

ARBITRAGEM NO DIREITO FALIMENTAR

ARBITRATION IN BANKRUPTCY LAW

FABIANE BONAFINI ZANATTA FLIZIKOWSKI¹

VERA LÚCIA CUMIN²

JOÃO PAULO FALAVINHA MARCON³

RESUMO

O presente artigo busca demonstrar o que é o instituto jurídico da Arbitragem, sua constitucionalidade, bem como de que forma ele pode ser utilizado para dirimir conflitos relativos a questões falimentares, como alternativa ao Poder Judiciário tradicional.

Palavras-chave: Arbitragem; Formas Alternativas de Resolução de Conflitos; Poder Judiciário; Direito Falimentar

ABSTRACT

The present article aims to demonstrate what the juridical institution of Arbitration is, its constitutionality, as well as how it can be used to solve conflicts concerning to bankruptcy, as an alternative to the traditional Law System.

Keywords: Arbitration; Alternative Dispute Settlements; Law System; Bankruptcy Law

1. Introdução

No ano de 2005, o direito concursal brasileiro ganhou um novo estatuto legal em substituição à Lei de Falência de 1945. Trata-se da Lei 11.101, que veio regulamentar a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresarial. Com ela, a prática da concordata branca, então vedada no Decreto – Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, passou a ser incentivada com o instituto da recuperação extrajudicial. O empresário ou sociedade empresária devedora pode convocar credores e, com eles negociar plano de recuperação de empresa.

¹ Graduanda em Direito pelas Faculdades OPET; membro do Núcleo de Iniciação Científica em Arbitragem, na mesma Instituição; endereço eletrônico: fabinhazf@gmail.com

² Graduanda em Direito pelas Faculdades OPET; membro do Núcleo de Iniciação Científica em Arbitragem, na mesma Instituição; endereço eletrônico: verascumin@hotmail.com

³ Advogado; Especialista em Direito e Negócios Internacionais; Mestre em Ciência Política e Relações Internacionais; Professor Universitário; Coordenador do Núcleo de Iniciação Científica em Arbitragem das Faculdades OPET; endereço eletrônico: jpmarcon@gmail.com

O conflito de crédito ocasionado pela inadimplência, por outro lado, gera as reações mais diversas nos credores. A resolução desses conflitos se dá, geralmente, pela negociação direta do devedor com seus credores. Contudo o devedor pode ficar vulnerável, na circunstância em que se encontra, a contraproposta desarrazoadas de alguns credores, refletindo no planejamento financeiro daquele e atingindo outros credores.

Assim, supõe-se que a mediação e a arbitragem, enquanto métodos equitativos de resolução de conflitos, possam ser utilizados como instrumento de recuperação de empresas.

Com seus progressos e retrocessos, o instituto da recuperação extrajudicial de empresários e de sociedades empresariais tem, como princípios norteadores, o Projeto de Lei de Recuperação de Empresas. Para delimitar os agentes econômicos que podem participar da recuperação extrajudicial (devedor e credores), além de aspectos processuais e procedimentais acerca do pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial (competência territorial, petição inicial, documentos, editais, impugnações e sentença).

Propõe-se a utilização da mediação e arbitragem como método de resolução do conflito de crédito no âmbito da recuperação extrajudicial de empresas, com suas vantagens e desvantagens.

2. Desenvolvimento

2.1 Conceito de Arbitragem

A arbitragem – meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial (artigo 475-N IV do CPC) – é colocada a disposição de quem quer que seja, para a solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais a cerca dos quais os litigantes possam dispor.

Trata-se de mecanismo privado de solução de litígios, por meio do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes. Esta característica impositiva da solução arbitral a distância da mediação e da conciliação, que são meios autocompositivos de solução de litígios, de sorte que não existirá decisão a ser imposta às partes pelo mediador ou pelo conciliador, que sempre estarão limitados à mera sugestão (que não vincula as partes).

Ao optarem pela arbitragem, duas são as possibilidades quanto ao órgão arbitral: ou nomeiam um único arbitro, ou entregam a um grupo de árbitros a solução dos litígios; num caso ou noutro, pode, o órgão arbitral, ser constituído exclusivamente, para resolver determinada controvérsia (arbitragem *ad hoc*) ou pode ser tal órgão pré-constituído (arbitragem institucional).

2.2 Arbitragem como meio alternativo de solução de conflitos

A arbitragem, que em alguns países é praticada mais intensamente e também no plano internacional, no Brasil só começa a ser praticada mais intensamente quando se trata de conflitos entre nacionais, a partir da promulgação da Lei nº 9307/96.

“Abrem-se agora os olhos”, pra essa modalidade de solução dos conflitos, tratado como meio alternativo de pacificação social. Por outro lado, cresce também a percepção de que o Estado tem falhado muito em sua missão pacificadora, que ele tenta realizar mediante o exercício da jurisdição estatal e através das formas do processo civil, penal ou trabalhista.

O processo é, necessariamente, formal, porque suas formas constituem o modo pelo qual as partes têm a garantia de legalidade e imparcialidade no exercício da jurisdição (princípio da legalidade, devido processo legal – Const., art. 5^a, inc. LIV). No processo, as partes têm o direito de participar intensamente, pedindo, requerendo, respondendo, impugnando, provando, recorrendo; a garantia constitucional do contraditório (art. 5^a, inc.LV) inclui também o direito das partes ao dialogo com o juiz, sendo este obrigado a participar mais ou menos intensamente do processo, decidindo sobre pedidos de requerimento das partes, tomando iniciativa da prova em certa medida, fundamentando suas decisões (Const.,art.93^a, inc. IX).

Tudo isso, porém, demanda tempo, e o tempo “é inimigo” da efetividade da função pacificadora. A permanência de situações indefinidas constitui angústia e infelicidade pessoal. O ideal seria a pronta solução dos conflitos, tão logo apresentados ao juiz; mas, como isso não é possível, eis aí a demora na solução dos conflitos como causa de enfraquecimento do sistema. Com essas características presentes em maior ou menor intensidade conforme o caso (direitos disponíveis ou indisponíveis) vão sendo incrementados os meios alternativos de pacificação social representados pela conciliação, mediação e arbitragem.

A arbitragem, tradicionalmente regida pela lei material e pelo Código de Processo Civil, era instituto em desuso no direito brasileiro. Depois, com a Lei das Pequenas Causas (atualmente, Lei dos Juizados Especiais) e com a Lei da Arbitragem, ela ganhou nova força e

vigor e, em alguma medida, vai passando a ser utilizada, efetivamente, como meio alternativo para a pacificação de pessoas em conflito.

2.3 Arbitragem no Direito Moderno

O juízo arbitral é delineado no direito brasileiro da seguinte forma:

a) convenção de arbitragem (compromisso entre as partes ou cláusula compromissória inserida em contrato: L A, art.3^a);

b) limitação aos litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis (art.1^a);

c) restrições à eficácia da cláusula compromissória inserida em contratos de adesão (4^a,§ 2^a);

d) capacidade das partes (art.1^a);

e) possibilidade de escolherem, as partes, as regras de direito material a serem aplicadas na arbitragem, sendo ainda admitido convencionar que esta “se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio” (art.2^a§ 2^a e 3^a);

f) desnecessidade de homologação judicial da sentença arbitral nacional (art.31);

g) atribuição a esta dos mesmos efeitos, entre partes, dos julgados proferidos pelo Poder Judiciário (valendo inclusive como título executivo, se for condenatória : art.31^a);

h) possibilidade de controle jurisdicional ulterior, a ser provocado pela parte interessada (ação anulatória – arts.32 e 33);

i) possibilidade de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais produzidas no exterior (arts. 34, ss);

2.4 Plano de Recuperação Extrajudicial

O plano de recuperação Extrajudicial, para efeitos judiciais, contemplará a utilização da mediação e a arbitragem como método de resolução de completo. É evidente que não se cogitará o produto da mediação e arbitragem, nesse momento, mesmo porque, com essa proposta, o plano de recuperação apresentado em juízo, passa a ser um meio para a recuperação, fim que se dará com realização da mediação a arbitragem. O adjetivo extrajudicial ganha valor por quanto a recuperação dar – se – á extrajudicialmente, na acepção da palavra.

A LRE prevê que o plano extrajudicial pode ser apresentado com a assinatura de todos os credores submetidos a ele (art.162), ou com assinatura de mais de três quintos de todos os créditos de cada espécie abrangida pelo plano (art.163).

Posto que afeta somente aos credores que a ele aderiram, a primeira espécie de plano não encontra óbice algum ao pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial que contemple a mediação e a arbitragem para a resolução do conflito de crédito.

A segunda modalidade, contudo, merece maiores cuidados porque a arbitragem não diz respeito somente ao direito patrimonial, mas ao direito subjetivo público de ação. O inciso XXXV do art.5ª da Constituição Brasileira de 1988, anotado pelo ministro Sepúlveda Pertence para fundamentar seu voto no julgamento do Agravo Regimental em Sentença estrangeira número 5.206-7, determina que a “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário não poderá se furtar na apreciação de lesão ou ameaça a direito. “Assim, subtrair da memória credores (dois quintos) o direito de ação, uma das conseqüências da arbitragem, significa abandonar aquele preceito constitucional. Mesmo que a concatenação das normas atinentes à recuperação extrajudicial autorize, em um primeiro momento, concluir a possibilidade da submissão da minoria, essa não se mostraria uma possibilidade jurídica constitucional.”

O óbice constitucional da submissão compulsória da minoria ao plano que ora se propõe pode ser suprido, contudo, pela voluntariedade dos credores minoritários. O plano de recuperação extrajudicial proposto com a maioria dos credores, nessa perspectiva, não tem o condão de submeter a minoria à mediação e arbitragem, mas pode servir-lhe de atrativo. Noutras palavras, a minoria seria convidada a participar do plano de recuperação extrajudicial que se propõe através da mediação e arbitragem, e não submetida a ele.

Quanto ao encaminhamento judicial do pedido de homologação de recuperação extrajudicial, o credor que optar pelo plano de adesão unânime dos credores não necessita demonstrar sua contabilidade em juízo, tornando-a pública (CPC, art.155), o que se faz necessário quando se tratar de plano de adesão majoritária dos credores.

Com a homologação do plano extrajudicial, realizado após o trâmite processual, inicia-se a segunda etapa do plano, qual seja, a mediação e arbitragem do conflito de credito.

2.5 Fase Extrajudicial

Dentro das variações da arbitragem clássica apontadas por Carmona destaca-se a denominada mediação de arbitragem: nela, os litigantes são levados a estabelecer as premissas

para uma mediação que, não produzindo resultados, autoriza o mediador a agir como árbitro e proferir a sentença arbitral. Com algumas alterações, esse é o modelo paradigma à formulação de outro adiante exposto.

O modelo de recuperação extrajudicial que se propõe tem base na arbitragem. Aliás, o documento subscrito pelos credores deve ser, em verdade, um compromisso arbitral que preveja uma fase inicial de mediação, em substituição à conciliação prevista no art. 21 § 4 da LA.

Nesse novo modelo a mediação é enxertada no início do procedimento arbitral como uma providência extra-arbitral. Quer-se manter, com isso, a independência dos métodos de resolução de conflito porque seus pressupostos são distintos, as partes trabalham juntas e controlam o procedimento, favorecendo uma decisão tomada por elas, baseada nos interesses, em que resolve o conflito; já na arbitragem, as partes se enfrentam, o procedimento é pré-formatado (pelas partes ou por terceiro), o árbitro impõe a decisão do litígio, por vezes não atendendo os interesses de nenhuma das partes, contribuindo para o agravamento do conflito.

A idéia desse momento inicial extra-arbitral originou-se do estudo da historia da mediação. Viu-se que a Lei Francesa número 95-125, de 8 de Fevereiro de 1995, autoriza o juiz, com a anuência das partes, designar um conciliador ou mediador para fomentar um acordo entre elas (art.21), obrigando o conciliador o mediador ao sigilo das sessões, mesmo diante do juiz, se não como anuência das partes (art.24). No Brasil, viu-se que o Projeto de Lei nº 4.827, de 1988 prevê a mediação no processo civil, também obrigando o mediador à confidencialidade, salvo com expressa convenção das partes (art.14). Conclui-se, então, que o sigilo que se exige do mediador tem o objetivo de deixar as partes à vontade diante desse terceiro imparcial.

Transmutar o mediador em árbitro, sem a anuência das partes, significa a quebra do sigilo e confiança que o mediador sempre deve guardar, além de desvirtuar o objetivo da mediação. Os princípios da lei francesa e do projeto de lei brasileira têm aplicação analógica à arbitragem.

O plano de recuperação extrajudicial fundado na mediação e arbitragem exige a participação de, no mínimo, duas pessoas, sendo um mediador e um árbitro.

Enquanto método de resolução de conflito, a mediação pode servir como um excelente instrumento regulatório da assimetria dos créditos. Se a confidencialidade é um dos pressupostos da mediação, o devedor terá maior liberdade de abrir seus registros contábeis ao credor e, com isso, demonstrar o peso que determinado crédito possui na empresa (a abertura dos registros contábeis em juízo pode servir de desestímulo ao devedor motivado pela

publicidade inerente ao processo judicial). Da mesma forma, o credor terá maior disposição de demonstrar a importância de seu direito sobre o devedor. Noutras palavras, a mediação propicia troca de informações importantíssimas para que o mediador investigue os interesses que sustentam as posições do credor e devedor.

A mediação a arbitragem promove verdadeira participação ativa dos credores, esse é um dos objetivos, no Projeto que deu origem à LRE, de forma que os credores passam a ser quase auditores das contas do devedor.

Garante-se o sigilo que toda a contabilidade empresarial exige, porquanto o acesso será restrito aos credores que aderirem ao plano de recuperação extrajudicial, primeiros interessados no sucesso da recuperação da empresa. Alerta-se que o sigilo não será observado, contudo caso o devedor implemente o plano de recuperação extrajudicial previsto no art. 163 da LRE, convidando os credores minoritários aderirem ao plano, pelas obrigações legais já apresentadas.

Deslocando o palco da resolução das controvérsias ao retirar o conflito do judiciário e levá-lo à mediação, ganha-se celeridade e eficiência no trato do conflito como um todo, e não apenas de disputa localizada. A arbitragem propriamente dita aparece como uma alternativa residual que encontra terreno fértil após a mediação inexitosa.

Além disso, as propostas se desenvolvem sobre pressupostos objetivos econômicos e não tanto jurídicos.

Por outro lado, há um fator relevante na adoção do modelo de recuperação extrajudicial fundada na mediação e arbitragem. O art.34, *caput*, do Projeto de Lei nº4.827, de 1998 (no Senado Federal tramitou como Projeto de Lei da Câmara nº94, de 2002), traz a mediação incidental obrigatória como regra no processo de conhecimento, salvo nos casos de falência, recuperação judicial e insolvência civil (inciso III). Isso leva a crer que a mediação deve ser obrigatória no processo de recuperação extra judicial. Contudo, as exceções continuam e vê-se que a mediação obrigatória fica dispensada quando a parte autora optar pelo procedimento do juizado especial ou pela arbitragem (inciso VII). É o caso! Explica-se: pelo Projeto de Lei, o plano de recuperação extrajudicial deve passar pela mediação obrigatória; se a mediação resultar infrutífera, aí o devedor poderá promover a demanda judicial. Com o plano de recuperação extrajudicial fundado na arbitragem e mediação extra-arbitral, dispensa-se aquela etapa para processual porque o autor optou pela arbitragem (inciso VII). O princípio da economia processual é homenageado em sua plenitude.

O burocrático procedimento judicial é abandonado na mediação e na arbitragem. Mas o produto resultante de ambos os sistemas de resolução de controvérsia tem o mesmo peso:

são títulos executivos judiciais, muito embora o primeiro seja judiciário e o último não judiciário (CPC, art.475-n, inciso IV).

As possibilidades de defesa do devedor que tem contra si um título executivo judicial são restritas às matérias pré-fixadas no Código de Processo Civil.

Assim, vale a coragem e determinação de juízes em reconhecer a deficiência do sistema judicial no trato com a recuperação da empresa, mormente quando ela desempenha uma função social de grande importância, e homologar a delegação da função jurisdicional à arbitragem (leia-se também a mediação extra-arbitral), enquanto métodos eficazes e eficientes ao acesso à justiça.

Contudo, se faltar o espírito inovador do magistrado e isso resultar no indeferimento do plano de recuperação extrajudicial, as partes não voltarão à situação jurídica anterior, como preconiza o art.165,§2, da LRE, e ainda assim o plano de recuperação da empresa será realizado (!). A arbitragem não envolve somente direito patrimonial, mas, antes, o direito subjetivo público da ação. Ao submeterem o conflito e o litígio daí decorrente à mediação e arbitragem, pelo compromisso arbitral, as partes abdicam do poder jurisdicional estatal, e o indeferimento do plano de recuperação extrajudicial pelo Estado já não atingirá mais aquele direito de ação.

Daí vem o questionamento do interesse processual em pleitear a homologação do plano de recuperação extrajudicial, requisito indispensável à propositura da ação (CPC, art.3º). Acredita-se que um dos interesses possa ser a suspensão dos direitos, ações e execuções dos credores sujeitos ao plano de recuperação extrajudicial (LRE, art. 161,§4), o que significa suspender o direito de pedir falência fundada em título executivo e execução não garantida (art.94, inciso I,II) além de dificultar a desistência do credor (LRE, art. 161,§5).

É com esses matizes que se propõe o plano de recuperação extrajudicial por intermédio da mediação e arbitragem.

3. Conclusão

Conclui-se, que embora não haja, a princípio, impedimento de submeter à decisão de árbitros, as desavenças relativas às obrigações constantes do plano de recuperação, a utilização deste mecanismo de resolução de controvérsias soa bastante inadequado no ambiente regulado pela Lei 11.101/05. A recuperação da empresa é idéia relativamente recente no Direito, tanto quanto a recuperação extrajudicial, porquanto regulada somente com

a LRE; a mediação é uma das modalidades de resolução de conflitos que vem ganhando corpo e forma, nas últimas décadas. Resultado de um conjunto de fatores que propiciam seu desenvolvimento (morosidade do sistema judicial, maior consciência das pessoas acerca dos direitos etc.); a arbitragem, após vários percalços, começa a ser observada e utilizada com maior destaque após a promulgação da Lei nº 9307, de 23 de setembro de 1996.

O Projeto de Lei de Recuperação de Empresas foi um dos princípios norteadores da recuperação extrajudicial de empresários e sociedade empresariais. Com esse projeto, delimitaram-se os agentes econômicos que podem participar da recuperação extrajudicial (devedores e credores), além de tratar de aspecto processual e procedimental acerca do pedido de homologação de plano de recuperação extrajudicial (competência territorial, petição inicial, documentos, editais, impugnações e sentença).

Com isso, buscou-se apresentar uma alternativa de recuperação extrajudicial de empresa que evidenciasse a importância da mediação e da arbitragem como métodos de resolução de conflitos.

4. Referências Bibliográficas

Cintra, A. C. A.; Grinover, A. Pellegrini; Dinamarco, C. Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30ª. Ed. rev. atual. Ampl. -São Paulo: Malheiros 2014. pgs.43-45,47,49.

Carmona, C. A. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**/ Carlos Alberto Carmona. – 3. ed. ver. Atual. Ampl. – São Paulo: Atlas,2009. pg. 54.

Bertoldi, Leonardo. **Recuperação Extrajudicial de Empresas: Um estudo no âmbito da resolução de conflitos por intermédio da mediação e da arbitragem**. – Blumenau – 2006. (PDF) TCC final – Furb. www.bc.furb.br/docs/2006/314413_1_.pdf. Acesso em 14/11/2014 às 15:00.