informações a que tenham acesso em decorrência de seu ofício ou de sua participação no processo, sem o consentimento de todas as partes, ressalvados os casos em que haja obrigação legal de publicidade. (Regulamento de Arbitragem da CAMARB – Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil, de 2010)

Apesar de integrar, em regra, a prática da arbitragem, o dever de sigilo merece atenção especial nas arbitragens em que uma das partes esteja sob o regime falimentar.

Diante das características próprias do processo falimentar, alguns autores recomendam que o procedimento arbitral que tenha uma das partes em processo de falência, seja revestido de publicidade. Tal recomendação, segundo parte da doutrina, possibilitaria aos árbitros a aplicação de algumas determinações da legislação falimentar, como, por exemplo, a obrigação de informar a existência do

processo arbitral ao juízo da falência, sem que represente descumprimento do dever de sigilo.

Em que pese ser este o entendimento de alguns profissionais²⁹, entende-se que esta questão deve ser analisada sob enfoque distinto. Ainda que o procedimento arbitral seja revestido do dever contratual de sigilo, as obrigações legalmente estabelecidas, inclusive aquelas previstas da Lei de Falência e Recuperação, não estariam sujeitas ou limitadas pelo sigilo contratualmente estabelecido. Os árbitros, a título exemplificativo, poderão informar a existência do processo arbitral ao juízo falimentar, conforme previsão legal, sem que isto represente quebra do dever de sigilo.

A isto soma-se o fato de que os principais regulamentos de arbitragem aplicáveis em âmbito nacional e internacional, mencionam previsões e determinações legais como exceções ao dever de sigilo.

Importante delimitar onde realmente é o ponto de encontro entre a arbitragem e o processo concursal, que justificaria o afastamento do sigilo. Em regra, enquanto ainda em fase cognitiva, o processo arbitral não interferirá no juízo concursal, a menos em relação à providências específicas como, por exemplo, a solicitação de reserva do montante estimado para garantia de recebimento (art. 6º, § 3º). Até este momento, estar-se-á diante de mera expectativa de crédito, que, caso seja reconhecida e julgada procedente, fará com que a sentença arbitral condenatória sirva de fundamento para inclusão de crédito no quadro de credores (ou homologação).

Ao adentrar a esfera concursal, por meio da inserção do crédito no quadro de credores, o interesse individual cederá espaço ao coletivo, e, portanto, neste momento, qualquer dispositivo relacionado ao sigilo do procedimento arbitral deverá ser afastado, sob pena de colidir com os interesses e características próprias da falência.

Permanecendo preponderante a natureza privatista dos direitos enquanto ainda objeto do procedimento arbitral, é importante disciplinar especificamente o sigilo para os procedimentos em que tenha uma das partes em processo de falência.

Diante de hipóteses legais que determinam comunicações e informações relacionadas ao processo arbitral e à sua existência, conforme verificado

²⁹ A título exemplificativo, (CASTRO, 2006); (TOLEDO, 2009).

anteriormente, a atuação dos árbitros em cumprimento aos deveres legais não estará limitada pelo sigilo. Quaisquer destes atos de comunicação relacionados à arbitragem, que visem atender exigências e comandos legais, igualmente não implicarão em quebra do dever de sigilo também pelas partes ou demais profissionais atuantes na arbitragem.

Conforme analisado anteriormente, alguns regulamentos de arbitragem passaram a contemplar exceções expressas e ressalvas ao dever contratual (regulamento) de sigilo em razão de disposição legal. A título de exemplo ilustra-se com o Regulamento da CAMARB – Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil, anteriormente citado, que desde 2010 prevê esta solução.

Este tipo de mecanismo destinado a disciplinar o tratamento do sigilo e suas exceções, seja previsto no Regulamento, cláusula ou compromisso arbitral, é a solução mais adequada para atender às necessidades da legislação falimentar e recuperacional, sem, por outro lado, abdicar de uma das vantagens da utilização da arbitragem.

Importante registrar que, ainda que as partes optem por afastar o sigilo, o acesso amplo e irrestrito aos autos do processo arbitral poderá ser indesejável, sob pena de protelar o andamento da arbitragem e de prejudicar o trabalho da câmara, árbitros, advogados e partes.

Neste caso, convencionando as partes por afastar o sigilo, a solução mais adequada será autorizar que o administrador judicial preste todas as informações necessárias e em atendimento ao direito falimentar, inclusive aos credores, através de acesso às informações da arbitragem via processo concursal. Assim, os eventuais interessados deverão acessar diretamente o administrador judicial, requisitando as informações pretendidas com base no sistema falimentar.

Na solução proposta, a arbitragem permanecerá sigilosa, contudo, o administrador judicial estará autorizado pelas partes a prestar informações necessárias para atender às regras do processo falimentar, o que deverá ocorrer mediante requisição direta no processo concursal. O que se propõe é que i) o procedimento arbitral possa ter o trâmite regular e celeridade preservados, mantido o dever de sigilo; ii) as obrigações legais de informação, poderão ser fornecidas pelo responsável, seja árbitro, partes, ou demais profissionais, sem que este cumprimento implique em quebra do dever de sigilo; iii) em casos excepcionais, mediante solicitação fundamentada de credores, eventuais interessados, Ministério

Público, dentre outros, poderá o administrador judicial apresentar as informações necessárias, em atendimento às regras do direito falimentar.

4.7.2 A participação do Ministério Público

A participação do Ministério Público no processo falimentar foi objeto de discussões a respeito do tema, após a sanção da nova legislação falimentar e recuperacional. Com a promulgação da Lei nº 11.101/2005, o art. 4º foi objeto de veto presidencial. O referido artigo possuía a seguinte redação:

Art. 4º O representante do Ministério Público intervirá nos processos de recuperação judicial e de falência.
Parágrafo único. Além das disposições previstas nesta Lei, o representante do Ministério Público intervirá em toda ação proposta pela massa falida ou contra esta.

Analisando o referido artigo e as razões do veto, é possível afirmar que a participação do Ministério Público, ao mesmo tempo em que objetiva proteger os interesses da coletividade, por outro lado não deve ser necessariamente obrigatória em todos os momentos e sobretudo, em todas as ações nas quais a massa falida for parte.

Seguramente o referido veto contribuiu para conferir maior eficiência e celeridade ao processo concursal, sem, contudo, obstruir a participação do Ministério Público quando imprescindível.

Em face do veto, o Ministério Público deverá ser comunicado em diversas etapas do processo concursal sem, contudo, necessariamente ter de interferir em todos os momentos. A título de exemplo, cita-se os arts. 52, V; 99, XIII; 142, §7º; e 154, §3º.

Isto posto, conclui-se que a participação do Ministério Público nos processos arbitrais estaria afastada, em razão de três principais motivos: i) conforme analisado anteriormente, para que possa resolver o conflito por arbitragem, requisito indispensável é que as partes sejam capazes e que o objeto seja relacionado à direito patrimonial disponível. Ora, em processo com partes capazes, onde se discute direitos patrimoniais disponíveis, e que não representa habilitação de créditos no concurso de credores, não há qualquer razão, via de regra, que justifique o interesse do Ministério Público em participar do processo arbitral; ii) ao vetar o art.

4º da Lei de Falência e Recuperação, o sistema falimentar brasileiro afastou a necessidade de participação do Ministério Público em todos os processos em que a massa seja parte, privilegiando a celeridade e a eficiência; iii) identificando o Ministério Público situações excepcionais que demandem a sua intervenção em relação à arbitragem, à sua disposição estarão dois mecanismos próprios para viabilizarem sua intervenção sem que necessário seja intervir no curso da arbitragem.

Caso necessite de alguma informação sobre o processo arbitral, em situações excepcionalíssimas, por exemplo ao receber alguma notícia de graves irregularidades no procedimento arbitral, primeiramente poderá o Ministério Público solicitar as informações ao administrador judicial e; na sequência, após a prolação da sentença arbitral, poderá utilizar o mecanismo previsto no art. 32 e 33 da Lei de Arbitragem, para buscar a anulação da sentença arbitral, desde que, evidentemente, presentes uma das hipóteses elencadas nos referidos artigos.

Em relação à legitimidade processual do Ministério Público para propor a referida ação de anulação da sentença arbitral, cita-se Marcelo Dias Gonçalves Vilela:

Ao Ministério Público, no exercício de sua atividade fiscalizadora, caberá, se for o caso, após o término do procedimento arbitral, arguindo alguma das questões previstas no art. 32 da Lei n. 9.307/96, requerer a anulação da sentença arbitral.

[...]

No caso da Falência, considerando os interesses que envolvem a Massa Falida, terão legitimidade para requerer a anulação de sentença arbitral não apenas o administrador judicial, mas também o Ministério Público, o Comitê de Credores e o próprio falido. (VILELA, 2013, p. 351)

A posição indicada acima não apenas orienta qual o momento devido para eventual intervenção do Ministério Público, como sustenta, por meio de interpretação extensiva, que no caso de empresa falida que tenha participado de arbitragem, o rol de legitimados para propor eventual ação de anulação seria amplificado, abrangendo também o próprio falido, o comitê de credores e o Ministério Público, além, é claro, do próprio administrador judicial.

É este o entendimento que deve prevalecer em relação à participação do Ministério Público nas arbitragens. É importante estabelecer, tal como realizado ao abordar o tema do dever de sigilo, a linha divisória entre o interesse público e o interesse puramente particular. Conforme demonstrado, o interesse passa a ser

público a partir da constituição de eventual crédito, que ocorrerá após a fase de conhecimento (via arbitral). Ou seja, o interesse público estará presente, via de regra, somente após o encerramento da arbitragem, motivo pelo qual eventual intervenção do Ministério Público deverá ocorrer, caso necessário, por meio da ação de anulação da sentença arbitral. Para tanto, natural que o Ministério Público seja reconhecido como legitimado para propor a referida ação.

4.7.3 Recolhimento das custas

Outra questão de ordem eminentemente prática a ser enfrentada quando da participação da massa falida em arbitragens, está relacionada ao recolhimento das custas do procedimento.

Conforme verificado anteriormente, a utilização da arbitragem implica no recolhimento das respectivas custas processuais, representadas, em geral, pelos honorários dos árbitros e pela taxa de administração da Câmara.

Considerando que tanto os árbitros quanto a instituição arbitral são privados, natural concluir que precisam ser remunerados pelo trabalho desenvolvido e pelos serviços prestados. Objetivando o bom andamento do processo arbitral, tenha ele a massa falida como parte ou não, é sempre recomendável que as custas sejam integralmente antecipadas desde o início do procedimento arbitral, ficando caucionadas junto à câmara de arbitragem.

Este mecanismo de recolhimento de custas têm se demonstrado uma boa prática, uma vez que garante às partes que os árbitros serão integralmente remunerados somente após a entrega da sentença, e, garante aos árbitros o recebimento da integralidade dos honorários que lhes são devidos, uma vez caucionados junto à instituição administradora da arbitragem.

O referido mecanismo é adotado por algumas das instituições reconhecidas pela experiência na administração dos conflitos. Esta preocupação ganha contornos ainda mais importantes quando uma das partes do processo arbitral é uma massa falida, em razão das dificuldades de ordem organizacional e financeira que podem advir desta situação.

Caso a referida sugestão não seja observada, o processo arbitral estará sujeito à eventual paralisação ou suspensão em decorrência de impossibilidade no recolhimento de custas *a posteriori*.

Este também é o mecanismo adotado pela Corte de Arbitragem da CCI, e relatado por Fernando Mantilla Serrano como uma relevante preocupação (MANTILLA-SERRANO, 1995).

Os profissionais envolvidos na opção pela via arbitral, especialmente os advogados, ao elegeram uma Câmara responsável pela administração do procedimento, deverão analisar se a instituição escolhida adota este modelo de recolhimento de custas, garantindo a segurança de continuidade do procedimento.

Finalmente, em relação ao procedimento para o recolhimento de custas pela falida, para que possa o administrador judicial justificar o respectivo recolhimento (custas) e operacionaliza-lo face as peculiaridades do processo falimentar, importante definir como tais valores serão recolhidos.

Entende-se que, por tais custas não serem despesas ordinárias e recorrentes, deverão ser analisadas com as peculiaridades que merecem. As custas do processo arbitral podem ser comparadas às custas judiciais, uma vez tratar-se também de jurisdição.

Em relação às custas judiciais, cita-se Vera Helena de Mello Franco:

Não confundir as despesas incorridas para participar da falência, contudo, com aquelas decorrentes de ações em que a massa, como parte, for vencida. Estas, como encargos da massa, são sempre devidas (art. 84, IV, LRE), sendo ou devendo ser pagas prioritariamente. O mesmo se diga, nestas ações, quanto aos honorários advocatícios decorrentes do princípio da sucumbência. (FRANCO, 2008, p. 129)

Exatamente este é o entendimento que deve prevalecer também em relação às custas da arbitragem. Não se pode confundir as custas incorridas em processo jurisdicional arbitral, com os recebíveis e eventuais créditos no processo concursal. Neste sentido, tais custas que normalmente são recolhidas por todas as partes (regra geral), deverão ser compreendidas como créditos extraconcursais, nos termos do art. 84, IV da Lei de Falência e Recuperação:

Art. 84. Serão considerados créditos extraconcursais e serão pagos com precedência sobre os mencionados no art. 83 desta Lei, na ordem a seguir, os relativos a:
IV – custas judiciais relativas às ações e execuções em que a massa falida tenha sido vencida;

Uma vez válida a convenção de arbitragem, seja ela celebrada anteriormente à decretação ou posteriormente, conforme analisado em item superior, não há

motivo algum para que a leitura do artigo supra mencionado não seja extensível à quaisquer tipos de custas processuais relativas aos processos nos quais a massa figure como parte. Portanto, a interpretação que deve ser empregada ao mencionado artigo é relacionada a custas processuais, e não literalmente restrita às custas judiciais.

O falido (anteriormente) ou a própria massa (após a decretação) celebrou convenção arbitral, validamente, escolhendo a jurisdição arbitral. Nesta hipótese, evidentemente que as custas incorridas por tal opção estarão inseridas dentre os créditos extraconcursais, uma vez tratem de custas processuais.

4.7.4 Peculiaridades a serem observadas pelos árbitros

Conforme verificado, existem algumas peculiaridades do processo arbitral que tenha como parte uma massa falida. Em se tratando de processo concursal especial, a falência possui características próprias que deverão ser consideradas no processo arbitral.

Em relação aos árbitros, é importante que tenham conhecimento acerca da legislação falimentar e das obrigações que dela decorrem, sob pena de aplicar equivocadamente as respectivas normas.

Entende-se que as obrigações previstas para o juízo especial, via de regra, poderão ser aplicáveis também ao juízo arbitral.

Neste sentido, verifica-se que, nos termos da disciplina apresentada pelo legislação falimentar, os árbitros deverão comunicar ao juízo da falência a existência do processo arbitral. Conforme amplamente justificado no item específico sobre o sigilo do procedimento arbitral, importante destacar que esta providência não implicará em quebra do dever de sigilo (contratual), por representar uma obrigação legal.

O Tribunal Arbitral deverá estar apto para analisar e determinar a aplicação do art. 6º da Lei nº 11.101/2005, especialmente no tocante à determinação, ao juízo da falência, de reserva do valor que estimar devido para assegurar o recebimento de eventual crédito decorrente do processo arbitral.

Outro aspecto de considerável relevância durante a atuação dos árbitros nestes casos, diz respeito ao proferimento da sentença arbitral. Deve-se ter em mente que a referida sentença, caso reconheça crédito em face da massa falida,

será objeto de inclusão ou homologação no quadro de credores, perante o juízo falimentar.

Como forma de viabilizar a adequada utilidade prática da sentença arbitral proferida, deverá o Tribunal Arbitral dedicar atenção especial ao seu teor, especialmente em relação à clareza e ao nível de detalhamento sobre o caso, inclusive no relatório. Esta providência permitirá que até mesmo aqueles que não participaram da arbitragem possam compreender o caso em questão.

4.7.5 Peculiaridades a serem observadas pelas partes e advogados

As partes que integrarem um processo arbitral no qual uma massa falida figure como parte, assim como os respectivos procuradores e advogados que atuarão no caso, deverão observar as peculiaridades do processo arbitral nestas condições.

Especialmente os advogados deverão estar preparados para fundamentar e justificar as razões que determinam o prosseguimento da arbitragem e a confirmação da jurisdição dos árbitros. Ademais, deverão conhecer o sistema falimentar, para, por exemplo, traçar a melhor estratégia para o reconhecimento do crédito após declaração por sentença arbitral.

Os processos arbitrais implicam no recolhimento de custas e tratam de direitos patrimoniais disponíveis. Estas constatações levam necessariamente à uma análise prévia do caso pelos advogados e partes, buscando analisar a conveniência em iniciar ou não o referido processo, consideradas as peculiaridades do caso. Isto ocorre não apenas nas arbitragem em que uma das partes esteja sob o regime falimentar, mas também nos demais casos em geral.

Nos processos arbitrais em face de uma massa falida, seguramente esta equação precisará ser elaborada levando em conta a possibilidade de recebimento de eventual crédito.

Como maneira de assegurar a efetividade do processo arbitral, importante que o advogado conheça profundamente o mecanismo previsto no art. 6º da Lei de Falência e Recuperação, especialmente no tocante à possibilidade de determinação, pelo juízo arbitral ao juízo falimentar, de reserva de importância que estimar devida para assegurar o recebimento de eventual crédito objeto do procedimento arbitral. Caso o referido mecanismo não seja utilizado, todo esforço e recursos dispendidos

para a obtenção do reconhecimento de crédito, por meio da arbitragem, poderão ser em vão, caso o patrimônio da massa já tenha sido partilhado entre os credores detentores de créditos líquidos.

Estas são apenas algumas peculiaridades merecedoras de atenção pelos advogados e partes nestas arbitragens.

4.7.6 Peculiaridades a serem observadas pelas câmaras de arbitragem

Não obstante seja uma obrigação compartilhada entre partes, advogados e árbitros, caberá também à Câmara de Arbitragem a análise da representação das partes, inclusive da massa falida, perante o processo arbitral.

Caso a representação das partes, em especial da massa falida, não seja objeto de análise pelos árbitros, e identificando a câmara alguma irregularidade, em prol da segurança e efetividade do procedimento arbitral deverá informá-la ao Tribunal Arbitral (árbitros).

Outro aspecto importantíssimo a ser observado pela câmara de arbitragem está relacionado à necessidade de assegurar a correta intimação e notificação das partes da arbitragem. No caso da presença de uma das partes sob regime do direito falimentar, deverá a câmara, por meio dos profissionais responsáveis pela administração do caso, conferir a representação dos destinatários da comunicação e, sobretudo, a exatidão do endereço para o qual a correspondência será enviada.

Quer por iniciativa do Tribunal Arbitral ou providência própria, poderá a Câmara instar o administrador judicial, enquanto representante da massa falida, a confirmar expressamente (via e-mail ou petição) os endereços e informações necessárias para envio de comunicações e documentos relacionados ao procedimento arbitral.

Seguramente estas são algumas peculiaridades que se prestam a demonstrar a importância da opção pela arbitragem institucional, ou seja, aquela administrada por uma câmara de arbitragem.

5 CONCLUSÃO

Durante o desenvolvimento do presente trabalho, analisou-se a possibilidade da utilização da arbitragem por empresário em falência, principalmente ao ser sucedido pela massa falida. Desta forma, o presente trabalho verificou principalmente a possibilidade da massa falida, uma vez decretada a falência, utilizar a arbitragem como método de solução de controvérsias.

Inicialmente foram examinados, separadamente, os institutos da falência e da arbitragem. Para tanto, foram analisados os registros históricos, a principiologia, características, efeitos, e demais especificidades relevantes de cada sistema (falimentar e arbitral) para que fosse possível enfrentar o tema principal proposto nesta pesquisa.

Em relação à análise inicial de ambos os sistemas (falimentar e arbitral), verificou-se que os dois guardam algumas semelhanças, porém, em essência, são bastante distintos. Enquanto o instituto da arbitragem é utilizado para solução de conflitos particulares, com viés preponderantemente privatista, o processo concursal falimentar, por sua vez, objetiva organizar a pluralidade de credores, promovendo a arrecadação dos bens do falido para liquidação do passivo e respectivo pagamento aos credores. Tais características do processo falimentar, conferem a ele, ao contrário, viés preponderantemente público e voltado para o interesse coletivo.

Analisando ambos os institutos e especialmente as respectivas diferenças, é possível afirmar que o processo concursal falimentar, em si, não poderá transcorrer pela via arbitral. O processo arbitral não se presta a promover o concurso de credores, atendendo aos princípios próprios do direito falimentar. Este processo de execução coletiva especial, somente será promovido pelo próprio juízo da falência.

Para que o princípio falimentar e concursal da *par conditio creditorum* possa ser assegurado, princípio responsável pela manutenção da igualdade entre os credores de mesma classe, é imprescindível que o concurso entre credores ocorra por meio do juízo universal.

Contudo, esta afirmação inicial não se presta a afastar definitivamente a possibilidade de utilização da arbitragem pela massa falida.

Os processos arbitrais possuem natureza cognitiva, podendo ser comparados ao processo de conhecimento.

Através dos processos arbitrais, portanto, pleiteiam-se direitos patrimoniais disponíveis. Considerando que no curso dos processos arbitrais serão apuradas quantias que ainda carecem de liquidez, a arbitragem representa uma exceção à suspensão das ações em face da massa, nos termos do art. 6º da Lei de Falência e Recuperação.

Por meio de interpretação e exame da legislação falimentar e recuperacional (Lei nº 11.101/2005) o processo arbitral também não será atraído pelo juízo universal da falência. Conforme demonstrado, por previsão do art. 76 da legislação falimentar, os processos de competência especial, por exemplo de competência da justiça trabalhista, terão regular prosseguimento perante a justiça especializada.

Considerando ser a arbitragem processo jurisdicional, cuja sentença constitui título executivo judicial, nos termos do Código de Processo Civil Brasileiro, foi analisada a possibilidade de excepcionar a universalidade do juízo falimentar também em relação ao processo arbitral. Importante lembrar que, enquanto jurisdição especial e extrajudicial, de natureza cognitiva, verificou-se que o art. 76 da Lei de Falência e Recuperação deverá ser interpretado de maneira sistêmica e em sintonia com o mencionado art. 6º, previsto no mesmo diploma legal.

Diante de tais constatações, verificou-se que a arbitragem, enquanto processo cognitivo, seria também uma exceção à regra do juízo universal, até que o crédito seja efetivamente apurado, o que somente ocorrerá com a decisão dos árbitros mediante proferimento de sentença arbitral.

Tratando-se de processo e jurisdição especial, inclusive extrajudicial, às arbitragens também deverá ser aplicada a regra que preconiza a manutenção das ações perante a justiça ou jurisdição competente e especializada. Esta providência permitirá que o processo concursal seja mais eficiente e célere, uma vez que se encarregará tão somente dos créditos efetivamente constituídos, passíveis de homologação.

Em relação à arbitrabilidade, importante questão analisada está relacionada à indisponibilidade dos bens do falido e ao respectivo afastamento da administração patrimonial, após a decretação da falência. Examinou-se o referido efeito, proveniente da decretação da falência, sob a ótica da arbitrabilidade subjetiva e objetiva.

O efeito mencionado prevê que o falido perderá a disponibilidade sobre o seu patrimônio. Todavia, tal efeito não implica em indisponibilidade daqueles bens e

direitos que o integram. Em realidade, a legislação falimentar prevê, conforme demonstrado, que a massa falida – representada pelo administrador judicial –, passará a administrar este patrimônio. Ao administrador será facultado, em prol do interesse da massa e dos credores, inclusive a possibilidade de disposição ou transação sobre os bens. Para que isto ocorra, será necessária previa autorização judicial, observados os demais requisitos legais. É exatamente este um dos principais objetivos do processo concursal da falência, promover a liquidação patrimonial para repartir o resultado entre os credores.

Uma vez que os referidos bens, que compõem a massa, permanecem dotados de disponibilidade, presente, portanto, o requisito relacionado à arbitrabilidade objetiva, qual seja, a disponibilidade patrimonial.

Verificou-se, ainda, o critério relacionado à arbitrabilidade subjetiva. Nos termos da legislação falimentar, o falido deverá ser sucedido pela massa falida em todos os processos nos quais for parte. Restou demonstrado que a massa falida, enquanto sujeito de direito sem personalidade, possui capacidade processual, reconhecida pelo ordenamento jurídico. Deverá, contudo, ser representada pelo administrador judicial, regra esta que será aplicável também em relação aos procedimentos arbitrais em andamento, assim como àqueles que ainda serão iniciados.

Na sequência, analisou-se a convenção de arbitragem celebrada anteriormente à decretação da falência. Restou claro que os contratos do falido não se resolvem pela decretação da falência. A convenção arbitral é pacto de natureza contratual em sua origem e jurisdicional em sua finalidade, mas que não pode ser confundida com um contratos bilateral qualquer. Uma vez celebrada, a cláusula produz, de imediato, os efeitos positivo e negativo. Assim, desde sua concepção, a convenção teve os efeitos produzidos, ficando afastada a jurisdição estatal.

Por esta razão, a convenção arbitral não está sujeita à interpelação relacionada ao seu cumprimento. Ao administrador judicial não caberá decidir pelo cumprimento ou não da convenção arbitral, exatamente por já terem sido produzidos todos efeitos que dela se esperam.

Quanto às arbitragens em andamento, com fulcro em convenção de arbitragem celebrada anteriormente à decretação da falência, iniciadas também anteriormente à decretação, pode-se afirmar que o processo arbitral terá regular

prosseguimento uma vez que representa exceção à regra geral de suspensão das ações e à universalidade do juízo falimentar, conforme examinado.

Em relação à possibilidade de celebração de convenção arbitral após a decretação da falência, a massa poderá, mediante representação pelo administrador, firmar novas convenções de arbitragem. A escolha pela via arbitral não representa, em si, ato que implique na disponibilidade de bens ou direitos. Uma vez que não representa disponibilidade de direitos, mas tão somente a opção pela via jurisdicional escolhida, não será necessária autorização judicial para que o administrador possa firmar convenções de arbitragem.

Contudo, caso a opção pela via arbitral implique no recolhimento de custas a serem suportadas pela massa falida, neste caso, será imprescindível a autorização judicial, não em razão da escolha pela arbitragem, mas pelos efeitos econômicos dela decorrentes.

O mesmo raciocínio deverá ser aplicado em hipóteses relacionadas à eventual celebração de acordo no curso do procedimento arbitral. Neste caso, deverá o administrador judicial, anteriormente à celebração do acordo, solicitar prévia autorização judicial, nos termos da legislação falimentar.

Finalmente, ao atestar que a arbitragem pode ser utilizada em diversas situações pela massa falida, importante analisar as peculiaridades decorrentes de sua participação no processo arbitral, em relação às partes, advogados, às câmaras de arbitragem, e ao Ministério Público.

Nenhuma das peculiaridades analisadas representam impeditivo à utilização da arbitragem pelo falido. Tais especificidades tão somente recomendam atenção especial a alguns aspectos, de ordem prática, como, por exemplo, em relação ao tratamento a ser conferido ao dever de sigilo, a forma do recolhimento das custas, o envio de correspondências e a confirmação da representação da massa falida.

Ao final, não apenas verificou ser possível a utilização da arbitragem por empresas em falência, especificamente com a participação da massa falida, como também foram definidos parâmetros para que tal utilização possa ocorrer em consonância com as regras do sistema falimentar e recuperacional brasileiro.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Carlos Henrique. Da falência. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de (coord.); ABRÃO, Carlos Henrique (coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 286-394.
- ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa: de acordo com a lei n. 11.101/2005**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2009.
- ALVIM, J. E. Carreira. **Direito arbitral**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ANDRIGHI, Fátima Nancy. Comentários – Arts. 75 a 80. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas: Lei nº 11.101/2005, de 09 de fevereiro de 2005**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 489-519.
- ARMELIN, Donaldo. A arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial. In: WALD, Arnaldo (coord.). **Revista de Arbitragem e Mediação**. Ano 4, n.13 (abr/jun. 2007). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 16-29.
- BAIRD, Douglas G. **Elements of bankruptcy**. Fourth edition. New York: Foundation Press, 2006.
- BALBINO, Inez. A arbitrabilidade do direito falimentar. In: LEMES, Selma Ferreira (coord.); BALBINO, Inez (coord.) **Arbitragem. Temas contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 199-219.
- BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil, lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, vol. I.
- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 - comenta artigo por artigo**. 7ª ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. 188.148-RS/, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 2001.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. 1.355.831-SP/2012/0174382-7/, Rel. Min. Sidnei Beneti, 2013.
- BUJÁN, Antonio Fernández de. **Jurisdicción y arbitraje en derecho romano**. Madrid: Iustel, 2006.
- CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

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

CASTRO, Eduardo Spínola e. A arbitragem e a nova lei de falências. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (org). **Direito societário e a nova lei de falências e de recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 129-146.

CATRAMBY, Alexandre Espínola. **Das relações entre o tribunal arbitral e o poder judiciário para adoção de medidas cautelares**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012

CHAVES, Luís Cláudio da Silva. **Sentença arbitral: meios de impugnação**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. Teoria Geral do Processo. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Código comercial e legislação complementar anotados**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. vol. 3.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina (coord.); LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (coord.). **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas: Lei nº 11.101/2005, de 09 de fevereiro de 2005**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, J. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. 13ª ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, falência e arbitragem. In: WALD, Arnoldo (cord). **Revista de Arbitragem e Mediação**. Ano 8, n.29 (abr/jun. 2011). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 183-206.

DE LUCCA, Newton (coord.); SIMÃO FILHO, Adalberto (coord.). **Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

FARIA, Luis Cláudio Furtado; COZER, Felipe Rodrigues. Recuperação e falência na arbitragem. In: WALD, Arnoldo (cord). **Revista de arbitragem e mediação**. Ano 8, v.31 (out/dez. 2011). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 249-260.

FÉRES, Marcelo Andrade. Da constitucionalidade dos condicionamentos impostos pela nova lei de falências ao privilégio dos créditos trabalhistas. In: **Revista da AGU**, v. 5, n. 9, p. 111-119, abr. 2006.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 12^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 15^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

FIUZA, César (cord). **Direito processual na história**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FIUZA, César. **Teoria geral da arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FOUCHARD, Philippe. **Arbitrage et faillite**. Revue de l'Arbitrage, n° 3. Paris: Comité Français de l'Arbitrage, 1998, p. 471-494.

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

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Arbitragem nacional e internacional: progressos recentes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GONTIJO, Vinícius José Marques. Efeitos da falência do empregador na ação de execução de crédito trabalhista. Ano: 2007. In: WALD, Arnaldo (org). **Doutrinas essenciais direito empresarial: falimentar e recuperação de empresarial, v. 6**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 895-923.

GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. São Paulo: Atlas, 2009.

GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. **Recuperação judicial de empresas e falência**. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LAZIC, Vesna. **Insolvency proceedings and commercial arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 1998.

LEMES, Selma Ferreira (coord.); CARMONA, Carlos Alberto (coord.); MARTINS, Pedro Batista (coord.). **Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares**. São Paulo: Atlas, 2007.

LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na administração pública – fundamentos jurídicos e eficiência econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LEMES, Selma Ferreira. **Árbitro: princípios da independência e imparcialidade: abordagem no direito internacional, nacional e comparado**. São Paulo: LTr, 2001.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Leandro Rigueira Rennó. **Arbitragem: uma análise da fase pré-arbitral**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. **Arbitragem: aspectos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **Arbitragem e convenção arbitral**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

MANTILLA-SERRANO, Fernando. **International arbitration and insolvency proceedings**. Kluwer Law International, 1995, volume 11 issue 1, p. 51-74.

MARTINS, Pedro A. Batista. **Arbitragem no direito societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MELO, Leonardo de Campos. **Extensão da cláusula compromissória e grupos de sociedades - A prática arbitral da CCI e sua compatibilidade com o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960, 2ª ed., p. 5-32.

MORAES, Felipe Ferreira Machado. A arbitragem como meio de solução de controvérsias nas joint ventures. In: **Revista de Arbitragem – Grupo de Estudos em Arbitragem da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais**. Vol. 1 n. 1 – (junho 2012). Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012. p. 41-56.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo arbitral e sistema**. São Paulo: Atlas, 2012.

PATROCÍNIO, Daniel Moreira do. **Análise econômica da recuperação judicial de empresas: princípios, jogos, falhas e custos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, 1ª ed.

PATROCÍNIO, Daniel Moreira do. **Recuperação de empresas e falência: lei e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, 1ª ed.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. Disposições comuns à recuperação judicial e à falência. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de (coord.); PITOMBO, Antônio Sérgio A. De Moraes (coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 - artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 131-143.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. I.

PERIN JUNIOR, Ecio. **Curso de direito falimentar e recuperação de empresas**. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2006.

PERIN JUNIOR, Ecio. **Preservação da empresa na Lei de Falências**. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da nova lei de falências**. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

PINTO, José Emílio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. In: WALD, Arnoldo, (org). **Revista de arbitragem e mediação**. Ano 2, n.6 (jul/set. 2005). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 25-36.

PINTO, José Emílio Nunes. Arbitragem na recuperação de empresas confidencialidade na arbitragem. In: WALD, Arnoldo, (org). **Revista de arbitragem e mediação**. Ano 2, n.7 (out/dez. 2005). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 79-100.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. São Paulo: Saraiva, 1998, 17^a ed., v.1.

SANTOS, Paulo Penalva (coord.). **A nova lei de falências e de recuperação de empresas: Lei nº 11.101/05**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Decisão Habilitação de Crédito. 583.00.2005.031627/13. Juiz Alexandre Alves Lazzarini. 2007

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Recurso de Agravo. 5310204300, Rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, 2008.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal (due process of law)**. 3^a ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de (coord.); PITOMBO, Antônio Sérgio A. De Moraes (coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 - artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

STONE, Katherine V.W. **Arbitration law**. New York: Foundation Press, 2003.

SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**. São Paulo: Atlas, 2004.

TEPEDINO, Ricardo. Dos efeitos da decretação da falência sobre as obrigações do devedor. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de (coord.); ABRÃO, Carlos Henrique (coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 416-455.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Alguns aspectos processuais da nova lei de falências. In: **Revista Magister de direito empresarial, concorrencial e do consumidor**. v.8 (abr/mai. 2006). Porto Alegre: Magister, 2006. p. 86-103.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 17^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 3.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 49ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1.

TIMM, Luciano Benetti. **Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. Arbitragem e insolvência. ano: 2007. In: WALD, Arnaldo, (org). **Doutrinas essenciais. Direito empresarial: falimentar e recuperação empresarial**. v. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 819-844.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles de (coord.); ABRÃO, Carlos Henrique (coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. Do administrador judicial e do comitê de credores. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de (coord.); ABRÃO, Carlos Henrique (coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 102-140.

VASCONCELOS, Ronaldo. **Direito processual falimentar (de acordo com a lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005)**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Do administrador judicial e do comitê de credores. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de (coord.); PITOMBO, Antônio Sérgio A. De Moraes (coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 - artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 163–185.

VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. **Arbitragem no direito societário**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. O destino da cláusula compromissória após a decretação da falência. In: ZIMMERMANN, Lucia Vidigal (org.); FORTI, Fábio (coord.); NEPOMUCENO, Victor Teixeira (coord.). **Recuperação judicial: da necessidade à oportunidade**. São Paulo: LTr, 2013. p. 341-351.

WALD, Arnaldo. **Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

WALSH, Simon. The effects of insolvency on arbitration proceedings. In: WALD, Arnaldo, (org). **Revista de arbitragem e mediação**. Ano 7, n.25 (abr/jun. 2010). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 177-188.

WARREN, William D.; BUSSEL, Daniel J. **Bankruptcy**. Seventh edition. New York: Foundation Press, 2006.

WHITE, James J.; NIMMER, Raymond T. **Cases and materials on bankruptcy**. Third edition. St. Paul: West Publishing Co., 1996.

ZANINI, Carlos Klein. Da falência. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de (coord.); PITOMBO, Antônio Sérgio A. De Moraes (coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 - artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 337-356.