



ARBITRAGEM NO DIREITO FALIMENTAR

ARBITRATION IN FALIMENTAL LAW

Natiele Henriques Castanheira¹

RESUMO: O presente artigo visa demonstrar a possibilidade jurídica do instituto da arbitragem nos processos falimentares em dois momentos (antes e após a decretação da falência) bem como sua eficácia e validade, tendo em vista nosso costume da qual estamos tradicionalmente inclinados no que se refere à resolução de conflitos perante o poder judiciário.

Palavras-chave: Arbitragem; Direito Falimentar; Possibilidade; Resolução de Conflitos.

ABSTRACT: This article aims to demonstrate the legal possibility of the arbitration institute in bankruptcy proceedings in two moments (before and after the bankruptcy decree) as well as its effectiveness and validity, in view of our customary practice, of which we are traditionally inclined with regard to conflict resolution before the judiciary.

Keywords: Injury, Possible, Possessory actions.

¹ ¹Bacharel em Direito e pós-graduada em Direito Tributário e Empresarial pelo Centro Universitário Unitoledo, naticastanheiraadv@gmail.com; Araçatuba – SP, dezembro de 2017

Artigo submetido em 04/08/20 e aprovado em 06/10/20

INTRODUÇÃO

Algumas sociedades, principalmente as ocidentais como é o caso da brasileira, possuem um comportamento tendencioso de judicialização de seus conflitos, isto é, é de praxe que levemos imbróglis à apreciação do Poder Judiciário. Tal sistemática romano-germânica denominada de “Civil Law” significa que para solucionar um problema rapidamente prefere-se socorrer ao judiciário, por intermédios de normas da qual minuciosamente organizam-se ao invés de adotar uma postura mais mansa e pacífica de conciliação como a que o instituto da arbitragem sugere.

Neste artigo, irá de certa forma em contramão ao que preceitua a Carta Magna ao dispor no inciso XXXV de seu artigo 5º que “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, pois demonstrar-se-á que a prática da arbitragem no direito falimentar e no processo falimentar propriamente dito, pode-se revelar medida mais célere e adequada levando-se em conta o que se conhece por toda a fase morosa de liquidação que o processo de falência costuma ocorrer.

Deste modo, de um lado sabe-se que nenhuma lesão ou ameaça de direito pode ser afastada do Poder Judiciário. Por outro, porém, não deve ser interpretado isso como sendo uma competência exclusiva deste Judiciário que necessita de métodos alternativos de solução de conflitos como a mediação e a arbitragem até mesmo para evitar o abarrotamento de ações judiciais, levando à função jurisdicional apenas o crucial, o complexo.

1. ARBITRAGEM E SEU CONCEITO

Em 1996 fora sancionada Lei da Arbitragem de nº 9.307, que apesar de não fornecer um conceito, já preceitua em seu artigo 1º que “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

A capacidade das partes, pressuposto de direitos e obrigações, no tocante a possibilidade do exercício de seus direitos e atos da vida civil, conforme nos esclarece o Código Civil ao apresentar o rol dos incapazes (artigo 3º).

De outro norteamento quanto a expressão “direitos patrimoniais disponíveis” vale citar o professor Carlos Alberto Carmona:

Diz-se que um direito é disponível quando ele pode ou não ser exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. (...) São arbitráveis, portanto, as causas que tratem de matéria a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem. (CARMONA, 2009)

A Lei 9.307/96 prevê aspectos regulatórios quanto a convenção de arbitragem e seus efeitos (Capítulo II), quem poderão ser árbitros (Capítulo III), do procedimento arbitral propriamente dito (Capítulo IV), dos prazos e da sentença arbitral a ser proferida (Capítulo V) entre outras peculiaridades que a norma estabelece. Todavia, não a conceitua.

Outrossim, referida lei trouxe a independência da qual tanto precisava a arbitragem pois as decisões proferidas pela jurisdição arbitral não mais precisam ser homologadas pelo juiz de direito e no caso de sentenças estrangeiras não mais carece de homologação pelo Judiciário do país onde foi proferida a sentença arbitral.

Outro ponto inovador que trouxe à baila lei arbitral foi o caráter vinculante da cláusula compromissória, a qual possibilita que caso uma das partes queira desrespeitar a convenção arbitral previamente estipulada no contrato, e optar por demandar perante o judiciário, pode a outra parte exigir judicialmente o cumprimento da cláusula compromissória, fazendo com que o litígio seja julgado na esfera arbitral.

Vários diplomas, como por exemplo o Código de Processo Civil, estabelecem a arbitragem como meio alternativo ao judiciário. Com o mesmo texto legal expresso na Constituição de 1988, o Código de Processo Civil em seu artigo 3º reafirma e inclui a arbitragem como método possível à dirigir nossos conflitos (parágrafo 1º), deixando claro ainda que o consensualismo deverá ser praticado e estimulado sempre que possível (parágrafos 2º e 3º). Senão vejamos:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.
§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
§3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Nota-se que a legislação não se preocupou em conceituar o instituto da arbitragem. Todavia, inúmeros doutrinadores se dispuseram e o fizeram, excepcionalmente.

A prática é uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem interferência do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial (CARMONA, 1993, p. 10).

A sentença arbitral, portanto, constitui título executivo extrajudicial como estabelece o artigo 515, inciso VII do Código de Processo Civil e o artigo 31 da Lei da Arbitragem, para todos os seus efeitos dela decorrentes. Carnelutti (1997, p. 37) define o instituto da arbitragem como sendo um equivalente jurisdicional, na medida em que, para ele, parte-se do pressuposto de que a jurisdição é monopólio estatal, reconhecendo-se ao juízo arbitral apenas semelhança com o método exercido pelo Estado para solução de litígios.

No mais, pode-se conceituar a primorosa arbitragem como sendo um processo no qual as partes, por meio de pacto privado, delegam a um árbitro, que nem mesmo precisa ser bacharel em Direito, bastando, apenas, que seja pessoa capaz, o poder de decidir a lide, dentro dos limites estabelecidos previamente na convenção, desde que verse sobre direitos disponíveis, sem a intervenção do Poder Judiciário, produzindo, a sentença arbitral, os mesmos efeitos da sentença judicial (BERALDO, 2014, p. 2-3).

Em poucas palavras, trata-se de um meio alternativo de jurisdição privado ou ainda meio extrajudicial de conflitos, onde as próprias partes escolhem um ou alguns “juízes particulares” que podem ser constituídos exclusivamente para resolver determinada controvérsia (arbitragem ad hoc) ou pode ser tal órgão pré-constituído (arbitragem institucional).

2 VANTAGENS E DESVANTAGENS DA ARBITRAGEM

Há diversos fatores que levam a crer que optar pela arbitragem, quando possível for, é uma estimável escolha, ainda mais nos dias de hoje em que juristas e demais usuários

da justiça deparam com um sistema que está devastado por enxurradas de ações a serem analisadas e movimentadas.

A operação excessiva da máquina estatal gera danos ao Estado, principalmente quanto aos gastos que o mesmo tem para manter seu quadro pessoal que trabalham e exercem funções para o poder judiciário.

Segundo o “Justiça em Números” publicado pelo Conselho Nacional de Justiça CNJ (2019, p.72):

O quadro de pessoal é apresentado considerando três categorias: a) magistrados, que abrange os juízes, os desembargadores e os ministros; b) servidores, incluindo o quadro efetivo, os requisitados e os cedidos de outros órgãos pertencentes ou não à estrutura do Poder Judiciário, além dos comissionados sem vínculo efetivo, excluindo-se os servidores do quadro efetivo que estão requisitados ou cedidos para outros órgãos; e c) trabalhadores auxiliares, compreendendo os terceirizados, os estagiários, os juízes leigos, os conciliadores e os colaboradores voluntários. Em 2018, o Poder Judiciário contava com um total de 450.175 pessoas em sua força de trabalho, sendo 18.141 magistrados (4%), 272.138 servidores (60,5%), 73.926 terceirizados (16,4%), 64.609 estagiários (14,4%) e 21.361 conciliadores, juízes leigos e voluntários (4,75%). Dentre os servidores, 79,7% estão lotados na área judiciária e 20,3% atuam na área administrativa.

O custo pelo serviço da Justiça no ano de 2017 foi de R\$ 411,73 (quatrocentos e onze reais e setenta e três centavos) por habitante (CNJ/Justiça em Números, 2017, p.53).

Além do alto custo para o Estado, os usuários do sistema jurisdicional encontram outro problema, a morosidade na obtenção dos direitos pretendidos, e no caso do processo falimentar a demora tende a ser maior.

Verificou-se a média de tempo gasto na consecução de um processo, no país, é de aproximadamente 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses, sendo 1 (um) ano e 4 (quatro) meses gastos na fase de conhecimento e 3 (três) vezes mais desse tempo na fase de execução, ou seja, 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses (CNJ/Justiça em Números, 2017, p.133).

Soma-se ainda o fato de que os falidos de má-fé são os maiores beneficiados dessa demora na resolução judicial das lesões que eles mesmo causaram, visto que lhes permite uma folga temporal confortável (BUNN; ZANON JR.,2016, p. 253-254).

Sob a ótica do ponto de vista econômico e processo falimentar por ser demasiadamente vagaroso tende a ser óbice aos recebimentos dos créditos e

consequentemente ao giro da economia e causa de perpetuação do funcionamento de empresas inadimplentes (ARAÚJO; LUNDBERG, 2005, p. 331).

Em contrapartida, a celeridade é uma vantagem essencial, pois, via de regra, os processos julgados por arbitragem são infinitamente mais rápidos que os julgados pelo Judiciário (BERALDO, 2014, p.134).

A sentença arbitral caso seja proferida fora do prazo, que é de 6 (seis) meses prorrogáveis (artigo 23, caput), pode ensejar causa de nulidade conforme expressa o artigo 32, inciso VII, ambos artigos da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), sempre levando-se em consideração a complexidade do caso concreto.

Outra vantagem em optar pela arbitragem é a não exposição, a confidencialidade, o sigilo, características que apesar de não estarem extrinsecamente previstas na Lei, podem ser pactuadas entre as partes que estão em ajuste, bem como ser compreendidas pela discricção que deve basear-se a conduta do árbitro, conforme artigo 13, § 6º da Lei da Arbitragem, à seguir:

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

[...]

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

Outro proveito da arbitragem é a livre escolha do árbitro que inclusive pode ser profissional técnico capacidade à demanda, pessoa idônea que possui conhecimento técnico específico sobre o objeto da lide.

No mais, se verificará a disponibilidade do árbitro e de certa forma a arbitragem fará com o que o árbitro disponibilize mais tempo as particularidades do litígio, não incorrendo a erros crassos como são vistos no Poder Judiciário vindo de julgadores e demais serventuários da justiça.

Não obstante, a arbitragem também possibilita que as partes escolham livremente qual legislação será aplicada para dirimir o conflito, bem como as regras do procedimento que servirão de base de pactuação.

Ademais, as partes tendem a ficar mais satisfeitas com uma sentença arbitral, mesmo que desfavorável a sua pretensão pois a mesma foi proferida pelo julgador que as próprias partes escolheram, ou seja, é mais suscetível a aceitação da sentença quando se confia no árbitro, principalmente sob a especialidade do caso, domínio do tema, entendimento sob a modalidade da lide, por exemplo, um árbitro especializado.

Há de considerar que a Arbitragem possua algumas controvérsias e negativas ao seu uso, à sua adoção como procedimento. A informalidade dos procedimentos que pode acabar ocasionando a produção de falsas provas e, conseqüentemente, acabar por provocar dificuldades ao acompanhamento do processo, principalmente se o árbitro não for advogado é uma das grandes críticas da doutrina sobre o instituto.

Outrossim, o processo todo da arbitragem pode ser seriamente comprometido se o árbitro não possuir os conhecimentos técnicos adequados para decidir a controvérsia dentro das regras legais, a contrassenso do que fora mencionado como a vantagem de se ter um árbitro especialista, ou seja, deve-se saber a quem está delegando essa função jurisdicional.

Por fim, a possibilidade de a jurisdição arbitral versar apenas sobre os direitos patrimoniais disponíveis das partes, pode ser considerado por alguns como desvantagem de sua utilização, ou seja, limitante a alguns casos.

Abre-se um parêntese para, contrariando o referido autor, refletir que antes de ser uma desvantagem, nota-se tratar-se na verdade de segurança jurídica pois se a lei da arbitragem permitisse versar sobre direitos patrimoniais indisponíveis haveria sempre embates constitucionais.

Outras desvantagens pertinentes podem ser consideradas como a falta de poder de coação; a arbitragem ainda depende do Judiciário para, no curso do processo arbitral, promover diligências que necessitam de coação para serem efetivadas, conforme previsto no artigo 22, parágrafo 2º, da Lei nº 9.307/96:

Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

§ 2º Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de arbitragem.

Ademais, caso a parte não cumpra a sentença arbitral, será necessário que a outra parte recorra ao Judiciário para dar efetividade à decisão; Risco de anulação por parte do Poder judiciário: caso o procedimento arbitral não cumpra as regras e os princípios estabelecidos pela Lei nº 9.307/96, há possibilidade de anulação da arbitragem, em conformidade com o estabelecido nos artigos 32 e 33 da Lei de Arbitragem:

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

- I - For nula a convenção de arbitragem;
- II - Emanou de quem não podia ser árbitro;
- III - Não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;
- IV - For proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;
- V - Não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;
- VI - Comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;
- VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei;
- VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

Art.33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

Sendo assim, a jurisprudência refuta-se no sentido de que não é possível o Poder Judiciário fazer qualquer análise quanto ao mérito constante da sentença arbitral, todavia, eventuais nulidades podem ser decretadas quando da análise do procedimento arbitral, mediante as possibilidades do artigo acima.

3 O PROCESSO FALIMENTAR E A LEI 11.101/2005

O termo “falimentar” nos remete à falência e pensar neste instituto remete à ideia de uma empresa que já não possui mais condições de se gerir sozinha, que deixou credores à espreita de recebimentos e pretende esvair-se. Esse modo de pensar tornou-se comum, todavia é preciso entender o que exatamente significa o processo falimentar e para que ele serve.

Categoricamente falando, a falência de uma empresa além de ser meio apto no controle da insolvência, serve inclusive como meio de preservação da empresa. Segundo Álvares (1979, p. 27), quando se diz que a lei falimentar deve assegurar o crédito, não deve

ser subentendido apenas ao crédito individual dos credores contra o devedor e sim ao que se conhece por crédito de interesse público, eliminando qualquer risco que possa colocar essa pessoa jurídica em crise, mantendo-se ativa.

Por outro lado, Perin Jr. (2006, p. 197) adverte que, o objetivo da inclusão do crédito fiscal na relação de credores e no quadro geral é, antes de tudo, dar aos demais credores conhecimento mais detalhado do passivo do falido.

Neste passo, advindo da lei 11.101/2005, precursora moderna do direito falimentar atual brasileiro, a referida lei propaga três modalidades de salvação empresarial eivados na resguarda de direitos dos credores e compromissos da empresa, sendo a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a popular falência.

A depender de cada caso, poderão apresentar possibilidades distintas de arbitrar perante o grau em que esteja o processo falimentar, seja antes ou após a decretação de falência. O caso mais compatível seja a modalidade extrajudicial, a qual se quer contém exigências judiciais em seu tramite, salvo a homologação judicial, a qual poderá ser confeccionada em juízo arbitral.

Contudo, todas as outras possibilitam modalidades destacadas da extrajudicial, a qual serão destacadas a seguir. Ao que entende por fundamental sobre a lei em comento, somente conceituar as possibilidades instrumentais da falência, para compreender a aplicabilidade de cada uma delas.

Assim sendo, o artigo 47 da referida lei destaca o objetivo da recuperação judicial, e o seguinte seus requisitos para requerê-lo, in verbis:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

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

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

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

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

Neste segmento, a modalidade de recuperação em plano extrajudicial segue a mesma finalidade, o mesmo intento, alterando-se tão somente pela via procedimental, a qual ocorre por meios privados, compactuados pelas partes e neste caso pela arbitragem.

Já a conceituação de falência, encontrada sinteticamente no artigo 75 da mesma lei 11.101/2005 explica que “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” e esse afastamento é obrigatório e forçado, com o intuito de punir o empresário pela incapaz execução do plano de recuperação ou por sua mera inviabilidade de requisitos.

“Quando não é possível ou não é viável a recuperação, deve-se proceder à liquidação forçada do patrimônio do devedor, para reduzir ou evitar novos prejuízos decorrentes do exercício da atividade por aquele devedor”. (PIMENTA, 2015, p. 18)

Visto tais divisões conceituais, plausível adentrar na discussão sobre as possibilidades de utilizar a arbitragem dentro do procedimento falimentar, visto a sua principal regulação e divisão de planos de recuperação e falência pela lei em comento.

4 FORMAS DE COMPATIBILIZAR A ARBITRAGEM AO PROCESSO FALIMENTAR

Mais incisivo nessa possibilidade perante a relação arbitragem e lei falimentar, o instituto do plano de recuperação extrajudicial, precisamente previsto no artigo 161 e seguintes, o qual em primeira análise, entende como o mais próximo e próprio para o uso da arbitragem, haja vista a particular decisão antecessora de qualquer acionamento judicial, o que se comporta como ideal para a utilização da arbitragem.

Como mencionado, a forma mais compatível e visível para a utilização da arbitragem seja na modalidade extrajudicial do plano de recuperação. Essa modalidade encontra-se no artigo 161 e seguintes. Assim como todas as outras, possui peculiaridades próprias as quais devam ser atendidas pelas partes – neste caso em procedimento arbitral – a fim de serem consideradas válidas legalmente em plano da legalidade falimentar.

A primeira peculiaridade do plano extrajudicial é cumprir os requisitos do artigo 48 de sua própria lei, ou seja, os mesmos requisitos citados acima expostos para a modalidade judicial, as quais passarão pelo crivo do arbitro, neste caso. O mesmo artigo 161 que determina a exigência dos mesmos requisitos abre pressupostos de negação quanto ao uso dessa modalidade, o que em regra também acaba o limitando em sede arbitral, especificamente porque apesar de se tratar de discussões patrimoniais, precisam da tutela judicial por força de lei, a saber:

§ 1º Não se aplica o disposto neste Capítulo a titulares de créditos de natureza tributária, derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho, assim como àqueles previstos nos arts. 49, § 3º, e 86, inciso II do **caput**, desta Lei.

§ 2º O plano não poderá contemplar o pagamento antecipado de dívidas nem tratamento desfavorável aos credores que a ele não estejam sujeitos.

§ 3º O devedor não poderá requerer a homologação de plano extrajudicial, se estiver pendente pedido de recuperação judicial ou se houver obtido recuperação judicial ou homologação de outro plano de recuperação extrajudicial há menos de 2 (dois) anos.

§ 4º O pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial não acarretará suspensão de direitos, ações ou execuções, nem a impossibilidade do pedido de decretação de falência pelos credores não sujeitos ao plano de recuperação extrajudicial.

Portanto, sintetizando, créditos de natureza tributária, verbas rescisórias trabalhistas e afins, obediência à ordem preferencial e a não reincidência de planos de recuperação frustrados são arestas que precisam ser respeitadas na escolha da modalidade extrajudicial, e conseqüente consonância com a arbitragem.

Outros detalhes oriundos a essa modalidade é que, após a homologação judicial do referido plano, a arbitragem poderá ocorrer, já que exposto o plano e posto em execução, os moldes negociais poderão ser expostos livremente entre as partes e acompanhadas pelo arbitro e mais, ser objeto até de simples mediação com um intermediador, similar ao formato arbitral. (FLIZIKOWSKI; CUMIN; MARCON, 2014)

Ademais, como ênfase de que a recuperação extrajudicial é compatível com a arbitragem, a própria legislação falimentar tratou de abrir precedente legal quando em seu artigo final sobre o capítulo do plano extrajudicial expressou que “O disposto neste Capítulo não implica impossibilidade de realização de outras modalidades de acordo privado entre o devedor e seus credores”, (Art. 167) ou seja, o acordo privado pode ser uma mediação ou a própria arbitragem.

Embora a mais presente modalidade seja essa extrajudicial, há quem propague que a arbitragem é compatível em planos de recuperação judicial e até mesmo em já em estado de falência.

Luís Cláudio Furtado e Felipe Rodrigues Cozer (2011, p. 250 apud PIMENTA, 2015, p. 42) são autores que mencionam possibilidades sobre a compatibilização dos dois instrumentos, arbitragem e processo falimentar. Os referidos autores listam tais possibilidades, quais sendo:

- 1) a instauração de uma recuperação judicial de forma incidental a uma arbitragem em curso. Trata-se do caso em que uma ou ambas empresas envolvidas em uma arbitragem inicia um processo de recuperação judicial, fazendo-se necessário decidir sobre o prosseguimento ou não da arbitragem;
- 2) a ideia de casos em que um novo procedimento arbitral se instaura após o deferimento do processamento da recuperação judicial – deferimento do processamento da recuperação;
- 3) a possibilidade ou não de se utilizar a arbitragem para dirimir conflitos surgidos no âmbito de um processo de recuperação judicial. Trata-se de identificar se a arbitragem poderia ser utilizada como forma de solução dos litígios entre os credores da sociedade em recuperação judicial ou entre esta última e os seus credores regularmente habilitados. (2011, p. 250 apud PIMENTA, 2015, p. 42-43)

Ou seja, são situações pontuais onde, havendo a consonância legal de direitos possíveis de serem tratados em arbitragem, podem ser levados à câmara arbitral. Seja de forma prévia, ou incidental a procedimento falimentar existente, a arbitragem pode ser escolhida pelas partes.

Sâmia Monteiro (2019) subdivide a arbitragem igualmente no mesmo sentido do exposto anteriormente, com a ressalva de incluir também em fase de falência decretada. A autora destaca suas três possibilidades em procedimento arbitral antes da decretação da falência, posterior à decretação de falência, e ainda aquela convenção instituída antes da falência e levada à frente ainda com a decretação desta, levando-se em consideração principalmente a regra dos direitos patrimoniais em que se inserem, excluindo as exceções trazidas pela lei falimentar no caso dos planos extrajudiciais.

Sobre o caso do procedimento antes da decretação da falência aduz Sâmia Monteiro (2019 apud BERALDO, 2014, p. 127-128) que a Lei de Falência em seu artigo 6º, §1º exclui da suspensão de outros processos, as demandas quem possuam quantia ilíquida e por sua vez, essas poderiam seguir a fim de se realizarem de uma forma em que a resolução

não implique no aumento da massa falida. Os respectivos autores exemplificam tal situação com o caso de um contrato de construção de edifício, onde estará a cargo do administrador judicial, acompanhar o cumprimento deste contrato, mencionando jurisprudência acostada ao caso, a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FALÊNCIA. IMPUGNAÇÃO JUDICIAL OBJETIVANDO HABILITAÇÃO DE CRÉDITO FUNDAMENTADO EM SENTENÇA ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA PACTUADA EM CONTRATO DE CONSTRUÇÃO DE EDIFÍCIO FIRMADO ENTRE AS PARTES. Inadimplemento contratual gerador de resolução do contrato e formulação de demanda perante a Câmara de Arbitragem. Posterior decretação da falência da demandada. Intervenção do Administrador Judicial da Massa Falida no procedimento arbitral, com alegação de incompetência do Juízo Arbitral, em face da falta de capacidade processual da falida e indisponibilidade dos bens da devedora, com base no artigo 25, da Lei nº 9.307/96, sustentando dever a demanda ser atraída para o Juízo Universal da Falência. Prosseguimento da demanda arbitral com condenação da devedora na indenização fixada pela Câmara de Arbitragem. Inaplicabilidade do artigo 6o, § 1º, da Lei nº 11.101/2005, eis que, versando a demanda sobre quantia líquida, o processo não é suspenso em virtude da falência da devedora, inexistindo a "vis attractiva" do art. 76, "caput", devendo o procedimento arbitral prosseguir com o administrador judicial que representará a massa falida, sob pena de nulidade. Inaplicabilidade do artigo 117 à convenção de arbitragem. Inexistência de previsão legal de intervenção do Ministério Público nas demandas arbitrais em que a massa falida seja parte, especialmente sob a óptica do veto ao artigo 4o, da Lei nº 11.101/2005, que não manteve norma similar ao artigo 210 do Decreto-lei nº 7.661/45. Legitimidade da inclusão do crédito reconhecido no Tribunal Arbitral no Quadro-Geral de Credores da falida, pelo valor determinado no juízo arbitral, limitada a atualização monetária e os juros até a data do decreto da quebra, a teor dos artigos 9o, inciso II e 124, ambos, da Lei nº 11.101/2005. Agravo parcialmente provido para ser deferida a impugnação e habilitação do crédito da agravante, observados os limites acima estabelecidos.

No ensejo do tema, sobre a posterior utilização da decretação da falência, embora estranha, Beraldo (2014 apud MONTEIRO, 2019) entende que embora remota e exclusiva a poucas situações, não há óbice direto da lei para seu uso. Inclusive não há comentários exclusivos no artigo 129 da Lei 11.101/2005 sobre situações onde se tornam ineficazes pagamentos ou constituições de direitos reais, já que a arbitragem não se prende a somente tais situações.

Outrossim, os esforços do administrador em buscar meios para o cumprimento das obrigações da massa falida pode sim adentrar ao uso ou à manutenção de contratos de arbitragem que possam ser findados com a satisfação das partes como melhor solução para o negócio jurídico, como suscita o artigo 22 da lei falimentar quando municia o

administrador a buscar todas as maneiras eficientes para o cumprimento da lei e das obrigações da massa falida.

Como último argumento que fomenta essa compatibilização e fundamenta-se pelos mesmos preceitos apresentados acima, o Enunciado n° 75 da 2° Jornada de Direito Comercial apresentou posicionamento e justificativa em favor do uso da arbitragem em fase falimentar, seja antes ou depois, excluídas das situações excetuadas à lei, em detalhes:

Enunciado n° 75: Havendo convenção de arbitragem, caso uma das partes tenha a falência decretada: (i) eventual procedimento arbitral já em curso não se suspende e novo procedimento arbitral pode ser iniciado, aplicando-se, em ambos os casos, a regra do art. 6º, § 1º, da Lei n. 11.101/2005; e (ii) o administrador judicial não pode recusar a eficácia da cláusula compromissória, dada a autonomia desta em relação ao contrato.

Justificativa: Nos termos do art. 6º, § 1º, da Lei n. 11.101/2005, as ações que demandam quantia ilíquida não se suspendem em razão da decretação da falência nem são atraídas para o juízo universal falimentar, continuando a tramitar normalmente no juízo competente até a eventual definição de crédito líquido, o qual será incluído no quadro geral de credores, na classe correspondente. Da mesma forma, ações que demandam quantia ilíquida podem ser ajuizadas normalmente após a decretação da quebra, aplicando-se a mesma regra. O art. 117 da Lei n. 11.101/2005 permite que o administrador judicial decida se cumpre ou não os contratos bilaterais do falido que ainda estiverem em curso, observado o princípio da maximização do ativo do devedor e ouvido o comitê de credores. Ocorre que a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato no qual está prevista, sendo um ato jurídico perfeito e acabado, de modo que a regra em questão não se aplica a ela. Assim, o administrador judicial não pode recusar cumprimento a ela nem precisa de autorização do comitê (ou do juiz) para dar início a procedimento arbitral dela decorrente.

Desta forma, cabível entender que, embora haja reais chances de a arbitragem não ser comumente acionada no âmbito do direito falimentar, pois ensejam situações de sofrimento empresarial avançado onde os compromissos são cumpridos ou não, com bastante dificuldade, há de difundir que essa possibilidade é possível, cabível e legal frente às leis de falência e do direito arbitral.

CONCLUSÃO

Diante do apresentado foi possível compreender o alcance e a legalidade do uso da arbitragem em conjunto com a lei 11.101/2005, a lei que regulamenta os procedimentos falimentares.

Através da lei falimentar foi possível conhecer e entender o plano de recuperação extrajudicial como medida mais adequada para esse instrumento de conciliação, isto é, o que mais se aproxima e se assemelha, porque destacado da atuação judicial, sendo precisamente focado em deixar a decisão na seara privada, particular, seja computado a um árbitro ou seja às próprias partes.

Não obstante, foi possível compreender que embora incomum, nada impede a utilização da arbitragem também em status de falência, seja antes em mero plano de recuperação judicial ou seja em falência decretada. O que deve ser observado, contudo, são os requisitos legais impostos para a combinação destes quais sejam direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, excluindo-se direitos trabalhistas, débitos tributários, etc., assim como a consonância com a manutenção dessa arbitragem em status de falência da concordância do administrador como sendo algo ilíquido pactuado entre credor e devedor via arbitragem.

Corroborado com o entendimento doutrinário mostrado pelo enunciado, bem como a Jurisprudência fortalecendo as condições, é portanto, o uso da arbitragem dentro das possibilidades falimentares, o que é benéfico para o direito processual, como sendo mais um mecanismo desburocratizante dos processos judiciais falimentares que usualmente perduram por anos e anos no Judiciário, e que podem ser facilitados pelos métodos de resolução de conflitos já por anos existente no cenário jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS

ÁLVARES, Wálter Tolentino. Curso de Direito Falimentar. São Paulo: Sugestões Literárias, 1979.

ARAÚJO, Aloísio; LUNDBERG, Eduardo. A Nova Legislação de Falências: Uma Avaliação Econômica. In: Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

BERALDO, Leonardo de Faria. Curso de Arbitragem nos termos da Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2014.

BUNN, Maximiliano Losso; ZANON JR., Orlando Luiz. Apontamentos Preliminares Sobre o Uso Predatório da Jurisdição. In: Revista Direito e Liberdade. Natal: Brag, 2016.

BRASIL. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm >. Acesso em: 06/04/2020.

BRASIL. Lei nº.9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm >. Acesso em: 06/04/2020.

BRASIL. Lei nº. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm >. Acesso em: 06/04/2020.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Lei de Falências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm >. Acesso em: 06/07/2020.

CARMONA, Carlos Alberto. “Arbitragem e Processo – Um comentário à Lei nº. 9.307/96”. 3ª Edição. Editora: Atlas, p. 38, ano 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. A Arbitragem no Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del Processo Civil. volume 1. Buenos Aires: El Foro, 1997.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Justiça em Números. 2017. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/> >. Acesso em 06/04/2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Justiça em Números. 2019. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/> >. Acesso em: 06/04/2020.

FLIZIKOWSKI, Fabiane Bonafini Zanatta; CUMIN, Vera Lúcia e MARCON, João Paulo Falavinha. Arbitragem no Direito Falimentar. ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR - Brasil. Ano VI, nº 12, jul-dez/2014

MONTEIRO, Sâmia Roriz. A possibilidade jurídica da arbitragem no processo falimentar. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/73043/a-possibilidade-juridica-da-arbitragem-no-processo-falimentar/4> >. Acesso em: 16/07/2020.

PERIN JR., Ecio. Curso de Direito Falimentar e Recuperação de Empresas. 3ª edição. São Paulo: Método, 2006.

PIMENTA, Alessandra Gonçalves Pinheiro. A aplicabilidade da arbitragem nos procedimentos de recuperação e falência das empresas. 2015. 69 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação), Centro Universitário de Brasília – UNICEUB, Brasília, DF.