

Administrador judicial deve assumir arbitragem antes da falência

23/06/2011

O acórdão da Câmara Especial de Falência e Recuperação Judicial do Tribunal de Justiça de São Paulo no julgamento dos Embargos de Declaração 644.204-4/4- traz já em seu corpo a tese que está, aos poucos, sendo consolidada na colenda Câmara: se o procedimento arbitral começar antes da decretação da quebra, deve o administrador judicial assumi-lo, representando a massa falida.

Ora, mas se o acórdão já traz o argumento principal, por que analisá-lo?

Pois ele prestigia o instituto da arbitragem, tão bem acolhido por essa colenda Câmara, a partir do primeiro e cristalino voto sobre o tema, do desembargador Pereira Calças, em Agravo de Instrumento 531.020.4/3-00. É justamente deste voto que o desembargador Maia da Cunha, relator dos Embargos de Declaração em análise, fez sua fundamentação quanto à intersecção da arbitragem no direito falimentar.

Por outro lado, tentar-se-á acrescentar, *data maxima venia*, alguns pontos que aprofundariam a respeitável decisão.

Nesse caminho, vale fazer pequeno comentário sobre os objetivos da Lei de Falência, e explorar, pelo olhar da doutrina, a arbitrabilidade do direito falimentar e o princípio da *kompetenz-kompetenz* insculpido no artigo 8º da Lei de Arbitragem (LARb) e, por fim, a desnecessidade da intervenção do Ministério Público no procedimento arbitral.

A função da Lei de Falência

A legislação falimentar tem importante papel do ponto de vista econômico. É ela quem traz equilíbrio ao sistema de insolvência, que pode ser gerado tanto pela má administração do negócio, quanto, em atenção à literatura econômica, pela assimetria da informação (perigo moral e seleção adversa) e por contratos incompletos (crises econômicas, fatores conjunturais, acirramento da concorrência, desenvolvimento de novas tecnologias).

Assim, a legislação atual tenta trazer eficiência ao processo falimentar, maximizando os ativos tangíveis e intangíveis^[1], com o objetivo dos credores recuperarem parte dos seus créditos.

Nessa esteira de raciocínio, a arbitragem, por sua tecnicidade e celeridade, contribui para eficiência e segurança jurídica que a nova lei falimentar quer implementar na economia.

Assim, esta breve introdução sobre os objetivos da lei falimentar serve como um primeiro argumento para se avaliar a possibilidade do procedimento arbitral iniciado antes da quebra da empresa.

A arbitrabilidade do direito falimentar

É o artigo 1º da Lei 9.307/96 que delimita quem pode valer-se da arbitragem para solucionar

conflitos e o que pode ser dirimido pelo instituto, observe-se:

Artigo 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Nesse sentido, vale citar o professor Carlos Alberto Carmona[2]:

“Condição sine qua non para a utilização da arbitragem é a capacidade dos contratantes, sem o que não pode ser firmada convenção de arbitragem. A capacidade jurídica consiste – como lembra Angelo Favata – “na aptidão de tornar-se sujeito de direitos e de deveres”, sendo tal capacidade o pressuposto de todas os direitos e obrigações”.

Completa o mesmo autor sobre a disponibilidade dos bens:

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

No presente acórdão as partes eram capazes e o bem era disponível antes da declaração de falência. Acontece, porém, que após a quebra, os bens do falido, por força do artigo 103 da Lei de Falência[3], são indisponíveis. Há uma aparente contradição, haja vista que sendo os bens da massa indisponíveis, como dar seguimento ao procedimento arbitral que não pode, em atenção ao artigo 1º da LArb, dirimir conflitos cujo objeto são bens indisponíveis?

Ora, o artigo 6º, parágrafo 1º, da Lei de Falência é cristalino no sentido de que terão continuidade, no juízo que tiverem sido ajuizadas, as ações que versem sobre quantia ilíquida:

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

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

Nesse passo, a arbitragem em curso, em uma jurisdição privada, mas versando sobre quantia ilíquida, em nada impede ou ofende o artigo supra, pelo contrário, o prestigia. É o resultado do procedimento arbitral é que deve ser incluído no quadro geral de credores[4].

Anote-se sobre esse ponto comentário do professor Donaldo Armelin[5], em artigo pioneiro sobre o assunto em comento:

*“Em verdade, mesmo a arrecadação dos bens do falido, ato pelo qual se submete ao guante do judiciário todo o patrimônio deste, em nada é obstada pela existência de arbitragem em curso. Da mesma forma, a perda de capacidade do falido para agir validamente no campo das relações empresariais não modifica a estrutura da arbitragem, **apenas alterando-se a representação da parte por isso afetada, impondo-se a sua sucessão na relação jurídico-arbitral. Também a indisponibilidade dos bens do falido não será alterada pela arbitragem ou pelo seu resultado, quando, como sucede no caso em tela, este se constituir em título executivo judicial, que haverá de ser habilitado no juízo falimentar para que o direito nele embutido venha ser, em sendo isso possível, satisfeito.***

*O âmbito da tutela jurisdicional abarca dois planos diferenciados; aquele restrito ao mundo jurídico, que se alcança mediante o processo declaratório no sentido lato e o outro, que exige a modificação do mundo empírico para satisfação de direitos, como é o processo de execução. **A este ultimo plano a jurisdição arbitral não tem acesso, pois lhe é vedada a incursão no mundo fático, porque carente o árbitro do poder estatal consubstanciado no imperium. Logo, a arbitragem não pode, por si só, afetar a execução enquanto instrumento de modificação do mundo dos fatos para serem satisfeitos direitos.***

(...) Ora, se a distribuição da competência entre as varias Justiças que integram o Poder Judiciário é suficiente para estancar a vis atractiva da falência, com maior razão a diversidade entre a jurisdição estatal e a arbitral será bastante para esse fim”. (grifo nosso)

No mesmo sentido a doutrina falencista, na pena do professor Mauro Rodrigues Penteadó[6]:

“A suspensão do curso de ações e execuções individuais não alcança as demandas que versem sobre quantia ilíquida, que terão prosseguimento no juízo perante o qual estiverem sendo processadas. (...) na falência, prosseguem com o administrador judicial, que, para tanto, deverá ser intimado, sob pena de nulidade do processo (artigo 76, parágrafo único)”.

Por fim, frise-se que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo corrobora a tese levantada acima, já tendo se pronunciado sobre o tema no Agravo de Instrumento 531.020.4/3-00, relatado pelo desembargador Pereira Calças[7], determinando não só a arbitrabilidade, como a habilitação de crédito decorrente de sentença arbitral, cujo procedimento foi iniciado antes da quebra.

Desta forma, conclui-se ser plenamente possível a arbitrabilidade do direito falimentar, caso a convenção de arbitragem tenha sido celebrada antes da sentença que decreta a falência,

prossequindo o procedimento arbitral por meio do administrador judicial. Ponto interessante a se estudar é se é o árbitro ou o juiz togado quem deve decidir sobre sua competência para dirimir conflitos decorrentes da falência. Este será o objeto do próximo capítulo.

Princípio da competência-competência: o árbitro deve decidir se tem jurisdição para aquela demanda

Discorre o artigo 8º, parágrafo único, da LArb, se quem tem competência para decidir conflitos de jurisdição é o árbitro ou o juiz togado.

O professor Pedro A. Baptista Martins^[8] ensina da análise do artigo supra citado que:

“A cláusula compromissória é autônoma; quer isso dizer que não se macula, não se impregna de qualquer desses possíveis vícios. Ela está acima do bem e do mal, ao menos em um primeiro momento, o da instituição da arbitragem, e que resulta da eficácia da cláusula compromissória.

Para esse efeito, detém o árbitro a competência para dirimir sobre sua própria competência. Quem afirma isso é a lei. Queira ou não, está escrito na lei e, por isso, deve ser cumprido.

(...)

Aqui um parênteses: detém o árbitro competência para decidir sobre sua jurisdição e não, como vulgarmente tratado, competência para dirimir sobre sua competência. O rigor técnico assim impõe, pois a arbitragem afasta a jurisdição estatal e não a competência de um órgão do próprio poder judiciário. Trata-se de analisar qual das duas jurisdições – estatal ou arbitral – está legitimada a apreciar e julgar a controvérsia”.

Observe-se que o conceito da competência-competência dá ao árbitro decisão de continuar ou não o procedimento arbitral que verse sobre quantia ilíquida, antes da decretação da quebra. Esse assunto não foi comentado pelo d. relator em seu r. acórdão, mas valeria a pena breves linhas sobre ele, com o objetivo de clarificar o instituto e consolidar a jurisprudência.

A desnecessidade de intervenção do Ministério Público

Extraí-se da leitura do r. acórdão que a embargante, na tentativa de obstar a arbitragem, “socorre-se de manifestação do Ministério Público”. O acórdão, se baseando simplesmente na ementa do Agravo de Instrumento 531.020.4/3 -00, relatado pelo desembargador Pereira Calças, afastou a necessidade da participação ministerial no presente caso.

Poderia, entretanto, ter discutido com maior veemência o assunto, citando o veto do artigo 4º da Lei Falimentar e sua respectiva justificativa. Confira-se:

Artigo 4º. O representante do Ministério Público intervirá nos processos de recuperação judicial e de falência.

Parágrafo único. Além das disposições previstas nesta Lei, o representante do Ministério Público intervirá em toda ação proposta pela massa falida ou contra esta."

Razões do veto

"O dispositivo reproduz a atual Lei de Falências – Decreto-Lei 7.661, de 21 de junho de 1945, que obriga a intervenção do parquet não apenas no processo falimentar, mas também em todas as ações que envolvam a massa falida, ainda que irrelevantes, e.g. execuções fiscais, ações de cobrança, mesmo as de pequeno valor, reclamações trabalhistas etc., sobrecarregando a instituição e reduzindo sua importância institucional.

Importante ressaltar que no autógrafo da nova Lei de Falências enviado ao presidente da República são previstas hipóteses, absolutamente razoáveis, de intervenção obrigatória do Ministério Público, além daquelas de natureza penal".

Ou seja, pela sistemática da lei falimentar, o Ministério Público somente intervém quando a lei expressamente assim pede[9].

Corroborando com o acima exposto o professor Donaldo Armelin[10]:

"Esta conclusão não se altera pela circunstância de ter o ministério público uma atividade fiscalizadora na tela falimentar, estando, pois, legitimado a ajuizar as ações cabíveis na defesa dos direitos e interesses da massa falida, mas não para ingressar com em arbitragem para monitorar ou nela atuar como custos legis. Caber-lhe-á, se admissível for, postular o reconhecimento de invalidade da decisão arbitral que se encarta em uma das hipóteses previstas no artigo 32 da Lei n.º 9.307/96".

Conclusão

Pelo exposto, observa-se que o respeitável acórdão embora correto, não se aprofundou em tema de especial importância ao sistema de insolvência, que é a relação entre a recuperação judicial e a arbitragem. Porém, aceitou a continuidade do procedimento arbitral, que teve início antes da quebra, permitindo a celeridade e tecnicidade para a solução do conflito, dando eficiência ao processo falimentar, justamente o que a Lei de Falência prestigia.

Bibliografia

1) Armelin, Donaldo; "A Arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial"; in Revista de Arbitragem e Mediação; Revista dos Tribunais;

2) Carmona, Carlos Alberto; "Arbitragem e Processo – Um comentário à Lei nº. 9.307/96"; 3ª Edição; Editora: Atlas;

3) Fontes, Marcos Rolim Fernandes; Chohfi, Rodrigo Mauro Dias; Morelli, Daniel Nobre; Arbitragem e Falência. Memoriais no AgIn 531.020.4/3; Caso Jackson Empreendimentos Ltda. x Massa Falida de Diagrama Construtora Ltda.; *in* Revista de Arbitragem e Mediação;

4) Martins, Pedro Batista; “Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem”; Editora Forense.

5) Penteado, Mauro Rodrigues; *in* Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência; Coordenação de Souza, Francisco Satiro Junior e Pitombo, Antônio Sérgio A. de Moraes; Editora: Revista dos Tribunais

[1] No Decreto-lei nº. 7.661/45 ignorava-se a existência de ativos intangíveis.

[2] Carmona, Carlos Alberto; “Arbitragem e Processo – Um comentário à Lei nº. 9.307/96”; 3ª Edição; Editora: Atlas; p. 38.

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

[4] Esse posicionamento é análogo a continuidade das ações trabalhistas, insculpido no artigo 76, da Lei Falimentar.

[5] Armelin, Donaldo; “A Arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial”; *in* Revista de Arbitragem e Mediação; Revista dos Tribunais; p. 16-29.

[6] Penteado, Mauro Rodrigues; *in* Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência; Coordenação de Souza, Francisco Satiro Junior e Pitombo, Antônio Sérgio A. de Moraes; Editora: Revista dos Tribunais; p. 138.

[7] Vale conferir caso análogo de liquidação extrajudicial de operadora privada de plano de saúde: AgIn 460.034-4/5-00. Rel. José Roberto Betran, j. 21.11.2006).

[8] Martins, Pedro Batista; “Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem”; Editora Forense.

[9] Fontes, Marcos Rolim Fernandes; Chohfi, Rodrigo Mauro Dias; Morelli, Daniel Nobre; Arbitragem e Falência. Memoriais no AgIn 531.020.4/3; Caso Jackson Empreendimentos Ltda. x Massa Falida de Diagrama Construtora Ltda.; *in* Revista de Arbitragem e Mediação; p.358-361.

[10] Armelin, Donaldo; “A Arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial”; *in* Revista de Arbitragem e Mediação; Revista dos Tribunais; p. 16-29.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2011-jun-23/administrador-judicial-assumir-arbitragem-antes-falencia/>