

INSOLVÊNCIA TRANSFRONTEIRIÇA: CONTRIBUIÇÃO PARA FORTALECIMENTO DO MERCOSUL

INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA: CONTRIBUCIÓN AL FORTALECIMIENTO DEL MERCOSUR

*Sabrina Becue**

Resumo: *A previsibilidade das regras sobre insolvência e de sua aplicação pelas autoridades competentes é um fator importante para o bom funcionamento do mercado. O fenômeno de internacionalização das empresas expõe também a insolvência transfronteiriça, porque a crise econômica das empresas que atuam em diversas nações e, conseqüentemente, possuem bens ou credores espalhados por diferentes localidades transborda as fronteiras nacionais. A grande maioria dos países sul americanos não possui legislação moderna e que conceda tratamento adequado para insolvência internacional. No âmbito do MERCOSUL a escassez de disciplina é alarmante. O vácuo legislativo não afasta a ocorrência de casos concretos e a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, como será demonstrado através de precedentes brasileiros. Mas a lacuna legal concede uma oportunidade ímpar para que os Estados Partes e Associados ao MERCOSUL promovam debates sérios sobre o tema e incentivem a promulgação de leis similares com efetiva vocação para integração legislativa do bloco.*

Resumen: *La previsibilidad de las normas sobre insolvencia y su aplicación por las autoridades competentes es un factor importante para el buen funcionamiento del mercado. El fenómeno de la internacionalización también expone la insolvencia transfronteriza, ya que la crisis económica de las empresas que operan en diferentes países y por lo tanto tienen activos o acreedores repartidos en diferentes lugares rebosantes de las fronteras nacionales. La gran mayoría de los países de América del Sur no tiene una legislación moderna y otorgar un tratamiento adecuado para la insolvencia internacional. Dentro de Mercosur escasez de disciplina es alarmante. El vacío legislativo no descarta la aparición de casos individuales y la necesidad de la intervención judicial, como se demostrará por los precedentes de Brasil. Pero el vacío legal ofrece una oportunidad única para el Estados miembros y asociados al MERCOSUR*

* Advogada. Mestre em Direito Comercial pela USP. Doutoranda em Direito Comercial pela USP. E-mail: sabecue@gmail.com

promueven discusiones serias sobre el tema y fomentar la promulgación de leyes similares con vocación legislativa eficaz para bloquear la integración.

Palavras-chave: Empresas transnacionais, Insolvência transfronteiriça, MERCOSUL

Palabras clave: Empresas transnacionales, Insolvencia transfronteriza, MERCOSUR

1. INTRODUÇÃO: URGÊNCIA E ATUALIDADE DO DEBATE

As regras que orientam a insolvência¹ exigem previsibilidade para guiar as condutas dos agentes de mercado, em outros termos, o conteúdo da norma gera efeitos não apenas no momento (e posteriormente) da abertura de um processo de liquidação ou recuperação, mas é imbuído de relevante papel orientador *ex ante*.

De outro vértice, o predicado do sistema jurídico que guiará o procedimento de insolvência (na esfera judicial ou administrativa) também é um fator de risco com consequências diretas na economia².

Num cenário de transações puramente nacionais, as partes envolvidas estão cientes do regime legal aplicável à insolvabilidade e da marcha processual que se sucede. No entanto, a abertura dos mercados para exportação e a internacionalização das empresas adicionam um elemento crucial na equação da crise econômico-financeira: como lidar com contratos e credores situados em outras jurisdições, sobretudo em respeito aos direitos e obrigações garantidos lá fora que podem não corresponder exatamente com a norma aplicável internamente e com o regime de execução? Mais: com ponderar os princípios de soberania nacional e ordem pública com os eventuais efeitos advindos de sentenças estrangeiras?

A insolvência transfronteiriça (*cross-border insolvency*) é uma realidade mundial e os números confirmam sua imprescindibilidade no contexto brasileiro³ e dos parceiros estratégicos na América do Sul. O dilema entre direito posto - neste caso, a Lei brasileira nº 11.101/2005 que só admite o local do principal estabelecimento do devedor como critério para definir a competência jurisdicional, bem como a ausência de tratamento unificado no âmbito do MERCOSUL- e as demandas de uma economia globalizada que clamam soluções adequadas para empresas em crises; credores e investidores

1 Empregaremos este termo de modo amplo para abarcar todo o fenômeno de crise econômico-financeira, seja ele voltado para o encerramento da atividade ou tentativa de sua recuperação.

2 Sobre os efeitos do sistema falimentar na economia: ARAÚJO, Aloísio; FUNCHAL, Bruno (2006).

3 Dados sobre a tendência e participação de Investimentos Diretos Estrangeiros (IDE) e internacionalização de empresas brasileiras: WIR -World Investment Report 2014, desenvolvido pela UNCTAD (Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento) e publicado pela SOBEET (SOCIEDADE BRASILEIRA DE ESTUDOS DE EMPRESAS TRANSNACIONAIS E DA GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA) <<http://www.sobeet.org.br/carta/WIR13.pdf>>. Ver também HIRATUKA, Célio; SARTI, Fernando. *Investimento Direto e Internacionalização de Empresas Brasileiras no Período Recente. Texto para discussão IPEA*. Disponível em: <http://www.eco.unicamp.br/neit/images/stories/arquivos/artigos/TD_1610_WEB.pdf>

que desconhecem limites territoriais, justificam a seleção da insolvência transfronteiriça como tema para estimular o debate acadêmico.

O problema é endereçado preponderantemente por duas correntes doutrinárias: os modelos universalista e territorialista. O primeiro sustenta a concentração das normas e jurisdição aplicáveis como melhor solução para enfrentar todos os possíveis conflitos. Assim, restam às cortes nacionais dos países que guarnecem bens ou são de residência de devedor e credores o dever de prestar assistência e respeitar a aplicação da lei-regente. Por sua vez, o territorialismo defende a autonomia de cada jurisdição para administrar os bens e credores localizados em seu território segundo a legislação doméstica.

A UNCITRAL editou uma Lei Modelo pautada no universalismo e 20 nações já incorporaram seu conteúdo, a exemplo dos Estados Unidos (Bankruptcy Code- Chapter 15), México, Japão, Inglaterra, Canadá⁴. As nações que integram o NAFTA incentivam a cooperação mútua e a tendência universalista a partir de princípios gerais (*ALI Principles: Transnational Insolvency*).

O regime seguido pela União Europeia adota um modelo misto que, apesar de enfatizar o centralismo jurídico, preserva a autonomia decisória e competência nacional dos seus membros em inúmeras ocasiões.

Inobstante a maior aderência à corrente universalista, os diplomas editados não conseguiram solucionar todos os problemas decorrentes das diferentes visões sobre o fenômeno da insolvência internacional. Daí porque conceitos fundamentais para definição de competência suscitam tanto debate, a exemplo da definição de *establishment* ou *centre of main interests*^{5,6}.

As questões não solucionadas acerca da insolvência internacional não se encerram na definição de jurisdição competente. É igualmente problemático, por exemplo, o exame da compatibilidade entre os procedimentos estrangeiros e as regras de ordem pública de uma nação; segurança jurídica e estabilidade das previsões contratuais envolvendo direitos de estrangeiros, especialmente referente à escolha da lei aplicável para disciplinar à relação jurídica (*Choice of Law*); a definição do rito a ser observado para admissão de um procedimento iniciado no exterior envolvendo ativos situados no Brasil e para procedimento inverso, envolvendo companhias estrangeiras que perpassam por situação de crise econômico-financeira. Os desafios são diversos e demandam investigação acadêmica que permita o avanço no preenchimento de tantas lacunas.

4 Relação de países disponível no site: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model_status.html>, [acessado em 18.10.2014].

5 “Despite the enormous efforts expended in negotiating and drafting then, neither de EC Regulation nor the Model Law succeeded in providing a clear and precise definition of ‘center of main interests’, while their respective definitions of ‘establishment’ may also prove to be difficult to apply in relation to some forms of commercial activity.” FLETCHER, Ian F. “Maintaining the momentum: the continuing quest for global standards and principles to govern cross-border insolvency”. 32 *Brook. J. Int’l L.* 2006-2007, p. 767-784.

6 Essas disputas aconteceram, por exemplo, em relação aos processos de insolvência da Eurofood IFSC Ltda, Daisytek ISA Ltda LoPUCKI, Lynn M. “Universalism Unravels”. 79 *Am. Bankr. L.J.* 2005, p. 143-167.

2. AS INSOLVÊNCIAS TRANSFRONTEIRIÇAS NO BRASIL E UMA OPORTUNIDADE PARA O MERCOSUL

Os precedentes emanados das Cortes brasileiras atestam o valor efetivo do debate^{7, 8} e, a um só tempo, que a insolvência transfronteiriça

7 O Brasil não possui tratado de cooperação a fim de otimizar ordens emanadas em insolvências estrangeiras. Decisões internacionais são submetidas ao procedimento de homologação de sentença estrangeira que, a partir de 2004, é de competência do Superior Tribunal de Justiça (Resolução 09/2005 do STJ). A jurisprudência confirma o posicionamento tradicionalista de nossos juristas em não admitir efeitos de processos internacionais sobre bens situados em território nacional. Sob a égide do Decreto-lei 7.661, Trajano de Miranda Valverde comentou o caso da PAN AM: “neste caso, a filial no Brasil é considerada autônoma da sede no exterior, podendo aqui ser instaurado o processo falimentar em relação aos credores constituídos no Brasil. Se a empresa estrangeira tiver vários estabelecimentos, ou filiais no Brasil, em relação a elas, prevalecerá o critério do principal estabelecimento. Recentemente, a companhia de transporte aéreo norte-americana PAN AM, não conseguiu cumprir nos Estados Unidos seu plano de recuperação econômica, previsto no chapter 11 da Lei Falimentar Norte-Americana tendo, em consequência, sido decretada sua quebra. Em relação aos bens da companhia que estavam no Brasil, o Juízo da 5ª Vara de Falência e Concordatas da Comarca do Rio de Janeiro aplicou corretamente o art. 7º, decretando aqui a falência da filial da PAN AM. Portanto, o ativo da companhia norte-americana que estava no Brasil responderá exclusivamente pelo passivo aqui assumido, não sendo arrecadado pelo juízo no exterior”. VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. 4ª ed. atual. por J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Rio de Janeiro: Forense, 1999, vol 3, p. 144. Em anos mais recentes: SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. FALÊNCIA. JUSTIÇA PORTUGUESA. ART. 1.030, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL. ART. 3º DA LEI 11.101/05. PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE. DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO BRASILEIRO, DO LOCAL DO PRINCIPAL ESTABELECIMENTO DO DEVEDOR. SENTENÇA ESTRANGEIRA QUE RESTRINGE A JURISDIÇÃO BRASILEIRA. OFENSA À SOBERANIA NACIONAL. INDEFERIMENTO DA HOMOLOGAÇÃO. 1. Nos termos do parágrafo único do art. 1.030 do CC de 2002, justifica-se o interesse do requerente na presente homologação em razão de ser sócio do requerido em empreendimento situado no Brasil. 2. Segundo o princípio da universalidade, a decretação da falência compete ao Juízo do local do principal estabelecimento do devedor (art. 3º da Lei 11.101/05). 3. Incabível a homologação da sentença estrangeira que obsta a instauração ou o prosseguimento de qualquer ação executiva contra o falido, restringindo a jurisdição brasileira, sob pena de ofensa à soberania nacional. 4. Pedido de homologação indeferido. (STJ- SEC 1735 / EX, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, j. 12/05/2011) SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. FALÊNCIA (INSOLVÊNCIA CIVIL). JUSTIÇA PORTUGUESA. HOMOLOGAÇÃO. PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 1.030 DO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE. BENS E ATIVIDADES ATUAIS DO FALIDO NO BRASIL. DECRETAÇÃO EXCLUSIVA PELA JUSTIÇA BRASILEIRA. NÃO ATENDIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. INDEFERIMENTO. I - Impõe-se a homologação da sentença estrangeira quando atendidos os requisitos indispensáveis ao pedido, bem como constatada a ausência de ofensa à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes (arts. 5º, incisos I a IV e 6º da Resolução n.º 9/STJ, c/c art. 17 da LICC). II - In casu, busca o requerente, no Brasil, a homologação de sentença de falência (insolvência civil) proferida pela autoridade portuguesa em desfavor do requerido, com quem mantém sociedade empresária, para fins do disposto no parágrafo único do artigo 1.030 do novo Código Civil (exclusão de sócio declarado falido). III - Ocorre, não obstante, que a legislação pátria aplicável prescreve que a declaração de falência está restrita, como regra, ao juízo do local onde o devedor possui o centro de suas atividades, haja vista o princípio da universalidade (artigo 3º da Lei n.º 11.101/2005). IV Nesse sentido, incabível a homologação de sentença estrangeira para os fins pretendidos pelo requerente, uma vez que a declaração de falência é de competência exclusiva da justiça brasileira, sob pena de ofensa à soberania nacional e à ordem pública. Pedido indeferido. (STJ- SEC 1734/ PT, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, j. 15/09/2010).

8 No AgRg na SEC 6948/EX, o STJ não analisou questão de abertura de processo de insolvência ou disciplina de bens, porém versa sobre ação que tramitou no estrangeiro sendo uma das partes brasileiras (VASP) e a situação decorrente do juízo universal da falência: AGRAVO NA HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. CUMPRIMENTO

ou internacional não é fato recente, porém está se transformando em um fenômeno cada vez mais frequente e complexo⁹. Desde o caso da companhia Port of Pará¹⁰ até as decisões proferidas na recuperação judicial do “Grupo X”, a realidade brasileira e mundial foi substancialmente alterada.

O ordenamento brasileiro nem sempre foi omissivo acerca do tema. O Decreto 6.982, de 1878, foi o primeiro diploma a admitir os efeitos de uma sentença estrangeira falimentar¹¹. Ele foi seguido por outras previsões legais em 1890¹² e em 1929¹³, além das regras de cunho processual de

DOS REQUISITOS DOS ARTS. 5º E 6º DA RESOLUÇÃO STJ N.9/2005. AÇÕES EM TRÂMITE NA JUSTIÇA BRASILEIRA. ÓBICE À HOMOLOGAÇÃO. INEXISTÊNCIA. FALÊNCIA SUPERVENIENTE. ATRAÇÃO DO JUÍZO FALIMENTAR. DESCABIMENTO. 5º6º9- Este Tribunal exerce juízo meramente deliberatório nas hipóteses de homologação de sentença estrangeira; vale dizer, cabe ao STJ, apenas, verificar se a pretensão atende aos requisitos previstos no art. 5º da Resolução STJ n. 9/2005 e se não fere o disposto no art. 6º do mesmo ato normativo. Eventuais questionamentos acerca do mérito da decisão alienígena são estranhos aos quadrantes próprios da ação homologatória.- A jurisprudência do STF, à época em que a homologação de sentenças estrangeiras era de sua competência, orientava-se no sentido de não vislumbrar óbice o fato de tramitar, no Brasil, processo com o mesmo objeto da ação estrangeira. A jurisprudência do STJ vem apontando no mesmo sentido. Precedentes.- Exceções a essa regra eram vislumbradas somente nas hipóteses em que se tratava de competência internacional exclusiva do Brasil ou em matéria envolvendo interesse de menores, circunstâncias não verificadas na espécie. Precedentes.- A superveniência da decretação de falência não implica a atração do juízo falimentar sobre o processo em que proferida a sentença homologada, na medida em que o § 1º do art. 6º da Lei 11.101/2005 dispõe que as ações que demandem quantia ilíquida terão prosseguimento no juízo no qual estiverem tramitando. § 1º6º11.101- Agravo não provido.(STJ- AgRg na SEC 6948/EX, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 17/12/2012, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 01/02/2013)

9 Nesse sentido pontuam Francisco Satiro e Paulo Fernando Campana Filho: “O problema não é nenhuma novidade – ele existiu, de uma forma ou de outra, desde pelo menos a Idade Média-, mas tornou-se muito mais agudo a partir da crise do petróleo na década de 1970, quando os casos envolvendo mais de um país se popularizaram. A quebra do Herstatt e de outros bancos trouxe à tona os aspectos transfronteiriços da insolvência mesmo antes da entrada em vigor da hoje revogada *Section 304 do Bankruptcy Code* norte-americano, um dos primeiros diplomas legais de relevo no mundo a tratar do assunto. Casos de falência envolvendo mais de uma jurisdição multiplicaram-se nas décadas de 1980 e 1990 e levaram ao desenvolvimento de diversas iniciativas destinadas à proliferação de normas de insolvência transfronteiriça em âmbito internacional. Apesar disso, a adoção de tais normas de insolvência internacional tem sido muito mais lenta do que o aumento do número de casos transfronteiriços.” SATIRO, Francisco; CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. “A Insolvência Transnacional: para além da regulação estatal e na direção dos acordos de cooperação”. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco (ed.). *Direito das Empresas em Crise: problemas e soluções*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 119-140.

10 Em 1933 o STF negou a homologação de sentença falimentar proferida por um tribunal francês, sob o argumento que não era possível a homologação se os efeitos pretendidos incidiam exclusivamente em imóvel situado em nosso país (SE 919, rel. Min. Plínio Casado).

11 Art.14 do Dec. 6.982/1878: “Serão exequíveis no Brasil as sentenças estrangeiras que abrirem falência a negociantes que tenham o seu domicílio no país, onde forem proferidos”.

Art. 1.º do Dec. 6.982/1878: “As sentenças estrangeiras, cíveis ou commerciaes, só poderão ser executadas no Brazil, concorrendo os requisitos seguintes: § 1.º Que a nação, a que pertencem os Juizes ou Tribunaes que as proferiram, admitta o principio da reciprocidade. (...)”.

12 Decreto 917, art. 93: “Serão exequíveis no Brazil, haja ou não reciprocidade legislativa ou diplomatica, mediante as formalidades do Decreto n. 6.982 de 27 de julho de 1878, as sentenças estrangeiras que abrirem falência a negociantes que tenham domicilio no paiz onde foram proferidas”.

13 Decreto 5.746/1929 manteve “os preceitos da anterior (lei), aditando uma regra nova e justa,

1939¹⁴. Contudo, a tendência que se consolidou foi pela negativa de cooperação internacional e impossibilidade de admissão de sentença estrangeira que decretasse falência de comerciante domiciliado no Brasil ou mesmo qualquer efeito sobre bens situados em território nacional.

Entretanto, regras de cunho preponderantemente processuais, mas incapazes de avaliar os efeitos da crise econômica mundial no cotidiano das empresas, não se justificam. Se, por um lado o respeito à soberania das nações impõe filtros e medidas de controle prévio para execução de decisões estrangeiras em desfavor do patrimônio de seus cidadãos, por outro não é possível ignorar a íntima relação entre as economias e, por conseguinte, dos efeitos da quebra ou instabilidade financeira de empresas estrangeiras no mercado interno e vice-versa.

Neste contexto, o processo de recuperação judicial do grupo de sociedades do empresário Eike Batista reavivou o debate sobre a ausência de legislação pátria e o papel do Poder Judiciário na condução de insolvência envolvendo empresas estrangeiras e sua íntima conexão com o sucesso de processo concursal em trâmite no Brasil. A decisão proferida pelo magistrado que deferiu o processamento da recuperação judicial das sociedades brasileiras OGX PÊTRÓLEO e GÁS PARTICIPAÇÕES S/A, contudo indeferiu a inclusão das empresas sediadas na Áustria (OGX

no art. 166, para aqui concorrerem os credores admitidos no processo de falência estrangeira sem prévia homologação desta, e alterando, com razão, o antigo princípio de denegação de falência "de devedor brasileiro aqui domiciliado (...) dada a equiparação constitucional de brasileiros e estrangeiros" VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1978, vol 3, p. 41.

14 Art. 786. Não serão exequíveis no território nacional as sentenças estrangeiras que declararem a falência de comerciante brasileiro domiciliado no Brasil.

Art. 787. As sentenças estrangeiras que abrirem falência a comerciantes domiciliados no país onde foram proferidas, produzirão no Brasil, depois de homologadas, os efeitos inerentes às sentenças de declaração de falência, salvo as seguintes restrições:

I – independentemente de homologação e à vista da sentença e do ato de nomeação em forma autêntica, os síndicos, administradores, curadores ou representantes legais da massa poderão requerer diligências que lhe assegurem os direitos, cobrar dívidas e intentar ações, sem obrigação de prestar fiança às custas;

II – os atos que importarem execução de sentença, tais como a arrecadação e arrematação dos bens do falido, somente se praticarão depois de homologada a sentença e mediante autorização do juiz, respeitadas as fórmulas do direito pátrio;

III – embora declarada arquivo a sentença estrangeira da abertura de falência, aos credores domiciliados no Brasil, que tiverem, na data da homologação, ações ajuizadas contra os falidos, será lícito prosseguir nos termos do processo e executar os bens do falido situados no território nacional.

Art. 788. A sentença estrangeira que abrir falência a comerciante estabelecido no território nacional, embora homologada, não compreenderá em seus efeitos o estabelecimento que o mesmo possua no Brasil.

Art. 789. As concordatas homologadas por tribunais estrangeiros ficarão sujeitas a homologação nos termos dos artigos anteriores, e sómente obrigarão a credores residentes no Brasil, quando estes forem citados.

Art. 790. Na execução de sentenças estrangeiras no Brasil, observar-se-á o que estipular a respeito o tratado ou convenção existente.

Art. 792. Não obstante satisfeitos os requisitos do artigo antecedente, as sentenças não serão homologadas, se contiverem decisão contrária á soberania nacional, á ordem pública ou aos bons costumes.

INTERNATIONAL GMBH e OGX ÁUSTRIA GMBH HSBC CTVM S/A), está baseado no argumento dos limites impostos pela soberania nacional e observância do princípio da separação de poderes:

O direito pátrio não pode ser aplicado e muito menos a sua proteção jurídica pode ser concedida para uma empresa chinesa, coreana, tailandesa, austríaca ou holandesa, sob pena de violação da soberania da legislação pátria daqueles países ou absoluta inaplicabilidade sem o amparo legal.

Tratar-se-ia de criar uma insegurança jurídica perante credores internacionais que não poderiam ter um julgamento de seus créditos apreciados por nossa legislação, ainda mais sem o amparo do nosso direito. Não se pode confundir a harmonização de processos de falências de empresas que possuem ativos em diferentes jurisdições, o que encontra respaldo no chapter fifteen da legislação americana de falência, com o processamento e julgamento de recuperação judicial de empresas estrangeiras sem qualquer previsão legal.

Na ausência de uma legislação nacional com essa previsão de harmonização para falência de grandes empresas com ativos em diversos países, essa lacuna deverá ser suprida pela atuação dos operadores do direito. Não atentar para esse aspecto, significa atentar contra a soberania das nações e de suas legislações, o que ensejaria insegurança jurídica de contratos pactuados alhures, formando-se um cenário negativo para os investimentos externos em nosso país¹⁵.

Esta decisão singular foi reformada pelo TJRJ com a admissão de abertura, no Brasil, de processo de recuperação judicial envolvendo também as sociedades sediadas no exterior. De acordo com entendimento exarado pela Corte, existe uma lacuna no ordenamento brasileiro que exige atuação do Estado Juiz tal como autorizado pelo art. 4º da LINDB¹⁶.

Mais do que ponderações casuísticas do Poder Judiciário, as empresas que atuam no Brasil reclamam a superação desta grave lacuna legislativa para garantir um tratamento adequado e em sintonia com as melhores práticas globais sobre o assunto. Daí, porque, a tentativa de normatização não pode ignorar a salutar convergência dos diplomas legais e o rico debate travado no continente europeu e entre os países que compõe o NAFTA.

15 Processo n.º 0377620-56.2013.8.19.0001, 4ª Vara Empresarial da Comarca da Capital.

16 “não se está erigindo o Estado Juiz à condição de legislador positivo. A ausência de previsão normativa quanto à aplicação do instituto da recuperação judicial além dos limites territoriais, se não o autoriza, por outro lado não o veda. A hipótese desafia a decisão de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, conforme prevê o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, de aplicação cauta e excepcional, em situações que, a seu turno, demandem cautela e sejam, por igual, excepcionais. Até porque são os princípios gerais os responsáveis pela atuação do Ordenamento Jurídico à feição de um todo, integrando-lhe setores comunicantes, de outra forma tornados estanques” (TJRJ-AI n.º 0064658-77.2013.8.19.0000, 14ª CC, Rel. Des. GILBERTO CAMPISTA GUARINO, J. 19.02.2014).

Nesta senda, os Estados Partes e Associados ao MERCOSUL deveriam unir forças para aproximar suas legislações falimentares referente aos efeitos transnacionais, ação orientada pelo compromisso assumido no artigo primeiro do Tratado de Assunção (reafirmado no Protocolo de Ouro Preto) e razão de ser do bloco: integração efetiva e cooperação regional.

Além da ausência de tratamento unificado no MERCOSUL às insolvências transfronteiriças, as tratados internacionais que vinculam alguns destes Países dão tratamento anacrônico ou representam barreiras para uma construção conjunta da disciplina legal. Não é possível se pautar pelas regras do Tratado de Montevidéu de Direito Comercial Internacional de 1940¹⁷ e do Código de Bustamante de 1928¹⁸, porque consagram um sistema de universalismo muito moderado e sujeito às intempéries das legislações domésticas para inúmeras circunstâncias¹⁹. Estes diplomas ignoram a dinâmica de grupos econômicos e dos complexos instrumentos contratuais que moldam as relações comerciais hodiernas.

A nova lei chilena de Recuperação e Liquidação, n.º 20.720, quebrou o silêncio presente na América do Sul sobre o tema, introduzindo um extenso capítulo, baseado na Lei Modelo da UNCITRAL, para insolvência transfronteiriça. O diploma entrou em vigor este ano e poderá servir de influência aos Estados vizinhos e, quiçá, para uma regulamentação unificada em nível de MERCOSUL e Aliança do Pacífico. Reproduzimos dois artigos que demonstram a preocupação daquele país com o diálogo entre nações soberanas e o esforço para concretizar os objetivos que são compartilhados:

Artículo 299.- Finalidad. La finalidad del presente Capítulo es establecer mecanismos eficaces para la resolución de los casos de insolvencia transfronteriza con miras a promover el logro de los objetivos siguientes:

- a) La cooperación entre los tribunales y demás organismos involucrados en los Procedimientos Concursales de Chile y de los Estados extranjeros que hayan de intervenir en casos de insolvencia transfronteriza;
- b) Una mayor seguridad jurídica para el comercio y las inversiones;
- c) Una administración equitativa y eficiente de las insolvencias transfronterizas que proteja los intereses de todos los acreedores, nacionales o extranjeros, y de las demás partes interesadas, incluido el Deudor;
- d) La protección de los bienes del Deudor y la optimización de su valor, y
- e) Facilitar la reorganización de empresas en dificultades financieras, a fin de proteger el capital invertido y de preservar el empleo.

17 Que vincula Argentina, Paraguai e Uruguai e possui disposições específicas sobre insolvência transfronteiriça entre os arts. 40 e 53.

18 Arts. 414 a 420. Vincula o Brasil e outros países associados ao MERCOSUL.

19 De acordo com a doutrina especializada, estes tratados adotam em princípio o modelo universal, porém as inúmeras previsões calcadas no territorialismo mitigaram sobremaneira aquela opção metodológica, CALDERON, Silvio Javier Battello. *Falência Internacional no MERCOSUL: proposta para uma solução regional*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 84.

Artículo 307.- Interpretación. En la interpretación del presente Capítulo habrá de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.

Mostra-se imprescindível que as nações que almejam uma verdadeira integração regional busquem atualizar suas leis e o façam com espírito de confluência. As insolvências transnacionais salientam o fenômeno da multiplicação das fontes normativas e, por consequência lógica, enfraquecimento do monismo estatal²⁰. O próximo relacionamento entre efeitos da crise econômico-financeira, a regulamentação dos mercados, as complexas estruturas societárias e a tensão entre ordem pública interna e o cumprimento das avenças particulares, conduz ao diálogo com diversos ramos do Direito e de Ciências afins.

As propostas legislativas precisam abarcar a complexidade das estruturas societárias e das operações financeiras que estão no centro dos procedimentos de insolvência. A solução a ser pensada não pode se restringir aos conflitos de competência entre Jurisdições, mas deve avançar para o tratamento ofertado aos grupos de sociedade e de que maneira as entidades dotadas de personalidade jurídica individualiza contribuem ou são indispensáveis para preservação da atividade econômica subjacente. O entendimento do TJRJ no caso “Grupo X”²¹ pôs em evidência esta difícil questão, também partilhada pelos estudos internacionais²².

Um diploma legal que ignore as faces de um fenômeno naturalmente plural pecaria pelo reducionismo e artificialidade. De igual forma seria desaconselhado que cada país sul americano dedicasse um tratamento isolado à insolvência internacional, sem nenhuma orientação quanto

20 Segundo Frederico Glitz: “O papel absoluto e exclusivo do Estado na produção normativa entra em crise, passando-se a admitir a possibilidade da existência de outras fontes normativas concorrentes (pluralismo, como visto no item anterior). Quando tais fontes localizam-se para fora do território do Estado, a crise atinge o cerne da soberania estatal. (...) não se poderia mais afirmar Estado como único produtor normativo, o cenário global não só revelaria que a produção jurídica se internacionalizou, como se descentralizou e se privatizaria. Assim, não só passa a ser possível se buscar fundamento normativo alhures, como ele não depende, necessariamente, do consenso dos Estados”, GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *Contrato, globalização e Lex Mercatoria* [online]. São Paulo: Clássica. 2012, pp. 62-63. Disponível em: <http://www.fredericoglitz.adv.br/biblioteca_detalle/17/contrato--globalizacao-e-lex-mercatoria#sthash.JtWFi4EG.pdf>

21 “As duas empresas estrangeiras subsidiárias, excluídas, em primeiro grau, do procedimento de recuperação judicial, operam apenas e tão somente em estrita função da controladora, servindo como veículos das sociedades brasileiras para a emissão de títulos de dívidas e recebimento de receitas no exterior, colimando o financiamento das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil. Têm-se, portanto, sociedades empresárias estrangeiras que se erigem em estrutura de financiamento de sua controladora nacional, formando um grupo econômico único, em prol de uma única atividade empresarial, o que não é nada incomum na era contemporânea, de globalização de mercados, mais ainda quando se pondera a própria atividade explorada, que intensifica as relações jurídicas transfronteiriças.” (TJRJ- AI n.º 0064658-77.2013.8.19.0000, 14ª CC, Rel. Des. GILBERTO CAMPISTA GUARINO, J. 19.02.2014).

22 A exemplo dos estudos da UNCITRAL: “Legislative Guide on Insolvency Law: Treatment of enterprise groups in insolvency (2010)”.

aos efeitos que pode provocar em seus vizinhos e parceiros comerciais.

Os empresários são protagonistas do desenvolvimento mundial e da aproximação dos mercados. Quanto mais forte a integração econômica, maior a necessidade de unificação de procedimentos e das regras que impactam a atividade mercantil.

3. PREPONDERÂNCIA DO MODELO UNIVERSALISTA: RAZÕES E POSSÍVEIS JUSTIFICATIVAS

É cedo para adotar um modelo teórico como ideal e acabado. Os inúmeros estudos promovidos pela UNCITRAL e, sobretudo, os dilemas práticos ainda encontrados pelas nações que orientaram suas leis a partir do modelo universalista são sintomáticos de que ele não resolve todos os conflitos ínsitos à insolvência transfronteiriça.

Por outro lado, sua adoção majoritária também sinaliza que o modelo universalista administra melhor a crise internacional. Algumas razões de ordem prática nos ajudam a entender esta predominância.

Primeiro, parece óbvio que uma crise de efeitos transnacionais merece igualmente uma regulamentação que não esteja voltada ao próprio umbigo²³. As relações comerciais estão cada vez mais complexas, impossibilitando a divisão de ativos de uma empresa (ou grupo de empresas) sob a regra de que cada país deve ser soberano e administrar os ativos sediados em seu território. Os credores são também especializados e não aceitam serem excluídos da fatia do bolo pelo critério exclusivamente da localização dos bens. Os créditos foram concedidos em benefício da operação como um todo e inexistente regra que vincule sua utilização ao território local. Assim, ativos espalhados ao redor do mundo devem ser administrados em conjunto e formar uma única massa capaz de otimizar a repartição de seus frutos entre todos os credores, independentemente da nacionalidade e localização. Portanto, a lógica dos mercados globalizados privilegia uma regulamentação que não feche os olhos para esta realidade.

Segundo, o modelo universalista não desrespeita a soberania de cada nação. As decisões prolatadas por autoridades estrangeiras continuam a ser submetidas ao controle interno para seu reconhecimento e eficácia. O que se busca é uma maior cooperação internacional. Uma decisão em consonância com os princípios e regras adotados por um país não deveria ser ignorada porque emanada de uma autoridade estrangeira.

²³ “Em matéria de Direito Concursal, a análise de sistemas estrangeiros é de particular interesse na medida em que o fenômeno da crise da empresa é universal. Ainda que os efeitos da empresa não encontrem fronteiras –em decorrência do progressivo aumento nas relações econômicas internacionais–, cada sistema jurídico apresenta suas próprias soluções, naturalmente adaptadas às suas respectivas realidades econômicas, sociais e culturais, mesmo que revelem traços e princípios coincidentes entre si”, PUGLIESI, Adriana Valéria. *Direito Falimentar e Preservação da Empresa*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 41.

Terceiro, o modelo universalista não viola direito dos credores nacionais. A crise de empresas transnacionais não representa um episódio isolado e tende a aumentar a cada ano. Os mesmos credores que hoje reivindicam preferência no recebimento e exclusividade na partilha de bens situados em seu território podem, amanhã, ser excluídos dos direitos creditícios de empresas estrangeiras. O modelo universalista tenta ordenar a corrida desgrenhada de credores, mas em nível internacional. Afinal, a nacionalidade do credor não deveria importar e, sim, a natureza de seu crédito.

Quarto, a interação entre mercados teve e tem como reflexo uma maior aproximação entre as leis dos países. Se não em nível mundial, ao menos nos blocos de convergência econômica. Esta sintonia em termos gerais favorece o tratamento similar às crises que afetam a economia.

Quinto, o modelo territorialista –ainda que em sua versão modificada que incentiva a cooperação entre países– na verdade despreza os efeitos supranacionais da crise da empresa. A regulamentação tradicional proclama o territorialismo, ou seja, que cada nação administre os credores e os bens nacionais ignorando o que ocorre além de suas fronteiras. Se hoje falamos em crises de empresas que se internacionalizaram é porque a solução antiga é insuficiente.

Um novo modelo deve ser debatido. Aqui aflora uma oportunidade de aperfeiçoamento efetivo, já que vários países são chamados para discutir trazendo diferentes perspectivas, diferentes anseios e, a um só tempo, uma preocupação econômica comum. Este cenário fortalece o papel de organizações internacionais que, através de seus especialistas e estudos imparciais, podem contribuir para uma regulamentação técnica e livre de interesses partidários.

O direito internacional possui configuração ampla, que deve estar acima dos interesses exclusivos de um ou outro país. A crise transfronteiriça gera efeitos que prejudicam credores ao redor do mundo e podem aniquilar uma atividade que até então movimentava o comércio multilateral. O modelo universalista rejeita a visão míope do problema e, por esta razão, não deve ser desprezado.

CONCLUSÃO

A insolvência transfronteiriça carrega consigo uma multidisciplinaridade ao envolver problemas de direito falimentar e, simultaneamente, direito internacional público e privado, direito societário, sem prejuízo de outras matérias.

A conexão entre tantas áreas do Direito e também sob o viés econômico é um retrato fiel da lógica de funcionamento dos mercados. As transações econômicas são celebradas em diferentes idiomas, línguas e condições contratuais e no momento de crise é preciso garantir

o equilíbrio entre o respeito aos contratos por parte da autoridade encarregada do procedimento concursal (judicial ou extrajudicial) e o necessário controle da ordem pública.

Por fim, da problemática das insolvências transfronteiriças emerge a discussão acerca das funções e amplitude da *Soft Law* como um marco teórico legítimo e útil para propositura de soluções. Esta breve incursão comprova a imprescindibilidade das leis-modelos, guias práticos e recomendações dadas por centros de estudos internacionais para os esboços legislativos e projetos convertidos em *Hard Law*.

A integração do Mercado Comum do Sul não será consolidada enquanto seus integrantes efetivos e associados não afinarem as políticas ou, ao menos, diretrizes legislativas para uma direção única. As naturais barreiras para colocar em sintonia as normas de tantos países podem ser suavizadas através de recomendações, princípios e outros parâmetros que exercem tarefa supralegal e destinados a orientar uma eventual e futura regulamentação nacional. Este foi o caminho adotado pelas nações que compõe o NAFTA e, nos parece, algo salutar por permitir uma evolução gradual porém com direção delimitada pelo grupo.

Outro fator importante para a adoção de uma política comum (esteja ela consagrada em normas vinculantes ou apenas diretrizes supraleais) pode ser justificado no fortalecimento do comércio internacional. Tal como apontado ao início, o mercado responde ao regime de insolvência não apenas no momento da crise econômica. A transparência, a familiaridade e a crença na estabilidade nos procedimentos de insolvência são determinantes na tomada de decisões pelos agentes de mercado; qual a taxa de exposição ao risco aceita e qual será o volume de crédito a ser concedido. Na sistemática atual os empresários são obrigados a conhecer as regras internas de cada país e sofrem com o vácuo legislativo no tocante à insolvência transfronteiriça.

Aqui no Brasil e nos demais membros do MERCOSUL as crises que atingem as empresas não estão contidas nas fronteiras nacionais. O caso envolvendo o Grupo X (empresas que pertenciam ao Eike Batista) é sinal maior de que o tema não é meramente acadêmico e urge por uma disciplina adequada.

Esta incômoda omissão concede uma oportunidade única para fortalecimento do MERCOSUL. Os seus membros podem aproveitar para debater a questão na tentativa de construir uma solução em conjunto ou deixar mais uma vez os empresários na difícil expectativa.

REFERÊNCIAS BIBLIORÁFICAS

ADAM, Edward; FINCHE, Jason K. "Coordinating cross-border bankruptcy: how territorialism saves universalism". *Columbia journal of European Law*. 2008-2009, vol15, p. 43 e ss.

ARAÚJO, Aloísio; FUNCHAL, Bruno. “A nova lei de falências brasileiras e seu papel no desenvolvimento do mercado de crédito”. *Pesquisa e Planejamento Econômico*. 2006, vol 36, nº 2, p. 209-254.

ARAÚJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 5ª ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2011.

BEBCHUK, Lucian Arye; GUZMAN, Andrew T. “An Economic Analysis of Transnational Bankruptcies”. *Journal of Law and Economics*. 1999, vol XXII, p. 775-808.

BUFFORD, Samuel L. “International Insolvency Case Venue in the European Union: The Parmalat and Daisytek Controversies”. *Columbia Journal of European Law*. 2006, vol 12, p. 429-486.

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

CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. “A recuperação judicial de grupos societários multinacionais: contribuições para o desenvolvimento de um sistema jurídico brasileiro a partir do direito comparado”. [Tese de Doutorado]. Universidade de São Paulo- Faculdade de Direito. São Paulo, 2013

CHUNG, John J. In re Qimonda AG: “The Conflict between Comity and the Public Policy Exception in Chapter 15 of the Bankruptcy Code, 32”. *B.U. Int’l L.J.* 2014, vol 89, p.91-121.

CLIFT, J. “The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: the judicial perspective”. *INSOL world*. 2011, fourth quarter, p. 8.

FERRÉ, Juan. “Recent Developments on the Reform of Insolvency Law at European Level”. *Insol World*. 2013, fourth quarter.

FLETCHER, Ian F. “Maintaining the momentum: the continuing quest for global standards and principles to govern cross-border insolvency”. *32 Brook. J. Int’l L.* 2006-2007, p. 767-784.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *Contrato, globalização e Lex Mercatoria* [online]. São Paulo: Clássica. 2012. Disponível em: <http://www.fredericoglitz.adv.br/biblioteca_detalle/17/contrato--globalizacao-e-lex-mercatoria#sthash.JtWFi4EG.pdf>

GUZMAN, Andrew T. “International Bankruptcy: in defense of universalism”. *98 Mich. L. Rev.* 2000, p. 2177- 2215.

HIRATUKA, Célio; SARTI, Fernando. *Investimento Direto e Internacionalização de Empresas Brasileiras no Período Recente. Texto para discussão IPEA*. Disponível em: <http://www.eco.unicamp.br/neit/images/stories/arquivos/artigos/TD_1610_WEB.pdf>

LoPUCKI, Lynn M. “Cooperation in International Bankruptcy: A Post-Universalist Approach”. *Cornell Law Review*. 1998, vol 84, p. 2591-2611.

LoPUCKI, Lynn M. “Universalism Unravels”. *79 Am. Bankr. L.J.* 2005, p. 143-167.

PERKINS, Liza. “A Defense of Pure Universalism in Cross-Border Insolvencies”. *International Law and Politics*. 2000, vol 32, p. 787-828.

PUGLIESI, Adriana Valéria. *Direito Falimentar e Preservação da Empresa*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

RECHSTEINER, Beat Walter. “A insolvência internacional sob perspectiva do direito brasileiro”. In PAIVA, Luiz Fernando Valente de, et al (ed.). *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SATIRO, Francisco; CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. “A Insolvência Transnacional: para além da regulação estatal e na direção dos acordos de cooperação”. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco (ed.). *Direito das Empresas em Crise: problemas e soluções*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 119-140.

SCOTTI, L. B. *Armonización Legislativa en materia de insolvencia internacional de los grupos económicos: ¿una asignatura pendiente para el MERCOSUR?* [online]. 2010. Disponível em: <www.eumed.net/libros/2010a/631/>

TIBURCIO, Carmen (2013). “Efeitos Extraterritoriais da Falência”. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. 2013, vol 62, p. 201-216.

TORREMAN, Paul. “Coming to terms with the COMI Concept in the European Insolvency Regulation”. In: OMAR, Paul J. (ed.). *International insolvency Law: themes and perspectives*. Great Britain: TJ International Ltd, 2008, p. 5833-6114.

UNCITRAL. *Legislative Guide on Insolvency Law* [online]. New York: UNCITRAL, 2005 [acessado em 21.01.15]. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/2004Guide.html>

UNCTAD. *World Investment Report 2014* [online]. New York: UNCTAD, 2014. [acessado em 21.01.2015]. Disponível em: <<http://unctad.org/en/pages/publicationwebflyer.aspx?publicationid=937>>

VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1978, vol 3.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. 4ª ed. atual. por J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Rio de Janeiro: Forense, 1999, vol 3.

WARREN, Elizabeth; WESTBROOK, Jay Lawrence. “Contracting Out of Bankruptcy: an empirical intervention”. *118 Harv. L. Rev.* 2004-2005, p.1198-1254.

WESTBROOK, Jay Lawrence. “A Global Solution to Multinational Default”. *98 MICH. L. REV.* 2000 p. 2292-98.

WESTBROOK, Jay Lawrence. “Multinational Enterprises in General Default: Chapter 15, The ALI Principles, and The EU Insolvency

Regulation”. 76 *Am. Bankr. L.J.* 2002, p. 1-42.

WOUTERS, Nora; RAYKIN, Alla. “Corporate Group Cross-Border Insolvencies between the United States & European Union: Legal & Economic Developments” [online]. *Emory Bankruptcy Developments Journal*. 2013. Disponível em: <<http://www.highbeam.com/doc/1P3-3115884501.html>>