

FALÊNCIA TRANSFRONTEIRIÇA

CROSS-BORDER BANKRUPTCY

CARLOS EDUARDO SILVA E SOUZA

Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo
Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso
Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso
Coordenador de Pesquisa da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso
Advogado

RESUMO: O presente artigo objetiva analisar o fenômeno da falência transfronteiriça, também conhecido como falência internacional, bem como as formas de se conferir a ele o tratamento jurídico adequado. Analisando os sistemas propostos, três sistemas surgem como propostas de tratamento jurídico: o universalismo, o territorialismo e um modelo misto, que conjuga os dois métodos anteriores. A análise centra-se, então, na opção adotada pelo sistema jurídico brasileiro, bem como àqueles sugeridos pela Lei Modelo da Uncitral, no Regulamento 1.326/2000 da Comunidade Europeia, bem como pelos Tratados de Montevideu e pelo Código Bustamante. Dada a sua peculiaridade, a falência de grupos econômicos também é observada nesse cenário. Observam-se as exceções à aplicação da *lex concursus* e também os direitos considerados imunes aos processos concursais. Ao final, a análise é direcionada para os principais atores que figuram no processo falimentar transfronteiriço.

ABSTRACT: This article aims to analyze the phenomenon of cross-border bankruptcy, also known as international bankruptcy, as well as ways of giving him the proper legal treatment. Analyzing the proposed systems, three systems emerge as proposed legal treatment: universalism, territorialism and a mixed model, which combines the previous two methods. The analysis focuses then on the option adopted by the Brazilian legal system, as well as those suggested by the UNCITRAL Model Law, Regulation 1.326/2000 of the European Community, and the Treaties of Montevideo and the Bustamante Code. Given its uniqueness, the failure of economic groups is also observed in this scenario. Observe the exceptions to the application of the *lex concursus* rights and also considered immune to tender processes. Finally, the analysis is directed to the main actors appearing in the bankruptcy process borders.

PALAVRAS-CHAVE: Falência; Transfronteiriça; Universalismo; Territorialismo; Internacionalização.

KEYWORDS: Bankruptcy; Cross-border; Universalism; Territorialism; Internationalization.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Apontamento histórico e pressupostos da falência transfronteiriça. 2. A internacionalização da atividade econômica. 3. A heterogeneidade normativa falimentar e o concurso transfronteiriço. 4. Os movimentos internacionais de superação da diversidade jurídica falimentar. 5. A questão da insolvência dos grupos econômicos. 6. As exceções à aplicação da *lex concursus* e os direitos imunes aos processos concursais. 7. Os principais atores do processo falimentar e a sua posição na demanda transfronteiriça. Conclusões articuladas.

CONTENTS: Introduction. 1. Historical note and assumptions of cross-border insolvency. 2. The internationalization of economic activity. 3. The heterogeneity and the contest rules bankruptcy border. 4. International movements of overcoming diversity legal bankruptcy. 5. The issue of insolvency of corporate groups. 6. Exceptions to the application of the *lex concursus* rights and immune to tender processes. 7. The main actors in the bankruptcy process and their position in the demand border. Conclusions articulated.

Introdução

O presente artigo tem por objeto de estudo o fenômeno da falência transfronteiriça, também alcunhado como falência internacional, que revela situação cada vez mais frequente em tempos de internacionalização da atividade econômica, fruto da globalização que se instalou e dividiu o mundo em blocos econômicos.

A análise também objetiva apreciar como os sistemas jurídicos internos lidam com a falência transfronteiriça, bem como quais são, no plano internacional, numa perspectiva global ou regional, as propostas para o enfrentamento da questão.

Partindo-se desse propósito, a ideia é construída em sete partes distintas nesse trabalho. No primeiro momento, analisa-se a falência transfronteiriça do ponto de vista histórico e considerando os seus pressupostos básicos.

Em seguida, o objeto do estudo parte para a apreciação da internacionalização da atividade econômica, bem como para os diferentes tratamentos jurídicos conferidos ao fenômeno em estudo.

No momento posterior, o estudo se direciona para a apreciação das propostas internacionais, do ponto de vista global e regional, para o enfrentamento da questão. Nesse aspecto, dá-se enfoque para a Lei Modelo Uncitral, para a Resolução 1.236/2000 da Comunidade Europeia, bem como para os Tratados de Montevideu e o Código Bustamante, sendo que estes últimos tratam da realidade da América Latina.

Realizadas essas considerações, o trabalho passa a apreciar a falência dos grupos econômicos, dada a sua peculiaridade, bem como as exceções à aplicação da *lex concursus* e os direitos que devem ser considerados imunes aos processos concursais.

Ao final, a investigação dirige a sua atenção para a apreciação de como figuram na cena jurídica da falência transfronteiriça os atores do processo falimentar, destacando a sua posição e função, de forma a dar-lhe a operacionalidade prática que lhe é esperada.

1. Apontamento histórico e pressupostos da falência transfronteiriça

A falência evidencia o estado em que o devedor se mostra como incapaz de honrar, pontualmente e integralmente, o pagamento com os seus credores, pela insuficiência de seu ativo, por falta de liquidez ou por outras razões apontadas pela legislação.

Essa situação, em regra, sempre esteve adstrita aos limites territoriais de um determinado Estado, já que as atividades empresariais eram essencialmente dotadas de um

caráter nacional, isto é, concentravam-se em apenas um país, ainda que pudessem comercializar seus produtos e serviços internacionalmente.

O cenário em questão passa a ser alterado, quando essas atividades empresariais começam a se dotar de um caráter transnacional, fruto da globalização econômica, quando as empresas começam a se estabelecer em diversos países, inclusive no que diz respeito à instalação de suas unidades de produção.

Nesse aspecto, o avanço empresarial para limites antes desconhecidos traz consigo problemas também não sentidos ou refletidos anteriormente, como é o caso do estado falimentar, que passa a exsurgir efeitos em relação a credores e devedores que se encontram sob a égide de ordenamentos jurídicos distintos.

Surge, então, a necessidade de se estudar o fenômeno da “falência transfronteiriça”, também conhecida como “falência internacional”, já que, considerando a peculiaridade da situação e diante da multiplicidade legislativa entre os diversos países, credores e devedores podem restar em posição prejudicial.

Em que pese os reflexos desse fenômeno terem se evidenciado mais significativamente em tempos recentes, importante registrar que o primeiro acontecimento histórico que se tem notícia de uma falência transfronteiriça é o caso do Banco Ammanati de Pistoia, em 1302, assim relatado por Silvio Javier Battello Calderon:

O caso mais antigo de que se tem notícia é a falência do Banco Ammanati de Pistoia, em 1302. A falência da entidade levou também ao fechamento de sua filial em Roma, criando pânico generalizado de seus clientes, dentre eles a Santa Sé e importantes membros da cúria romana. O Banco Ammanati, como consequência de suas numerosas filiais espalhados pelo Velho Continente, apresentava seu patrimônio disperso por toda Europa. Com a decretação da falência em Pistoia, tentou-se transladar os bens existentes em Roma para essa cidade.

Após escutar a reclamação dos credores locais, e cuidando também de interesse diretamente vinculados com a Santa Sé, o Papa Bonifácio VIII tomou medidas para tentar resolver a situação. Primeiramente, proibiu os donos do Banco disporem de seu patrimônio em Roma e também impediu aos devedores do mesmo que pagassem suas dívidas sem o prévio consentimento da Santa Sé. Apesar de tais medidas terem efeito limitado dentro da Cidade de Roma, sua eficácia no exterior foi possível graças à colaboração dos donos do Banco, que se comprometeram a não retirar seu patrimônio de Roma em troca de certas prerrogativas oferecidas pelo próprio Papa.¹

¹ CALDERON, Silvio Javier Battello. *Falência internacional no Mercosul: proposta para uma solução regional*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 32-33. Vide também: VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários a lei de falências*. 4ª ed. atual. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 133-135.

Conquanto seja antigo o registro histórico da falência transfronteiriça, esta se tem feito mais presente em tempos mais recentes, impulsionados pela globalização, a qual lhe faz evidenciar fenômeno irreversível e cujo enfrentamento necessita ser realizado pela comunidade internacional.

Nesse ponto, imperioso destacar a lição de Vera Helena de Mello Franco e Rachel Stajn:

Nas diversas leis há preocupação constante em disciplinar a situação de falência no exterior, seguindo, de modo uniforme, as normas de Direito Internacional Privado sobre o tema, conforme o modelo do Regulamento CE n. 1.346/2000 para o procedimento de insolvência e, também, inspiram-se na lei modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Internacional Privado (CNU-DMI-Uncitral) sobre Insolvências Transfronteiriças, conforme recomendação da Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas na Resolução n. 52/158 de 15 de dezembro de 1997 (...).²

A internacionalização da atividade econômica e a heterogeneidade dos modelos jurídicos falimentares entre os países fazem eclodir a necessidade de se atentar para o fenômeno da falência transfronteiriça, especialmente para se buscar processos internacionais de unificação normativa, a fim de que as diferenças, se não superadas, possam ser mitigadas.

2. A internacionalização da atividade econômica

A internacionalização da atividade econômica deve ser enxergada em duas dimensões: (i) o reconhecimento da empresa estrangeira como sujeito de direito pela legislação nacional; e (ii) as condições de funcionamento da atividade empresarial habitualmente exercida em Estado Estrangeiro.³

A regra, nas legislações dos mais variados países, é de se admitir a capacidade do comerciante estrangeiro, como sujeito de direito, sendo-lhe exigido o pertinente registro no órgão competente. O aferimento dessa capacidade, sob a ótica do Direito Internacional Privado, deve ser realizado segundo as normas de conflito do foro em que se pretende exercer a indigitada atividade.

No caso do Brasil, as sociedades nacionais são aquelas constituídas em conformidade com a legislação brasileira e que tenham, no território nacional, a sede da sua administração,

² FRANCO, Vera Helena de Mello & SZTAJN, Raquel. *Falência e recuperação da empresa em crise: comparação com as posições do direito europeu*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 28-29.

³ Cf. CALDERON, Silvio Javier Battello. *Falência internacional no Mercosul...*, cit. p. 39-60.

conforme prescreve o art. 1.126 e seguintes do Código Civil.

As sociedades estrangeiras, por sua vez, também são reconhecidas no Brasil, mas para que possam exercer devidamente as suas atividades necessitam de prévia autorização do poder público federal, nos termos do artigo 1.234 e seguintes do Código Civil. Essa atividade, como se depreende do teor do Decreto 3.444/2000, foi delegada ao Ministério do Desenvolvimento e Comércio Exterior.

Doutra quadra, a sociedade estrangeira pode exercer, em solo brasileiro, suas atividades empresariais como filial ou na condição de subsidiária. A diferença básica entre as duas configurações é que a dependência jurídica, financeira e administrativa em relação a matriz se encontra presente na filial e, por via de consequência, ausente na subsidiária, que se apresenta praticamente como uma nova empresa, mas com vinculações a uma pessoa jurídica estrangeira.

Os requisitos gerais exigidos pela legislação brasileira para que as sociedades estrangeiras possam exercer suas atividades no Brasil são as seguintes: (i) existência da sociedade em consonância com as leis do local onde foi constituída (CC, art. 1.134, § 1º); (ii) fixar domicílio no país (CC, art. 1.136); (iii) justificar a decisão de iniciar as atividades no país (CC, art. 1.134, § 1º, IV); (iv) nomear representante (CC, art. 1.136, § 2º, V); (v) se sucursal, exige-se a demonstração da integralização de capital (CC, art. 1.136, § 1º); (vi) dar publicidade (CC, art. 1.137).

Imperioso registrar que é assegurada à sociedade estrangeira transformar-se em sociedade nacional, segundo a legislação brasileira, especificamente o art. 1.141 do Código Civil, sendo necessário que transfira a sede da sua empresa para o território brasileiro.

No tocante às empresas estrangeiras, é pertinente anotar que nem todas as atividades lhe são permitidas o exercício, havendo restrições impostas pela legislação brasileira, especialmente em nome do interesse público e da segurança nacional. Nesses casos, exige-se que uma parte ou todo capital deva pertencer a empresas brasileiras.

Como exemplo dessa situação, pode-se citar o caso das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons, como estipula o art. 222, § 4º da Constituição Federal, que impõe a propriedade como sendo privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no país.

Não há que se falar aqui em supressão ou violação do direito de igualdade aos estrangeiros, pois os direitos econômicos (onde a matéria encontra-se incluída) não devem ser compreendidos na condição de direitos fundamentais, razão pela qual, em nome dos interesses

da coletividade de determinado país, é de se admitir algumas restrições em relação aos estrangeiros.⁴

3. A heterogeneidade normativa falimentar e o concurso transfronteiriço

O direito falimentar tem-se apresentado em três grandes modelos normativos na forma de reagir com o fenômeno da falência transfronteiriça, quais sejam: (i) o territorialista; (ii) o universalista; e (iii) misto.⁵

O modelo territorialista sugere o fomento de um processo independente em cada Estado no qual possa se evidenciar o estado falimentar de um devedor. Nesse sentido, tem-se um processo local que não sofre as interferências de demandas produzidas em outros Estados, indicando uma internacionalização compartimentalizada.

A ideia contida na opção territorialista é de que opção diferenciada seria admitir ofensa à ordem pública e a soberania de determinado país, razão pela qual a ideia é se preservar a independência do processo falimentar nacional.

As críticas mais severas a esse modelo seria calcados em dois argumentos: a) ofensa ao princípio da *par conditio creditorum* (já que várias seriam as formas de distribuição do crédito)⁶; b) estímulo a nefasta prática do *forum shopping* (na qual se tem estimulada não somente a multiplicidade de demandas, mas também a eleição por sistemas que pudesse desfavorecer interesses e direitos legítimos); c) pluralidade de leis aplicáveis contra o mesmo devedor, o que pode gerar insegurança jurídica.

De outro ângulo, o territorialismo apresentaria a vantagem de um credor nacional não se submeter a uma jurisdição estrangeira e com uma previsão normativa desconhecida, o que indicaria uma sensação de maior segurança.

Por sua vez, o sistema universalista indica como possível apenas um único processo falimentar, regido pela ideia de aplicabilidade apenas da *lex fori concursus*, conquanto a atividade empresarial possa se extrapolar os limites territoriais de um ou mais

⁴ Cf. CALDERON, Silvio Javier Battello. *Falência internacional no Mercosul...*, cit. p. 57-59.

⁵ *Ibidem* p. 61-69. Sobre o assunto, vide também: RECHSTEINER, Beat Walter. A insolvência internacional sob a perspectiva do direito brasileiro. In: PAIVA, Fernando, Fernando. *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quarter Latin, 2005.

⁶ Vera Helena de Mello Franco e Rachel Sztajn lecionam que o princípio da *par conditio creditorum* é regra meio, não regra fim, que tem por finalidade a satisfação proporcional dos credores, excluindo o princípio “*prior in tempore potior in jure*”, sendo, no caso, regra absoluta. Consequência do respeito à regra da igualdade entre credores é a revogação dos atos de pagamento legítimo que impeçam o tratamento igualitário. Mas não só. Advém em reforço da regra da sanção penal. O falido que, durante o processo falimentar, favorecer um credor em detrimento de outro será punido (FRANCO, Vera Helena de Mello & SZTAJN, Raquel. *Falência e recuperação da empresa em crise...*, cit. p. 8).

Estados.⁷

A ideia desse modelo é que os resultados possam ser mais eficientes, já que todas as providências seriam objeto de apenas uma única demanda, o que também contribuiria para a redução das despesas processuais, bem como para tornar mais célere o procedimento.

Para efetividade desse modelo, um requisito relevante é a colaboração jurisdicional internacional, o que pode ser justamente o maior óbice para sua concretização prática, já que esbarraria na opção territorialista de outros Estados e na objeção de decisões judiciais estrangeiras.

Há também o modelo misto, que transita entre os dois anteriores. Pode-se, por exemplo, ter-se uma territorialidade mitigada, com a condição de existência de estabelecimento comercial em outros Estados para a abertura de novos processos, bem como a mitigação do universalismo, com a admissibilidade de existência de processos secundários subordinados ao processo principal.

A opção da legislação brasileira foi pelo modelo territorialista, o que é perceptível pela redação do artigo 3º da Lei 11.101/2005, no qual se considera competente para os atos concursais o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil.

4. Os movimentos internacionais de superação da diversidade jurídica falimentar

A diversidade das legislações falimentares ou a simples dúvida sobre a jurisdição adequada para apreciar as demandas gera uma instabilidade jurídica, não se mostrando a hipótese como nenhum um pouco saudável para credores e o próprio devedor.

Sob esse aspecto, a comunidade internacional tem buscado se movimentar no sentido de superar as diferenças legislativas falimentares existentes entre os países ou, ao menos, mitigá-las, a fim de que situações relevantes à economia regional ou global possam restar prejudicadas.

Do ponto de vista global, deve-se destacar os trabalhos da *Association pour la réforme et la codificacio du droit des gens* (Anvers, 1877); da *International Law Association* (ILA, 1924); do *Istitut de Droit International* (IDI, 1989); do Banco Mundial (2001 e 2005), e, especialmente, da Conferência das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional, com a edição dos seguintes instrumentos: Lei Modelo sobre Insolvência Transfronteiriça

⁷ Sobre o assunto, vide: ARNOLDI, Paulo R. *A declaração da falência e seus efeitos jurídicos no âmbito do Mercosul*. São Paulo: LTr, 2000.

(2004); Guia Legislativo sobre o Regime de Insolvências (2004); Guia de Práticas sobre Cooperação na Insolvência transfronteiriça (2009); e a Terceira Parte do Guia Legislativo, destinado à insolvência dos grupos empresariais (de 2010).⁸

Em relação à Lei Modelo da Uncitral⁹, tem-se que, por se tratar de uma proposta legislativa, esta é flexível, podendo cada Estado realizar as adaptações que entender pertinentes. Essa possibilidade, conquanto compreensível, talvez possa andar na contramão da superação das diferenças legislativas, mas deve-se a peculiaridade de cada região.

Segundo o preâmbulo da Lei Modelo da Uncitral, tem-se que várias seriam as suas finalidades, quais sejam: (i) a cooperação entre tribunais e autoridades; (ii) maior segurança jurídica; (iii) administração equitativa e eficiente; (iv) proteção dos bens do devedor e otimização do seu valor; e (v) melhor reorganização das empresas em dificuldade financeira para proteger o capital investido e preservar as fontes de emprego.¹⁰

Pelo que se extrai da legislação falimentar americana, nota-se a adoção da Lei Modelo da Uncitral pelos Estados Unidos. Nela podem ser notados alguns elementos interessantes, tais como: (i) modelo misto, que conjuga elementos do universalismo e territorialismo; (ii) não se questiona a jurisdição falimentar estrangeira, quanto menos o representante da massa falimentar alienígena; e (iii) trabalho interestatal colaborativo ou assistencial por meio de processos auxiliares ou subordinados.

Na esfera regional, merece destaque o Regulamento 1.346/00 da União Europeia¹¹, bem como o Tratado de Montevideu e o Código Bustamente, no que se refere à América Latina.

O Regulamento 1.346/00 da Comunidade Europeia segue basicamente as opções trazidas pelo Convênio de Bruxelas de 1995, apenas realizando as adequações consideradas relevantes.¹²

Trata-se também da proposição de um sistema misto, também alcunhado por universalidade limitada, flexível ou mitigada, já que presentes alguns elementos da territorialidade.

⁸ Cf. CALDERON, Silvio Javier Battello. *Falência internacional no Mercosul...*, cit. p. 70.

⁹ *Ibidem.* p. 71-73.

¹⁰ Fernando Locatelli indaga, em seu texto, se a Lei Modelo Uncitral seria uma medida adequada para o Brasil. Vide: LOCATELLI, Fernando. *International trade and insolvency law: is the Uncitral model law on cross-border insolvency an answer for Brazil? (An encomic analysis of its benefits on international trade)*, Law and Business Review of the Americas, vol. 14, 2008, 313-345.

¹¹ Uma visão comparativa entre o sistema alemão e inglês, sob a perspectiva do instrumento regional europeu, pode ser verificada no seguinte trabalho: BÜTTER, Michael. *Cross-border insolvency under english and german law*. Oxford: Oxford Comparative Law Forum, 2002.

¹² Cf. CALDERON, Silvio Javier Battello. *Falência internacional no Mercosul...*, cit. p. 76-82.

Em verdade, o Regulamento 1.346/00 da Comunidade Europeia propõe três soluções normativas. A princípio, a proposta é de um processo universal e único, quando o devedor possuir bens. Nesse caso, a determinação do juízo é realizada com base no local onde se encontra localizado o centro dos interesses principais do devedor.

Entretanto, caso o devedor possua estabelecimento em outros Estados, a solução normativa que se apresenta é um processo universal, porém com a presença de processos secundários, subordinados ao processo principal. A ideia é conferir maior alcance, efetividade e agilidade no processo falimentar.

A terceira hipótese seria a admissibilidade da prevalência do territorialismo, com vários processos independentes, porém admitida apenas em circunstâncias especiais, descritas no item 3.4 do mencionado Regulamento, quais sejam: a) quando não for possível abrir um processo de insolvência em virtude das condições estabelecidas pela legislação do Estado-Membro em cujo território se situa o centro dos interesses principais do devedor; ou b) quando a abertura do processo territorial de insolvência for requerida por um credor que tenha residência habitual, domicílio ou sede no Estado-Membro em cujo território se situa o estabelecimento, ou cujo crédito tenha origem na exploração desse estabelecimento.

Pertinente é o registro de que os eventuais conflitos de jurisdição¹³, naquela Comunidade, são resolvidos com base no princípio da confiança mútua, isto é, na dúvida preservar-se-á a demanda sob os cuidados da autoridade jurisdicional que a tiver iniciado primeiramente.

Já no âmbito da América Latina, dois instrumentos internacionais orientam-se, basicamente, pela adoção de um sistema universalista, quais sejam: a) o Tratado de Montevideu, de 1940; e b) o Código de Bustamante, de 1928.¹⁴

O Tratado de Montevideu propõe, portanto, um sistema único e universal, admitindo a existência de demandas outras na hipótese da existência de dependência econômica entre estabelecimentos, localizados em Estados distintos.

O Código Bustamante sugere também um processo universal e único, porém mitigado, em casos onde o devedor tenha vários domicílios, quando, então, seria admitida a abertura de demandas territoriais.

Ambos os instrumentos internacionais latino-americanos indicam o domicílio do comerciante ou da sociedade comercial como a jurisdição adequada para que conheçam a

¹³ Em regra, legislação e doutrina tratam essa questão como um problema de competência, o que tecnicamente não se entende apropriada, razão pela qual se utiliza aqui a expressão de jurisdição, ao invés daquela.

¹⁴ Cf. CALDERON, Silvio Javier Battello. *Falência internacional no Mercosul...*, cit. p. 83-85.

demanda falimentar, ainda que exerçam atos isolados em outros Estados (Tratado de Montevideu, art.40 e Código de Bustamante, art. 414).

No caso de existirem estabelecimentos em outro Estado, com atuação independente, estes instrumentos regionais admitem que todos os juízos onde eles se encontrarem se mostrem aptos para conhecer a demanda (Tratado de Montevideu, art. 41 e Código de Bustamante, art. 415)

Nenhum desses instrumentos internacionais selados no âmbito da América Latina traz, em seu bojo, regras interpretativas ou explicativas, o que pode ser um elemento de dificuldade no caso de existirem dúvidas sobre a jurisdição de qual país seria considerada adequada para apreciar uma demanda falimentar transfronteiriça.

Há também incongruências existentes, por exemplo, no Código Bustamante, que, em seu artigo 328, admite como juízo “competente” o do domicílio do devedor, quando a confissão de insolvência for voluntária. Entretanto, caso a demanda seja iniciada pelos credores, o juízo “competente” será de qualquer dos lugares que ela se apresente, havendo preferência àquele inerente ao domicílio do devedor, caso ele requeira ou a maioria dos credores assim proceda.

Em que pese essa realidade, tem-se que, pelo menos na região do Mercosul, Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai adotam o modelo territorialista, colocando-se distante da proposta regional.

5. A questão da insolvência dos grupos econômicos

A reunião de empresas sob a configuração de grupos econômicos, também conhecidos como “grupo societário” ou “sociedade de sociedades”, introduz elemento novo e desafiador para ser enfrentado dentro dos limites de um próprio Estado.

Imagine ainda quando essa situação envolva grupos econômicos multinacionais e supera as fronteiras de um país. A questão, já difícil, se torna ainda mais complexa.

O assunto foi objeto de análise pioneiramente pelos Estados Unidos da América, especialmente quando se lembra de que, naquele país, sucedeu-se a falência de grandes grupos econômicos¹⁵, como é o caso da *Enron* e da *WorldCom*.¹⁶

O direito brasileiro tem solucionado a questão por meio da desconsideração da

¹⁵ Sobre essa temática, sugere-se consulta ao seguinte trabalho: SEXTON, Anthony. *Current problems and trends in the administration of transnational insolvencies involving enterprise groups: the mixed record of protocols, the Uncitral model insolvency law and the EU insolvency regulation*. Chicago Journal of International Law, 2011.

¹⁶ Cf. CALDERON, Silvio Javier Battello. *Falência internacional no Mercosul...*, cit. p. 103.

personalidade jurídica, o que, na opinião de Silvio Javier Batello Calderon¹⁷, é uma resolução de caráter precário, inorgânico e assimétrico, a qual deveria se legitimar apenas nos casos de fraude e simulação empresariais.

As decisões, nesse sentido, em regra são embasadas no que prescrevem os artigos 81 e 82 da Lei 11.101/2005, sejam elas sociedades com responsabilidade ilimitada ou limitada dos sócios.¹⁸

Fato é que, havendo sócio estrangeiro ou empresas coligadas de nacionalidade distinta da brasileira, a legislação brasileira mostra-se silente, até mesmo porque se evidencia como uma norma fomentada para uma economia nacional e industrial.

Entretanto, a realidade que se vivencia nos presentes dias transformou-se significativamente. Atualmente, o mundo se mostra globalizado, fragmentado em blocos econômicos, razão pela qual a legislação de qualquer país precisa se mostrar apta a lidar com todos os fenômenos que se fazem presentes.

6. As exceções à aplicação da *lex concursus* e os direitos imunes aos processos concursais

Como observado, tanto na seara global, quanto no aspecto regional, os instrumentos internacionais (Lei Modelo Uncitral, Regulamento 1.346/2000 da Comunidade Europeia, Código Bustamante e Tratado Montevideu) sugerem um modelo universalista, isto é, um processo único, no qual se aplica a *lex fori concursus*.¹⁹

Entretanto, a aplicação da lei do foro do concurso não deve ser regra isenta de exceções. Há algumas situações que recomendam a não aplicabilidade daquela, considerando a sua peculiaridade.

Aliás, tais situações devem ser consideradas excepcionais, ainda que o modelo adotado por qualquer país seja o territorialista, isto porque a interferência de legislação estrangeira nessas circunstâncias pode acabar por gerar situações de insegurança jurídica ou instabilidades em certas relações.

Entre essas possibilidades estão o ato sujeitos a registro, sugerindo-se aplicação da *lex rei sitae* (lei do lugar da coisa) ou a *lex contractus* (lei sob a qual as obrigações foram pactuadas), como é o caso, por exemplo, de imóveis e navios, respectivamente.

¹⁷ Cf. Ibidem. p. 132. Sobre o assunto, vide também: PINTO, Eduardo Viana. *Desconsideração da personalidade jurídica no novo código civil*. Porto Alegre: Síntese, 2003.

¹⁸ Vide também: CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

¹⁹ Cf. CALDERON, Silvio Javier Battello. *Falência internacional no Mercosul...*, cit. p. 149-168.

Outra louvável exceção é o caso do contrato de trabalho²⁰, que é de natureza bastante peculiar e especialmente versa sobre prestações alimentares, que, por si só, não se justificaria enquadrar-se aos efeitos da *lex fori concursus*.

Essa excepcionalidade se encontra prevista no Protocolo de Buenos Aires (de 1994) e, no caso peculiar do Brasil, a hipótese se encontra assegurada pela Consolidação das Leis do Trabalho, a exemplo do que prescreve o artigo 651, § 3º, cuja redação é a seguinte: *Em se tratando de empregador que promova realização de atividades fora do lugar do contrato de trabalho, é assegurado ao empregado apresentar reclamação no foro da celebração do contrato ou no da prestação dos respectivos serviços.*

A Lei 11.962/2009 orienta a aplicação da lei mais benéfica ao trabalhador, estendendo as regras da Lei 7.064/1982 às empresas que venham a contratar ou transferir trabalhadores para prestarem serviço no exterior.

Outra hipótese é quanto aos atos prejudiciais realizados pelo devedor em prejuízo dos seus credores, cuja ineficácia não há de ser admitida por qualquer Estado seja qual for a lei aplicada à demanda.

Alguns direitos devem ser considerados imunes aos processos concursais, também porque nutrem certa peculiaridade e podem restringir o acesso ao crédito e fulminar com a economia de qualquer região.

Como exemplo desses direitos, podem ser citadas as garantias de crédito, como aquelas ditas reais e aquela inerente às vendas com reserva de domínio. No caso do contrato com reserva de domínio, a Lei 11.101/2005 tem previsão específica contida no artigo 119, IV a qual prescreve que *o administrador judicial, ouvido o Comitê, restituirá a coisa móvel comprada pelo devedor com reserva de domínio do vendedor se resolver não continuar a execução do contrato, exigindo a devolução, nos termos do contrato, dos valores pagos.*

Assim, nas situações aqui descritas, é de se recomendar a inaplicabilidade da *lex fori concursus*, pois a sua utilização afrontaria a segurança jurídica e comprometeria valores que poderiam ser prejudiciais em variadas dimensões.

7. Os principais atores do processo falimentar e a sua posição na demanda transfronteiriça

Os atores do processo falimentar possuem valiosa contribuição para que o objetivo

²⁰ Sobre o assunto, vide: HÜBNER, Marlot Ferreira Caruccio. *O direito constitucional do trabalho nos países do Mercosul*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

perpetrado na demanda seja efetivamente alcançado, a fim de se buscar uma solução justa e adequada aos casos de quebra financeira das empresas.²¹

Logo de início, é bom se registrar que a administração justa e eficiente da massa falimentar é ideia que também deve ser preservada numa demanda transfronteiriça. Essa é a recomendação no Banco Mundial, contida no seu princípio 11.

O processo falimentar transfronteiriça enseja o envolvimento de autoridades jurisdicionais e administrativas diversas. Nesse sentido, a contribuição entre elas deve ser assimétrica, multidirecional e ambivalente, isto porque esta deve ser realizada em todas as direções (entre juízes, juízos e síndicos e assim por diante), bem como nas duas direções, já que envolve interesse mútuo e recíproco.

O princípio da confiança mútua deve reger uma falência transfronteiriça, razão pela qual, na dúvida sobre a jurisdição adequada, os juízos devem render àquele que tomou conhecimento da demanda na primeira oportunidade.

Aliás, outra ilação que deve partir do princípio da mútua confiança é de que as decisões proferidas por Cortes de outros Estados devem ser reconhecidas como apropriadas e não questionadas, a não ser que eivadas de nulidade ou atos manifestamente prejudiciais aos credores.

No que se refere aos Tribunais²², deve-se lembrar de que à eles competem a presidência de todos os atos falimentares, razão pela qual, como bem se faz no *chapter* 15 do U.S.C.²³, devem eles estarem dotados de todas as prerrogativas para concretizarem os fins colimados nesse processo.

Outra ideia contida na legislação americana é de que a comunicação entre as Cortes deve ser a regra, até mesmo porque assim há uma possibilidade de se tornar mais efetivas as decisões proferidas por determinado Juízo (por sinal, uniforme), além de tornar mais célere a demanda e também mais próximas das partes envolvidas.

É de se sugerir o controle *ex officio* das decisões proferidas pelas demandas, isto é, estas devem ser automaticamente reconhecidas pelos diferentes Tribunais envolvidos. Essa é a prescrição contida no artigo 16 do Regulamento 1.346/2000 da Comunidade Europeia, cuja redação é a seguinte:

²¹ Cf. CALDERON, Silvio Javier Battello. *Falência internacional no Mercosul...*, cit. p. 169-196.

²² Sobre o assunto, vide também: REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

²³ Vide sobre o assunto: CHUNG, John J. *The new chapter 15 of the bankruptcy code: a step toward erosion of national sovereignty*. 27 Nw. J Int'l & Bus. 89, 2007.

Qualquer decisão que determine a abertura de um processo de insolvência, proferida por um órgão jurisdicional de um Estado-Membro competente por força do artigo 3º, é reconhecida em todos os outros Estados-Membros logo que produza efeitos no Estado de abertura do processo.

A solução parece bastante adequada, até mesmo porque contribui para o afastamento da prática inadequada do *forum shopping*, evitando assim que incentivos levem as partes a transferir bens ou ações judiciais de um Estado-Membro para outro. Essa recomendação encontra-se contida expressamente no Considerando 4 do Regulamento 1.346/2000 da Comunidade Europeia.

Outro ator que poderia exercer papel bastante interessante seriam as autoridades centrais, que poderiam exercer funções de interlocutores e facilitadores no auxílio jurisdicional interestatal. Essa figura encontra-se prevista no Protocolo de *Las Leñas*, da qual Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai são signatários.

Uma figura chave em qualquer processo falimentar, seja ele transfronteiriço ou não, é o administrador judicial. Sem sombra de dúvidas, sua responsabilidade é majorada quando uma demanda extrapola os limites de um país, razão pela qual sua importância é enaltecida pelo Banco Mundial, tal como se observa do princípio 35.

A figura do administrador judicial estrangeiro é bem aceita pela legislação americana (U.S.C., *chapter* 15, § 1.502), até porque ela incorporou a Lei Modelo da Uncitral, que a prevê nos artigos 28 e 29.

No direito brasileiro não há previsão sobre a figura. Entretanto há que se entender ser válida a previsão contida no Código de Processo Civil de 1939, uma vez que suas disposições não foram totalmente revogadas pelo *Codex* em vigor.

É de se observar, entretanto, que o Código Bustamante (em seu artigo 418) e o Tratado de Montevideu (no seu artigo 49), dos quais o Brasil é signatário, prescrevem expressamente sobre a figura do administrador judicial estrangeiro.

Deve-se anotar que a legislação brasileira não admite, na condição de administrador judicial, sujeitos indicados por acordo extrajudicial, razão pela qual devem ser figuras instituídas pela autoridade jurisdicional.

Não é pelo fato de se tratar de falência transfronteiriça, que a figura do administrador judicial deve ser exercida necessariamente de forma colegiada, mas apenas que seja realizada por profissional apto a exercê-la. A sua nomeação e os limites do exercício de suas funções devem ser verificadas na *lex fori concursus*.

Os Tribunais devem reconhecer a figura do administrador judicial estrangeiro,

permitindo-lhe o exercício de suas respectivas funções. Para tanto, é de se observar apenas a prova de sua nomeação, que, em regra, é concebida como uma consequência natural e direta da decisão que determina a abertura do concurso.

Entretanto, o *chapter 15* do U.S.C., em seu § 1.515, cuidou de citar como prova de nomeação os seguintes documentos: (i) a cópia autenticada da decisão que deu início ao processo; (ii) certificado da Corte estrangeira confirmando a existência da demanda; ou (iii) qualquer outra evidência documental que permita inferir a designação do encargo.

Certo é que dúvidas podem existir sobre a extensão das funções do administrador judicial. Nesse caso, o recomendável é que, tal como sugere a legislação americana, deve seguir um certificado anexo à decisão registrando todas as funções e quais são os seus limites. Apenas se persistente a dúvida, tem-se como recomendável o socorro às regras de direito internacional privado.

Conquanto simples, quando refletida a realidade brasileira, tem-se que a Lei de Registros Públicos e a própria Súmula 259 do Supremo Tribunal Federal impõe a necessidade de registro e tradução para que o documento seja aceito no território nacional.

O devedor, por ser diretamente interessado, também exerce uma posição de figura-chave dentro do processo falimentar, ainda mais com dimensões transfronteiriças. Eles precisam ter acesso fácil ao sistema de insolvência, quando evidenciado o seu estado falimentar, além do que deve estar sempre pronto para contribuir com o bom desenvolvimento da demanda, como orientam, respectivamente, os princípios 9 e 19 do Banco Mundial.

Os credores, por serem diretamente interessados no bom desenvolvimento de um processo falimentar (especialmente aquele dito transfronteiriço), exercem papel de extrema relevância.

Nesse sentido, impera-se o reconhecimento do direito de participação na demanda aos credores, (tal como orienta o artigo 45 do Tratado de Montevideú), bem como o de receber informação (como prescreve o artigo 40 do Regulamento 1.346/2000). Sempre lhe deve ser garantida também a possibilidade de participar da Assembleia Geral de Credores.

No tocante ao respeito aos credores, a legislação brasileira encontra-se um passo a frente do que vive a realidade normativa latino-americana, isso porque o artigo 77 da Lei 11.101/2005 trata de prever a não discriminação dos estrangeiros detentores de crédito com aqueles considerados nacionais.²⁴

²⁴ Sobre o assunto, vide também: DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003 e CALEFFI, Marcelo Antonio. *O pagamento dos credores na falência: a (in)violabilidade do princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

Como se infere, no processo falimentar transfronteiriço, as figuras elementares da demanda devem estar preparadas para uma atuação diferenciada e suas posições necessitam ser respeitadas pelos Estados envolvidos.

Conclusões articuladas

Considerando as anotações trazidas para reflexão no presente trabalho, têm-se, a título de conclusões articuladas, as seguintes ideias:

1. Conquanto se possa afirmar existente registro em 1.316 da falência transfronteiriça, tem-se que essa situação se intensificou depois da globalização, que me permitiu a divisão do mundo em blocos econômicos.

2. Os sistemas jurídicos internos não têm se mostrado eficientes para lidar com a situação da falência transfronteiriça. Por sua vez, as propostas internacionais, tanto do ponto de vista global, quanto regional, não podem ser qualificadas como efetivas para o tratamento da questão.

3. Fato é que a superação da diversidade regional entre os sistemas jurídicos falimentares ou, ao menos, a mitigação de tais elementos permitiria uma solução mais efetiva permeada de justiça e segurança jurídica.

4. Considerando que se trata de questão envolvendo uma multiplicidade de Estados, o enfrentamento da falência transfronteiriça só será possível caso haja a efetiva prática de cooperação internacional.

5. No Brasil, não se pode opor resistência às decisões falimentares produzidas por outros países, devendo este ser operacionalizado por meio do auxílio mútuo, que versa sobre procedimento mais simples e ágil, cuja regulamentação repousa na Resolução n. 9 do STJ. Solução similar também pode ser constatada nos artigos 5, 9, 20 e 21 da Lei Modelo Uncitral, no artigo 16 do Regulamento 1.346/2000 e no Protocolo Ouro Preto.

6. O sistema universal e o sistema misto parecem mais adequados para que resultados mais concretos sejam alcançados no processo falimentar transfronteiriço, pois eles conjugam três elementos relevantes, quais sejam: celeridade, economia e efetividade. Considerando, entretanto, que ainda não se vivencia essa realidade, a cooperação internacional mostra-se como caminho mais seguro, até porque os objetivos são comuns entre os Estados.

7. Não se deve, ademais, relutar com uma proposta global ou com a cooperação internacional sob a possibilidade de nulidades ou situações a ela equiparadas, pois não haveria

lógica alguma de qualquer Estado aceitá-la. Exemplo disso é que a própria Lei Modelo da Uncitral, em seu artigo 16, prescreve a possibilidade de exceção de ordem pública.

Apresentadas essas conclusões articuladas, tem-se que a falência transfronteiriça é fenômeno irreversível e os sistemas jurídicos apresentados não andaram bem, até o presente momento, no tratamento da questão. Sob esse aspecto, com a intensificação da cooperação internacional ou com superação (ou ao menos mitigação) das diversidades normativas, há uma necessidade de despertar para a questão, a fim de que se lhe dê a atenção e profilaxia adequadas.

Referências bibliográficas

ARNOLDI, Paulo R. *A declaração da falência e seus efeitos jurídicos no âmbito do Mercosul*. São Paulo: LTr, 2000.

BÜTTER, Michael. *Cross-border insolvency under english and german law*. Oxford: Oxford Comparative Law Forum, 2002.

CALDERON, Silvio Javier Battello. *Falência internacional no Mercosul: proposta para uma solução regional*. Curitiba: Juruá, 2011.

CALEFFI, Marcelo Antonio. *O pagamento dos credores na falência: a (in)violabilidade do princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CHUNG, John J. *The new chapter 15 of the bankruptcy code: a step toward erosion of national sovereignty*. 27 Nw. J Int'l & Bus. 89, 2007.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FRANCO, Vera Helena de Mello & SZTAJN, Raquel. *Falência e recuperação da empresa em crise: comparação com as posições do direito europeu*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

HÜBNER, Marlot Ferreira Caruccio. *O direito constitucional do trabalho nos países do Mercosul*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

LOCATELLI, Fernando. *International trade and insolvency law: is the Uncitral model law on cross-border insolvency an answer for Brazil? (An economic analysis of its benefits on international trade)*, Law and Business Review of the Americas, vol. 14, 2008, 313-345.

PINTO, Eduardo Viana. *Desconsideração da personalidade jurídica no novo código civil*. Porto Alegre: Síntese, 2003.

RECHSTEINER, Beat Walter. A insolvência internacional sob a perspectiva do direito brasileiro. In: PAIVA, Fernando, Fernando. *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quarter Latin, 2005.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 16^a ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SEXTON, Anthony. *Current problems and trends in the administration of transnational insolvencies involving enterprise groups: the mixed record of protocols, the Uncitral model insolvency law and the EU insolvency regulation*. Chicago Journal of International Law, 2011.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários a lei de falências*. 4^a ed. atual. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1999.