

ARBITRAGEM E FALÊNCIA

FELIPE FERREIRA MACHADO MORAES

Sumário:

1. Introdução – 2. Arbitragem e falência – 3. A utilização da arbitragem por empresários em processo de falência: análise sobre arbitrabilidade: 3.1. Arbitrabilidade subjetiva e a representação da massa falida na arbitragem; 3.2. Arbitrabilidade objetiva e a disponibilidade dos bens do falido – 4. O efeito da decretação da falência sobre os contratos celebrados e sobre a convenção de arbitragem – 5. A suspensão do curso das ações e das execuções em face do devedor – 6. A universalidade e a unidade do juízo falimentar em face dos procedimentos arbitrais – 7. A celebração de convenção arbitral após a decretação da falência – 8. Enunciado aprovado na I Jornada de Prevenção e Resolução de Litígios do Conselho da Justiça Federal – 9. Disciplina do tema em Portugal, na Espanha e proposta legislativa para o Direito brasileiro – 10. Conclusão – Referências.

1. INTRODUÇÃO

Antes de adentrar no tema principal do artigo, é importante registrar a merecida homenagem realizada por meio da presente obra. Seguramente não se testemunharia o atual desenvolvimento da arbitragem no Brasil sem a participação ativa e a liderança de Petrônio Muniz durante a aprovação da Lei Brasileira de Arbitragem. Demonstrada a gratidão inicial a Petrônio, registra-se, igualmente, o cumprimento aos Coordenadores pela justa homenagem.

O presente artigo objetiva analisar a possibilidade de utilização da arbitragem como meio de resolução de conflitos por empresas em processo de falência.

Embora seja empregado o termo *empresa* em falência, em determinadas abordagens, utilizar-se-á o termo *empresário* em falência. Isso se justifica pela necessidade de abordar o tema com rigor técnico sob a disciplina do direito falimentar brasileiro. De acordo com a atual teoria do Direito Empresarial, empresa é atividade, enquanto empresário – seja ele coletivo ou individual – é o sujeito que exerce a atividade empresarial. Portanto, o sujeito passivo nos processos de falência é o empresário, seja ele coletivo (sociedade) ou individual.

Considerando que um dos principais objetivos específicos deste artigo é analisar a decretação da falência e os respectivos efeitos em relação à arbitragem, durante o desenvolvimento do tema, analisar-se-á, principalmente, a possibilidade de a massa falida ser parte em arbitragens, em sucessão ao falido.

Nos últimos anos, a arbitragem evoluiu muito no Brasil, o que pode ser constatado por meio de análise dos números de novos procedimentos. Segundo pesquisa realizada pela coautora do anteprojeto da Lei de Arbitragem, Selma Ferreira Lemes, no ano de 2010, o número de novas arbitragens, nas seis principais Câmaras brasileiras, era de 128 processos. Em 2015, essas mesmas Câmaras receberam 222 novas arbitragens, o que representou um expressivo aumento no número de casos¹.

Em relação à falência, as estatísticas também indicam aumento, ainda que menos expressivo, no número de falências decretadas, analisando os últimos cinco anos (2011 a 2015), dos números apresentados na pesquisa realizada pelo Serasa Experian². No ano de 2011, foram decretadas 641 falências, enquanto em 2015 esse número subiu para 829.

Constata-se crescimento na utilização da arbitragem, bem como aumento no número de falências decretadas, o que permite crer que a possibilidade de realização de procedimentos arbitrais envolvendo empresas em processo de falência tende a aumentar.

Portanto, torna-se necessário analisar essa zona de interseção entre a arbitragem e a falência, especialmente no tocante aos efeitos da cláusula compromissória e do compromisso arbitral diante da decretação, bem como os impactos nos processos arbitrais em curso.

Com o intuito de avaliar a possibilidade de utilização da arbitragem pelo empresário, sucedido pela massa falida, serão examinados os requisitos de arbitrabilidade objetiva e subjetiva, considerando os efeitos da decretação da falência. Entre esses efeitos, encontra-se, a título exemplificativo, a indisponibilidade dos bens pelo falido.

Ademais, é importante analisar se, diante da decretação da falência, poderá a massa falida celebrar a convenção de arbitragem.

A matéria, ainda pouco debatida no Direito Brasileiro, passa a ser objeto do cotidiano dos magistrados, dos advogados e dos empresários. Os primeiros casos começaram a ser levados às cortes estatais brasileiras, incentivando o debate jurídico sobre o tema. Na jurisdição arbitral não seria diferente, a matéria passa a ser objeto de análise também pelos árbitros em alguns procedimentos arbitrais.

2. ARBITRAGEM E FALÊNCIA

Analisando o complexo (por natureza) sistema falimentar e recuperacional, os pontos de encontro entre essas matérias correlatas ao processo da falência e à arbitragem merecem atenção.

¹ *Valor Econômico (Online)*, 1.º jun. 2016. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/4583827/arbitragens-envolveram-r-38-bilhoes-em-seis-anos>>.

² Serasa Experian (Pesquisa 2016).

Inicialmente, contudo, é possível identificar uma matéria em que há dificuldade de acomodação entre as características e os princípios peculiares à falência e à arbitragem. Esta seria o próprio processo concursal da falência e as suas ações específicas.

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

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

Algumas dessas aparentes zonas de conflito possuem fundamento no aspecto de publicidade e de transparência, bem como na natureza executiva do processo falimentar. Essas características representam contraposição à natureza privatista própria da arbitragem, bem como ao sigilo que faz parte da prática desses processos, ainda que não seja em decorrência de disposição legal.

Nesse sentido, ilustra-se, com a observação de Vesna Lazic, manifestada em tese específica sobre o tema: “Insolvência e arbitragem são ambos procedimentos legais, mas com naturezas muito diferentes. Eles têm propósitos e políticas distintos, e objetivos e princípios diferentes” (LAZIC, 1998, p. 2)³.

É possível, *ab initio*, afirmar que o processo concursal falimentar, em si, é conflitante com a utilização da arbitragem para essa finalidade, ao menos levando em conta o atual sistema concursal brasileiro. Nesse sentido, é possível afirmar que seria inviável promover o processo falimentar por completo, atendendo às especificidades legais e da própria natureza concursal, pela via arbitral.

Nesse sentido, cita-se novamente Vesna Lazic:

Muito frequentemente é afirmado que as questões relacionadas à própria falência estão fora da jurisdição dos árbitros ou que tais questões não são arbitráveis. Certamente não sendo uma matéria puramente privada, questões envolvendo direito falimentar e insolvência são tradicionalmente consideradas fora do alcance da arbitragem. Em princípio, um árbitro não será competente para declarar alguém falido ou para nomear o administrador judicial. Questões puramente falimentares, em particular as que empregam procedimentos especiais previstos pela legislação nacional sobre insolvência, tais como a verificação, inventariação, arrecadação e distribuição de ativos, geralmente não são temas para serem decididos por um árbitro, mas pelos tribunais estatais nacionais competentes, com jurisdição sobre falência (LAZIC, 1998, p. 42-43)⁴.

³ Insolvency and arbitration are both legal procedures, but of a very different type of nature. They have distinct purpose and underlying policies and dissimilar objectives and principles.

⁴ It is very often stated that bankruptcy issues fall outside the arbitrator's jurisdiction or that such matters are not arbitrable. Certainly not being a purely private matter, insolvency law issues are traditionally considered to be outside the reach of arbitration. In principle, an arbitration will not be competent to declare someone bankrupt or to nominate the trustee. Pure bankruptcy issues, in particular those employing a special procedure provided by national insolvency laws, such as the

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

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

3. A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM POR EMPRESÁRIOS EM PROCESSO DE FALÊNCIA: ANÁLISE SOBRE ARBITRABILIDADE

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

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

Esse afastamento do falido da administração da empresa, e a perda da capacidade de disposição sobre o seu patrimônio induzem a revisitar os requisitos de arbitrabilidade subjetiva e objetiva, o que será feito, nessa oportunidade, sob o enfoque dos efeitos oriundos da decretação da falência.

3.1. Arbitrabilidade subjetiva e a representação da massa falida na arbitragem

Inicialmente, cumpre mencionar que este item abordará dois temas. O primeiro deles será propriamente a arbitrabilidade subjetiva da massa falida. O segundo será a sua representação processual nas arbitragens.

É importante distinguir o falido (devedor-empresário) da massa falida, para a abordagem da arbitrabilidade.

Um dos efeitos da decretação da falência é o afastamento do devedor da administração dos seus bens, o que implica também a impossibilidade de deles dispor⁵.

Uma equivocada interpretação inicial que eventualmente se pode fazer em relação a esse dispositivo legal é a de que a arbitrabilidade subjetiva, ou seja, a análise da capacidade desse devedor, restaria comprometida.

verification, inventarization, collection and distribution of assets, are generally not to be decided by an arbitrator, but by the competent national courts having jurisdiction over the bankruptcy.

⁵ Art. 103 da Lei 11.101/2005.

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

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

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

Por meio da análise do referido 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.

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

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

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

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

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

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

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

Verifica-se, por meio do entendimento de Celso Agrícola Barbi, que o direito definitivamente confere capacidade, inclusive processual, à massa falida, a qual deverá ser exercida por meio da representação pelo administrador judicial nos termos do art. 75 do atual Código de Processo Civil brasileiro de 2015.

Ao analisar a arbitrabilidade, importante distinguir capacidade de personalidade e, na sequência, verificar qual o real critério estabelecido pela legislação pátria. O legislador pátrio utilizou a palavra “pessoas” no art. 1.º da Lei de Arbitragem. Contudo, o requisito parece ser, em realidade, a capacidade contratual, o que poderia inclusive ocasionar a substituição da referida palavra por “partes”.

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

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

O contrato, sendo um negócio jurídico bilateral, exige agentes capazes; objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e consentimento válido, além de forma prescrito ou não vedada em lei (art. 104).

A capacidade de fato dos contratantes é condição imprescindível para a validade do contrato, importando a incapacidade relativa em anulabilidade do negócio e a incapacidade absoluta em nulidade deste (WALD, 2011, p. 255).

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

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

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

Logo, verifica-se 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.

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

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

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

Com o afastamento do falido, a massa falida será representada judicialmente pelo administrador judicial, que sucederá o falido nos processos em andamento e que figurará como parte naqueles ainda por serem instaurados. Essa é a disciplina prevista no art. 22 da Lei 11.101/2005⁶.

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

Art. 76. O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo.

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

Esses dispositivos previstos na legislação falimentar e recuperacional estão em perfeita harmonia com a disciplina apresentada pelo anterior (art. 12) e pelo atual Código de Processo Civil brasileiro (art. 75).

Esse também é o entendimento doutrinário acerca do tema (TOLEDO, 2010, p. 111; e BEZERRA FILHO, 2011, p. 102).

A título exemplificativo, é essa também a solução adotada pelo Direito norte-americano, especificamente no capítulo 7 do *US Bankruptcy Code*, que disciplina o processo de *liquidation*:

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

⁶ Art. 22. Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe:

[...] III – na falência:

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

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

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

⁷ The principal officer in a Chapter 7 case is the bankruptcy trustee. The trustee acts as the representative of the bankruptcy estate and is charged with managing the assets of the debtor and

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

Aparentemente o legislador pretendeu demonstrar, por meio desse dispositivo legal, como ocorrerá a sucessão do falido pela massa falida – representada pelo administrador judicial – nos processos em que for parte. São dispositivos que se compatibilizam com os princípios da eficiência e da celeridade e, sobretudo, com o interesse da massa e dos credores, uma vez que refletem o cuidado recomendado para que a massa não suporte prejuízos decorrentes de dúvidas ou de equívocos em sua representação processual.

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

Qualquer interpretação adversa representaria incongruência jurídica e com a lógica dos sistemas falimentar e processual. Considerando a possibilidade literal de representação da massa falida pelo administrador em todos os processos judiciais e, sendo a arbitragem igualmente jurisdição, ainda que privada, deverá o administrador judicial representar a massa também nos processos arbitrais.

Nesse sentido é também o entendimento de Donaldo Armelin (2007, p. 16).

Essa também é a solução verificada, em geral, no Direito Comparado. Via de regra, nos processos arbitrais em que uma das partes esteja em processo falimentar, de insolvência ou de liquidação, a sua representação na arbitragem ocorrerá pelo administrador judicial, *trustee* ou figura correspondente, a depender do ordenamento jurídico (LAZIC, 1998).

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

Evidentemente que, uma vez defendida a interpretação extensiva para que o administrador possa representar a massa falida também nas arbitragens, se deve manter a mesma coerência para contemplar nessa obrigação do administrador também a necessidade de relacionar os processos arbitrais nessa listagem. Entende-se que seria a solução mais adequada para compreender e aplicar esse dispositivo, procedendo da mesma maneira em face da obrigação do devedor de apresentar relação semelhante, prevista no art. 104, inciso “I”, alínea “g”, da Lei 11.101/2005⁸.

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

protecting the rights of the creditors and others. The trustee, for example, has the power to bring actions the debtor could have brought outside of bankruptcy.

⁸ A inserção da relação dos procedimentos arbitrais nas listas de processos do falido, previstas na Lei de Falência e Recuperação, não implica quebra do dever de sigilo, uma vez se tratar de imposição *lega versus sigilo* de natureza contratual (regulamentos de arbitragem ou contrato). Em relação ao tema: MORAES, 2014.

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

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

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

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

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

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

No que concerne a essa especificidade, é preciso entender que a regra prevista na legislação falimentar almeja viabilizar o prosseguimento dos muitos processos judiciais nos quais a massa seja parte.

Considerando ser bastante reduzido o número de arbitragens que tenham a massa falida como parte, e objetivando prevenir eventuais medidas contrárias ao prosseguimento do procedimento arbitral, é recomendável que, durante a substituição do falido pelo administrador judicial, esse último seja intimado a confirmar expressamente a continuidade da representação pelos atuais procuradores.

Essa recomendação, ao mesmo tempo em que pode parecer demasiadamente exagerada, poderá, sem maior esforço e com moderado dispêndio de tempo, evitar posteriores medidas de antiarbitragem ou anulações de sentenças.

Preocupação similar está estampada na posição de Fernando Mantilla Serrano, manifestada por meio de artigo baseado em sua experiência junto à Corte de Arbitragem da CCI – Câmara de Comércio Internacional, sediada em Paris⁹.

3.2. Arbitrabilidade objetiva e a disponibilidade dos bens do falido

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

⁹ Nessas situações, o árbitro deve solicitar que as partes comentem os efeitos que a insolvência pode ter na arbitragem, e deverá solicitar a parte insolvente (seus advogados e representantes) a fornecer todas as informações relativas à sua representação (MANTILLA-SERRANO, 1995, p. 56).

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

Evidentemente que as matérias que possam ser objeto de um processo arbitral, envolvendo partes em falência ou insolvência, são inúmeras. É possível indicar, a título ilustrativo, alguns exemplos, como pleitos objetivando reequilíbrio econômico de contratos, de indenizações, oriundos de controvérsias societárias, de construção, de compra e venda de máquinas, de cessão de tecnologia, dentre outros.

Entende-se, portanto, que a arbitrabilidade objetiva não é abalada em razão da decretação da falência de uma das partes, o que implicaria tão somente limitações para a disponibilidade dos bens. A título de exemplo, é possível imaginar uma situação na qual, durante um processo arbitral, discute-se a possibilidade de celebração de um acordo para pôr fim à controvérsia. Nessa hipótese, entende-se que o administrador judicial estaria sujeito aos requisitos, impostos por lei, para que pudesse efetivamente dispor dos bens (patrimônio), como requisito para celebrar validamente o acordo.

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

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

Outrossim, é correta a assertiva do ilustre magistrado de que decretada a falência, o devedor perde o direito de administrar seus bens ou deles dispor, na dicção expressado artigo 103 da Lei nº 11.101/2005. No entanto, disso não resulta que a indisponibilidade dos bens, interesses e direitos envolvidos no processo de falência, acarrete a aplicação do artigo 25 da Lei nº 9.307/96 à convenção de arbitragem anteriormente pactuada, eis que, caberá à Massa Falida, representada pelo Administrador Judicial, praticar todos os atos conservatórios de direitos e ações, consoante prevê o artigo 22, inciso III, alínea I, da Lei de Recuperação de Empresas e Falências (TJSP, Ag. 5310204300, Rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, 2008).

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.

É possível verificar, portanto, que a arbitrabilidade subjetiva persiste ainda que com a decretação da falência, podendo a massa, representada pelo administrador, utilizar e figurar como parte em procedimentos arbitrais.

4. O EFEITO DA DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA SOBRE OS CONTRATOS CELEBRADOS E SOBRE A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Alguns dos efeitos da decretação da falência recaem sobre as obrigações e sobre os contratos previamente pactuados pelo devedor.

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

O referido princípio, que decorre do princípio da isonomia, objetiva o tratamento equânime entre os credores em iguais situações durante o processo concursal. Dessa forma, assegura-se que, durante a liquidação, será conferido o mesmo tratamento aos credores em situações igualitárias, especialmente em relação ao recebimento dos créditos.

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

Uma vez que o crédito de cada credor individualmente poderá ter condições, prazos e regras específicos para o recebimento, ao ser decretada a falência, o sistema concursal objetiva posicionar todos os credores, integrantes de uma determinada mesma classe, em situações compatíveis. Nesse sentido, uma das providências adotadas é a declaração do vencimento antecipado de todas as obrigações, visando igualar as condições iniciais de recebimento entre os credores¹⁰.

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

Analisando o dispositivo em questão, não se verifica aparente oposição à validade da convenção de arbitragem.

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

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

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

¹⁰ Art. 77. A decretação da falência determina o vencimento antecipado das dívidas do devedor e dos sócios ilimitada e solidariamente responsáveis, com o abatimento proporcional dos juros, e converte todos os créditos em moeda estrangeira para a moeda do País, pelo câmbio do dia da decisão judicial, para todos os efeitos desta Lei (BRASIL, 2005).

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

Da análise do referido artigo, poderá surgir questionamento relacionado aos possíveis efeitos sobre a convenção de arbitragem, seja ela cláusula compromissória ou compromisso arbitral. Seria a convenção simples contrato bilateral, portanto, sujeito à necessária interpelação do administrador judicial e posterior declaração de cumprimento?

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

[...] E, em que pesem as argumentações da habilitante Jackson, não há como superar os óbices apresentados, inclusive pelo fato de que o processo de falência é público. Ao ser decretada a falência, a parte perde a disponibilidade de seus direitos, havendo a interferência estatal em toda a sua atividade, prevalecendo o interesse público (da massa falida e, portanto, dos credores) ao particular (contrato entre as partes e arbitragem). A única possibilidade de admissão dos efeitos da arbitragem seria: a) a sua suspensão imediata, com comunicação ao juízo da falência; b) a manifestação do administrador judicial, nos termos do art. 117 da Lei n. 11.101/2005, se considerado o estreito limite de um contrato bilateral, ainda assim, com a continuidade no cumprimento do contrato, sujeito a autorização judicial, de modo a continuar o procedimento; c) intimação do Ministério Público para acompanhar o procedimento de arbitragem (TJSP, Decisão Habilitação de Crédito 583.00.2005.031627/13, Juiz Alexandre Alves Lazzarini, 2007)¹¹.

Trata-se do caso *Jackson v. Diagrama*, o qual teve início por meio de homologação de crédito na falência, recebida como impugnação. Na decisão *supracitada*, o magistrado decidiu pela impossibilidade de habilitação do referido crédito, dentre outros motivos, pela necessidade de manifestação do administrador judicial nos termos do art. 117 da Lei 11.101/2005. Naquela oportunidade, entendeu-se pela necessidade de interpelação do administrador em relação à cláusula compromissória, sustentando ser esta um contrato bilateral.

Entende-se que essa decisão, que foi objeto de posterior revisão pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não refletia a compreensão mais adequada acerca do assunto. A convenção de arbitragem não deve ser compreendida como um contrato bilateral qualquer.

Entendida como negócio jurídico bilateral, a cláusula compromissória possui, essencialmente, dois efeitos, o positivo e o negativo. Tanto o efeito positivo (garantidor da possibilidade

¹¹ O referido caso *Jackson v. Diagrama* foi objeto de decisão em segunda instância pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao julgar Recurso de Agravo, que teve como relator o Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, também citada nesta oportunidade.

deinstalar o juízo arbitral), quanto – e principalmente – o negativo (de afastar a competência da jurisdição estatal) são produzidos durante a concepção da convenção arbitral.

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

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

Portanto, entende-se que não há que falar em necessidade de interpelação do administrador relacionada a contrato que produziu os efeitos esperados. Nesse sentido é o entendimento de Ricardo Tepedino:

A segunda pergunta diz respeito à necessidade de se interpelar o administrador, para saber se cumpre ou não a cláusula de arbitragem. A ela respondo negativamente. A regra do art. 117 se dirige, como ressaltado no item 30, supra, a contratos onde ainda remanescem pendentes de satisfação obrigações para ambas as partes (TEPEDINO, 2010, p. 426).

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

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

Portanto, a superveniência da quebra não afasta a exigibilidade e a eficácia da convenção arbitral celebrada validamente pelas partes plenamente capazes no momento de sua contratação (STJ, REsp 1.355.831/SP (2012/0174382-7), Rel. Min. Sidnei Beneti, 2013).

Cumprir lembrar, ainda, que a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato no qual está inserida – princípio da autonomia da cláusula compromissória – de tal forma que nem mesmo a anulação do contrato comprometeria a validade da cláusula de arbitragem.

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

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

Nos termos do referido dispositivo legal, ainda que o administrador opte pelo não cumprimento do contrato, a cláusula de arbitragem, autônoma, permanecerá perfeita e passível de ser aplicável. O mesmo entendimento deve ser aplicado em caso de compromisso arbitral.

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

5. A SUSPENSÃO DO CURSO DAS AÇÕES E DAS EXECUÇÕES EM FACE DO DEVEDOR

Certamente um dos efeitos da decretação da falência de maior relevância para o tema ora analisado seguramente é o previsto no art. 6º da Lei de Falência e Recuperação. O mencionado dispositivo legal disciplina que todas as ações e execuções em face do devedor, assim como o curso da prescrição, serão suspensas.

Art. 6.º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

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

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

O art. 6º contempla importantes efeitos oriundos da decretação da falência e do deferimento da recuperação. Dentre esses efeitos está a suspensão¹² da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor.

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

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

A primeira delas sustenta que o art. 6º não constitui expressamente uma exceção à universalidade do juízo falimentar (art. 76). Preconiza que somente os casos expressos elencados no art. 76 representariam uma exceção. Contudo, esses autores reconhecem o

¹² O referido tema relacionado à suspensão das ações será analisado também em tópico subsequente.

condão do art. 6.º de permitir o prosseguimento das ações que demandam quantia ilíquida, apenas não classificam essa possibilidade como uma exceção expressa ao juízo universal previsto no art. 76 (ABRÃO, 2010, p. 288; e BEZERRA FILHO, 2011, p. 189-190)¹³.

A *segunda* delas sustenta a aplicabilidade do art. 6.º, § 1.º, como uma das hipóteses de exceção à *vis attractiva* do juízo falimentar; contudo, apenas extensível às ações já instauradas e em andamento na época da decretação, conforme literalidade do referido dispositivo (transcrito acima) (ANDRIGHI, 2009, p. 503-504; ZANINI, 2007, p. 343).

De fato, essa interpretação vai de encontro ao exato texto do art. 6º, § 1º (literalidade). Contudo, representa algumas dificuldades de ordem prática.

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

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

Finalmente, a *terceira* e última classificação quanto aos entendimentos doutrinários acerca do tema defende que, por meio de interpretação sistêmica, analisando também os motivos que fundamentam a regra contemplada no art. 6.º, § 1.º, deverão ser aplicados em conjunto o art. 76 e o § 1.º do art. 6.º. Essa aplicação deverá ocorrer tanto para os processos em curso, quanto para os que ainda não tiveram início, carecedores de liquidez (processo de conhecimento)¹⁴.

¹³ Caso considerem, não mencionam isso explicitamente nas obras consultadas, como outros autores o fazem; ao interpretarem o art. 76, fazendo remissão ao art. 6.º.

¹⁴ “Ainda a acentuar a natureza relativa da regra de suspensão, proclama o art. 76 da Lei 11.101/2005 a unidade e indivisibilidade do juízo falimentar, ‘competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo.’ A norma, é claro, deve ser analisada em conjunto com o disposto no art. 6º, § 1º, e se refere às ações em que se demande quantia ilíquida, ou pretensões que não tenham por objeto quantias certas e definidas, uma vez que, nesse caso, o crédito deverá ser habilitado na falência – Paulo Fernando Campos Salles de Toledo” (TOLEDO, 2009, p. 821).

“Considerando-se o carácter de indivisibilidade emprestado ao foro da falência, no sentido deste concentrar todos os créditos e litígios sob a mesma autoridade judicial, para controle dos paga-

Bastante contundente é o entendimento de Donaldo Armelin nesse sentido. Dentre os argumentos que buscam justificar a impossibilidade de suspensão das ações que demandarem quantia ilíquida, inclusive aquelas ainda não instauradas, estão: (i) o processo de conhecimento deverá avaliar e decidir pela existência ou não do crédito; (ii) a natureza de ações de conhecimento destoa do propósito do concurso de credores e da falência, de natureza preponderantemente executória; (iii) aqueles cujo crédito ainda carece de liquidez terão condições desfavoráveis em comparação aos credores da mesma classe, que já tiveram a oportunidade de, por meio da ação de conhecimento, torná-los certos e exigíveis, o que dificilmente conseguirão senão por meio do processamento da ação de conhecimento; (iv) a análise do objetivo da suspensão prevista no art. 6.º mostra soar absolutamente excessivo que as demandas de quantia ilíquida, ainda por iniciar, não possam ter normal prosseguimento até a decisão pelo reconhecimento, ou não, do crédito; (v) o prosseguimento dessas ações que demandam quantia ilíquida não causa qualquer disparidade entre os credores (pelo contrário), pois, caso o crédito seja reconhecido, este deverá ser inserido no quadro, sendo submetido ao crivo do processo falimentar, mantida a *par conditio creditorum*.

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

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

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

Esse foi o entendimento da Ministra Nancy Andrigli, em voto proferido no julgamento do Recurso Especial referente ao caso *Kwikasair v. AIG*:

Todavia, a suspensão irrestrita de todas as demandas, nas quais se incluem aquelas em que se discute a própria formação do título executivo, por ser medida manifestamente excessiva, é excepcionada pelo § 1.º do art. 6.º da Lei n.º 11.101/2005. Isso porque o impedimento de seu trâmite resultaria em intransponível empecilho ao exercício do direito creditório. Este sim, depois de liquidado, passível de submissão ao crivo do processo falimentar e habilitação no quadro geral de credores ou inclusão no acervo patrimonial (STJ, REsp 1.355.831-SP/ 2012/0174382-7/, Rel. Min. Sidnei Beneti, 2013).

mentos aos credores com a manutenção, *quantum satis*, do princípio da *par conditio creditorum*, é perfeitamente aceitável a imposição da cessão da fluência das execuções em face do devedor e a centralização das ações sob a mesma competência. Mas a suspensão de processos de conhecimento, em que se discutem o *an* e o *quantum debeatur* dos credores, soa excessiva, considerando-se que os créditos apurados judicialmente passarão pelo crivo do processo falimentar Donaldo Armelin” (ARMELIN, 2007, p. 20).

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

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

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

A suspensão automática é uma das proteções fundamentais do devedor, prevista pelo direito falimentar. Ela confere uma trégua ao devedor em face de seus credores. Ela suspende todas as execuções, todos os assédios e todas as ações de liquidação. Ela permite que o devedor tente uma renegociação ou um plano de recuperação, ou simplesmente para ser aliviado em relação às pressões financeiras que o levaram a uma falência (WARREN; BUSSEL, 2006, p. 213)¹⁵.

O Direito francês igualmente recepcionou a suspensão automática, prevendo, ao disciplinar o procedimento de *sauvegarde* – em síntese, uma espécie de recuperação simplificada –, que, ao ser processada, suspenderia o ajuizamento de algumas ações de credores (FOUCHARD, 1998, p. 474-475).

Em que pese a importância do referido dispositivo, em prol da eficiência, da celeridade e do interesse da massa falida (entre outros motivos), o legislador brasileiro optou por criar exceções para essa suspensão.

O Direito norte-americano igualmente impõe determinadas exceções em relação à *automatic stay*. Nesse sentido, Douglas G. Baird:

De longe, a mais importante destas seções é §362, que impõe a suspensão automática a todos os credores. Ela exige que os credores interrompam todas as ações de cobrança no momento em que o requerimento é distribuído. A suspensão automática produz efeitos tão grandes que torna fácil esquecer que a suspensão é simplesmente uma presunção. O tribunal (estatal) pode afastar a suspensão sempre que um credor demonstrar que

¹⁵ Under the section 362(a), the filing of a petition in bankruptcy operates as a stay against a variety of acts affecting the debtor, property of the debtor, property of the bankruptcy estate, or property held by the bankruptcy estate. This stay is known as the automatic stay.

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

não há fundamento ou que o seu interesse está inadequadamente protegido (BAIRD, 2006, p. 14)¹⁶.

Em relação ao Direito brasileiro, entende-se que a primeira delas possui aplicabilidade para os procedimentos arbitrais. Essa aplicação irrestrita aos procedimentos arbitrais decorre da natureza da jurisdição arbitral, que é essencialmente cognitiva (processo de conhecimento), carecendo-lhe força executiva.

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

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

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

Dessa forma, a legislação brasileira estabelece que o processo concursal deverá concentrar sua atenção aos créditos já existentes, revestidos de força executiva, e não invocando para o juízo concursal potenciais créditos que dependeriam de análise em fase de cognição. Essa opção vai de encontro aos princípios da celeridade e da eficiência, que atendem ao melhor interesse da massa.

6. A UNIVERSALIDADE E A UNIDADE DO JUÍZO FALIMENTAR EM FACE DOS PROCEDIMENTOS ARBITRAIS

A universalidade e a unidade do juízo falimentar são princípios basilares do sistema falimentar, que decorrem da decretação da falência. A operacionalização do processo falimentar e a produção de seus efeitos, mantendo a igualdade entre os credores, jamais seria atingida sem a universalidade e a unidade do juízo falimentar.

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

Art. 76. O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo.

¹⁶ By far the most important of these sections is §362, which imposes an automatic stay on all creditors. It requires creditors to cease all debt collection efforts the moment a petition is filed. The automatic stay looms so large that it is easy to forget that the stay is simple a presumption. The court can lift the stay whenever a creditor shows that there is cause or that its interest is inadequately protected.

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

Art. 115. A decretação da falência sujeita todos os credores, que somente poderão exercer os seus direitos sobre os bens do falido e do sócio ilimitadamente responsável na forma que esta Lei prescrever (BRASIL, 2005, grifo nosso).

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

Entende-se que o art. 6.º deve ser aplicado e interpretado com os arts. 76 e 117. Os referidos dispositivos devem permitir o prosseguimento da arbitragem perante o juízo especial (arbitral), constituindo exceção à universalidade e à unidade do juízo falimentar. Contudo, corroborando ainda mais o entendimento ora proposto, entende-se que, também em razão da especialidade da jurisdição arbitral, o processo deverá prosseguir nesse juízo, assim como ocorre com as ações trabalhistas e fiscais. Acresce-se ao argumento, relacionado à especialidade do juízo, a constatação de que arbitragem é processo extrajudicial, portanto externo à estrutura do Poder Judiciário, o que justificaria, com maior razão, a exceção ora proposta.

Nesse sentido, é também o entendimento de Donaldo Armelin:

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

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

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

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

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

Enquanto essa exceção, ora analisada (ações não falimentares), é aplicável somente àquelas ações que tenham a massa no polo ativo (como parte ou litisconsorte), a exceção

prevista no art. 6º, §1º, (ações que demandarem quantia ilíquida) é aplicável, em regra, a todos os processos arbitrais.

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

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

Outrossim, iniciado o procedimento de arbitragem, nos termos convencionados pelas partes, e, comunicada a falência da agravada, interveio nos autos o Administrador Judicial, sustentando a competência do Juízo Universal da Falência para dirimir o conflito, o que não foi aceito pelo Juízo Arbitral, que, corretamente, deu prosseguimento à arbitragem, na dicção do artigo 76, parágrafo único, da Lei n.º 11 101/2005. Não era mesmo de se suspender a tramitação do procedimento de arbitragem, eis que, aplica-se à hipótese o artigo 6.º, § 1.º, da Lei n.º 11 101/2005, visto que versando a demanda sobre quantia ilíquida (TJSP, Ag. 5310204300, Rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, 2008).

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

Em relação aos procedimentos arbitrais em curso quando da decretação da falência, cumpre lembrar que o falido será sucedido pela massa falida. Esse processo de substituição merece atenção.

Ao assumir a posição processual anteriormente ocupada pelo falido, a massa, representada pelo administrador judicial, deverá prosseguir com a representação processual. É fundamental esclarecer que, nos termos do art. 120, § 1.º, os mandatos conferidos para representação judicial do devedor continuam em vigor até que sejam expressamente revogados pelo administrador judicial, conforme demonstrado. Esse dispositivo, de enorme relevância para a organização das atribuições administrativas da massa, garante o prosseguimento da representação dos procuradores atuantes no caso, confere ao administrador a incumbência, caso assim entenda, de revogá-los.

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

7. A CELEBRAÇÃO DE CONVENÇÃO ARBITRAL APÓS A DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA

Sobre a possibilidade de celebração de convenção de arbitragem após a decretação da falência), assentam-se algumas divergências acerca do tema.

A prática dos processos falimentares acena para algumas hipóteses nas quais a arbitragem será o meio de solução de conflitos mais adequado. Enquanto processo concursal, a falência possui como principal objetivo a liquidação do patrimônio da massa e a respectiva distribuição da arrecadação entre os credores. Durante o processo falimentar, o administrador poderá dispor do patrimônio da massa para objetivar o melhor interesse desta e dos credores. Para tanto, poderá ocorrer a cessão da marca; a transferência de tecnologia; a cessão do estabelecimento; a alienação de bens, como aeronaves, embarcações ou plantas industriais dentre outras operações e negócios jurídicos. Esses são apenas alguns exemplos que podem representar relações contratuais para as quais a arbitragem seria amplamente recomendável.

Seguramente a utilização da arbitragem em relações contratuais, como as referenciadas, poderá representar um atrativo para aquele que celebrará contratos com a massa falida, por conferir maior segurança jurídica.

Cumpre lembrar que a decretação da falência produz alguns efeitos que afetam também a convenção de arbitragem e a respectiva possibilidade de celebração. Dentre os principais efeitos analisados, encontra-se a perda da disponibilidade dos bens pelo falido, o que seguramente cria obstáculo para que o próprio falido possa celebrar convenção de arbitragem relacionada ao patrimônio que passou a integrar a massa (patrimônio do qual foi afastado).

Verificou-se que a decretação, contudo, não produz os mesmos efeitos em relação à massa, que prosseguirá podendo administrar e dispor dos bens que a integram. Esse é o entendimento extraído do art. 22, § 3.º, da Lei de Falência e Recuperação¹⁷.

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

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

¹⁷ Art. 22. Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe:

I – na recuperação judicial e na falência:

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

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

Alguns profissionais sustentam que, diante dos efeitos oriundos da decretação da falência, os bens restariam indisponíveis e, por essa razão, não seria possível celebrar novas cláusulas de arbitragem após a decretação (ARMELIN, 2007, p. 18-19; VASCONCELOS, 2008, p. 136).

Em sentido diferente, posicionam-se outros autores, sustentando que os direitos permanecem disponíveis e que, portanto, seria possível a celebração de convenção de arbitragem. Para tanto, seria necessário que o administrador solicitasse autorização judicial, nos termos do art. 22, § 3.º, da Lei de Falência e Recuperação (TOLEDO, 2009, p. 834; CARMONA, 2009, p. 37).

Contudo, entende-se que o tema, partindo desse último posicionamento, merece ser analisado de forma ainda mais aprofundada.

Cumpra analisar a natureza da autorização judicial, prevista no art. 22, §3º da Lei de Falência e Recuperação. Trata-se de autorização voltada à prática de atos pelo administrador. A participação do juízo falimentar, portanto, é voltada para a atividade do administrador judicial e sobre ela produz efeitos. Autoriza-se o administrador a praticar atos que impliquem disponibilidade patrimonial, mas o estado dos bens em nada é alterado em razão da autorização. Desde o início do processo falimentar, os bens são disponíveis por natureza, exatamente para atender ao objetivo do processo concursal, mas, para que deles possa dispor, o administrador judicial deverá requerer autorização.

Essa análise leva à conclusão de que o direito objeto de eventuais procedimentos arbitrais é disponível, ainda que se necessite de autorização para que deles se possa efetivamente dispor.

Em relação à opção pela arbitragem, trata-se de escolha da via processual e jurisdicional adequada para o caso concreto. Seguramente, ao submeter o conflito à via arbitral, não se está diante de disposição ou de renúncia de direitos. Corroborando essa afirmação, por hipótese, é possível que seja proferida sentença arbitral que julgue totalmente procedentes ou improcedentes os pedidos de uma das partes, oportunidade que não representaria qualquer redução patrimonial para a parte vencedora.

Com essa primeira reflexão, entende-se que arbitragem é processo jurisdicional, adversarial, que não implica renúncia ou transigência sobre direitos, o que, *per se*, não representa disponibilidade patrimonial.

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

O caso *Interclínicas v. Saúde ABC*, embora tenha enfrentado o tema em processo de liquidação, e não propriamente em falência (operadora de plano de saúde sujeita à liquidação extrajudicial), suscitou discussão acerca da validade de cláusula compromissória celebrada anteriormente à decretação. Não obstante, no mencionado caso, a cláusula tenha sido celebrada anteriormente à decretação da liquidação, é esse o raciocínio que deverá prevalecer mesmo nos casos de celebração de convenção de arbitragem *a posteriori*. Feitas essas considerações, cita-se o voto da Ministra Fátima Nancy Andrighi:

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

[...]

Em verdade, a participação do liquidante em procedimento arbitral não difere substancialmente da sua atuação na fase de conhecimento dos processos judiciais envolvendo a massa liquidanda. Também nestes, o liquidante, de regra, não pratica nenhuma ação tendente a onerar os bens da massa, até porque quaisquer atos de constrição ou expropriação somente ocorrerão na fase de execução (STJ, MC. 14.295/SP-(2008/0122928-4), Rel. Min. Nancy Andrighi, 2008).

Contudo, esse entendimento possui alguns desdobramentos naturais. O primeiro deles relaciona-se às custas do procedimento arbitral, em síntese representadas pelos honorários dos árbitros e pela taxa de administração da Câmara de Arbitragem.

Embora se entenda que o administrador judicial não precisará de autorização judicial para celebrar convenção arbitral, essa (autorização judicial) poderá vir a ser necessária em razão de eventual obrigação de cunho patrimonial ao assumir a responsabilidade pelo pagamento de parte das custas da arbitragem, decorrentes dessa opção pela via arbitral. Nesse caso, entende-se que a autorização judicial deverá ocorrer como pré-requisito necessário para a celebração da convenção arbitral, em razão da responsabilidade das partes pelo pagamento das custas.

A autorização judicial poderá ser dispensada caso a parte contrária concorde, contratualmente, em assumir a responsabilidade integral pelo pagamento das custas dos eventuais procedimentos arbitrais, o que poderá ser disciplinado no próprio compromisso ou na cláusula arbitral. Nesse caso, entende-se que o administrador independeria de autorização judicial, enquanto representante da massa falida, possuindo a autonomia e a capacidade necessárias para celebrar a cláusula compromissória, tratando-se de opção negocial e que não implica disponibilidade patrimonial.

Em síntese, para celebrar convenção de arbitragem, o administrador judicial não precisará de autorização do juízo falimentar, uma vez não implicar disponibilidade de bens ou de direitos. Trata-se tão somente de opção pela via jurisdicional que melhor se adéqua ao caso concreto.

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

Na hipótese de celebração de acordo, o que naturalmente implicará ato de transigir sobre os respectivos direitos, será necessária prévia autorização judicial, nos termos da legislação falimentar brasileira. Portanto, entende-se que não se trata de autorização para a utilização da arbitragem, mas de autorização para celebração do acordo, o que deve ocorrer também em processo judicial.

Uma vez celebrado eventual acordo, após autorização judicial, poderão as partes requerer ao Tribunal Arbitral (árbitros que atuam no caso) que o declarem por sentença arbitral, nos termos da Lei de Arbitragem.

8. ENUNCIADO APROVADO NA I JORNADA DE PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL

Em agosto de 2016, durante a “I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios”, do Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal, foram aprovados 13 enunciados relacionados à arbitragem.

Dentre os enunciados aprovados, especificamente o de número 6, prevê que:

6. O processamento da recuperação judicial ou a decretação da falência não autoriza o administrador judicial a recusar a eficácia da convenção de arbitragem, não impede a instauração do procedimento arbitral, nem o suspende.

O referido enunciado será útil, especialmente porque a legislação brasileira nada disciplina acerca do tema. Tanto a Lei de Arbitragem quanto a legislação falimentar e recuperacional não abordam expressamente a matéria.

Em relação aos efeitos da decretação da falência ou do processamento da recuperação judicial e aos respectivos impactos no procedimento arbitral, o enunciado adota, em síntese, o modelo, em certa medida, proposto no presente artigo, preconizando que não impedem a instauração de novos procedimentos, tampouco autorizam a suspensão das arbitragens que estiverem em curso.

Sobre a primeira parte do enunciado, que disciplina que tanto o deferimento da recuperação quanto a decretação da falência não autorizam o administrador judicial a recusar a eficácia da convenção de arbitragem, cumpre breve análise sobre o tema.

Aparentemente o objetivo dessa parte do enunciado é confirmar a eficácia da convenção, o que é muito oportuno, dado que a convenção produz os respectivos efeitos positivo e negativo, de imediato, quando de sua celebração, conforme visto anteriormente.

O enunciado seria ainda mais inequívoco caso mencionasse expressamente que a convenção de arbitragem não é suscetível de interpelação pelo administrador judicial, nos termos da legislação falimentar. Contudo, entende-se que essa é a interpretação que deve ser feita em relação ao enunciado.

9. DISCIPLINA DO TEMA EM PORTUGAL, NA ESPANHA E PROPOSTA LEGISLATIVA PARA O DIREITO BRASILEIRO

Alguns sistemas jurídicos de outros países disciplinam expressamente os efeitos da decretação da falência para as convenções de arbitragem.

A título exemplificativo, tanto a Espanha quanto Portugal possuem dispositivos legais expressos sobre o tema, nas respectivas legislações falimentares.

Ainda que o modelo escolhido por alguns países, em certa medida, possa ser considerado muito conservador, por outro lado, é certo que a previsão legal propicia um ambiente de segurança jurídica, sobretudo quando disciplina adequadamente o assunto.

Em síntese, o modelo português prevê, no art. 86 da respectiva legislação falimentar, que a decretação da falência deve suspender os efeitos da convenção de arbitragem en-

quanto perdurar a insolvência da parte. As arbitragens que estiverem em curso na data da decretação poderão prosseguir com o administrador judicial, assumindo a representação processual (CÓDIGO DA INSOLVÊNCIA, 2012, p. 185-186).

▫ O sistema espanhol pode ser considerado mais avançado ao disciplinar a matéria. Contudo, esse avanço não decorreu da primeira previsão legal sobre o tema.

▫ Em 2003, a Espanha disciplinou o assunto, prevendo a ineficácia das convenções de arbitragem durante a tramitação do concurso de credores. É certo que a disciplina legal não oferecia segurança jurídica ao afastar a convenção de arbitragem como regra geral.

▫ Em 2011, com a reforma da Lei Espanhola de Arbitragem, reformou-se também a legislação falimentar, passando a adotar o sistema no qual a regra é, em síntese, a preservação da convenção de arbitragem. Contudo, o legislador espanhol adota um modelo intermediário que apresenta certos riscos, ao permitir que o juízo falimentar determine a suspensão dos efeitos da convenção de arbitragem quando representar um prejuízo para a tramitação do concurso. Além de carecer de segurança jurídica ao conferir essa possibilidade ao juízo da falência, a redação dada ao dispositivo suscitou dúvidas sobre a interpretação, especialmente no que concerne ao que efetivamente seria o prejuízo para a tramitação do concurso (MORAL, 2014).

▫ O que se propõe no presente artigo é um sistema ainda mais avançado em relação à presença da convenção de arbitragem. Criar um ambiente seguro para o investidor e para o empresário é fundamental para o avanço do comércio e do direito empresarial.

▫ Com isso, entende-se importante que o sistema brasileiro passe a disciplinar expressamente o tema em sua legislação falimentar, ainda que reformada por leis específicas.

Em síntese, entende-se que o legislador deveria: (i) equiparar os processos arbitrais aos processos judiciais que continuam tramitando perante a jurisdição especial, inclusive para efeitos de custas processuais (créditos extra concursais); (ii) prever expressamente que os procedimentos arbitrais em curso devem prosseguir; (iii) prever que a convenção de arbitragem não é passível de interpelação pelo administrador judicial, tendo em vista que já produziu os respectivos efeitos; (iv) prever que a convenção de arbitragem permanece válida mesmo diante do deferimento da recuperação e da decretação da falência, sendo facultado a qualquer das partes iniciar o procedimento arbitral; (v) prever que a massa falida, representada pelo administrador, poderá celebrar convenções de arbitragem, hipótese em que precisará de autorização judicial apenas caso incorra em assunção de obrigações pelo pagamento de custas processuais.

Tendo em vista o sistema proposto e a disciplina dos itens acima mencionados, distribuídos nos respectivos artigos e capítulos da legislação falimentar brasileira, entende-se que o sistema brasileiro passaria a conferir a segurança jurídica adequada, permitindo um avanço jurídico e econômico.

10. CONCLUSÃO

Analisando os institutos da arbitragem e da falência, entende-se que o processo concursal falimentar, em si, não poderá transcorrer pela via arbitral. Contudo, os institutos da arbitragem e da falência podem e devem coexistir.

Considerando que, no curso dos processos arbitrais, serão apuradas quantias que ainda carecem de liquidez, a arbitragem constitui uma das exceções à suspensão das ações em face da massa falida, nos termos do art. 6º da Lei de Falência e Recuperação.

Por meio de interpretação e do exame da legislação falimentar e recuperacional (Lei 11.101/2005), o processo arbitral também não será atraído pelo juízo universal da falência, considerando tratar-se de jurisdição especial e extrajudicial, de natureza cognitiva. Essa é a interpretação que deve ser conferida ao art. 76 da Lei de Falência e Recuperação, de maneira sistêmica e em sintonia com o art. 6º, previsto no mesmo diploma legal.

Portanto, a arbitragem, enquanto processo cognitivo, constitui exceção à regra do juízo universal, até que o crédito seja efetivamente apurado, o que somente ocorrerá com a decisão dos árbitros mediante proferimento de sentença arbitral.

No tocante à arbitrabilidade, embora o falido perca a disponibilidade sobre o seu patrimônio com a decretação da falência, é certo que esse efeito não implica indisponibilidade dos bens e dos direitos que passam a integrar a massa falida. Em realidade, a legislação falimentar prevê, conforme demonstrado, que a massa falida – representada pelo administrador judicial – passará a administrar esse patrimônio.

Ao administrador, será facultada, em prol do interesse da massa e dos credores, inclusive a possibilidade de disposição ou de transação sobre os bens que integram o patrimônio.

Em relação à arbitrabilidade subjetiva, o falido será sucedido pela massa falida em todos os processos nos quais for parte. A massa falida, como sujeito de direito sem personalidade, possui capacidade processual reconhecida pelo ordenamento jurídico, devendo ser representada pelo administrador judicial tanto nos processos judiciais quanto nos procedimentos arbitrais.

Em relação à cláusula de arbitragem celebrada anteriormente à decretação da falência, não obstante a convenção arbitral seja pacto de natureza contratual em sua origem e jurisdicional em sua finalidade, entende-se que não pode ser confundida com um contrato bilateral qualquer. Uma vez celebrada, a cláusula produz os efeitos positivo e negativo, ficando afastada a jurisdição estatal. Portanto, a convenção arbitral não está sujeita à interpelação pelo administrador judicial, nos termos da legislação falimentar.

Os procedimentos arbitrais em curso deverão prosseguir normalmente, uma vez que representam exceção à regra geral de suspensão das ações e à universalidade do juízo falimentar.

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

Contudo, caso a opção pela via arbitral implique o recolhimento de custas a serem suportadas pela massa falida, nesse caso, será imprescindível a autorização judicial, não em razão da escolha pela arbitragem, mas pelos efeitos econômicos dela decorrentes.

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

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Carlos Henrique. Da falência. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de (coord.); ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 286-394.
- ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa: de acordo com a Lei n. 11.101/2005*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ANDRIGHI, Fátima Nancy. Comentários – Arts. 75 a 80. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas: Lei n.º 11.101/2005, de 09 de fevereiro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 489-519.
- ARMELIN, Donaldo. A arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial. In: WALD, Arnaldo (Coord.). *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 4, n. 13, p. 16-29, abr.-jun. 2007.
- BAIRD, Douglas G. *Elements of bankruptcy*. 4. ed. New York: Foundation Press, 2006.
- BALBINO, Inez. A arbitrabilidade do direito falimentar. In: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez (Coord.). *Arbitragem. Temas contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 199-219.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. I.
- BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem: nos termos da Lei n.º 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014.
- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 – comenta artigo por artigo*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.
- CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.º 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- CASTRO, Eduardo Spínola e. A arbitragem e a nova lei de falências. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Org.). *Direito societário e a nova lei de falências e de recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 129-146.
- CÓDIGO DA INSOLVÊNCIA E DA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS ANOTADO – PLMJ. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Código Comercial e legislação complementar anotados*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas: Lei n.º 11.101/2005, de 09 de fevereiro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

- CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, falência e arbitragem. In: WALD, Arnoldo (Coord.). *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 8, n. 29, p. 183-206, abr.-jun. 2011.
- DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- FARIA, Luis Cláudio Furtado; COZER, Felipe Rodrigues. Recuperação e falência na arbitragem. In: WALD, Arnoldo (Coord.). *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 8, v. 31, p. 249-260, out.-dez. 2011.
- FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- FOUCHARD, Philippe. Arbitrage et faillite. *Revue de l'Arbitrage*, Paris: Comité Français de l'Arbitrage, n. 3, p. 471-494, 1998.
- FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Falência e recuperação da empresa em crise*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999.
- GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009.
- LAZIC, Vesna. *Insolvency proceedings and commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1998.
- LEMES, Selma Ferreira. *Árbitro: princípios da independência e imparcialidade: abordagem no direito internacional, nacional e comparado*. São Paulo: LTr, 2001.
- _____. *Arbitragem na administração pública – fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- _____; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007.
- MANTILLA-SERRANO, Fernando. International arbitration and insolvency proceedings. *Kluwer Law International*, v. 11, issue 1, p. 51-74, 1995.
- MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem no direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- MORAES, Felipe Ferreira Machado. *A utilização da arbitragem por empresas em falência*. 2014. Dissertação (Mestrado) – PUC Minas.
- MORAL, María Flora Martín. *El concurso de acreedores y el arbitraje*. Madrid: Wolters Kluwer España, 2014.
- PENTEADO, Mauro Rodrigues. Disposições comuns à recuperação judicial e à falência. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 – artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2007. p. 131-143.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. I.
- PERIN JUNIOR, Ecio. *Curso de direito falimentar e recuperação de empresas*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2006.
- _____. *Preservação da empresa na Lei de Falências*. São Paulo: Saraiva, 2009.

- PIMENTA, Eduardo Goulart. *Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da nova lei de falências*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.
- PINTO, José Emilio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 2, n. 6, p. 25-36, jul.-set. 2005a.
- _____. Arbitragem na recuperação de empresas confidencialidade na arbitragem. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 2, n. 7, p. 79-100, out.-dez. 2005b.
- PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.
- SANTOS, Paulo Penalva (Coord.). *A nova lei de falências e de recuperação de empresas: Lei n.º 11.101/05*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 – artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2007.
- TEPEDINO, Ricardo. Dos efeitos da decretação da falência sobre as obrigações do devedor. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 416-455.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Alguns aspectos processuais da nova lei de falências. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, Porto Alegre: Magister, v. 8, p. 86-103, abr.-maio 2006.
- _____. *Curso de direito processual civil*. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1.
- TIMM, Luciano Benetti. *Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. Do administrador judicial e do comitê de credores. In: _____.; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 102-140.
- _____. Arbitragem e insolvência. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais*. Direito empresarial: falimentar e recuperação empresarial. São Paulo: RT, 2011. v. 6, p. 819-844.
- _____.; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- VASCONCELOS, Ronaldo. *Direito processual falimentar* (de acordo com a Lei n.º 11.101, de 09 de fevereiro de 2005). São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Do administrador judicial e do comitê de credores. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 – artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2007. p. 163-185.
- VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem no direito societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- _____. O destino da cláusula compromissória após a decretação da falência. In: ZIMMERMANN, Lucia Vidigal (Org.); FORTI, Fábio (Coord.); NEPOMUCENO, Victor Teixeira (Coord.). *Recuperação judicial: da necessidade à oportunidade*. São Paulo: LTr, 2013. p. 341-351.

- WALD, Arnaldo. *Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- WARREN, William D.; BUSSEL, Daniel J. *Bankruptcy*. 7. ed. New York: Foundation Press, 2006.
- ZANINI, Carlos Klein. Da falência. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 – artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2007. p. 337-356.