

**ANÁLISE PRÁTICA
DAS CÂMARAS ARBITRAIS
E DA ARBITRAGEM
NO BRASIL**

ORGANIZADORES

Ronaldo Vasconcelos

Fernando Maluf

Giovani Ravagnani Santos

Daniel Tavela Luís



**EDITORA
IASP**

Dados para Catalogação

VASCONCELOS, Ronaldo et al. (Coord.)

Análise prática das câmaras arbitrais e da arbitragem no Brasil /
coordenação de Ronaldo Vasconcelos, Fernando Maluf, Giovani Ravagnani Santos
e Daniel Tavela Luís. São Paulo: Editora Iasp, 2019. 582p.

16 x 23cm

ISBN 978-85-69419-46-4

1. Arbitragem - Brasil I. MALUF, Fernando. II. SANTOS, Giovani
Ravagnani. III. LUIS, Daniel Tavela. IV. Título

CDDoris 341.16(81)

Cutter V331a

Karina Borsari

CRB-8/4951

ARBITRAGEM E INSOLVÊNCIA

Ronaldo Vasconcelos¹

César Augusto Martins Carnaúba²

Sumário: 1. Introdução; 2. Arbitrabilidade subjetiva; 3. Arbitrabilidade objetiva; 4. Condições de adequação da via arbitral; 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A Lei de Recuperação de empresas e Falência (LRF, Lei nº 11.101/2005) quebrou com a sistemática anterior e inseriu, no contexto brasileiro, um direito das empresas em crise em que a preocupação maior não é a extinção da sociedade empresária sem condições de arcar com dispendiosas suas dívidas. Ao contrário: busca-se um cenário jurídico voltado à superação da crise, com a consequente manutenção da fonte produtora – e sem esquecer da satisfação dos credores.³

Nessa quadra, é inevitável abordar as imbricações entre a LRF e a arbitragem (LArb, Lei nº 9.307/1996), mecanismos de crescente expansão no cenário brasileiro e voltado, por sua vez, a proporcionar uma alternativa à jurisdição estatal com vista à resolução mais adequada do litígio sob exame.

1. Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre e Doutor em Direito Processual pela Universidade de São Paulo – USP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Brasileiro - IBDP. Advogado em São Paulo.

2. Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado em São Paulo.

3. SACRAMONE, Marcelo Barbosa. A (in)eficiência da recuperação judicial. *Migalhas*, 20 nov. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/InsolvenciaemFoco/121,MI291316,41046-A+ineficiencia+da+recuperacao+judicial>>, acesso em 28 fev. 2019.

A recuperação, enquanto instrumento que visa à reestruturação econômico-financeira da empresa em crise, possui objetivos que extrapolam a simples viabilidade econômica do plano e da recuperanda.

Para entender em que medida a recuperação extrapola os objetivos de viabilidade do plano e da recuperanda, imperioso averiguar o teor do artigo 47, cujo conteúdo jurídico demanda análise detida e profunda para compreensão do espírito da Lei de Recuperação e Falências, haja vista fixar diretrizes que norteiam as medidas a serem tomadas no decorrer da recuperação.

Tal dispositivo, além de prever a meta de viabilizar a superação da crise econômico-financeira do devedor, também fixa os seguintes paradigmas: (i) permitir a manutenção da fonte produtora, (ii) do emprego dos trabalhadores e (iii) dos interesses dos credores; (iv) promover a preservação da empresa, (v) sua função social, e (vi) estimular a atividade econômica.⁴

Já na seara falimentar, em que pese o dever de atendimento às pretensões dos credores, há que se compatibilizar os objetivos do processo concursal com imperativos de matriz constitucional, como a proteção à dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º), os direitos sociais (art. 6º), dos trabalhadores (art. 7º) e da livre iniciativa (art. 170). Em razão desses nortes constitucionais interpretativos é que se mostra necessário

[...] afastar uma prejudicial visão eminentemente processualista da lei falimentar e centrada no binômio devedor-credores, uma vez que não corresponde à demanda da sociedade brasileira contemporânea, qual seja: um processo concursal voltado a resultados práticos de preservação das unidades produtivas, salvaguarda dos direitos dos credores e eficiente.⁵

4. VASCONCELOS, Ronaldo. Convenções processuais e a recuperação judicial: a busca por um processo estrutural recuperacional, *in* WAISBERG, Ivo; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende (coord.). *Temas de direito da insolvência: estudos em homenagem ao Professor Manoel Justino Bezerra Filho*. São Paulo: IASP, 2017, p. 989-1017, p. 1004.

5. VASCONCELOS, Ronaldo. *Direito processual falimentar*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 110.

Fato é, então, que o direito da insolvência exige uma intensa cooperação entre credores e devedor, seja para a superação do estado de crise da empresa (na recuperação), seja na sua extinção com a consequente satisfação dos créditos e manutenção das unidades produtivas da melhor forma possível (na falência). Essa cooperação exige, por conseguinte, um procedimento adequado à sua concretização, inclusive (se for o caso) fazendo uso de meios autocompositivos (principalmente a conciliação, a mediação e a negociação).⁶ Desse cenário desponta a importância da arbitragem que, conquanto heterocompositiva, se ajusta perfeitamente aos objetivos perseguidos pela legislação falimentar e recuperacional.

A uma, por certo, a via arbitral se mostra interessante em razão da especialização técnica dos julgadores da demanda, certamente necessária na seara da insolvência.⁷ A duas, a flexibilidade do procedimento arbitral advoga a favor

6. *"A ideia da introdução do instituto da mediação na recuperação judicial surgiu a partir da análise empírica do dia a dia forense na qualidade de advogado de empresas em recuperação judicial ou credores, bem como no desempenho do munus de administrador judicial. No entanto, o passo preponderante para a tomada de posição definitiva a respeito foi adotado por ocasião da 19ª Reunião de Debates do Instituto Brasileiro de Estudo de Recuperação de Empresas – IBR realizada em fevereiro de 2011 e com relatoria do Professor Francisco Satiro de Souza Júnior. A partir dessas considerações, não restam dúvidas que além da ativa condução do processo pelo juiz, a grande ferramenta que possibilitaria a implantação de um efetivo diálogo entre os sujeitos do processo (norteados pelo princípio do contraditório) dar-se-ia por meio da estruturação de mecanismos auxiliares de composição dos litígios, com significativa maximização do prazo necessário à solução do conflito (princípio da duração razoável do processo), grande estímulo da participação de todos os sujeitos do processo (princípio do contraditório) e à promoção da pacificação como escopo social do processo"* (VASCÓNCELOS, Ronaldo. A mediação na recuperação judicial: compatibilidade entre as Leis nn. 11.101/05, 13.105/15 e 13.140/15, in CERÉZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). *Dez anos da Lei nº 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 451-467, p. 457-458).

7. *"Em realidade, a atuação da arbitragem (assim como as outras formas de solução de conflitos), muito mais do que representar uma forma de aliviar a carga de trabalho do juiz, serve como efetivo e prioritário instrumento de pacificação colocado à disposição da sociedade, diante da sua aptidão em aliar a atuação de princípios éticos com a especialização do ramo de atividade onde tenha surgido a controvérsia. Obviamente, diante da especialidade do tema relacionada à crise da empresa, nada mais natural do que a sua ampla utilização na recuperação judicial"* (VASCÓNCELOS, Ronaldo. *Princípios processuais da recuperação judicial*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2012, 222 p., p. 81-82). Vale anotar, contudo, que esta vantagem específica da arbitragem resta um tanto atenuada quando comparada com o Judiciário de grandes centros urbanos. O Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, possui duas varas especializadas em recuperações judiciais e falência; no segundo grau, ele conta com duas câmaras reservadas de direito empresarial. Os magistrados que aí atuam certamente possuem

dos objetivos buscados pela LRF, como a celeridade e a eficiência processuais e o atendimento às peculiaridades da economia nacional, onde também se insere a preocupação com a preservação e a função social da empresa.⁸ A três, a confidencialidade da arbitragem facilita a mencionada cooperação entre as partes, ao levar em consideração (i) as emoções e pretensões das partes em conflito, (ii) as dificuldades de comunicação existentes e (iii) a necessidade de equilíbrio e respeito entre os interlocutores.⁹

É dizer: ao menos nessa primeira abordagem, é válido inferir que os objetivos da arbitragem e do direito das empresas em crise são, se não complementares, ao menos compatíveis entre si. Temas como a celeridade processual são comuns a esses dois mundos e, principalmente, em qualquer caso se busca a construção de um procedimento adequado como forma de acesso à ordem jurídica justa.

O que impende ser estudado – e, uma vez verificada sua possibilidade, encorajado – é o uso da arbitragem para a resolução de questões incidentais à falência e à recuperação judicial. Habilitação de crédito, impugnação ao valor do crédito e ação revocatória são apenas alguns exemplos de demandas recorrentes nesse âmbito – que, se puderem ser resolvidas pela via arbitral, logram uma alternativa à jurisdição estatal para a consecução do processo mais adequado à resolução do litígio.

a *expertise* necessária para a adequada apreensão da situação de direito material deduzida em juízo. Contudo, esse cenário é excepcional no Judiciário brasileiro, tanto considerando Tribunais de Justiça menores, quanto comarcas paulistas mais afastadas da capital – donde permanece a importância de se impulsionar o uso da arbitragem nos conflitos relacionados à insolvência.

8. MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO aponta a “*existência de respeitável corrente de pensamento que, em resumo, poder-se-ia definir como centralizada na preocupação de possibilitar a recuperação da sociedade empresária, de tal forma que, havendo sinais de que determinada empresa não estaria caminhando da melhor forma, propiciasse a Lei um modo de intervenção que, logo aos primeiros sinais de crise, aplicasse remédios que pudessem evitar o agravamento da situação. Dessa forma, seria possível tentar sanear sua situação econômica, preservando-se a empresa como organismo vivo, com o que se preservaria a produção, mantendo-se os empregos e, com o giro empresarial voltando à normalidade, propiciando-se o pagamento de todos os credores*” (*Lei de recuperação de empresas e falência: lei nº 11.101/2005 comentada artigo por artigo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 64-65).

9. VASCONCELOS, Ronaldo. *A mediação*, p. 462.

Não se trata, todavia, de verificar a possibilidade de o processamento integral da recuperação judicial ou da falência ocorrer perante o juízo arbitral. Não se cogita essa hipótese porque “compete exclusivamente à justiça estatal processar os pedidos de recuperação judicial e falência, não havendo lugar para a arbitragem como instrumento de processamento da recuperação judicial em si”.¹⁰ O que se passa a examinar é a possibilidade de algumas questões incidentais do processo falimentar ou recuperacional, e apenas elas, serem solucionadas por meio da arbitragem.

Os itens 2 e 3 do presente trabalho ocupar-se-ão, respectivamente, da arbitrabilidade subjetiva e objetiva dessas questões incidentais à crise da empresa. Trata-se de estudar, aqui, as matérias passíveis de resolução por meio da arbitragem.

O item 4, ultrapassado o exame de admissibilidade da via arbitral, analisa as especificidades do direito da insolvência e os limites que ele imporá à arbitragem, sem os quais ela poderá desvirtuar o bom andamento do processo falimentar ou recuperacional.

O item 5 aponta, de forma ilustrativa, algumas maneiras de controlar a observância desses limites e vetores interpretativos durante (ou mesmo antes e após) o procedimento arbitral e, sendo o caso, impugnar o ato praticado em contrariedade aos limites mencionados.

2. ARBITRABILIDADE SUBJETIVA

Determina o art. 1º LArb que “[a]s pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem” – equipara-se, portanto, a capacidade de fazer uso da via arbitral à capacidade civil. Assim é que as partes devem ser capazes, “pois a arbitragem trata-se de um contrato entre os postulantes, partes no negócio subjacente e os árbitros, contrato este cuja causa é a prestação de uma

10. VASCONCELOS, Ronaldo. *Princípios*, p. 85. Afirma-se a impossibilidade de uso da via arbitral com esse escopo porque “[o] foro estabelecido na Lei de Recuperação e Falências, no qual deverão ser processados os pedidos de recuperação judicial é cogente e improrrogável, nos termos do art. 3º da Lei Concursal. Sob qualquer dos ângulos que comporta, a competência funcional é sempre absoluta, ou seja, instituída de acordo com o interesse público e não por conveniência das partes. Por conta disso não tolera modificação, seja ela legal ou convencional” (Idem, *ibidem*).

tutela jurisdicional privada, por meio de uma sentença, pela qual os árbitros se obrigam".¹¹

Se a capacidade para ser parte de um compromisso arbitral equivale à capacidade civil, certo é que as pessoas jurídicas poderão se valer dessa via, desde que por meio de uma convenção celebrada por seu dirigente, sócio ou quem quer que, nos termos de seu ato constitutivo, possua poderes de representação para tanto. Não se vislumbra razão para que essa regra não valha para as empresas eventualmente em crise.

No que toca à recuperação judicial, a questão da arbitrabilidade subjetiva não guarda maiores mistérios, uma vez que as competências de gestão, administração e, por conseguinte, representação da empresa não se alteram com o advento do processo concursal. Nesse sentido diz expressamente o artigo 64 da LRF (com pontuais ressalvas em seus incisos).¹²

11. SALLES, Marcos Paulo de Almeida. Da arbitrabilidade. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 10, p. 360-365, out./dez. 2000. No mesmo sentido: "[as partes devem] ter capacidade para transigir, por envolver a convenção de arbitragem uma forma de renúncia de direitos, na medida em que as partes submetem a solução de suas divergências a um terceiro, renunciando ao conhecimento desta divergência pelo juízo estatal" (VIANNA, Durval. *Comentário à lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Adcoas, 1998, p. 28). De rigor, entretanto, ressaltar que a concepção da arbitragem como um contrato está longe de ser consenso na doutrina, que se divide também entre a concepção publicista e a teoria eclética. Entretanto, ao menos para tratar da figura da *convenção de arbitragem*, pede-se vênua para fazer uso da teoria contratualista/privatista, principalmente em razão da capacidade subjetiva de celebrar a referida convenção.

12. Lei nº 11.101/2005, Art. 64. Durante o procedimento de recuperação judicial, o devedor ou seus administradores serão mantidos na condução da atividade empresarial, sob fiscalização do Comitê, se houver, e do administrador judicial, salvo se qualquer deles: I – houver sido condenado em sentença penal transitada em julgado por crime cometido em recuperação judicial ou falência anteriores ou por crime contra o patrimônio, a economia popular ou a ordem econômica previstos na legislação vigente; II – houver indícios veementes de ter cometido crime previsto nesta Lei; III – houver agido com dolo, simulação ou fraude contra os interesses de seus credores; IV – houver praticado qualquer das seguintes condutas: a) efetuar gastos pessoais manifestamente excessivos em relação a sua situação patrimonial; b) efetuar despesas injustificáveis por sua natureza ou vulto, em relação ao capital ou gênero do negócio, ao movimento das operações e a outras circunstâncias análogas; c) descapitalizar injustificadamente a empresa ou realizar operações prejudiciais ao seu funcionamento regular; d) simular ou omitir créditos ao apresentar a relação de que trata o inciso III do caput do art. 51 desta Lei, sem relevante razão de direito ou amparo de decisão judicial; V – negar-se a prestar informações solicitadas pelo administrador judicial ou pelos demais membros do Comitê; VI – tiver seu afastamento previsto no plano de recuperação judicial. Parágrafo único. Verificada qualquer das hipóteses do caput deste artigo, o juiz destituirá o administrador, que será substituído na forma prevista nos atos

Ora, se o administrador é mantido na condução da atividade empresarial e preserva seus poderes de gestão, ele logicamente preserva sua capacidade de contratar. Por si só, a capacidade de contratar é requisito bastante para a celebração de pacto arbitral.

Diferentemente ocorre no juízo falimentar, porque o empresário perde os poderes de gestão e representação da empresa (LRF, art. 102 e 103).¹³ Nessa situação, a gestão da massa falida é realizada pelo administrador judicial, ao passo que o empresário, sem poderes de gestão, não possuirá capacidade para se valer da arbitragem.¹⁴ Assim, aliás, como já anotado em oportunidade anterior:

Até mesmo porque, em se tratando de processo falimentar pendente, com a consequente perda pelo falido da disponibilidade da administração de seus bens (LRF, art. 103), não há como celebrar convenção de arbitragem válida, uma vez que esta inequivocadamente 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.¹⁵

constitutivos do devedor ou do plano de recuperação judicial.

13. Lei 11.101/2005, Art. 102. O falido fica inabilitado para exercer qualquer atividade empresarial a partir da decretação da falência e até a sentença que extingue suas obrigações, respeitado o disposto no § 1º do art. 181 desta Lei. Parágrafo único. Findo o período de inabilitação, o falido poderá requerer ao juiz da falência que proceda à respectiva anotação em seu registro. 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.

14. Em nenhum momento, entretanto, a capacidade civil ou a personalidade do falido e da massa falida sofrem qualquer restrição. Nesse ponto: "Por meio da análise do referido dispositivo legal, não restam dúvidas de que o falido conservará a sua capacidade, mesmo após a decretação da falência, sendo a ele assegurada inclusive a capacidade processual. Nota-se que o que realmente ocorre com a decretação da falência é o afastamento do falido da administração da empresa/sociedade e dos bens que compõem o seu patrimônio" (MORAES, Felipe Ferreira Machado. Arbitragem e falência, in CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (coord.). 20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2016, p. 763-792, p. 767).

15. VASCONCELOS, Ronaldo. *Direito processual falimentar*, p. 136.

Entretanto, a conclusão que se tira do raciocínio acima é uma apenas: o empresário (sócio, administrador, gerente ou quem quer que ordinariamente possua os poderes de gestão e representação da empresa), após a decretação da falência ou do sequestro de bens, não poderá se valer da arbitragem. Daí despontam duas alternativas hipotéticas: (i) se o administrador judicial pode celebrar pacto arbitral após esse termo legal, e (ii) se permanece hígido o pacto arbitral celebrado pelo empresário antes do termo.

A primeira situação não será abordada com profundidade neste trabalho, por demandar reflexão mais profunda que a factível nestas páginas. Em linhas muito gerais, e apenas para não esconder nossa opinião, parece mais correto defender que o administrador judicial tenha essa capacidade. Considerando que a ele são transferidos os poderes de gestão da massa falida (onde se inserem os poderes genéricos de administração e representação), e que não há vedação expressa na LRF ou em outra legislação pertinente, melhor seria prezar pela autonomia privada e permitir que a convenção de arbitragem fosse celebrada. Permanece, contudo, o dever de que ela seja feita com o objetivo de melhor satisfazer o concurso de credores, sem derrogar qualquer norma axiológica da lei concursal.¹⁶

Quanto à segunda, a solução se releva mais clara, inclusive com a inclinação jurisprudencial a considerar esse compromisso arbitral celebrado anteriormente à falência como ato jurídico perfeito.

“[...] mesmo considerando-se que no processo de falência há interesses da coletividade dos credores do devedor comum, não se entrevê qualquer impedimento ao cumprimento de convenção de arbitragem pactuada anteriormente à decretação da falência, em cláusula prevista no contrato firmado por pessoas jurídicas, regularmente constituídas e apresentadas na forma de seus atos constitutivos, com plena

16. A mesma conclusão é feita por FELIPE FERREIRA MACHADO MORAES, ao verificar que, “*embora o legislador tenha utilizado o termo ‘pessoas’, o requisito da arbitrabilidade sob o aspecto subjetivo está assentado sobre a capacidade, e não sobre a personalidade. Dessa forma, a massa falida atende aos requisitos legais de arbitrabilidade, podendo utilizar a arbitragem, uma vez presente a capacidade negocial e processual*” (Arbitragem e falência, in CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (coord.). *20 anos*, p. 768). Com efeito, se a massa falida conserva a capacidade (inclusive processual), é mister que se conceda a seu representante/gestor/administrador – o administrador judicial – a faculdade de praticar os atos compatíveis com essa capacidade.

capacidade negocial e tendo por objeto direitos patrimoniais disponíveis, conforme estabelece o artigo 1º, da Lei nº 9.307, de 1996” (TJSP, AI 531.020-4/3-00, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, DJ 25/08/2008)

“O primeiro aspecto a ser ressaltado é que a cláusula compromissória foi firmada pelas partes antes da decretação da liquidação extrajudicial da INTERCLÍNICAS, oportunidade em que esta detinha capacidade plena para contratar, tendo então optado por sujeitar à arbitragem a resolução de direitos patrimoniais disponíveis, concernentes à transferência de sua carteira de clientes. [...] Não há, pois, dúvida alguma acerca da validade da cláusula compromissória na espécie” (STJ, MC 14.295/SP, Terceira Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 09/06/2008)

A orientação jurisprudencial não poderia estar mais correta.¹⁷ Se considerada como um negócio jurídico, a convenção arbitral firmada antes do processo concursal preserva seus efeitos inclusive por força de lei. Para a recuperação judicial, vale o disposto no artigo 49, § 2º da LRF, segundo o qual “as obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei”; nesse caso, “os contratos bilaterais anteriormente firmados pelo devedor permanecem válidos e produzem efeitos, a não ser que o plano de recuperação venha a modificar as obrigações do devedor, caso em que haverá novação, extinguindo-se a obrigação antiga em substituição ao nascimento de uma nova obrigação”.¹⁸

Já na hipótese de falência, o artigo 117, também da LRF, aponta que “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

17. Ademais, o respeito à competência do juízo arbitral, atribuída pelas próprias partes, permanece também na jurisprudência mais recente. Nesse sentido: STJ, REsp 1.733.685/SP, Quarta Turma, rel. Min. Raul Araújo, DJe 12/11/2018.

18. DECCACHE, Antonio. Convenção de arbitragem, recuperação judicial e falência. *Revista de Direito Empresarial*, São Paulo, vol. 19, p. 163-182, out. 2016.

da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos”; a faculdade do administrador de cumprir ou não os contratos anteriores, contudo, só surge “se – e somente se – as partes ainda não tiverem iniciado a sua execução”.¹⁹

Na convenção arbitral essa hipótese não se concretiza, porque não há uma prestação a ser cumprida ou não pelo administrador judicial: existe apenas uma vontade, já manifestada pelo falido, de escolher a via arbitral e, porque manifestada sem vícios e independente de qualquer conduta posterior para confirmá-la, não pode ser alterada pelo administrador da massa falida.

Na ponta, mesmo que se arguisse uma eventual incapacidade superveniente do falido para celebrar o pacto arbitral, caberiam as palavras de Donaldo Armelin, para quem a “exclusão da jurisdição estatal importa também na exclusão de seus efeitos paralelos ou reflexos, que venham afetar a capacidade e/ou a legitimidade exigidas para a celebração da convenção de arbitragem. Sendo assim, os efeitos da atuação de legislação falimentar sobre a parte que firmou tal convenção são inábeis para obstar a realização e efetivação da arbitragem, quando esta já se encontra assegurada por convenção de arbitragem celebrada antes da decretação da liquidação extrajudicial”.²⁰

Isto posto, assenta-se que o pacto arbitral firmado antes da decretação da falência permanece válido, porquanto celebrado por quem possua capacidade para tanto à época. Conclui-se, por conseguinte, que não há óbice intransponível à utilização da arbitragem em matéria concursal, ao menos no que tange à arbitrabilidade subjetiva.

3. ARBITRABILIDADE OBJETIVA

Novamente começando a análise pelo artigo 1º da Lei de Arbitragem, infere-se ser a via arbitral adequada para “dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Despontam, portanto, os requisitos da patrimonialidade e da disponibilidade.

19. Idem.

20. ARMELIN, Donaldo. A arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, vol. 13, p. 16-29, abr./ jun. 2007.

A patrimonialidade não parece apresentar grandes desafios sob a ótica do processo concursal, uma vez que este é voltado essencialmente à satisfação de credores. Se não direitos patrimoniais por excelência, ao menos a expressão patrimonial de direitos não patrimoniais (v.g., a exploração de direitos de imagem) é objeto do processo de falência ou de recuperação.

O ponto chave, no entanto, reside na necessidade de segregação dos direitos patrimoniais disponíveis daqueles direitos indisponíveis definidos pela Lei de Recuperação e Falências, notadamente os créditos de natureza tributária, derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes do trabalho, nos termos do art. 161, §1º, da Lei de Recuperação e Falências.²¹

Dispõe o artigo 161 da LRF que o devedor não poderá negociar o plano de recuperação extrajudicial com “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,²² e 86, inciso II²³ do caput”. Com efeito, a jurisprudência²⁴ entendia ser o direito de natureza trabalhista indisponível, e dessa forma, inviável a sua tutela por meio da arbitragem. A lei concursal respaldou esse entendimento.

A realidade atual, marcada pelo sucesso (crescente) da arbitragem no Brasil, requer uma reanálise do problema.

De um lado, vale notar que nem todos os direitos de natureza trabalhista são indisponíveis – fosse assim, tornar-se-iam letra morta todas as previsões legais de negociação coletiva e instrumentos afins. O crédito trabalhista, nascido após

21. VASCONCELOS, Ronaldo. *Princípios*, p. 89.

22. Credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio.

23. Importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, na forma do art. 75, §§ 3o e 4o, da Lei no 4.728, de 14 de julho de 1965, desde que o prazo total da operação, inclusive eventuais prorrogações, não exceda o previsto nas normas específicas da autoridade competente.

24. Exemplarmente: TST, AIRR 415/2005-039-02-40.9, 6º T., rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, DJ 26/06/2009; TST, RR 8952000-45.2003.5.02.0900, 6º T., rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, DJ 19/02/2010; TST, RR 1020031-15.2010.5.05.0000, 3º T., rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, j. 23/03/2011.

o término da relação de emprego, certamente não é indisponível como o direito a condições dignas de trabalho – pode, aliás, ser objeto de transação nas comissões de conciliação prévia ou nas audiências individuais no curso da ação trabalhista.

Da mesma forma, a arbitrabilidade de direitos decorrentes da relação de emprego não ofende a proteção do trabalhador (nas suas três vertentes: irrenunciabilidade, indisponibilidade e igualdade) porque “tais princípios se aplicam ao direito material individual e não ao direito processual (ou instrumental) do trabalho, no qual devem prevalecer a imparcialidade e os poderes assistenciais do magistrado”.²⁵

A Reforma Trabalhista, aprovada em 2017, pôs termo a essa discussão e, com a inclusão do artigo 507-A na Consolidação das Leis do Trabalho, passou a permitir, em caráter amplo, a previsão da arbitragem nos contratos individuais do trabalho (desde que (i) a remuneração do empregado seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social; e (ii) a cláusula compromissória seja pactuada por iniciativa do empregado ou mediante sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei de Arbitragem). Os créditos de natureza trabalhista, desde que respeitadas as condições do artigo 507-A, podem ser perfeitamente exigidos na via arbitral.

Na seara tributária, igualmente já não se observa óbice à utilização da arbitragem. Seja pela voz (cada vez mais uníssona) na doutrina,²⁶ seja por

25. SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Aplicabilidade da arbitragem nas lides individuais de trabalho. *GEN Jurídico*, 24 ago. 2017. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/08/24/aplicabilidade-da-arbitragem-nas-lides-individuais-de-trabalho/>>, acesso em 14/06/2018.

26. Por todos: “*Acreditamos haver demonstrado, ao longo do presente artigo, em resumo, que (a) a utilização da arbitragem não viola o princípio da inafastabilidade do controle de lesão ou ameaça de direito pelo Poder Judiciário, consoante já decidiu o Plenário da Corte Suprema; (b) é possível um ente público submeter-se ao juízo arbitral (arbitrabilidade subjetiva), desde que o faça no que toca aos direitos patrimoniais disponíveis, isto é, quanto aos interesses públicos secundários; (c) no que toca ao direito tributário, por não envolver diretamente os interesses públicos primários, mas os secundários, a submissão da decisão de mérito ao juízo arbitral seria plenamente possível, não constituindo, outrossim, renúncia de receita para o ente tributante; (d) a utilização da arbitragem para solução de controvérsias em matéria tributária preconiza o princípio da eficiência, estampado no art. 37 da CF/1988, possibilitando-se que sejam evitados contenciosos generalizados e massivos, desafogando a estrutura judicial atual, conferindo celeridade à resolução dos conflitos (art. 5º, LXXVIII, da CF/1988), fornecendo maior tecnicidade às decisões proferidas e, por vezes, inclusive diminuindo custos*” (MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo; MORAES E

previsões legais cada vez mais numerosas,²⁷ a solução de conflitos tributários no juízo arbitral já é inexorável.

Ainda que não fosse esse o cenário, vale destacar que a limitação imposta pelo artigo 161 da LRF se dirige à recuperação extrajudicial. A arbitragem, jurisdicional que é, consiste em verdadeiro *judicium*, sendo certo que deverá ser equiparada à recuperação judicial e à falência processadas no bojo do Poder Judiciário. E, para esses casos, não há a mencionada limitação à disponibilidade dos créditos trabalhistas e tributários.

O artigo 103 da LRF poderia dar a entender que os bens se tornam indisponíveis – e a conclusão lógica seria pela impossibilidade do uso da arbitragem. Contudo, a indisponibilidade dos bens produz efeitos somente para o falido que, como visto, perde seus poderes de gestão e representação. Os bens da massa falida, per se, permanecem disponíveis para quem quer que venha a administrá-los (o administrador judicial).²⁸

Caso sobrevenha dúvida, no curso do processo concursal ou arbitral, sobre a disponibilidade de eventual bem ou direito, a própria Lei de Arbitragem prevê que o procedimento será suspenso, e o Poder Judiciário resolverá essa questão prejudicial. Em se concluindo pela disponibilidade, deverá o procedimento arbitral prosseguir normalmente.²⁹

CASTRO, Leonardo Freitas. Direito tributário e arbitragem: uma análise da possibilidade e dos óbices ao juízo arbitral em matéria tributária no Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 23, p. 60-88, out./dez. 2009).

27. Remonta-se, por exemplo, à previsão de juízo arbitral nos artigos 515 e 655 da Nova Consolidação das Leis das Alfândegas e Mesas de Rendas, nos idos de 1894.

28. "Reitera-se que a decretação da falência não implica a indisponibilidade dos bens do falido, mas tão somente a possibilidade de esse 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 a administração dos bens e dos direitos, observados os requisitos legais. Os requisitos legais para que o administrador judicial possa dispor dos bens que integram a massa falida estão previstos na legislação falimentar. A título exemplificativo, cita-se o art. 99, VI, da Lei 11.101/2005" (MORAES, Felipe Ferreira Machado. *Arbitragem e falência*, in CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (coord.). 20 anos, p. 772).

29. "Não será demais anotar, em reforço ao que se escreveu no item 3, supra, que a regra acima não acarreta a suspensão dos procedimentos arbitrais. E isto porque - torna-se a dizer - os bens do falido não são indisponíveis. A mudança de status do devedor não leva, pois, à suspensão do procedimento arbitral com base no art. 25 da Lei 9.307/1996. Explica-se, mais uma vez: a

4. CONDIÇÕES DE ADEQUAÇÃO DA VIA ARBITRAL

Conquanto demonstrado que a arbitragem e o processo concursal são universos compatíveis entre si, o uso da jurisdição privada deve ser sopesado com as especificidades da insolvência. Afinal, como enfatizado desde o início do trabalho, o processo deve ser adequado à crise de direito material nele deduzida. Nessa senda, é mister que a arbitragem, quando utilizada para resolver questão incidental à falência ou à recuperação judicial, seja moldada de acordo com as particularidades do caso concreto – molde que deverá adaptar a via arbitral aos sujeitos, ao objeto e ao fim do processo concursal.³⁰

Sob o prisma subjetivo, a adequação da arbitragem é desafiante em razão da pluralidade de partes no processo de falência e recuperação judicial, possivelmente multitudinário. Do grande número de credores decorre, inevitavelmente, uma heterogeneidade de partes, com os mais diversos graus de vulnerabilidade, hipossuficiência, assimetria de informações e regimes jurídicos tutelando seus direitos.

Entenda-se: a adequação de um processo a um conflito entre duas pessoas jurídicas (sendo uma delas a recuperanda) é certamente diferente da

indisponibilidade é dos bens do devedor, e por este. É o falido, pois, que não pode dispor de seus bens. Mas esta restrição, obviamente, não se estende à massa, uma vez que a realização dos ativos arrecadados é fase essencial do processo falimentar. Em qualquer liquidação, inclusive na falência, vendem-se os bens e, com o produto dessa venda, pagam-se os credores. De tudo se depreende que a decretação da falência não é óbice ao prosseguimento da arbitragem. A única consequência é que, no pólo passivo da relação processual, o falido é sucedido pelo administrador judicial, nos termos do art. 76, parágrafo único, da Lei 11.101/2005. Cabe ainda enfatizar, para deixar ainda mais claro que, em relação à massa, não se pode falar em indisponibilidade, que o administrador pode, desde que judicialmente autorizado, 'transigir sobre obrigações e direitos da massa falida e conceder abatimento de dívidas'. Não fossem disponíveis os direitos, não seria possível a transação, nem o abatimento das dívidas" (TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Arbitragem e insolvência. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, vol. 20, p. 25-52, jan./mar. 2009).

30. "Em primeiro lugar, cumpre que o instrumento se adapte ao sujeito que o maneja: o cinzel do Aleijadinho, forçosamente, não se identifica com um cinzel comum. Em segundo, impõe-se que a adaptação se faça ao objeto: atuar sobre madeira ou sobre pedra exige instrumental diverso e adequado. Em terceiro, urge que se considere o fim: trabalhar um bloco de granito para reduzi-lo a pedras de calçamento, ou para transformá-lo em obra de arte, reclama de igual modo adequada variedade de instrumentos" (LACERDA, Galeno. O código como sistema legal de adequação do processo, in FABRÍCIO, Adroaldo Furtado et. al. (coord.). Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 252-253).

adequação do processo para uma lide entre a recuperanda e um ex-empregado. E as diferenças entre os credores subsistem mesmo dentro de uma única classe de credores. Qualquer sujeito de direitos, em tese, pode possuir um crédito contra a recuperanda ou a massa falida gravado com garantia real; no rol de credores quirografários se inserem desde pequenos comerciantes até pessoas jurídicas de direito público.

Mas é de rigor que, apesar das diferenças entre os diversos sujeitos do processo concursal, a todos eles devem ser concedidas as mesmas oportunidades de se manifestarem, influírem nas decisões e lograrem a satisfação de seu crédito. E isso deve ser observado tanto sob a perspectiva interna do processo arbitral quanto em sua expressão externa.

Internamente, a isonomia das partes que compõem a relação jurídica processual arbitral guarda estreito paralelo com os ideais de igualdade e paridade de armas já bem estudados na teoria geral do processo. Assim, é necessário antes de tudo divisar igualdade jurídica e igualdade fática, porque “[e]nquanto a primeira ordena que os fatos iguais devem receber a mesma normatização (preocupando-se fundamentalmente com a execução do ato), a igualdade fática aponta a isonomia nos resultados do ato (focando portanto as suas consequências)”.³¹

Externamente, é necessário observar a isonomia entre as partes do processo arbitral e os outros sujeitos que, embora não estejam presentes na arbitragem, integram o processo de falência ou de recuperação judicial. A ordem deve ser a de respeitar a isonomia entre credores, independentemente de um ou alguns deles adotarem a via arbitral para resolução das questões incidentais. Trata-se aqui de observar a regra do par *conditio creditorum* que, contudo, pode ser excepcionada se inviabilizar o processamento eficiente do processo de recuperação judicial ou de falência.³² O tratamento igual se impõe a menos que “incidam razões suficientes para o tratamento desigual, oportunidade na qual sobre esse último recai o ônus argumentativo”.³³

31. VASCONCELOS, Ronaldo. *Princípios*, p. 100.

32. Afinal, “[...] o equívoco mais comum do intérprete reside na confusão de conceitos estabelecida entre a adequada regra do tratamento paritário (equilibrado) dos credores disposta na Lei de Recuperação e Falências e a interpretação desvirtuada da imposição de um desgastado sentido meramente formal do princípio da isonomia (identidade de direitos)” (VASCONCELOS, Ronaldo. *Princípios*, p. 183).

33. VASCONCELOS, Ronaldo. *Princípios*, p. 183.

A obediência à isonomia, em sua acepção de igualdade fática, é extremamente delicada na utilização da via arbitral porque a regra deve ser a de oferecer mesmo tratamento aos credores, optantes ou não pela arbitragem. Na eventualidade de haver justificativas para o excepcional tratamento desigual, o ônus argumentativo se acentua porque os credores afetados por esse tratamento não participam do processo arbitral.³⁴ E não pode haver devido processo legal – de que a isonomia é corolário – sem o contraditório e a ampla defesa. Daí decorre que as possibilidades de ofertar um tratamento desigual a um credor, que já seria algo excepcional desde o início, se tornam ainda mais residuais na medida que esse tratamento desigual seria concedido sem a observância do prévio contraditório dos demais credores.

Não há um estrangulamento total da arbitragem nesse ponto, porque permanecem hipóteses (ainda que um tanto “forçadas”) como um caso em que a integralidade dos credores opte pela via arbitral, ou que seja realizada a oitiva de todos os credores no bojo da arbitragem (ainda que alguns deles não sejam partes do conflito lá deduzido). Mas há uma sensível restrição às possibilidades de tratamento desigual entre credores e, conseqüentemente, um aumento no dever de cautela do árbitro, que deverá se atentar para essa faceta externa da isonomia.

Sob o prisma objetivo, a dificuldade igualmente reside na heterogeneidade de questões postas à apreciação do julgador. Afinal, o juiz (togado ou árbitro) deverá compreender, além da crise da empresa em si, as questões trabalhistas de alguns créditos, o contexto socioeconômico (quicá de toda a conjuntura nacional), as eventuais questões criminais que surgem no decorrer do processo, entre tantos outros pontos de contato com os mais diversos ramos do direito. Com razão conclui-se que “la législation de la faillite est un carrefour où se croisent et se rencontrent toutes les composantes du système juridique considéré”.³⁵

Com efeito, um dos maiores exemplos do objeto multifacetado

34. “A cláusula arbitral só pode ser imposta àqueles credores que houverem expressamente aderido a ela, ainda que o quorum qualificado previsto no art. 163 da Lei de Recuperação e Falências seja alcançado. A minoria, apesar de vencida, não pode ser obrigada a aceitar a cláusula arbitral porque não a teria subscrito expressamente, por força do art. 4º, § 1º, da Lei de Arbitragem” (VASCONCELOS, Ronaldo. *Princípios*, p. 89-90).

35. DIDIER, Paul. La problématique du droit de la faillite internationale. *Revue de droit des affaires internationales*, Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, v. 3, p. 201-206, 1989.

dos processos concursais são os tipos penais previstos na LRF (artigos 168 e seguintes). A dificuldade, aí, reside na interdisciplinaridade, porque “nem o estudioso da falência é especialista no campo criminal, nem o criminalista entende profundamente do campo falimentar”.³⁶

Entretanto, a arbitragem não é estranha a questões complexas ou multidisciplinares: ao contrário, sua popularidade se encontra justamente nos bons resultados trazidos pela apreciação, na via arbitral, de questões assim delicadas. A arbitragem é muito utilizada em grandes contratos empresariais, que demandam conhecimento específicos do segmento de mercado do caso concreto, de práticas comerciais (inclusive internacionais), de economia ou administração, entre outros tantos, muitas vezes distantes do conhecimento esperado de juízes togados. Não é para causar surpresa ao árbitro, então, que lhe sejam apresentados conflitos que envolvam, a um só tempo, aspectos criminais, trabalhistas e empresariais.

Isto posto, não parece necessário alongar-se neste ponto, porque a adequação da arbitragem ao objeto do conflito já é tema bem destrinchado pela doutrina. Basta apenas salientar que cabe às partes moldar o procedimento arbitral, com vistas a essa adequação, exatamente porque elas são quem com mais propriedade conhecem as particularidades do conflito deduzido perante o árbitro.

Por fim, sob o prisma teleológico, é essencial que a arbitragem usada para resolver questão incidental ao processo concursal concorra para a consecução de seus fins. Ou seja, a arbitragem também deve ser um processo “voltado a resultados práticos de preservação da empresa ou das unidades produtivas, aliado à rápida e efetiva possibilidade de salvaguarda dos direitos dos credores e do meio empresarial”.³⁷ Seja porque a LRF desde seus primórdios se encontra “plena de demonstrações de que veio para favorecer o capital financeiro e manter

36. BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falência*, p. 387. Mais adiante, contudo, o autor, citando ALAMIRO VELLUDO SALVADOR NETTO, aponta que “a realidade atual não é mais esta, pois o chamado ‘Direito Penal dos Negócios’ ganha espaço e importância. Termina dizendo que ‘naquilo que tange ao direito falimentar a situação é a mesma, de modo que não é mais possível o desprezo tradicional a este importante espectro de criminalização’. Acrescente-se ainda que a gama cada vez mais ampla dos chamados ‘crimes de colarinho branco’, entre os quais incluem-se os crimes falimentares e o campo cada vez maior de bens jurídicos atingidos por tais tipos de crime, também colaboram para que os crimes falimentares passem a merecer atenção e estudo especiais” (Idem, p. 387-388).

37. VASCONCELOS, Ronaldo. *Direito processual falimentar*, p. 58.

o privilégio fiscal”,³⁸ seja porque o “dualismo pendular” do direito falimentar brasileiro aponta por vezes para um privilégio da satisfação dos credores, fato é que o processo concursal é destinado à satisfação dos créditos. A par disso, e nesse ponto certamente influenciado por nortes constitucionais como a livre iniciativa do artigo 170 da CF/1988, o processo concursal também se presta à manutenção das unidades produtivas – não necessariamente do empresário, frise-se.³⁹

Não é à toa que o artigo 47 da LRF determina ser seu objetivo (da recuperação judicial) a superação da crise do devedor, para permitir a manutenção da fonte produtora, com o que será possível manter o emprego dos trabalhadores e, a partir disso, lograr satisfazer os interesses dos credores. A convenção de arbitragem, portanto, não pode descuidar desses objetivos. A via arbitral que se revele afrontosa ao quanto exposto não pode ser utilizada, sob pena de desvirtuar a lógica do processo concursal.

Nesse ponto, sobreleva a importância de sopesar os custos financeiros da arbitragem. Afinal, na condição de procedimento custoso,⁴⁰ a massa falida ou

38. BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falência*, p. 69.

39. “Essas legislações mais modernas partem do princípio de que a manutenção do funcionamento da empresa é de interesse social acentuado, de tal forma que o projeto permite o afastamento dos sócios (pessoas físicas) e a manutenção da empresa funcionando, se necessário, com outros administradores, e sob a fiscalização do Judiciário” (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falência*, p. 154-155).

40. “Para ilustrar a disparidade do preço da arbitragem, existem mecanismos de simulação de valores disponíveis nos sites das principais câmaras arbitrais. O Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC) disponibiliza em seu sítio eletrônico as tabelas de despesas, das quais é possível extrair as seguintes conclusões: (i) para qualquer causa de valor inferior a R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais) será cobrada uma taxa de administração no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por parte; (ii) para qualquer causa de valor inferior a R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) os honorários devidos serão de R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais); (iii) para qualquer causa, existe uma taxa de registro de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) a ser paga pelo requerente. À guisa de comparação, o Tribunal de Justiça de São Paulo cobra os seguintes valores para ingresso com uma demanda: (i) taxa judiciária de 1% (um por cento) sobre o valor da causa, nunca inferior a 5 (cinco) UFESPs (Unidades Fiscais do Estado de São Paulo, que em 2018 equivalem a vinte e cinco reais e setenta centavos cada); (ii) taxa de mandato judicial de 2% (dois por cento) sobre o menor salário-mínimo vigente na capital (em 2018, resultando no valor de dezenove reais e oito centavos), e (iii) despesas postais para citação da outra parte que, na modalidade mais barata (carta registrada), equivalem a R\$ 7,80 (sete reais e oitenta centavos). No total, um indivíduo não beneficiário da justiça gratuita consegue ingressar no Poder Judiciário para resolver seus conflitos mediante um recolhimento mínimo de R\$ 155,38 (cento e cinquenta e cinco reais e trinta e oito centavos)” (CARNAÚBA, César Augusto Martins. Adequação da arbitragem aos litígios envolvendo o Poder Público. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São

empresa recuperanda que suporte os dispêndios necessários ao uso da via arbitral pode comprometer sua capacidade de pagar os credores e, por conseguinte, descumprir um imperativo teleológico da legislação concursal.

Algumas alternativas podem ser imaginadas para contornar o problema das custas da arbitragem. A uma, como já aventado, é possível exigir que o sujeito interessado no cumprimento da cláusula compromissória arque com todos os custos do processo arbitral.⁴¹ A duas, o sujeito interessado pode simplesmente adiantar as custas, deixando um eventual ressarcimento por parte da massa falida ou da recuperanda para momento posterior.⁴² A três, embora se reconheça a excepcionalidade da hipótese, é razoável pressupor um ambiente em que o pagamento das custas arbitrais pela devedora, apesar da potencial frustração dos credores, se justifique por outros objetivos caros ao processo concursal, como a necessidade de resolver a questão de forma expedita e, assim, lograr a manutenção das unidades produtivas.

Ademais, vem crescendo (inclusive no Brasil) a prática do financiamento da arbitragem por terceiros (third-party funding), “método de financiamento no qual uma entidade, que não faz parte de um conflito, suporta as despesas do processo no lugar de uma das partes, arcando com os honorários dos advogados, dos julgadores e com as demais despesas necessárias à produção de provas e administração do processo”.⁴³ Essa alternativa, pela qual a parte da controvérsia não desembolsa recursos para acesso à via jurisdicional, ganha importância redobrada para empresas em crise.⁴⁴

Paulo, no prelo 2018).

41. VASCONCELOS, Ronaldo. *Direito processual falimentar*, p. 140.

42. A International Chamber of Commerce – Brasil (ICC), no artigo 36 de seu Regulamento, prevê a faculdade de qualquer parte adiantar as custas devidas pela parte que não as pague ou que não tenha condições para tanto. Mesma linha segue o Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC). Já no Regulamento do Centro de Arbitragem da AMCHAM – Brasil, essa faculdade se torna um dever de adiantar as custas em sua integralidade. De qualquer forma, o que se verifica é que não há a obrigatoriedade de que a própria recuperanda ou massa falida assumam o pagamento das custas que em tese lhe compete.

43. CASADO FILHO, Napoleão. *Arbitragem e acesso à justiça: o novo paradigma do third party funding*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 120.

44. Sobre o tema: VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins; HANESAKA, Thais D'Angelo da Silva. Financiamento de terceiros e arbitragem no processo concursal. *Revista Brasileira de Arbitragem*, no prelo 2019.

A prática, aliás, há de apresentar outras tantas formas de evitar o comprometimento da satisfação dos credores.

De qualquer forma, é necessário relativizar a crise econômica da empresa e as custas do procedimento arbitral. O que pode impedir o uso da arbitragem é a impossibilidade de satisfação dos credores, e não a impossibilidade de assunção de custos pela recuperanda ou pela massa falida. Portanto, se permanece intacta a capacidade da empresa de lograr os objetivos do processo concursal, a via arbitral não pode ser afastada tão-somente porque "é cara".

Mesmo na hipótese de os custos da arbitragem representarem obstáculos ao adimplemento dos débitos da recuperanda ou da massa falida, caberia um exame de proporcionalidade entre os fins pretendidos pela legislação concursal. Isto é: indagar-se-ia se a limitação parcial da capacidade de satisfazer os créditos fica justificada pela manutenção, em tempo hábil e de maneira eficaz, das unidades produtivas.

5. CONCLUSÃO

Em oportunidade anterior, já foi anotado que o uso da arbitragem para resolver questões incidentais aos processos de falência ou recuperação judicial era possível, ainda que dificilmente fosse se verificar na prática:

Isso somente se mostrará possível nas remotas e cumulativas hipóteses de: (i) o sujeito interessado no cumprimento da cláusula compromissória arcar com todos os custos do processo arbitral; (ii) os órgãos de administração da massa falida (administração judicial, Comitê de Credores e juiz) verificarem existir vantagem ou inexistir prejuízo na solução do impasse por meio da arbitragem; (iii) serem observados os meios necessários para a garantia do tratamento paritário das partes no procedimento arbitral, de modo a evitar que o poder econômico de uma parte concorra favoravelmente ao deslinde da questão; e (iv) que a sentença arbitral não implique risco de tratamento discriminatório entre credores, ou seja, que se limite a declarar a existência ou não do direito patrimonial questionado, viabilizando apenas a regular formação de

título judicial ensejador de habilitação de crédito no processo falimentar (CPC, art. 475-N, inc. IV) [c/c. CPC/2015, art. 515, inc. VII].⁴⁵

O sucesso crescente da arbitragem torna necessário abrandar um pouco essa visão reticente.

No que tange à arbitrabilidade, não se vislumbram impeditivos à via arbitral. A capacidade das partes permanece inalterada com o advento do processo concursal. O que pode ocorrer, no mais crítico dos cenários (a falência), é o afastamento do devedor da gestão (e, conseqüentemente, da representação) da sociedade empresária, donde decorre sua impossibilidade de firmar novos compromissos ou fazer cumprir os anteriores; isso não impede, todavia, que a massa falida figure em procedimento arbitral, representada pelo administrador judicial. De outro lado, também os requisitos de arbitrabilidade objetiva são plenamente atendidos, vez que os ativos da empresa recuperanda ou da massa falida preenchem os requisitos de patrimonialidade e disponibilidade exigidos pela Lei de Arbitragem.

Contudo, a utilização impensada da via arbitral pode ser contraproducente no ambiente falimentar. Seu uso adequado passa por uma análise de adequação da arbitragem aos objetivos perseguidos pela legislação concursal, como a satisfação dos credores e a manutenção das unidades produtivas.

Nessa senda, o procedimento arbitral deve se adequar aos sujeitos do processo concursal, observando a todo momento a isonomia entre as partes e o tratamento (em regra) igual entre os credores. Deve, igualmente, adequar-se ao objeto do processo, sem olvidar da heterogeneidade que lhe é peculiar: créditos de diversas naturezas, questões incidentais dos mais variados ramos do direito, tudo repleto de interpenetrações que demandam do julgador (juiz togado ou árbitro) uma visão multifacetada do fenômeno da insolvência. E, ao final, deve a arbitragem se adequar também aos fins do processo concursal, mediante exames de proporcionalidade entre a escolha pela via arbitral e as conseqüências para os objetivos da Lei nº 11.101/2005.

45. VASCONCELOS, Ronaldo. *Direito processual falimentar*, p. 140.

Haverá situações em que a arbitragem não conseguirá se adequar da forma acima aludida. Mas, na lógica multiportas da prestação jurisdicional, é possível (e esperado) que isso aconteça: para certos casos, a via mais adequada para a resolução do conflito será a arbitragem; para outros, a mediação ou outros meios consensuais; para outros ainda, a via judicial pode ser precisamente o meio adequação para resolver a controvérsia. O que se espera é que haja um equilíbrio entre essas diversas vias jurisdicionais, sem que uma seja imposta sobre as partes ou que outra seja sumariamente descartada – sempre com o intuito de proporcionar o acesso à ordem jurídica justa por meio de uma prestação jurisdicional adequada.

Nada obstante, uma vez atendidas as três frentes de adequação do procedimento, a arbitragem se revela como instituto de aplicação útil para as questões incidentais da falência ou da recuperação judicial. Seu constante crescimento em outras áreas demonstra a necessidade de também o direito falimentar se mostrar permeável à via arbitral, aproveitando seu potencial de resolver conflitos de maneira célere, adequada e justa, sem perder de vista os objetivos da legislação de regência.