

# Insolvência Transnacional e Direito Falimentar Brasileiro

*(Cross-Border Insolvency and Brazilian Bankruptcy Law)*

## **Alexandre Ferreira de Assumpção Alves**

*Doutor e mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Associado de Direito Empresarial nas Faculdades de Direito da UERJ e da UFRJ.*

## **Raphael Vieira da Fonseca Rocha**

*Mestrando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado.*

## **RESUMO**

O artigo tem por objeto examinar os sistemas de insolvência transnacional, isto é, o universalismo, o territorialismo e os modelos mistos, apresentando os principais elementos caracterizadores de cada um deles, bem como suas vantagens e desvantagens. O intuito da pesquisa é propiciar adequado arcabouço teórico para viabilizar um debate sério sobre o tema no Brasil, haja vista que a acentuada globalização da economia mundial não mais permite ao país manter-se inerte perante a matéria. Será também feita uma análise da teoria das qualificações do direito internacional privado, que servirá como importante substrato teórico para o tema, bem como do histórico do direito falimentar brasileiro. A pesquisa é do tipo bibliográfico-documental e o método adotado é o dedutivo.

**Palavras-chave:** Insolvência Transnacional; Sistemas; Falência e Recuperação Judicial; Direito Brasileiro.

## ABSTRACT

*This paper aims to examine the cross-border insolvency systems, that is, the universalism, territorialism and mixed systems, presenting the main characteristics of each one as well as their advantages and disadvantages. The research's purpose is to provide adequate theoretical framework to allow a serious debate on the subject in Brazil, once the strong globalization of world economy no longer allows the country to remain inert about this issue. The paper will also analyze the classification theory, under Private International Law doctrine, because it serves as an important theoretical basis for the studied matter, and the background of Brazilian bankruptcy law. It's a bibliographical and documentary research and the method adopted is deductive.*

**Keywords:** *Cross-border Insolvency; Systems; Bankruptcy and Reorganization; Brazilian Law.*

## 1. INTRODUÇÃO

Em outubro de 2013, a sociedade empresária OGX Petróleo e Gás Participações S.A. e suas controladas ajuizaram pedido de recuperação judicial perante a Justiça Estadual da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, feito que veio a ser distribuído para a 4ª Vara Empresarial. Em sua exordial, as autoras pleitearam o deferimento da recuperação judicial para quatro sociedades<sup>1</sup> integrantes do grupo empresarial, duas delas constituídas no Brasil e duas com sede na Áustria, estando, portanto, no cerne da discussão a questão do foro competente para julgamento. Devido ao porte econômico do grupo, o processo reacendeu debate acerca da possibilidade de um Juízo brasileiro incluir na falência ou no pedido de recuperação judicial sociedade cuja constituição tenha se dado em outro país.

A comunidade hodierna encontra-se cada vez mais interligada pela globalização. Pessoas físicas e jurídicas não mais se limitam às fronteiras de seus países. O desenvolvimento surpreendente da tecnologia da informação permite que o capital assuma uma feição transnacional, fluindo os

---

<sup>1</sup> Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, adotou-se no Brasil a teoria da empresa. Em razão disso, ao longo desse trabalho, o termo “empresa” será utilizado apenas no sentido técnico de objeto de direito, isto é, atividade empresária. Para a pessoa jurídica, sujeito de direito, que exerce empresa, será adotado o termo “sociedade”.

investimentos e desinvestimentos livremente pelos Estados e continentes, podendo o investidor aportar recursos em qualquer parte e mediante constituição de qualquer forma jurídica. Com efeito, observa-se uma proliferação de investimentos em territórios estrangeiros, sobretudo em “paraísos fiscais”. Sociedades empresárias estabelecem relações em vários países; entes coletivos têm sede instalada em um Estado e filial (is) em território de outro (s); grandes conglomerados empresariais podem ser comandados de qualquer lugar do mundo dada a facilidade de deslocamento e comunicação.

Nesse contexto de circulação massiva e praticamente “instantânea” de capital, não poderia o perfil do direito falimentar (incluindo os meios preventivos à falência) permanecer imune aos efeitos dessas inovações. Como bem ilustra Carmen Tibúrcio, questões como, *v.g.*, a competência do juiz brasileiro para declarar falência de filiais ou subsidiárias de sociedade brasileira situadas no exterior e a lei que deva ser a elas aplicáveis surgem diante de lides que envolvam sociedades ou grupos econômicos de atuação multinacional<sup>2</sup>.

O presente artigo tem por objetivo adentrar no tema da insolvência transnacional, mediante o exame dos sistemas de insolvência transnacional, isto é, o universalismo, o territorialismo e os modelos mistos, apresentando os principais elementos caracterizadores de cada um deles, bem como suas vantagens e desvantagens. O intuito da pesquisa é propiciar adequado arcabouço teórico para viabilizar um debate sério sobre o tema no Brasil, haja vista que a acentuada globalização da economia mundial não mais permite ao país manter-se inerte perante a matéria. Será trabalhada também a teoria das qualificações do direito internacional privado, que servirá como importante substrato teórico para o tema, bem como será realizada uma análise sobre o histórico do direito falimentar brasileiro.

É de se ressaltar que o presente trabalho se utiliza do termo insolvência *lato sensu*. No Brasil, a falência e recuperação judicial ainda são institutos voltados apenas para os empresários individuais e sociedades empresárias<sup>3</sup>, de modo que se adota no país um sentido estrito do termo

---

2 TIBURCIO, Carmen. “Efeitos extraterritoriais da falência.” *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. V. 16, ano 2013, n. 62, p. 201.

3 “Para sujeitar-se à falência é necessário explorar atividade econômica de forma empresarial. Disso resulta que não se submete à execução concursal, de um lado, quem não explora atividade econômica nenhum e, de outro lado, quem o faz sem empresarialidade. Quem não produz nem circula bens ou serviços, assim, nunca terá sua falência decretada, nem poderá beneficiar-se de qualquer tipo de recuperação judicial ou extrajudicial. É o caso, por exemplo, de associação beneficente, fundação, funcionário público, aposentado, assalariado, etc. Esses sujeitos

insolvência. Muitos ordenamentos estrangeiros, por outro lado, já possuem uma análise mais ampla do vocábulo. Como exemplo, cita-se o caso do ordenamento português que, nos moldes de seu Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (Decreto-Lei nº 53/2004), permite, nos termos do art. 2º, 1, alínea d<sup>4</sup>, a sujeição de sociedades civis a processos de insolvência. O diploma português não prevê ainda qualquer obstáculo ao deferimento de recuperação judicial após a decretação de quebra da sociedade. Tal orientação é sabidamente vedada pelo direito pátrio consoante previsão do art. 1º da Lei nº 11.101/2005 e não foi alterada pelo Código de Processo Civil vigente (art.1.052)

Além disso, alguns ordenamentos nem sequer preveem processos distintos bem delimitados para os casos de falência e recuperação judicial. Vê-se, v.g., o caso da lei *Das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen* (ESUG), que alterou o diploma regulador das insolvências na Alemanha (*Insolvenzordnung – InsO*), prescrevendo “um procedimento único e uniforme de insolvência, aberto por iniciativa do devedor ou de credores, e que pode levar à liquidação dos ativos ou a um acordo alcançado no âmbito de um plano de insolvência (*Insolvenzplan*), que pode prever a continuidade da empresa [sic]”<sup>5</sup>. Logo, optou-se por utilizar o termo insolvência no sentido amplo, por prevalecer essa visão nos ordenamentos jurídicos mais avançados na matéria.

Como método de pesquisa, adota-se o dedutivo, pelo qual o raciocínio lógico faz uso da dedução para obter uma conclusão sobre determinada premissa. Parte-se da análise dos critérios do ordenamento brasileiro sobre falência e recuperação judicial transnacional para expor normas e doutrina sobre o tema, produzindo uma conclusão pessoal com supedâneo nas premissas adotadas no material investigatório coligado.

---

de direito, mesmo que estejam com dificuldades para honrar suas dívidas não se submetem, à execução concursal falimentar. Quando insolventes, decreta-se sua insolvência civil. Também não terá nunca sua falência decretada o exercente de atividade econômica não empresarial, como as sociedades simples, as cooperativas, o agricultor familiar cuja atividade rural não tenha cunha empresarial, o artesão e o prestador de serviços que exercem suas atividades preponderantemente com o trabalho próprio e de familiares, o profissional liberal e as sociedades de profissionais liberais. Nessas hipóteses, o devedor insolvente submete-se ao regime da insolvência civil, tal como ocorre com os não exercentes de atividade econômica. Não têm eles, assim, direito à recuperação judicial ou extrajudicial e devem, para ver extintas suas obrigações, quitar a totalidade do devido”. COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. V. 3 – Contratos, Falência e Recuperação de Empresas. 14ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 259-260.

4 “Art. 2º, 1: Podem ser objecto de processo de insolvência: [...] d) as sociedades civis;”

5 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 em Direito. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013, p. 60.

Serão utilizados como fonte os textos legais (normas), textos jurídicos de autores atuais e clássicos, bem como doutrina e jurisprudência, nacional e internacional. A pesquisa, portanto, é do tipo bibliográfico-documental.

## 2. A TEORIA DAS QUALIFICAÇÕES E SUA IMPORTÂNCIA PARA A MATÉRIA

Antes de se adentrar no exame dos sistemas de insolvência transnacional, é importante salientar que o tema enfrenta, *ab initio*, um problema de qualificação. Desenvolvida pelos juristas Franz Kahn, na Alemanha em 1891, e Étienne Bartin, na França em 1897, a teoria das classificações visa a enquadrar os *atos da vida* nos moldes das instituições criadas pelo direito, seja via costume ou via lei, almejando, assim, encontrar a solução mais adequada, justa e apropriada para os diversos conflitos decorrentes do convívio humano. A matéria, *v.g.*, foi tratada na Inglaterra ora pelo termo de *characterisation*, ora por *classification*<sup>6</sup>.

Debate-se na doutrina internacionalista qual deve ser o direito invocado para lastrear a qualificação de determinado assunto, podendo-se destacar três teorias predominantes, a saber, *lex fori*, *lex causae*, e a qualificação por referência a conceitos autônomos e universais. Para essa última teoria, elaborada por Ernst Rabel, o juiz deve buscar, através do método comparativo, conceitos dotados de caráter universal, não importando sejam distintos daqueles previstos no direito interno ou estrangeiro.

Na dogmática brasileira, prevalece o entendimento da utilização da *lex fori* como regra geral. Veja-se, *v.g.*, posicionamento de Beat Walter Rechsteiner:

"É princípio básico que o juiz sempre aplica as normas do direito internacional privado da *lex fori*. A teoria da *lex causae* não leva em consideração o fato de que a qualificação procede, logicamente, à determinação do direito aplicável pelo juiz. Apenas quando a subsunção de uma relação jurídica de direito privado com conexão internacional perante a norma adequada de direito internacional já

---

6 DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional privado**: parte geral. 11. ed. rev., atualiz. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 390.

foi feita é que é possível designar o direito aplicável. A qualificação mediante conceitos autônomos e universais, finalmente, falha, porque para o juiz, na prática, é quase impossível detectar elementos objetivos para este fim. As diretrizes elementares para a qualificação são fornecidas pela própria *lex fori*. Isso não impede o juiz de interpretar o objeto de conexão de uma norma indicativa ou indireta de direito internacional privado, com o intuito de levar em consideração institutos e figuras de direito desconhecidos pelo direito interno. O meio de auxílio para este fim, para o juiz, é o direito comparado."<sup>7</sup>

Jacob Dolinger se posiciona de modo semelhante, destacando apenas duas exceções à *lex fori*:

"Nosso entendimento é que o Direito Internacional Privado brasileiro aplica a *lex fori* para a qualificação em geral, abrindo duas exceções para a *lex causae* em matéria de bens e de contratos e, independentemente disto, rejeita qualquer reenvio indicado pela lei estrangeira.

Em verdade, o mesmo vem estabelecendo no Código Bustamente: o art. 6º estabelece o princípio da qualificação pela *lex fori*, mas os arts. 113 e 164 fixam a qualificação pela *lex causae* respectivamente para questões relativas a bens e obrigações."<sup>8</sup>

Ainda conforme o autor, a exceção dos bens se justifica no fato de que o legislador do local onde se encontram é o único verdadeiramente competente para classificá-los. Já no que se refere às obrigações, há praticamente sempre uma vontade tácita no sentido de submissão da obrigação à lei do local em que fora constituída, devendo-se, portanto, privilegiar o princípio da autonomia da vontade<sup>9</sup>. Foi com essa ótica que o Decreto-Lei nº 4.657/1942, originalmente nomeado de Lei de Introdução ao Código Civil, com atual denominação de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, nos moldes da redação dada pela Lei nº 12.376/10,

---

7 RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado: teoria e prática**. 15. ed., rev. e atualiz. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 69.

8 DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional privado...**, p. 403.

9 *Ibidem*.

dispôs, em seu art. 8º, que “[p]ara qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados” e, no art. 9º, que “[p]ara qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”.

Feitas essas considerações sobre a teoria das qualificações, passa-se à análise da problemática situada no âmbito da insolvência transnacional. Os sistemas territorialista e universalista derivaram, indiretamente, da Teoria dos Estatutos, desenvolvida a partir do século XIV pelo pós-glosador Bártolo de Sassoferato, um dos mais eminentes pensadores da chamada escola italiana. Conforme explica Jacob Dolinger:

"Bártolo distinguiu entre os direitos reais e os direitos pessoais, noção importante para a elucidação de muitas questões em que ocorrem conflitos, como, por exemplo, na sucessão do inglês que deixasse bens na sua terra e na Itália. Segundo a lei inglesa daquela época, a sucessão se transmitia exclusivamente para o primogênito, o que não ocorria na legislação italiana. Reger-se-ia a sucessão pela lei pessoal do falecido ou pela lei territorial dos bens?

Especula o famoso pós-glosador em torno da redação das leis sucessórias envolvidas. Se elas se referirem aos bens herdados, aplicar-se-á a lei da situação dos bens que compõem a herança, mas se se referirem à pessoa, iniciando-se a norma com uma referência ao primogênito, tudo dependerá se o falecido é ou não inglês: na primeira hipótese, o primogênito fica com todo o patrimônio sito na Inglaterra; se não é inglês, a norma não se refere a ele, nem mesmo com relação aos bens sitos naquele país".<sup>10</sup>

Como se vê, Bártolo de Sassoferato consagrou a distinção entre as regras *quod disponit circa personarum* e *quod disponit circa rem*. As primeiras, vinculadas ao estatuto pessoal, aplicam-se à pessoa em qualquer lugar que esteja presente, enquanto que as segundas, vinculadas ao estatuto real, só se aplicam aos bens situados no território do foro (*lex fori*)<sup>11</sup>. Em outras palavras, o estatuto pessoal é dotado de efeito extraterritorial ao passo que o estatuto real é limitado ao efeito territorial.

---

<sup>10</sup> Idem, p. 186-187.

<sup>11</sup> Idem, p. 301.

Ao se transpor esse discurso para a insolvência transnacional, tem-se a seguinte situação: caso a falência seja considerada como um *status* atrelado à pessoa do devedor, estaria incluída em seu estatuto pessoal, razão pela qual deveria ser reconhecida no âmbito extraterritorial. Nessa visão, seu patrimônio, como uma universalidade de direito, é uno e indivisível. Por outro lado, se for considerada como um processo concursal que apenas visa a administrar e alienar os bens do devedor, a falência estaria inserida no estatuto real, razão pela qual deveria restringir a aplicação de suas normas ao âmbito territorial<sup>12</sup>. Vê-se, portanto, que a qualificação do assunto elucida a determinação da jurisdição competente para o processo de insolvência transnacional. Elucida Haroldo Valladão:

"O problema da falência no direito internacional privado foi abordado longamente desde as origens da nossa ciência, desde a teoria dos estatutos, classificando o instituto ora como *pessoal* (incapacidade do falido), levando à extraterritorialidade, e, pois, à unidade e universalidade da falência (ANSALDUS, DELUCA), ora como *real* (referente a bens ou em geral ou para alguns: só quanto aos bens imóveis) conduzindo à territorialidade, à pluralidade da falência (CASAREGIS), e até mesmo outros, ora real ora pessoal, teoria mista ou sistema intermediário."<sup>13</sup>

Acentuando a importância da questão, salienta Irineu Strenger:

[...] "procurando aplicar a cada relação de direito o domínio mais adequado à sua natureza, no anseio da essencialidade da quebra, volta-se sempre a uma importante questão: a falência é de natureza real ou pessoal? A solução se expande em duas doutrinas: da unidade para os adeptos que são de natureza pessoal; e da pluralidade para os que se alinham na direção do caráter real".<sup>14</sup>

12 CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. "A recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais...", p. 85.

13 VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado, em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados americanos**. V. III, Parte especial (fim); Conflitos de leis comerciais, cambiais, falimentares, marítimas, aeroespaciais, industriais, trabalhistas, processuais, penais, administrativas, fiscais e eclesíásticas. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, p. 37-38.

14 STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado**. 6. ed. São Paulo: LTR, 2005, p. 924-925 *apud* TIBURCIO, Carmen. "Efeitos extraterritoriais da falência". **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. V. 16, ano 2013, n. 62, nota de rodapé nº 19.



Além dessas qualificações apresentadas, é possível, ainda, enquadrar a insolvência em outros moldes jurídicos. Carmen Tibúrcio traz mais três possíveis qualificações<sup>15</sup>. A primeira delas é qualificar o processo de insolvência como questão obrigacional. Como visto na posição de Beat Walter Rechsteiner e Jacob Dolinger, prevalece o entendimento de que, em matéria de obrigações, deve ser utilizada a *lex causae* não só para reger como também para qualificar. Desse modo, entendendo-se como questão obrigacional, a territorialidade seria utilizada para determinar a jurisdição, destarte, haveria tantos processos de falência quantos fossem os credores, porém a extraterritorialidade (ou universalidade) seria invocada para determinar a lei aplicável às relações jurídicas subjacentes, regendo as obrigações (*lex causae*). A autora aborda, ainda, a hipótese de haver um mesmo elemento de conexão para as relações nos ordenamentos jurídicos dos distintos países envolvidos no processo:

"Na hipótese de haver um elemento de conexão em comum, independentemente de onde a questão for examinada, as relações serão regidas por apenas uma lei, que será aplicável às questões obrigacionais.

Desta forma, na mesma hipótese anterior, existirão dois processos de falência: um na França, um no Brasil, mas nos dois, teoricamente, deveria ser aplicada a mesma lei para satisfazer a obrigação. Na prática, todavia, nessa hipótese também acabará sendo aplicada a teoria da territorialidade para determinar a lei aplicável. Em primeiro lugar, em razão das distintas regras de conexão de cada país (no Brasil, as obrigações contratuais são regidas pela lei do país onde o contrato é concluído; na França, o *droit commun* considera como lei aplicável às obrigações, em geral, a do país da execução do contrato). Além disso, não é incomum que as obrigações possuam elementos de conexão distintos; ora serão constituídas em países diferentes, ora haverá cláusula de escolha da lei aplicável ou ainda deverão ser cumpridas em locais diferentes".<sup>16</sup>

Ademais, o processo de insolvência pode ser classificado como questão de interesse coletivo. O juízo do local do *principal estabelecimento do*

---

<sup>15</sup> TIBURCIO, Carmen. "Efeitos extraterritoriais...", p. 203.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

*devedor* (terminologia utilizada pelo art. 3º da Lei nº 11.101/05, atual diploma falimentar brasileiro) é o principal interessado em julgar o processo, de modo que seria universal tanto em relação à sua jurisdição quanto à lei aplicável. Prevalece, desse modo, a teoria da universalidade da falência ou recuperação judicial. Por fim, o processo de insolvência pode se enquadrar como questão procedimental, haja vista se tratar, no caso da falência, de execução coletiva dos bens falido, levando, conseqüentemente, à aplicação da *lex fori* para tudo que concernir à insolvência.

Considerando que, via de regra, aplica-se a *lex fori* para a qualificação, percebe-se, a título exemplificativo, como a operação é complexa quando realizada com a recuperação judicial, disciplinada também pela Lei nº 11.101/05. A recuperação judicial é o meio pelo qual o empresário tem a possibilidade de se recuperar de uma crise econômico-financeira em que tenha submergido. É um processo judicial, porém com múltiplas peculiaridades. Há duas correntes bem definidas no direito brasileiro em relação à sua natureza jurídica. Para Jorge Lobo:

"Para mim, a recuperação judicial da empresa é um instituto de Direito Econômico, pois não se pauta pela ideia de Justiça, mas de eficácia técnica numa zona intermediária entre Direito Privado e o Direito Público, caracterizando-se por uma unidade tríplice: de espírito, do objeto e de método".<sup>17</sup>

Sérgio Campinho apresenta opinião diversa:

"[E]m nossa visão, o instituto da recuperação judicial deve ser visto com a natureza de um contrato judicial, com feição novativa, realizável através de um plano de recuperação, obedecidas, por parte do devedor, determinadas condições de ordens objetiva e subjetiva para sua implementação. A perfectibilidade do acordo não exige a manifestação unânime das vontades dos credores, sendo suficiente sua formação entre o devedor e uma maioria legalmente estabelecida de credores, capaz de obrigar a minoria. A massa de credores é quem declara a sua vontade, através do órgão deliberante: a assembleia-geral de credores. E isso se justifica porque o

17 LOBO, Jorge. "Comentário ao artigo 47". In: TOLEDO, Paulo Fernando F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord). *Comentários à lei de recuperação de Empresas e Falência*. 5. ed. Saraiva: São Paulo, 2012, p. 169.

fim do processo de recuperação judicial deve ser único para todos, pois a relação processual que se estabelece é única."<sup>18</sup>

Como se vê, Jorge Lobo não reconhece a recuperação como um instituto eminentemente de direito privado, isto é, como um acordo celebrado entre os credores e nem mesmo como um processo. Esse autor opta por uma posição intermediária entre o direito público e o privado, inserida no Direito Econômico, prestigiando, na recuperação judicial, a eficiência técnica da decisão em face da própria noção de justiça. Desse modo, o credor poderá sair insatisfeito em algumas situações, mas essa é a necessidade imposta, em razão do objetivo do instituto.

A posição de Sérgio Campinho, por sua vez, entende a recuperação judicial como um contrato que, homologado em juízo, leva à novação das obrigações do recuperando. É considerado contrato judicial porque a pactuação com os credores se dá em juízo. Por outro lado, possui eficácia novativa, pois, concedida a recuperação judicial com base no plano aprovado, as obrigações que até então existiam passam a assumir doravante novos moldes.

Desse modo, a concepção da natureza contratual da recuperação judicial pode levar a qualificação da recuperação como questão obrigacional, conduzindo à utilização do sistema da territorialidade, para determinar a jurisdição, e o da universalidade, para determinar a lei aplicável às obrigações. Por outro lado, adotando-se a posição de Jorge Lobo, a recuperação pode ser qualificada, *v.g.*, como questão de interesse coletivo, fazendo prevalecer o sistema da universalidade tanto para jurisdição quanto lei aplicável, possuindo como norte a preservação da atividade econômica do recuperando, inobstante haja fronteiras nacionais. A questão, como se vê, é bastante complexa e oferece diversas alternativas.

O acalorado debate a nível mundial acerca de ambos os sistemas foi impulsionado pelos reflexos da crise do petróleo da década de 1970. Antes dessa data, raros eram os casos concretos envolvendo a matéria, sendo comum que as análises ocorressem com mais frequência no campo acadêmico<sup>19</sup>. Atualmente, já se vislumbram inúmeras lides ao redor do globo, tendo o tema conquistado frequentemente interesse dos mais diversos estudiosos do direito.

18 CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa**: O Novo Regime de Insolvência Empresarial. 4ª ed. rev. e atualiz. Renovar: Rio de Janeiro, 2009, p. 12-13.

19 CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. "A recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais...", p. 84.

### 3. O SISTEMA UNIVERSALISTA

O universalismo é o sistema preferido dos acadêmicos, estando no cerne de seus ideais<sup>20</sup>. Trata-se de um juízo falimentar universal<sup>21</sup>, responsável por administrar todos os bens do devedor, onde quer que se encontrem, e distribuí-los para credores por todo o mundo<sup>22</sup>, mediante a aplicação de uma única lei, geralmente aquela do local de abertura do processo (*lex fori concursus*)<sup>23</sup>. Parte-se do pressuposto de que as fronteiras dos países não devem oferecer obstáculos para liquidar ou recuperar a sociedade ou grupo societário em crise. A respeito, Frederick Tung comenta:

"The basic premise to universalism is that national borders should not interfere with business reconstructing. Maximizing asset value and distributing that value among claimants are *economic* activities. Their proper conduct should not be affected by the location of particular assets or the territorial attributes of claimants. A unified administration under the home country insolvency regime offers predictability, efficiency, and fairness, avoiding the problems that a state-by-state piecemeal approach would present."<sup>24</sup>

20 KIPNIS, Alexander M. "Beyond UNCITRAL: Alternatives to Universality in Transnational Insolvency". *Denver Journal of International Law and Policy*. V. 36, 156 (2006). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=913844>. Acesso em: 13.03.2016, p. 26.

21 Veja-se definição do universalismo por Carmen Tiburcio: "Para a teoria universalista, a falência declarada por uma jurisdição se estende a outras, produzindo efeitos em todos os locais nos quais o devedor possua bens ou credores. Deve-se recolher os bens situados no estrangeiro e todos os credores do falido são atraídos a um só juízo. Forma-se, assim, uma "massa universal de falência única" sob a qual um único juízo decide com base em uma só lei". TIBURCIO, Carmen. "Efeitos extraterritoriais...", p. 202.

22 LOPUCKI, Lynn M., "Cooperation in International Bankruptcy: A Post-Universalist Approach". *Cornell Law Review*, V. 84, 696, 701 (1999). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=132408>. Acesso em 14.03.2016, p. 704.

23 Saliente-se que Harold S. Burman chama de "abordagem universalista" (*universalist approach*) um sistema misto do universalismo puro com uma vertente mitigada, que será abordada futuramente neste trabalho. O autor se utiliza de trechos da obra de Jay L. Westbrook para complementar sua definição: "Under the universalist approach, one central forum resolves the financial difficulties of an enterprise, or at least coordinates actions in other jurisdictions in aid of its centralized approach. The universalist approach requires that all or at least the principal "assets and debts of [a distressed] enterprise ... be administered through one central proceeding in the 'home' country, and [that] courts in all other countries ... act ancillary to an in aid of the home country". BURMAN, Harold S. "Harmonization of International Bankruptcy Law: A United States Perspective". *Fordham Law Review*, V. 64, Issue 6, Article 4, 1996, p. 2549. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3278&context=flr>>. Acesso em: 03.05.2016; WESTBROOK, Jay Lawrence. **Theory and Pragmatism In Global Insolvencies: Choice Of Law And Choice Of Forum**. 65 Am. Bankr. L. J. 457, 1991. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ambank65&div=27&id=&page=>>>. Acesso em: 03.05.2016. Já o universalismo completamente puro é definido por Harold Burman no que chama de "abordagem da unidade" (*Unity Approach*): "This approach has as its objective the development of a common insolvency regime, which can result in a single administrator of a cross-border proceeding, or a principal administrator which coordinates the actions of other forums. Under the unity approach, the debtor's assets and business interests are administered under the singular regime". BURMAN, Harold S. "Harmonization of International Bankruptcy Law...", p. 2550.

24 TUNG, Frederick. "Skepticism About Universalism: International Bankruptcy and International Relations".

Em complementação, leciona Jozé Cândido Sampaio de Lacerda:

"O sistema da unidade e da universalidade da falência supõe que os efeitos da falência se estendam a qualquer país onde estejam situados os bens do devedor, os quais devem ser reunidos à massa dos bens, que se instaurou no Juízo da falência. As fronteiras territoriais não distinguem os credores em classes. Para que seja possível a unidade da falência é mister, portanto, um só tribunal para declará-la e organizar o processo [...]. O interesse individual dos credores é substituído pelo interesse comum de todos, sem cogitar dos países a que pertençam (CARLE)".<sup>25</sup>

Haroldo Valladão informa que Friederich Carl von Savigny já defendia o sistema em questão:

"SAVIGNY defendeu a extraterritorialidade e a unidade em torno da lei do domicílio do devedor e respectivo foro, enfatizando, com base eficaz, a impossibilidade de os credores cobrarem seus créditos noutros foros, chegando a aplicar, para regular o direito dos credores, a lei da execução do processo, daquele tribunal, até para créditos com garantias reais, § 364, E. Transplantava para a falência o princípio que adotava para a sucessão, romano, da *"sucessio per universitatem"*, englobando bens móveis e imóveis sob a lei do domicílio."<sup>26</sup>

Outro defensor do sistema universalista foi Antonio Sanchez de Bustamante y Sirven, que o considerou como um dos princípios mais relevantes da insolvência internacional, ainda que admitisse múltiplas falências no caso de estabelecimentos comerciais separados, dotados de personalidades jurídicas autônomas<sup>27</sup>. Foi esse entendimento que prevaleceu no

---

UC Berkeley Law and Economics Working Paper nº 2001-7, abril de 2001. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=267437>. Acesso em 14.03.2016. p. 2.

25 LACERDA, Jozé Cândido Sampaio de. **Manual de Direito Falimentar**. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 328-329.

26 VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado, em base histórica e comparativa...**, p. 38.

27 BUSTAMANTE Y SIRVEN, Antonio Sanchez de. **Derecho Internacional Privado** (2. Ed. 1934) nº. 1887; BUSTAMANTE Y SIRVEN, Antonio Sanchez de. **Manual de Derecho Internacional Privado** (1939) nº. 263 *apud* NADELMANN, Kurt. H. **Foreign and Domestic Creditors in Bankruptcy Proceedings. Remnants of Discrimination?** April, 1943. Disponível em: <[http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9314&context=penn\\_law\\_review](http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9314&context=penn_law_review)>. p. 618. Acesso em: 02.05.2016.

Código Bustamante, conforme se verá adiante. Por ora, convém apenas destacar que a codificação previu, expressamente, alguns efeitos extraterritoriais<sup>28</sup>, como, *v.g.*, no caso de incapacidade do falido (art. 416)<sup>29</sup>.

Na Inglaterra, a unidade e universalidade da falência foram pioneiramente defendidas em julgados proferidos pelos *Lords* Thurlow e Eldon; nos Países Baixos, receberam apoio dos clássicos Josephus Jitta e Tobias Asser; na França, cativaram Travers; e, por fim, em Portugal, foram defendidas por Arthur Montenegro em importante obra da época (Unidade e Universalidade na Falência, 1894)<sup>30</sup>. Na Itália, travou-se intenso debate sobre os sistemas de insolvência, tendo prevalecido posição em prol do universalismo:

"E a territorialidade e a pluralidade ali (Itália) defendida por ROCCO, Dir. Civ. Internaz., 1859, Capit. 31, vai ser desafiada pelo então jovem professor de Nápoles *Pasquale Fiore* que, no seu primeiro livro, Elementos de Dir. Inter., Trieste, ed. de 1869, págs. 470 e ss., reproduzida em 1900, 5ª *tiratura stero-típa*, pregará "uma teoria piu équa", fora da lei pessoal, mas decorrente da natureza do instituto a exigir "L'unità e ubi-quità" com a única ressalva dos imóveis, porque "o comércio é cosmopolita". Acompanha e louva, assim, o princípio da universalidade dos antigos julgados ingleses [...], citando e criticando os dos Estados Unidos, aceitos por *Story*. Em 1872 aparece de Nápoles de *Carle*, **La Dotr. Jurid. Del Fallimento nel DIP**, vendo na falência um fim único, a proteção do crédito e que todos os bens do devedor são a garantia de todos os credores, e em 1873, de Pisa, a segunda, de FIORE, **Del Fallimento secondo el DIP**, ambas em prol da Unidade e Universalidade da Falência".<sup>31</sup>

---

28 Veja-se conceito de extraterritorialidade colhido de clássica obra do autor: "Estos términos equivalen á derecho extra-nacional, ó aplicable fuera del país en que se promulga, y si es cierto que algunas de las reglas propias del Derecho internacional privado, se encuentran en ese caso, no lo es menos que tal carácter está muy lejos de concurrir en todas. Extraterritoriales son determinados preceptos de derecho penal, á título muy diferente del que justifica la aplicación en todas partes de las leyes concernientes al estado civil de las personas". BUSTAMANTE Y SIRVEN, Antonio Sanchez de. **Tratado de Derecho Internacional Privado**. Tomo I: "*Nociones Preliminares. Historia del Derecho Positivo*". *Historia del Derecho Científico*. Habana: Imprenta y Papelería "La Universal" de Ruiz y Mermano, 1896, p. 29. Disponível em: <<https://archive.org/stream/tratadodederech00sirvgoog#page/n9/mode/2up>>. Acesso em: 03.05.2016.

29 Código Bustamante, art. 416: "A declaração de incapacidade do falido ou concordatário tem efeitos extraterritoriais nos Estados contratantes, mediante prévio cumprimento das formalidades de registro ou publicação, que a legislação de cada um deles exija".

30 VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado, em base histórica e comparativa...**, p. 38.

31 *Ibidem*.

A proposta universalista, mesmo por seus proponentes, é reconhecida como algo ideal pois dificilmente funcionaria nas circunstâncias factuais do mundo, principalmente em razão dos óbices da noção de soberania<sup>32</sup>. Por outro lado, o universalismo apresenta grandes vantagens. Primeiramente, pode-se citar que ele garantiria o tratamento igualitário entre os credores da massa falimentar, em estrita observância ao princípio *par conditio creditorum*. Para Carmen Tiburcio, a própria noção de massa falimentar é contrária à fragmentação, visto que os bens do devedor constituem a garantia comum dos credores. Desse modo, a finalidade do processo concursal é tornar a insolvabilidade do devedor comum a todos os seus credores.<sup>33</sup>

Outra vantagem do sistema universalista é assegurar maior segurança jurídica aos envolvidos. Isso porque, como a administração total dos bens do devedor será reservada a um único juízo universal, o risco de decisões conflitantes diminui drasticamente. A doutrina costuma, ainda, apontar outros elementos em defesa dessa vertente, como, *v.g.*, o fato de promover “a redução dos custos (por haver um único processo de insolvência), a maximização dos resultados (devido à administração centralizada do processo) e a previsibilidade dos resultados”.<sup>34</sup>

Jay Lawrence Westbrook aponta a importância de um único procedimento e uma única lei como medida imprescindível para o sucesso de um processo falimentar<sup>35</sup>:

"Two of the primary functions of liquidation bankruptcy are to maximize asset value and to distribute proceeds according to a scheme of priority based on legal rights. The process cannot maximize the value of a debtor's assets unless there is a moratorium or stay to prevent individual creditor seizures and a unified approach to assembling and selling those assets. Si-

---

32 KIPNIS, Alexander M. "*Beyond UNCITRAL...*", p. 28.

33 TIBURCIO, Carmen. "Efeitos extraterritoriais..", p. 202.

34 CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. "A recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais...", p. 86.

35 Jay Westbrook chega a algumas conclusões sobre os propósitos da falência, após analisar seu conceito e natureza. Interessa observar que o autor se utiliza de alguns conceitos da doutrina Thomas H. Jackson. Para esse último autor, traço fundamental da falência é o fato de ser um procedimento coletivo que visa proteger os credores de ações individuais: "Bankruptcy provides a collective forum for sorting out the rights of "owners" (creditors and others with rights against a debtor's assets), and can be justified, as we have seen, in providing protections against the destructive effects of an individual remedies system when there are not enough assets to go around". In: JACKSON, Thomas H. "*The Logic and Limits of Bankruptcy Law: Implications of Collective Action and Discharge Policies. Discussion Paper*" n.º 16, 12/85, Harvard Law School, 1986. Disponível em: <[http://www.law.harvard.edu/programs/olin\\_center/papers/pdf/Jackson\\_16.pdf](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Jackson_16.pdf)>. Acesso em 03.05.2016.

milarly, neither principles of equality nor a set of legal priorities can have their desired effect unless they are implied in a common distribution. Such a collective system cannot operate unless: i) the assets of a debtor are part of a common pool for the benefit of stakeholders and ii) the rights of all potential stakeholders are finally resolved prior to a final distribution. Only a single system operating under a single set of overall rules can achieve those unified results. A single system cannot be legally effective unless it controls assets and binds stakeholders throughout the market."<sup>36</sup>

A situação não se altera quando analisada no âmbito transnacional. A existência de barreiras como as fronteiras nacionais, a possibilidade de um dos credores ingressar em mais de um processo falimentar autônomo, a aplicação de uma pluralidade de leis, dentre outros, são elementos que certamente frustrariam os fins visados em uma falência. A imprescindibilidade dessa unidade ganha ainda mais relevo quando analisada sob o prisma da recuperação judicial. Como se sabe, a realidade empresarial não comporta a burocracia exacerbada do Estado. Em um processo que busca a reestruturação de determinado conglomerado empresarial, vantagens como *par conditio creditorum* e previsibilidade das decisões podem ser consideradas como a peça-chave para o sucesso do caso. Para comprovar essa assertiva, mister que se invoque novamente lição do supracitado autor:

"Reorganization bankruptcy (often called "rescue" elsewhere) is even more dependent upon the existence of a single reorganization activity. Although some debtors, or corporate groups, may split neatly into separate pieces to be sold or continued individually, most are complexly structured, making it very difficult to continue the enterprise without a substantially centralizes direction. Reorganizing a company is surgery upon a living being, as opposed to the disposal of one that has expired."<sup>37</sup>

Tal importância pode ser facilmente vislumbrada em uma situação hipotética em que sociedade empresarial, constituída no Brasil e aqui de-

36 WESTBROOK, Jay Lawrence. **A Global Solution to Multinational Default**. Michigan Law Review, vol. 98, junho de 2000. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=259960](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=259960)>. Acesso em 17.03.2016, p. 2283.

37 Idem, p. 2284.



tendo sua sede social efetiva, possui filial instalada em Moçambique. Se os credores da filial africana puderem livremente exigir seus créditos sem submetê-los ao plano de recuperação judicial aprovado pela Justiça brasileira, as chances de fracasso da reorganização econômica da sociedade aumentam consideravelmente. Em razão desses argumentos analisados, conclui Jay Westbrook:

"Because bankruptcy is a market-symmetrical law, a global market requires a global bankruptcy law. A global default—that is, the general default of a multinational company—requires a single bankruptcy proceeding that can apply rules and reach results that are conclusive with respect to all stakeholders throughout the global market. Anything short of that procedure is, at best, a temporary accommodation that awaits the political will to achieve the proper legal result".<sup>38</sup>

Há outra importante vantagem do universalismo. Quando está presente uma pluralidade de procedimentos de insolvência e leis potencialmente aplicáveis, as regras de conexão, geralmente imprevisíveis e distintas para cada país, bem como eventual conflito de jurisdições, geram dificuldades para a liquidação ou reorganização da atividade do devedor. É nesse sentido que Jay Lawrence Westbrook sustenta que o universalismo impede o problema das regras de conexão<sup>39</sup>. Baseando-se em lição do professor inglês Ian Fletcher<sup>40</sup>, o autor aduz que também evita os óbices decorrentes das regras de competência.

Há que se registrar, contudo, forte crítica ao universalismo, baseada na posição de Frederick Tung, que se utiliza da Teoria dos Jogos para demonstrar a impossibilidade fática de adoção desse sistema. Veja-se: em uma situação hipotética na qual se assuma ser o mundo composto tão somente por dois Estados, A e B, vislumbra-se o seguinte quadro de escolhas possíveis: Estado A optando pelo territorialismo e Estado B, pelo universalismo (opção 1); Estado A optando pelo universalismo e Estado B, pelo territorialismo (opção 2); Estados A e B optando pelo universalismo (opção 3); e Estados A e B optando pelo territorialismo (opção 4). Na visão

---

38 Idem, p. 2288.

---

39 Idem, p. 2292.

---

40 FLETCHER, Ian F. **Insolvency in Private International Law** 10 (1999), at 771 *apud* WESTBROOK, Jay Lawrence. **A Global Solution...**, p. 2292. Para outro trabalho de Ian F. Fletcher sobre o tema da insolvência transnacional, consulte: FLETCHER, Ian F. **Cross-Border Insolvency: Comparative Dimensions**, 12 United Kingdom Comparative Law Series, 1900.

do citado professor, cada Estado possui natural preferência pela aplicação de suas próprias leis a processos falimentares, haja vista que neles se discutem diversos assuntos sensíveis às políticas locais.

Ao se aplicar essa preferência dos Estados no quadro de escolhas apresentado, vê-se, inicialmente, que a opção 1 seria a melhor do ponto de vista do Estado A. Isso porque, nas falências em curso dentro de seu território, seria aplicada sua própria lei (territorialismo), havendo, ainda, possibilidade de aplicação extraterritorial da norma nos processos falimentares do Estado B (universalismo). Como o Estado B diminuiria a possibilidade de aplicação da própria lei nessa hipótese, e a opção 1 seria a pior sob seu ponto de vista. A opção 2, por sua vez, constitui hipótese inversa, sendo, portanto, a melhor para o Estado B e a pior para o Estado A. Assim, vê-se que a solução ideal para o Estado A é a mais indesejada para o Estado B e vice-versa. Há, por fim, duas situações intermediárias para ambos os Estados, que seria a adoção concomitante ou do universalismo ou do territorialismo<sup>41</sup>.

Considerando que a melhor solução intermediária seria a adoção concomitante do universalismo pelos Estados, uma vez que assim permitiriam a cooperação em prol dos credores, o fato de não haver certeza de que o outro Estado adotaria esse sistema faz com que a decisão mais racional seja a adoção concomitante do territorialismo, de modo que ambos se protegem da pior situação para cada um. Levando essa análise para o mundo real, composto pelos mais diversos países, a adoção do universalismo se mostraria ainda mais dificultosa. Ademais, considerando que o Direito Internacional carece de medidas coercitivas efetivas para garantir os compromissos assumidos pelos países, mesmo na hipótese de celebração de instrumentos internacionais, a adoção do sistema territorialista (e conseqüente negação ao universalismo) ainda permaneceria sendo racionalmente a escolha mais segura para os Estados:

"In the international context, the dilemma arises because states' promises may not be credible. Among sovereign states, no ultimate international authority exists to enforce states' promises. No supranational sovereign exists to force states to abide by their commitments. Without such a central authority, states cannot guaranty future performance of their promises. [...] Even if mutual cooperation is preferable to mutual defec-

41 TUNG, Frederick. "*Skepticism About Universalism...*", p. 20-37.

tion, states will have difficulty making credible their promises to cooperate."<sup>42</sup>

Outra forte crítica é a imprevisibilidade<sup>43</sup> do elemento de conexão responsável por estabelecer a competência jurisdicional nos casos de insolvência transnacional, geralmente manifestando-se através da fórmula do “centro dos interesses principais do devedor” (*centre of the debtor's main interests*, comumente abreviado para COMI). Infelizmente, em razão dos limites deste estudo, não será possível analisar com profundidade as problemáticas deste conceito, cabendo-se ressaltar tão somente que sua fluidez pode conduzir à ocorrência de *forum shopping*<sup>44</sup>, quando, por exemplo, o devedor altera o seu centro de interesses para levar seu processo de insolvência a uma jurisdição que entenda ser mais amigável a seus interesses.

Por fim, no caso dos grupos societários, surge novo problema. Tendo em vista que uma subsidiária estrangeira é uma pessoa jurídica distinta da sociedade-mãe, diferentemente do que ocorre com o caso da filial, a sua reunião com o grupo do ponto de vista patrimonial ignoraria completamente a existência de distintas personalidades jurídicas em prol de uma análise puramente econômica, privilegiando os interesses dos credores sobre a boa técnica do direito ou, no caso da recuperação judicial, inflando o princípio da preservação da empresa<sup>45</sup>. No entanto, os defensores do universalismo advogam que processos de insolvência de grupos societários reunidos em um único juízo seria a opção mais benéfica a todos os envolvidos. Nesse sentido, o juiz americano Samuel L. Bufford propõe, como solução, que seja analisada a integração econômica do grupo e fixa-

---

42 Idem, p. 31.

43 Jozé Cândido Sampaio de Lacerda traz alguns riscos adicionais em decorrência imprevisibilidade: “Quanto ao sistema da universalidade, dizem, ameaça a soberania nacional e contraria as normas de direito positivo sobre a competência dos tribunais a respeito dos estrangeiros. Além disso, dificulta a ação dos credores estrangeiros e ainda ilude os credores que, contando com os bens do devedor existentes no país, veriam estes destinados ao pagamento de credores estrangeiros, cuja existência ignoravam. A esse argumento, todavia, responde CARLE que os credores, contratando com o devedor, deveriam ter em conta a eventualidade da falência com toda sua força”. LACERDA, .... **Manual**.... p. 330.

44 Conforme lição de Jacob Dolinger, a “expressão ‘forum shopping’ se refere à procura de uma jurisdição em que as partes, ou uma delas, pensa que lhe será feita melhor justiça, ou onde terá mais probabilidade de êxito, por uma ou outra razão. [...] [N]em todo ‘forum shopping’ se identifica com a fraude à lei. Quando um contratante resolve não processar a outra parte em seu foro natural (domicílio do réu, por exemplo), escolhendo outra jurisdição, em que se encontra o patrimônio do devedor, e o faz com fundamento na legislação processual do local escolhido, que admite esse tipo de competência jurisdicional, estará ocorrendo um ‘forum shopping’ que não se caracteriza como fraudatório à lei, apesar de o foro escolhido aplicar lei diversa daquela que seria aplicada”. (DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional privado**..., p. 460-461).

45 No caso da legislação brasileira, tal princípio restou positivado no art. 47 da Lei nº 11.101/2005.

do seu centro dos interesses principais, a fim de definir qual será o juízo competente para o caso:

"The universalist solution is to modify the COMI definition to provide that the corporate group venue decision be based on the collective COMI of all the legal entities that operate together as an integrated economic unit. Thus where two ou more companies are economically integrated and operate as a single economic group, the COMI decision for the corporate group would displace a decision based on the COMI of the separate legal entities. In contrast, where a company is not integrated into the group as a single economic unit, the court should decide its proper venue separately based on the location of its COMI [...]."<sup>46</sup>

Em contraponto a essa visão, o professor Lynn M. LoPucki, forte crítico do sistema universalista, critica o posicionamento do supracitado magistrado, sustentando que a análise da integração econômica estaria maculada por uma inaceitável subjetividade<sup>47</sup>.

#### 4. O SISTEMA TERRITORIALISTA

O enquadramento da insolvência na condição de processo que objetiva administrar e alienar os bens do devedor (estatuto real) conduz ao sistema territorialista. Conforme lição do professor Lynn LoPucki, “*Territo-*

---

46 BUFFORD, Samuel L. "Global Venue Controls Are Coming: A Reply to Professor LoPucki". **Penn State Law eLibrary**. Disponível em: <[http://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1162&context=fac\\_works](http://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1162&context=fac_works)>. p. 136-137. Acesso em: 04.05.2016, p. 136-137.

47 O professor LoPucki continua sua crítica, exemplificando seu raciocínio: “Economic integration’ as it is used here has no generally accepted definition. Judge Bufford appears to propose as his test whether the entities in question are “able to operate separately”. Judge Bufford claims that “this kind of decision will not likely arise often”. Under his test, venue would depend on which assets should be reorganized or liquidated together. One need only examine a few cases to see that, contrary to his assertion, the issue would arise in virtually every big case. Did Eastern Airlines need its shuttle to survive? Should the more than one thousand funeral homes in the Loewen Group be kept together or liquidated separately? Was MCI so integrated into Worldcom’s finances and operations that it was impractical for the court to separate them? Should the pipelines of Enron have been reorganized together as a network, or sold off one by one? Each of these issues was core to a bankruptcy case. The issues were resolved by companies’ managers and professionals, in interactions with representatives of creditors and shareholders over periods of months or years. Often, the parties resolved them by taking a wait-and-see approach. Judge Bufford would have the bankruptcy court resolve them in 40 days at the beginning of the case – as a prerequisite to determining which court should have the case.” LOPUCKI, Lynn M. "Universalism Unravels". **American Bankruptcy Law Journal**, junho de 2005. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=732123](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=732123)>. Acesso em: 17.03.2016, p. 12-13.

riality', as the term is commonly used in the field of international bankruptcy, refers to a system in which each country administers the assets within the country's own territory and recognizes other countries' rights to do the same"<sup>48</sup>. Como se vê, nesse sistema, a decisão de cada Tribunal está restringida tão somente às fronteiras de seu território nacional, de modo que só poderá versar naturalmente sobre aqueles bens que estejam situados dentro desses limites. Nesse diapasão, adiciona Alexander Kipnis: "[t]he basic rule of territoriality states that the courts of each state in which the debtor has assets are responsible for distributing those assets – and only those assets – that are located within the territory of that state"<sup>49</sup>.

Portanto, poderá haver tantos processos quantas jurisdições em que haja bens do falido e cada Tribunal aplicará sua própria lei aos assuntos ventilados na lide a ele endereçada (*lex fori concursus*)<sup>50-51</sup>. Ainda em complementação à conceituação fornecida, cita-se preleção de Harold Burman:

"States that do not recognize the legitimacy of foreign insolvency proceedings, or recognize them in limited respects and give minimal effect thereto, are said to adhere to the "territoriality" approach. Under this approach, each state asserts the sovereign of its domestic law, at least with regard to property or parties within its jurisdiction, thus foreclosing or significantly limiting prospects of cooperation with respect to foreign insolvency proceedings."<sup>52</sup>

Explica Jozé Cândido Sampaio de Lacerda:

"O sistema da territorialidade, que implicitamente conduz à pluralidade de falências a respeito do mesmo devedor e sustentado por vários autores [...], é justificável pelas seguintes razões: as leis de falência são leis de defesa do crédito públi-

48 LOPUCKI, Lynn M., "Cooperation in International Bankruptcy...", p. 47.

49 KIPNIS, Alexander M. "Beyond UNCITRAL...", p. 17.

50 Conforme conceito de Carmen Tiburcio, "a teoria da territorialidade defende a ideia de que deve haver várias leis aplicáveis e jurisdições competentes para reger essas questões, em conformidade com a localização dos bens do devedor. Isso significa que, quanto à lei aplicável, os credores locais devem se submeter à *lex fori*, normalmente mais vantajosa. Em relação à jurisdição, haverá tantos processos de falência quanto jurisdições em que existam bens do falido e, nessa linha, nenhuma sentença de falência produz efeitos extraterritoriais". TIBURCIO, Carmen. "Efeitos extraterritoriais da falência...", p. 202.

51 Já na visão de Samuel Bufford, "[t]erritorialism is the view that a bankruptcy case should be used only to administer the domestic assets of a multinational debtor under domestic law for the benefit of domestic creditors, whether through reorganization or liquidation". BUFFORD, Samuel L. "Global Venue...", p. 113.

52 BURMAN, Harold S. "Harmonization of International Bankruptcy Law...", p. 2551.

co e, por isso, são leis territoriais e como leis processuais de execução sobre os bens do devedor só serão aplicáveis ao território onde tais bens se encontrem." <sup>53</sup>

O territorialismo é o sistema que costuma prevalecer nos casos de ausência de regras específicas de direito internacional sobre o tema, não por razão de profundos debates acadêmicos, mas pela natural defesa do princípio da soberania estatal<sup>54</sup>. Salieta Haroldo Valladão que Joseph Story, no século XIX, defendeu nos Estados Unidos a pluralidade de procedimentos de insolvência, podendo a *lex fori* regular os bens situados no território do foro e privilegiar os credores embargantes nacionais em face dos estrangeiros, sistema que foi seguido, *v.g.*, na França, por M. Foelix (*Traité de DIP*, 1866), com Charles Demangeat, e por Masset (*Droit Commercial Relations avec le DIP*, 1874), bem como os clássicos Antoine Pillet e Pascal de Vareilles-Sommières; na Inglaterra, por Westlake; e, na Alemanha, por Von Bar<sup>55</sup>. Na Itália, como visto no tópico anterior, travou-se intenso debate sobre os sistemas de insolvência, restando registrado como dos grandes defensores do territorialismo o jurista Alfredo Rocco<sup>56</sup>.

Dentre as vantagens do sistema, a primeira que se destaca é o fato de sua utilidade prática para preservar as políticas locais dos Estados envolvidos<sup>57</sup>. O processo falimentar é complexo e envolve diversos interesses em seu bojo, razão pela qual boa parcela dos assuntos nele tratados é sensível para os países envolvidos. Frederick Tung, autor que tentou demonstrar a impossibilidade fática do universalismo com base em uma adaptação da teoria dos jogos, conforme já analisado, expõe algumas das razões da natural preferência dos Estados de aplicar suas próprias leis à insolvência:

"Bankruptcy by its nature is a much more drastic type of legal proceeding than a simple civil suit between private parties. A garden variety civil suit settles rights with respect to a parti-

53 LACERDA, Jozé Candido Sampaio de. *Manual*.... p. 328.

54 CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. "A recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais..." , p. 88.

55 VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado, em base histórica e comparativa*...., p. 38.

56 *Ibidem*.

57 "Com efeito, o territorialismo facilita a utilização do direito falimentar como instrumento de consecução de políticas locais. Isso ocorre porque, em primeiro lugar, os processos territoriais são mais simples e, portanto, mais rápidos e eficientes e menos custosos do que um único processo de âmbito mundial". CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. "A recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais..." , p. 88. Registre-se, como se verá adiante, que a questão dos custos no sistema territorialista é controversa, pois pode ocorrer o encarecimento, por exemplo, para um credor mediante sua habilitação em uma pluralidade de procedimentos de insolvência espalhados ao redor do globo, necessitando arcar com todas as despesas daí provenientes.

cular transaction between the parties, and a civil judgment is simply an order requiring the transfer of money between private parties. Bankruptcy, by contrast, has wholesale effects. It provides for the comprehensive restructuring of a firm and all its legal relationships with its creditors and other interested parties. Moreover, bankruptcy law is “meta-law”. In remaking of the firm, bankruptcy law overrides contract, property, and other legal rights that exist outside of bankruptcy. [...] With these wholesale effects, each state’s bankruptcy regime embodies its own myriad social policies. Each state has its favored creditors, whose recoveries take priority over the general body of creditors. More generally, states take differing approaches to resolving corporate financial distress and may have divergent views concerning the appropriate goals and methods for a bankruptcy system. Each state naturally prefers its own set of policy choices to those of other states. Especially with the bankruptcy of a multinational firm, which is likely to involve assets and liabilities of significant value, states may feel a significant stake in having their own laws apply, especially within their borders.”<sup>58</sup>

Tal vantagem, por outro lado, pode também ser vista como desvantagem, afinal essa situação faz com que cada Estado possa favorecer, através de suas leis, credores locais em detrimento de estrangeiros<sup>59</sup>, em patente violação ao princípio *par conditio creditorum*<sup>60</sup>. Outra vantagem, igualmente dotada de dupla face, é a alegação de que o sistema territorialista confere proteção aos credores locais, por evitar habilitações em processos estrangeiros, gastos em outras moedas e o obstáculo das línguas estrangeiras<sup>61</sup>. Novamente, poder-se-ia argumentar que tal situação con-

<sup>58</sup> TUNG, Frederick. “Skepticism About Universalism...”, p. 14.

<sup>59</sup> TIBURCIO, Carmen. “Efeitos extraterritoriais...”, p. 202.

<sup>60</sup> “A crítica que oferecem os opositores ao sistema da territorialidade é que estabelece ela um tratamento desigual aos credores, quando todo o patrimônio do falido constitui garantia comum dos credores, sem diferenciá-los entre nacionais e estrangeiros. É, portanto, sistema que facilita a fraude, permitindo, por exemplo, que um comerciante falido no Rio de Janeiro continue a negociar em Paris, sem se preocupar com os credores que aqui ficaram e aos quais prejudicou”. LACERDA, José Candido Sampaio de. **Manual**... p. 330.

<sup>61</sup> O juiz federal americano Samuel L. Bufford, em artigo, já citado anteriormente, produzido em resposta ao professor Lynn M. LoPucki, lista as fraquezas do territorialismo, apontando exatamente a questão do encarcimento: “Briefly, the defects of territorialism are as follows. First, the bankruptcy costs for an international business are enormously multiplied by the necessity of a parallel insolvency case in each country where assets are located. Each jurisdiction requires separate administration, separate filing and evaluation of claims, and separate prosecution of relevant litigation. Second, reorganization is much more difficult to achieve in a territorialist regime because it de-

fere tratamento desigual aos credores, o que violaria os princípios básicos do direito falimentar brasileiro e mundial. Jean-Philippe Maslin traz, em sua lição, mais algumas fraquezas desse sistema e elucida as consequências econômicas do tratamento desigual de credores:

"The resulting piecemeal dismemberment of the debtor's assets is sure to induce a lack of equality in treatment of the creditors, or even spoliation of some of the foreign creditors. Territorialism also provokes *ex ante* strategic thinking in the creation of the entity, as for example debtors will incorporate their companies more willingly in countries unfriendly to creditors basing their claims on allegations of tort. This phenomenon is often referred to as "forum shopping" [...]. Finally, the preference given to domestic creditors by territorialism regimes creates a distortion in the efficiency of the international setting for bankruptcy proceedings. Indeed, if domestic creditors have a higher chance of being paid, they will therefore offer lower interest rates on the loans of the financial operations they propose. Distortion will result as debtors are motivated to preferably organize their activities in territorialism regimes which are favorable for the establishment of the company but not for its liquidation."<sup>62</sup>

Conforme se vê, o territorialismo, além de igualmente possibilitar a ocorrência do *forum shopping*, gera, ainda, o risco do encarecimento de crédito, afinal as instituições bancárias embutirão nos juros o cálculo dos riscos de não receber seu crédito. Saliente-se, ainda, doutrina que advoga que o territorialismo não está em consonância com o atual intento cooperativo do hodierno cenário globalizado. Ao limitar os efeitos de decisão apenas ao âmbito territorial e levar a uma pluralidade de processos de insolvência, o sistema territorialista opta, segundo essa

---

creates liquidation values and makes coordination of cases extremely complex. Third, conflicts between jurisdictions and courts can easily develop. Fourth, creditors cannot know in advance where the debtor's assets will be located when bankruptcy intervenes, which causes a less efficient *ex ante* allocation of capital. Fifth, distribution results are both uneven, violating the bankruptcy principle of treating the cost of capital because of the uncertain outcome if insolvency supervenes. Finally, under territorialism, both debtor and individual creditors can engage in strategic behavior to advance their private interest at the expense of the general interests of creditors". BUFFORD, Samuel L. "Global Venue...", p. 114.

62 MASLIN, Jean-Philippe. **The Effectiveness of European Cross-Border Insolvency Regulation as a Tool Against Forum-Shopping**. (2009). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1539391>>. Acesso em: 17.03.2016, p. 5.



visão, por um paroquialismo que não possui mais espaço atualmente, prejudicando sua previsibilidade<sup>63</sup> e eficácia:

"Le problème de cette approach [le principe de territorialité], comme le souligne à juste titre le juge Farley, réside dans la multiplication des procédures collectives ainsi que dans un traitement inégalitaire des créanciers selon le droit applicable mais aussi selon la valeur des biens de la société mise en liquidation situés dans chaque pays."

Indubitablement, le principe de territorialité est incompatible avec une idée de coopération judiciaire dans un contexte de liquidation internationale. [...] Une approach locale voire régionale de la coopération judiciaire limite l'efficacité et la prévisibilité d'une procédure collective internationale à échelle planétaire."<sup>64</sup>

Por fim, Paulo Fernando Campana Filho elucidava que os juristas que se posicionaram em prol do territorialismo "historicamente defenderam o sistema alegando que as normas falimentares diziam respeito ao crédito público e tinham natureza procedimental, daí serem de ordem pública territorial"<sup>65</sup>. Desse modo, esse raciocínio conduz necessariamente à aplicação da *lex fori* e à limitação dos efeitos da decisão ao território (e bens) de sua jurisdição, gerando, como consequência natural, uma pluralidade de procedimentos de insolvência espalhados ao redor do globo nas hipóteses transnacionais.

---

63 Saliente-se, novamente, que a previsibilidade e segurança jurídica são essenciais para o sucesso de uma recuperação judicial ou falência, como bem assevera Fernando Locatelli: "On the other hand, from a lender's perspective, predictability in law is also crucial. In the case of business crisis, for example, this predictability can provide better information for the managers in deciding more prudently which option to choose, whether a restructuring plan of the liquidation of company. In other words, predictability would give them a better understanding of the legal and economic consequences of each exit plan for the company, allowing the managers to decide on the most appropriate action plan for the firm and the creditors' interests". 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*. V. 14. Disponível em: <<http://works.bepress.com/fernandolocatelli/1/>>, p. 323. Acesso em 21.03.2016.

64 SEDEF, Julia. "Coopération judiciaire et faillite internationale : les limites du principe de comity dans le traitement international des entreprises en difficultés illustrées par l'arrêt Canadien Re Matlack Inc." Disponível em: <<http://blogs.u-paris10.fr/content/coop%C3%A9ration-judiciaire-et-faillite-internationale-les-limites-du-principe-de-comity-dans-le->>, p. 3. Acesso em: 05.05.2016.

65 CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. "A recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais...", p. 89.

## 5. OS SISTEMAS MISTOS

Os sistemas de insolvência transfronteiriça até agora citados foram examinados em seus modelos puros. Nesse estado, como se viu, ambos apresentam pertinentes vantagens e desvantagens<sup>66</sup>. Ocorre que, entre os dois extremos, há versões mescladas, que almejam preservar os elementos positivos e descartar os negativos de cada ponta concebida isoladamente.

Como bem salienta Paulo Fernando Campana Filho, desde o século XIX já se vislumbravam sementes teóricas dos modelos mistos, momento em que o holandês Josephus Jitta, por exemplo, ao analisar o assunto da insolvência transnacional em sua obra<sup>67</sup>, buscou mitigar as ideias universalistas às quais se filiava em atenção aos imperativos práticos que levavam à prevalência do territorialismo:

"Assim, desde o século XIX, autores procuraram estabelecer modelos teóricos mistos, propondo alguma forma de "universalidade atenuada" ou "territorialidade flexível". Jitta, por exemplo, sustentando que a unidade do patrimônio poderia ser compatível com a pluralidade de processos, propôs um modelo baseado em falências secundárias (*faillites secondaires*), processos territoriais que funcionariam como satélites que gravitariam em torno do processo falimentar principal, com o objetivo de auxiliá-lo e de facilitar a liquidação do patrimônio do devedor. Na concepção de Jitta, o processo falimentar geral seria aberto no país onde estivesse presente o "centro de vida" do devedor; e os secundários, nos países onde houvesse estabelecimentos secundários (*établissements secondaires*)."<sup>68</sup>

Como se vê, o clássico jurista holandês tentou mesclar os elementos de ambos os sistemas, mediante a manutenção da pluralidade de processos falimentares, em respeito ao territorialismo, prevendo, porém, procedimentos secundários, que, atuando em órbita ao primeiro, o auxi-

66 "[U]niversalism and territorialism should be regarded as the opposite and extreme ends of a spectrum. Pure universalism is practically unworkable, and extreme territorialism has serious detrimental effects for the interests of international business". GARRIDO, José M. "No Two Snowflakes the Same: The Distributional Question in International Bankruptcies". *Texas International Law Journal*, v. 46, 459 (2011), p. 470.

67 JITTA, D. Josephus. *La Codification du Droit International de la Faillite. Le Haye*: Belefante Frères, 1895 *apud* CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. "A recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais...", p. 90.

68 CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. "A recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais...", p. 90.

liariam na liquidação do patrimônio transfronteiriço do devedor (elementos do universalismo). Esse traço cooperativo entre os Estados envolvidos no processo de insolvência transnacional irá lastrear os modelos teóricos mistos mais relevantes, elaborados pelos diversos juristas na tentativa de atingir um sistema que atenda a todas as demandas:

"The common point of all modern solutions to the problem of international bankruptcy is the focus on cooperation. International cooperation is essential to achieve the ends of bankruptcy, in spite of the numerous obstacles.

Most of the solutions with practical relevance in international bankruptcy law lie within the space situated between pure territorialism and pure universalism."<sup>69</sup>

Uma primeira teoria intermediária de renome que deve ser citada neste trabalho foi concebida pelo professor inglês Ian F. Fletcher. O autor referiu-se a sua abordagem denominando-a de "princípio internacionalista" (*the Internationalist Principle*), uma vez que defendia a necessidade de colaboração entre os Estados que possuíssem algum tipo de interesse, jurídico ou de outra natureza, em eventual processo de insolvência transfronteiriça<sup>70</sup>. A proposta mescla elementos do territorialismo e universalismo, respeitando a jurisdição nacional e a soberania dos Estados, porém deles exigindo um comportamento cooperativo que levasse a uma atuação conjunta, semelhantemente a uma única administração global dos bens do devedor<sup>71</sup>. A adequação das medidas e dos processos seria aferida conforme as circunstâncias de cada caso:

"The Internationalist Principle is therefore one which aspires to realize, as faithfully as is practicable in any given case of international insolvency, the ideals of collectivity, equality of treatment for all creditors, and the respect for previously ac-

69 GARRIDO, José M. "No Two Snowflakes...", p. 471.

70 FLETCHER, Ian F. **Insolvency In Private International Law: National and International Approaches**. 2 ed, 2005, §1.16 *apud* WESSELS; Bob; MARKELL, Bruce A.; KILBORN, Jason J. **International Cooperation in Bankruptcy and Insolvency Matters A Joint Research Project of American College of Bankruptcy and International Insolvency Institute**. New York: Oxford University Press, 2009, p. 70.

71 "A ideia subjacente ao princípio internacionalista de Fletcher é a de promover, em escala mundial, os princípios que regem os casos de falência em âmbito nacional – tal como a abrangência coletiva de processos, o tratamento igualitário entre os credores e o respeito aos direitos adquiridos". CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. "A recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais...", p. 90.

quired rights ... [in order to] achieve that objective, flexibility and pragmatism must be substituted for the dogmas so beloved of former ages. This entails a vital role for the judges within each State concerned, since it is only through their activism and initiative that the system can respond to the particular challenges posed by the circumstances of a live case".<sup>72</sup>

Por outro lado, o professor norte-americano Jay Lawrence Westbrook foi responsável por criar um sistema intermediário de grande influência, tendo recebido atenção mundial. A delimitação de sua teoria se deu em 1991<sup>73</sup>, sendo progressivamente desenvolvida ao longo do tempo. O sistema recebeu o nome de universalismo modificado (*modified universalism*), sendo por vezes retratado também como universalidade mensurada (*measured universality*).

Semelhantemente às ideias de Ian Fletcher, o modelo de Jay Lawrence Westbrook prevê uma pluralidade de processos falimentares ao redor do globo, regidos por diversas leis, que devem atuar cooperativamente, semelhantemente a um mecanismo universal voltado para distribuir simetricamente os valores neles tratados. Em outros termos, essa atuação cooperativa precisa atingir os mesmos resultados que um único processo transnacional atingiria. O professor norte-americano, no entanto, ressalta que a opção pelo universalismo modificado deve servir apenas como uma medida de transição para a adoção de um verdadeiro (puro) universalismo no mundo<sup>74</sup>.

72 FLETCHER, Ian F. **Insolvency In Private International Law...**, §1.19 *apud* WESSELS; Bob; MARKELL, Bruce A.; KILBORN, Jason J. **International Cooperation in Bankruptcy...**, p. 70.

73 O professor norte-americano traçou os primeiros contornos de sua teoria em um artigo que visava lidar com a escolha da *avoidance law* nos casos de insolvência globais: "This Article is about one important aspect of transnational bankruptcy, the avoidance of prebankruptcy transactions. When a multinational enters bankruptcy proceedings in its home country, it will nearly always have engaged in prebankruptcy transactions having substantial contacts with two or more nations. Every other party to each of those transactions may be a defendant in an avoidance action brought by the Trustee in Bankruptcy (TIB) in an "avoiding" court, which is a court in a nation that is not the home country of the multinational, but which has substantial contacts with the transactions and has jurisdiction over an avoidance defendant. The avoiding court must choose which avoidance law to apply. This Article discussed the most common and simplest case in which the choices are two: (1) local (avoiding court) law; or (2) home-country (domiciliary) law" (WESTBROOK, Jay Lawrence. **Choice of Avoidance Law in Global Insolvencies**. Brooklyn Journal of International Law, v. 17, p. 499. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/bjil17&div=30&id=&page=>>. Acesso em 16.05.2016). A definição do termo *avoidance* é fornecida pelo citado professor na nota de rodapé de nº 2: "Avoidance' of a transaction refers to: (1) a judicial order requiring the return of certain property transferred by a debtor; (2) the canceling of certain obligations incurred by a debtor; or (3) the award of a monetary judgment against the beneficiary of a transaction in the amount of the benefit received."

74 "I am convinced that modified universalism is the best transitional rule, because it moves us in the right direction--toward true universalism—and provides the essential experience to inform the fashioning of a multinational bankruptcy convention when that time comes. It also permits flexible, pragmatic decisions to be made in the here and now that enables parties to obtain some portion of the benefits of universalism". WESTBROOK, Jay Lawrence. **A Global Solution...**, p. 2329.

Além disso, o universalismo modificado, almejando viabilizar uma cooperação mais próxima ao ideal, prevê a abertura de um processo principal, geralmente no país de sede do devedor (*home country*), seguido de processos auxiliares, se necessários, em outros Estados que possuam bens nele situados. Esses últimos procedimentos devem privilegiar ao máximo a lei do país de abertura do processo principal, permitindo, contudo, que o juiz analise se a decisão tomada na *home country* é justa e adequada, sob pena de não a conferir a ela os efeitos no foro.

Para sedimentar o entendimento do sistema proposto, Jay Westbrook exemplifica a sua adoção por um julgado americano:

"The operation of modified universalism is illustrated by *In re Culmer*, one of the leading cases decided under section 304 of the Bankruptcy Code. There, a Bahamian corporation had assets in the United States and creditors had attached those assets, giving them certain priority rights under United States law. The Bahamian liquidator brought a petition under section 304 seeking a stay of the United States collection actions and turnover of the assets for distributing in the Bahamian proceeding. That they succeed in both requests reflected the court's universalist view: because the Bahamian action satisfied the statute's choice-of-forum rule, ancillary relief was indicated. The universalist perspective was emphasized by the fact that the relief included turnover of assets, in effect dispatching the creditors to the Bahamas to assert their claims. On the other hand, the court did not grant the relief until it had satisfied that Bahamian law could be trusted to be fair and was in general terms similar to United States law. That inquiry justifies the adjective "modified", because the deference to the preferred universalist forum was not automatic, but required a practical finding of fairness and rough similarity."<sup>75</sup>

Como se vê, o papel da Corte local é o de verificar se a medida adotada alhures é considerada "justa", isto é, se não ofende nenhum imperativo da lei local, como, *v.g.*, a ordem pública. Passando nesse teste, deve a Corte local privilegiar as decisões tomadas no processo principal. Assim, o universalismo modificado consegue introduzir os princípios uni-

---

75 WESTBROOK, Jay Lawrence. *A Global Solution*..., p. 2302.

versalistas sem desconsiderar a dificuldade dos Estados em dar efeitos a decisões estrangeiras sem que passe pelo crivo da autoridade local. No caso do Brasil, por exemplo, o sistema de Jay Westbrook está em consonância com o disposto no art. 12, § 1<sup>a</sup> do Decreto-Lei nº 4.657 (LINDB)<sup>76</sup> e art. 23, I, do atual CPC<sup>77</sup>.

Jay Westbrook propõe, ainda, que o seu sistema intermediário deve auxiliar também na tentativa de propor soluções para a complexa situação dos grupos societários. Segundo o autor, uma falência ou recuperação de um conglomerado societário realmente interligado possui muito mais chance de obter sucesso se for centrado em um juízo universal<sup>78</sup>. O professor norte-americano cita, ainda, proposta do jurista Phillip Blumberg de desconsiderar a personalidade jurídica das sociedades em determinadas situações que exijam isso<sup>79</sup>. Ressalta, porém, que a questão é delicada e merece um estudo mais cauteloso<sup>80</sup>.

Outro sistema intermediário que ocupou destaque nos debates sobre insolvência transfronteiriça é o do professor Lynn LoPucki, nomeado de territorialismo cooperativo (*cooperative territoriality*). O modelo foi proposto em um de seus estudos de crítica ao universalismo<sup>81</sup>, que pos-

76 Art. 12. "É competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação". § 1<sup>o</sup>. "Só à autoridade judiciária brasileira compete conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil".

77 Art. 23. "Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra: I – conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil".

78 Para o autor, o universalismo "depends equally on a second assertion, that a universalist rule would so increase values available for all local claimants in all general defaults as to offset by far the losses that particular local claimants might suffer in some cases. That assertion is persuasive because the preservation of going concern values and the maximizing of liquidation values by integrated sales will likely increase returns to creditors greatly". WESTBROOK, Jay Lawrence. **Theory and Pragmatism in Global Insolvencies: Choice of Law and Choice of Forum**. 65, The American Bankruptcy Law Journal, 457 – 465 (1991). Disponível em: <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&srctype=smi&srcid=3B15&doctype=cite&docid=65+Am.+Bankr.+L.J.+457&key=753a0ac40caae4da42f4dea05fcadd85>>. Acesso em: 16.05.2016.

79 "This problem [corporate groups] is also far broader than bankruptcy. In his classic multivolume treatise, *The Law of Corporate Groups*, Phillip Blumberg analyzes in detail the enormous legal problems that are presented by business enterprises with a single direction, but infinitely multipliable legal redoubts. He suggests that they may have to be treated as single entities under some circumstances, 'piercing the corporate veil'. WESTBROOK, Jay Lawrence. **A Global Solution...**, p. 2311.

80 A título de complementação, convém destacar sugestão do juiz federal Samuel Bufford, amparada pela lição de Lynn LoPucki, de administrar um grupo societário integrado em sua home country ao passo que, nos casos dos grupos independentes, cada entidade legal seria administrada separada em sua home country: "[...] a corporate group that is an integrated economic unit can only be reorganized or liquidated efficiently if it is done collectively for the entire group. Professor LoPucki's solution to the problem of corporate groups is exactly correct. The sensible solution, he says, is to administer economically integrated group members in the home country of the integrated group, and to administer economically independent group members separately in their own home countries." BUFFORD, Samuel L. "*Global Venue...*", p. 136.

81 O territorialismo cooperativo foi proposto pioneiramente em um estudo do autor, criticando os modelos universalistas existentes: "This Article examines several competing systems proposed for international cooperation in

teriormente conduziu a um árduo debate acadêmico com Jay Westbrook, registrado em simpósio realizado na Universidade de Michigan.

O territorialismo cooperativo de Lynn LoPucki também defende a existência de vários processos falimentares, porém os entende como independentes e paralelos, sem qualquer vínculo de sujeição entre eles. Esses processos são abertos nos locais em que o devedor tiver bens situados. Porém, inobstante descentralizados, os órgãos da falência de cada um possuem o dever de se ajudarem mutuamente, em prol da cooperação na insolvência. Isso traria, na visão do professor, uma séria de vantagens, tal como evitar que a manipulação da sede do devedor (*home country*) levasse ao *forum shopping*, bem como impedir a ocorrência de ofensa à soberania dos países e aos créditos individuais:

"Under the cooperative territoriality system I propose, the bankruptcy courts of a country will administer the assets of a multinational debtor within the borders of that country as a separate state. If a debtor had significant assets in several countries, several independent bankruptcy cases might result. None would be main, secondary, or ancillary. [...] To illustrate the worldwide operation of a cooperative territorial bankruptcy system, assume again that the United States is the home country of a debtor with worldwide operations. Each of the filings would be of equal dignity. Each of the bankruptcy courts would assume jurisdiction over the local assets, would determine whether to cooperate in a multinational reorganization or liquidation, and in the event of liquidation, each would distribute the assets of the company among creditors and shareholders under local law".<sup>82</sup>

Lynn LoPucki sustenta, ainda, que o territorialismo cooperativo seria o melhor para lidar com a complexa questão de insolvência transna-

---

bankruptcy cases and concludes that a cooperative form of territoriality would work best. Universalism, the system that currently dominates the scholarship, diplomacy, and jurisprudence of international company's "home country" should have worldwide control and should apply the home country's law to the core issues of the case. Universalism is unworkable, however, because the links that define the "home countries" of multinational companies are so ephemeral and manipulable that the resulting system would be unpredictable. Modified universalism, secondary bankruptcy, and Rasmussen's corporate-charter contractualism, each of which will be discussed below, are similarly flawed. Territoriality, a system in which each country has jurisdiction over the portion of the multinational company within its borders, would provide the best foundation for international cooperation. A system of cooperative territoriality is optimal even though it potentially requires multiple filing and prosecution of claims, cooperation among courts and administrators with respect to particular reorganizations and liquidations, and international agreements to control fleeing assets. LOPUCKI, Lynn M. "Cooperation in International Bankruptcy...", p. 696.

82 LOPUCKI, Lynn M. "Cooperation in International Bankruptcy...", p. 742-743.

cional dos grupos societários, haja vista que a existência de processos de insolvência autônomos, coordenados em prol da maximização das distribuições, evitaria os problemas decorrentes da aplicação do universalismo. Desse modo, em seu sistema, cada caso seria analisado especificamente pelos órgãos de cada procedimento doméstico, podendo levar a uma maior ou menor integração (cooperação) entre as unidades autônomas do grupo, a depender das peculiaridades do grupo societário analisado<sup>83</sup>.

Com o intuito de demonstrar a melhor adequação do territorialismo cooperativo para casos de insolvência transnacional, Lynn LoPucki recorre ao caso *KPNQwest*, citando lição de Robert van Galen:

"The KPNQwest group owned cables in Europe and across the Atlantic Ocean, the main ones being in the form of rings. For example, one ring can ran through Germany, France, Belgium and The Netherlands, connecting major cities in these countries. However, the part of the ring that was situated in Germany was owned by a German subsidiary, the part of the ring situated in France by a French subsidiary, and so forth. When the Dutch parent company, KPNQwest N.V., went into bankruptcy many of the subsidiaries had to enter insolvency proceedings as well. [...] the trustees of the Dutch bankruptcy did not hold any powers with respect to bankrupt subsidiaries in other member states, and it proved to be very difficult to coordinate the sale of the rings. As it turned out, the KPNQwest group disintegrated and it is likely that the proceeds of the sale of the assets were much lower than they would have been if the enterprise had been sold as a whole".<sup>84</sup>

O autor conclui que o universalismo falhou nesse caso. Se fosse analisado pela égide do territorialismo cooperativo, segundo o professor

---

83 "It is worth noting that the corporate group problem is easily solved in a cooperative territorial system. A cooperative territorial system is one in which each country's courts administer the assets located in the country and authorize a representative to cooperate with representatives appointed in foreign proceedings. In a cooperative territorial system, once cases were filed and representatives appointed in each of the countries involved, the representatives could meet to determine whether cooperation could increase the total recovery of the group. In most cases, the answer would be no, because the group was compartmentalized by country prior to bankruptcy. If the answer were yes, the negotiators should be able to reach agreement for the simple reason that they could share the increase in recovery among them". LOPUCKI, Lynn M. "Global and Out of Control?". *American Bankruptcy Law Journal*. v. 79 (Junho, 2005), p. 14-15. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=693601](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=693601)>. Acesso em: 16.05.2016.

84 GALEN, Robert Van. "The European Insolvency Regulation and Groups of Companies" apud LOPUCKI, Lynn M. "Global and Out...", p. 15.



norte-americano, o procedimento de insolvência seria iniciado em cada país (França, Alemanha, Bélgica etc.), sendo apontado um administrador específico para cada caso. Esses administradores paralelos teriam o poder, sujeito à aprovação dos credores e da Corte local, de se unirem em uma venda comum dos ativos do grupo ou não, podendo cada um deles avaliar se tal esforço conjunto seria interessante para a subsidiária local. Considerando que os administradores buscariam a valorização dos ativos de sua companhia, essa análise não deixaria de contemplar o interesse dos credores. Além disso, os credores saberiam que cada bem local estaria sujeito às leis e Cortes de sua jurisdição, promovendo maior segurança jurídica. Com base neste exemplo, conclui:

"By contrast, in a universalist system, creditors must concern themselves not only with the desirability of the common sale but also with which court will conduct it. It might be in a group of creditors' interests to oppose an advantageous sale by the court of a country that would accord the particular group of creditors a low priority. In a cooperative territorial system, venue would never be an issue. Venue with respect to any particular asset would be in the courts of the country that dah power over the asset by sovereign."<sup>85</sup>

Nota-se que tanto o universalismo modificado quanto o territorialismo cooperativo possuem elementos comuns, mas não se confundem. Para o professor Jay Westbrook, a principal diferença entre as abordagens é que o universalismo modificado possui uma perspectiva mundial, buscando solução que se aproxima do sonho de uma única lei e jurisdição, enquanto que o territorialismo cooperativo parece conferir direitos adquiridos para os credores locais sobre quaisquer bens que vierem a ser confiscados no processo local<sup>86</sup>. Já para Lynn LoPucki, a grande vantagem de seu modelo é que ele não requer cooperação além da que já existe, promovendo uma plataforma estável para tratados e convenções que lidem com oportunidades específicas para benefício mútuo de todos os envolvidos<sup>87</sup>. Saliente-se que a posição de Jay Westbrook rece-

<sup>85</sup> LOPUCKI, Lynn M. "*Global and Out...*", p. 15.

<sup>86</sup> WESTBROOK, Jay Lawrence. "**A Global Solution to...**", p. 2302.

<sup>87</sup> LOPUCKI, Lynn M. "*Universalism Unravels...*", p. 24.

beu apoio, no simpósio da Universidade de Michigan, de doutrinadores renomados, como, *v.g.*, do professor Andrew T. Guzman<sup>88</sup>, inobstante houvesse algumas divergências<sup>89</sup>.

A outro giro, não se poderia deixar de registrar o sistema sugerido pelo professor norte-americano Robert K. Rasmussen, desenvolvido inicialmente também na década de 90<sup>90</sup>. Seu modelo ficou conhecido como Contratualismo (*Contractualism*), por permitir ao devedor escolher, por via contratual, o foro competente e a lei aplicável ao procedimento de insolvência. Cada sociedade estaria livre para escolher o regime falimentar ou recuperacional, devendo tal decisão ser tomada no momento da constituição (*incorporation*) e estar prevista em seu contrato, só podendo ser alterada com o consentimento unânime dos credores<sup>91</sup>:

"Transnational bankruptcies are becoming an ever increasing event in the global economy. To date, the legal regime has responded to the problem by either ignoring it, or through modest efforts at governmental regulation. Both responses are unsatisfactory. Ideally, if countries would forgo their insistence on mandating the content of the bankruptcy law, each firm would, at the time of its formation, select its insolvency regime from a menu of bankruptcy options.

Such fundamental change in transnational bankruptcy, while

---

88 "Although Professor Westbrook and I approach the subject of international bankruptcies from somewhat different perspectives, we hold very similar views of the preferred policy prescription. With this in mind, and in the interest of space, I will not address his arguments directly in this Article. If I did, it would be primarily to express my support for his views". GUZMAN, Andrew T. **International Bankruptcy: In Defense of Universalism**. Berkeley Law Scholarship Repository, p. 2180. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2758&context=facpubs>>. Acesso em: 16.05.2016.

89 "Professor Guzman is a thorough-going universalist who is not committed to a contractual solution to the international bankruptcy problem, so I begin by agreeing with many of the points he makes. His article is devoted to the efficiency arguments that turn on the reduction of costs as a function of predictability of result. I largely agree with those arguments, but I must disagree with him in two respects: these arguments are not new to the literature and they have probably been overstated". WESTBROOK, Jay Lawrence. **A Global Solution to...**, p. 2326.

90 Veja-se: RASMUSSEN, Robert K. **Debtor's Choice: A Menu Approach to Corporate Bankruptcy**. 71 Texas Law Review, 71:51, 1992-1993. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr71&div=9&id=&page=>>>. Acesso em: 16.05.2016; RASMUSSEN, Robert K. **A New Approach to Transnational Insolvencies**. 19 Michigan Journal of International Law, v. 19:1, 1997-1998. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/mjil19&div=8&id=&page=>>>. Acesso em: 16.05.2016; e RASMUSSEN, Robert K. **Resolving Transnational Insolvencies Through Private Ordering**. Michigan Law Review, v. 98 (2000). Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=256473](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=256473)>. Acesso em: 16.05.2016.

91 "Other changes in the bankruptcy term would be more problematic. As described above, a firm should not have complete freedom to change from a Chapter 7-only selection to a Chapter 11 selection. Yet at times such a change may be necessary given the change in the nature of the firm. For example, a publicly held firm going private in a leveraged buyout might find a Chapter 11 proceeding to be the optimal bankruptcy term. In this situation, change in the corporate charter should be allowed only with the consent of all of the creditors". RASMUSSEN, Robert K. **Debtor's Choice...**, p. 118.

normatively desirable, is unlikely to occur in the near future. Current norms of private international law, however, provide a vehicle for improving the extant state of affairs. Courts should enforce provisions in corporate charters which specify which country's or countries' bankruptcy law should apply when the firm encounters financial distress. Adhering to party choice would replace the current muddle of laws surrounding transnational insolvencies with a more coherent approach".<sup>92</sup>

Analisando a proposta do professor Robert Rasmussen, Jay Westbrook elogia o fato de que a teoria não deixou de lidar com a questão da execução desse regime contratual do devedor pelas Cortes nacionais, uma vez que propunha soluções para esse reconhecimento, porém a criticou por não oferecer uma proteção efetiva ao controle de bens e prioridades dos credores, bem como por carecer de transparência adequada para processos dessa natureza:

"One of the attractive elements in Professor Rasmussen's approach is that he does not forget that government will have to enforce the regime he proposes. Another attractive element is that the lawmaker's job is very simple. Thus, an international convention would presumably provide that all the contracting countries would enforce the requirement that every company's article of incorporation contain a choice-of-bankruptcy procedure from the menu and that the choice could be not changed without the agreement of every creditor [...]. I will address, however, two objection that have particular saliency internationally.

All contractual approaches to law rest on the basic argument that, assuming a perfect market and no transaction costs, parties will always adopt the most efficient bargain. Therefore, any legal constraint on that bargain must be irrelevant or inefficient. The constraint is irrelevant to the extent it permits the bargain to be struck, and inefficient to the extent it changes the terms of the private bargain. In the debtor-creditor context, this syllogism supports a bankruptcy law that has little or no content, except to enforce the bargain between

---

92 RASMUSSEN, Robert K. *A New Approach to ...*, p. 36.

the parties. In very brief summary, two of the key flaws in any contractual approach are lack of asset control (including protection of creditor priority) and the difficult of disclosure (or “transparency”).<sup>93</sup>

Por outro lado, Lynn LoPucki reconhece que esse regime contratual, previsto no ato de constituição da sociedade, com efeito, encorajaria o devedor a iniciar o procedimento de insolvência no país que possuísse a lei falimentar ou recuperacional mais eficiente e evitaria o *forum shopping*. Contudo, o autor o criticou por aumentar os custos da contratação, excluindo algumas partes interessadas da participação na contratação, bem como pelo fato de que os credores involuntários do devedor não possuiriam a oportunidade de negociar:

"Rasmussen claims that his system provides a single, all-encompassing advantage: it encourages the debtor to file in the country with the most efficient bankruptcy law. [...] [it] also would alleviate the problem of forum shopping. [...].

The system Rasmussen proposes for international bankruptcy suffers from the same two problems that render contract bankruptcy problematic. First, the cost of contracting would be sufficiently high to effectively exclude many interested parties from meaningful participation in the contracting process. Second, involuntary creditors do not have the opportunity to contract. Either problem can lead to the misallocation of resources."<sup>94</sup>

Por fim, cumpre destacar a posição do professor holandês Bob Wessels. O modelo que ele adota nada mais é do que uma interpretação e defesa<sup>95</sup> do sistema que entrou em vigor na Europa após a elaboração do Regulamento (CE) nº 1346/2000 do Conselho, diploma que atualmente rege a insolvência transnacional na Comunidade Europeia. Ao analisar os regramentos nele contidos<sup>96</sup>, o professor holandês reconhece um verda-

93 WESTBROOK, Jay Lawrence. **A Global Solution to...**, p. 2303.

94 LOPUCKI, Lynn M. "*Cooperation in International Bankruptcy...*", p. 738.

95 Conforme lição de Paulo Fernando Campana Filho, o “modelo [de Bob Wessels] surgiu em defesa do sistema europeu, após Westbrook o ter criticado, chamando-o de ‘territorialismo modificado’”. CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. “A recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais...”, p. 92. Para maiores detalhes, consulte: WESTBROOK, Jay Lawrence. **Universal Priorities**. Texas International Law Journal, v. 33, p. 27-45, 1998.

96 Seguem alguns dos regramentos analisados pelo professor holandês para elaboração de sua teoria: “It is mainly in the power of the liquidator in the main insolvency proceedings to exercise measures for coordination, e.g. he may request the opening of secondary proceedings in other member states (Art. 29), participate in secondary

deiro dever de coordenação e comunicação dos administradores de processos de insolvência, que atuariam em prol da otimização do tratamento igualitário entre credores (*pari passu*).<sup>97</sup>

Além disso, o controle exercido pelo processo de insolvência principal (e seu administrador), ou seja, aquele iniciado no foro em que o devedor possui o seu centro de interesses principais (COMI), sobre os procedimentos secundários, conduziria à ideia de uma autêntica unidade patrimonial do devedor (*unity of states*), estando submetida à supervisão de uma corte nacional. Esse misto de deveres/poderes de controle e coordenação do administrador “principal” é responsável por fazer com que Bob Wessels denomine seu sistema de “universalismo coordenado” (*coordinated universalism*):

"The mutual duty between liquidators to communicate and to cooperate symbolizes that liquidators have to bridge the still existing deficit of uniform law. The performance of the duties to communicate and to cooperate is necessary in order to voice, with regard to all claims, the principle of equal treatment of *pari passu* ranked creditors. In a dozen or so separate provisions, the Insolvency Regulation gives shape to the idea of “unity of Estate” (there is after all one debtor), with regard to which he who has the most dominant role (the main liquidator) in principle directs the completion of the insolvency process, under the supervision of national court. In this process the main liquidator has, with regard to the secondary proceedings, a set of controlling or coordinating (procedural and substantive) powers that he can exert. It is for this reason that for the model of international insolvency law in the system of EU, I use the description of “coordinated universalism”.<sup>98</sup>

---

proceedings (Art. 32(3)), request a stay of the process of liquidators of secondary proceedings (Art. 33(1)), request termination of this stay (Art. 33(2)), propose a rescue plan in the context of these secondary proceedings or he may disagree with finalizing liquidation in secondary (Art. 34(2)). He shall furthermore lodge all claims in the secondary proceedings which have been lodged in the main proceeding (Art. 32(2)), he is duty bound to communicate information (Art. 31(1)) and to cooperate (Art. 31(2)). Both latter obligations are duties for liquidators in secondary proceedings too". WESSELS, Bob. "EU Insolvency Regulation and Its Impact on European Business". **CESifo DICE Report**, v. 4, p. 20. Disponível em: <<https://www.cesifo-group.de/portal/page/portal/96843359F6790D9FE04400144FAFBA7C>>. Acesso em: 19.05.2016.

---

<sup>97</sup> *Ibidem*.

<sup>98</sup> *Ibidem*.

## 6. EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA EM MATÉRIA DE FALÊNCIA TRANSNACIONAL

Os aspectos transnacionais do direito falimentar brasileiro foram previstos pela primeira vez no Decreto nº 6.982, de 27 de julho de 1878, em plena época imperial<sup>99</sup>. O Brasil foi precursor no tratamento da matéria, uma vez que, na Itália, por exemplo, começavam ainda os primeiros trabalhos para unificar a falência<sup>100</sup>. Cabe sublinhar que as disposições desse decreto eram aplicadas apenas na ausência de tratado ou convenção regulando a execução das sentenças civis ou comerciais (art. 22), portanto sua aplicação era subsidiária e supletiva ao tratado.

O art. 14 do Decreto estipulou que seria exequível no Brasil a sentença estrangeira que declarasse a falência de comerciante domiciliado no país que a proferiu, consagrando, portanto, o critério domiciliar. Essas sentenças eram passíveis de execução no Brasil, desde que observados os requisitos do art. 1º (reciprocidade, revestidas das formalidades externas para sua executividade, segundo a legislação do respectivo Estado, trânsito em julgado, autenticação consular e tradução juramentada) e não incorressem em algum dos impedimentos do art. 2º, como, por exemplo, a violação da soberania brasileira.

O art. 15 estabeleceu que a sentença, após a homologação, produziria os efeitos inerentes à sentença brasileira. A sentença falimentar estrangeira, assim, só produziria efeitos legais a partir da publicação do “cumpra-se” exarado por juiz brasileiro; no entanto havia restrição quanto a certos efeitos em relação às sentenças de falência proferidas no Brasil. O “cumpra-se” tinha efeito declaratório para as diligências conservatórias dos direitos da massa falida e demais atos previstos no art. 16, porém era imprescindível (constitutivo) para atos como a arrecadação de bens situados no Brasil e arrematação de bens do falido.

O art. 16 também previu norma em relação aos síndicos nomeados no exterior. Em seus termos, prescreveu o reconhecimento deles na condição de mandatários, porém exigiu homologação para os atos de execução dos bens do falido, respeitando a regra anteriormente analisada:

99 O referido Decreto tem sua fonte na disposição contida no art. 6º, § 2º, da Lei nº 2.615, de 4 de agosto de 1875. Embora essa Lei dispusesse sobre o processo e julgamento de crimes cometidos no estrangeiro contra o Brasil e os brasileiros, o referido artigo 6º autorizava o Governo a dispor, mediante reciprocidade, em Regulamento a execução das sentenças dos Tribunais estrangeiros.

100 VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado, em base histórica e comparativa...* p. 40-41.

“[m]as todos os actos que importam directamente execução da sentença, como são a arrecadação e arrematação de bens do fallido, não poderão ser praticados, senão depois que a sentença se tornar executória pelo -cumpra-se [...]”<sup>101</sup>. Por outro lado, mesmo reconhecendo efeitos à sentença estrangeira, ressaltou, em seus artigos 17 e 18, o caso dos créditos quirografários que já estivessem sendo discutidos em ação ajuizada no país, bem como lides que envolvessem créditos hipotecários.

Mesmo admitindo a execução da sentença falimentar estrangeira no Brasil, o Decreto não afastou a competência do juiz brasileiro para decretar a falência se o comerciante possuísse mais de um estabelecimento e um deles fosse situado em território brasileiro. Nos termos do art. 19: “[a] sentença estrangeira que abrir fallencia a negociante que tenha dous estabelecimentos, um no paiz do seu domicilio e outro distincto e separado no Brazil, não comprehenderá nos seus effeitos o estabelecimento existente no Brazil”. Nessa mesma linha, no art. 20, estipulou que não seriam executadas no país as sentenças estrangeiras que declarassem a falência de comerciantes domiciliados no país.

Com o passar do tempo e a proclamação da República, a matéria passou a ser regulada pelo Decreto nº 917 de 1890, em seus artigos 91 a 106, inseridos no Título IX: “Das Fallencias Declaradas Fóra da Republica”. O novo Decreto ressaltou que a existência de agências e filiais situadas no Brasil, que operassem por conta e responsabilidade do estabelecimento principal situado no país do domicílio comercial, não impediria a homologação da sentença (art. 91).

No art. 95, também previu os poderes dos representantes da massa falida de requererem no Brasil as diligências conservatórias de seus direitos, porém dispensou a obrigação de prestar caução. Excetuou hipóteses em que seria necessário o domicílio no país, como se vê no art. 102: “[a] s concordatas e os modos de prevenir e obstar a declaração da fallencia, homologados por tribunaes estrangeiros, só serão obrigatorios para os credores residentes na Republica [...]”. No geral, o decreto republicano possuía estipulações semelhantes ao imperial, abolindo, contudo, a exigência de reciprocidade. O Decreto trouxe disposição sobre a lei aplicável à falência no art. 101, prescrevendo que a classificação de créditos seria regulada pela lei local.

<sup>101</sup> Sempre que se fizer a transcrição de um texto antigo, optou-se por não colocar *sic*. Isso porque a redação da época era bastante diferente da atual, de modo que o texto ficaria demasiadamente poluído pela aposição de vários *sics*, o que certamente prejudicaria a leitura do artigo.

Haroldo Valladão registra que no Congresso Jurídico Americano do IV Centenário do Brasil foi vencedora a tese do Dr. Solidônio Leite, advogando pela admissão dos princípios da unidade e universalidade da falência com restrições<sup>102</sup>. O princípio da unidade estabelece que deve existir tão somente um único processo falimentar para administrar e distribuir todos os bens do devedor, ao passo que o da universalidade prevê o alcance mundial desse processo. Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho, “todas as ações referentes aos bens, interesses e negócios da massa falida serão processadas e julgadas pelo juízo perante o qual tramita o processo de execução concursal por falência”<sup>103</sup>. Chama-se isso de *vis atractiva* do juízo da falência.

Após 1900, advieram algumas normas que mantiveram os princípios e preceitos anteriores com algumas alterações:

"Perduraram aqueles princípios na Lei 8.509, de 1902, explicitados com algumas alterações na Lei 2.024, de 1908, arts. 161/6, que estabeleceu, ainda, no art. 163, regra de DIP não processual: 'A lei local regulará a classificação dos créditos'. Na reforma da Lei de Falências, Decreto 5.746, de 9-XII-1929, mantiveram-se os preceitos do anterior, aditando uma regra nova e justa, 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 da falência 'de devedor brasileiro aqui domiciliado' (Lei 2.024, art. 165) para apenas 'de devedor aqui domiciliado' (Dec. 5.746, art. 164) dada a equiparação constitucional de brasileiros e estrangeiros residentes."<sup>104</sup>

Em 1939, a matéria foi tratada na seara processual, visto que foi regulada pelo Código de Processo Civil desse ano (Decreto-Lei nº 1.608), prevista na parte referente à homologação de sentença estrangeira, entre os artigos 787 e 789. Em razão disso, a lei falimentar de 1945 (Decreto-Lei nº 7.661) não tratou da temática. O art. 787, *caput*, do CPC/39 dispôs de forma semelhante ao que já fazia o art. 15 do Decreto nº 6.982/1878, prevendo os efeitos inerentes às sentenças de falência brasileiras para

<sup>102</sup> VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado, em base histórica e comparativa*.... p. 41.

<sup>103</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*...., p. 274.

<sup>104</sup> VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado, em base histórica e comparativa*.... p. 41.



aquelas proferidas no exterior e homologadas pela justiça brasileira. Nos três incisos do dispositivo, o CPC estabeleceu algumas restrições, como a possibilidade de os administradores requererem medidas conservatórias dos direitos da massa independentemente de homologação e a execução de bens do falido, discutidos em ações ajuizadas por domiciliados no Brasil, desde que ajuizadas antes da data de homologação da sentença declaratória estrangeira.

O art. 788 previu o clássico óbice de se conferir efeitos à sentença estrangeira que declarar a falência em relação ao estabelecimento situado no Brasil. Já o art. 789 dispôs que as concordatas homologadas por tribunais do exterior estavam igualmente sujeitas à homologação da justiça brasileira e só podiam surtir efeito se os credores residentes no Brasil fossem devidamente citados. Para Haroldo Valladão, o CPC omitiu pontos relevantes, desarticulando e prejudicando a matéria como um todo<sup>105</sup>.

As críticas mais duras do autor são voltadas para o Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869), que simplesmente não tratou do tema, relegando-o para o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal<sup>106</sup>:

"O desprezo pela matéria, e pela sua sistemática e classificação, chegou ao máximo com o novo Cód. de Proc. Civil, de 1973, que a *suprimiu do Código*, relegando-a para o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o qual a mesma não cuidou nem podia cuidar! E a matéria da falência no DIP, disciplinada secularmente, desde o Dec. de 1878, ficou, assim, não legislada (!) pela primeira vez na história do direito pátrio, e com a máxima probabilidade, na história do direito mundial." <sup>107</sup>

Antes do CPC de 1973, adveio a Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42- LICC)<sup>108</sup>, que também não previu estipulações específicas para a falência transnacional, haja vista que o CPC de 1939 havia entrado em vigor apenas três anos antes. De fato, a LICC (atual LINDB) trouxe regras gerais para a homologação de sentenças estrangeiras que poderiam ser usadas para a insolvência, como, *v.g.*, os óbices da soberania nacional, ordem pública e bons costumes previstos no art. 17, porém

<sup>105</sup> *Ibidem*.

<sup>106</sup> Art. 483 do CPC/73: "A sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal". Parágrafo único: "A homologação obedecerá ao que dispuser o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal".

<sup>107</sup> VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado, em base histórica e comparativa...**, p. 41.

<sup>108</sup> Originalmente, denominada Lei de Introdução ao Código Civil. A alteração do nome se deu pela Lei nº 12.376 de 2010.

eles não seriam suficientes para lidar com as complexas questões trazidas pela matéria.

Houve, ainda, o Decreto-Lei nº 7.661/45, diploma regulador do direito falimentar no Brasil da época, que, pelo mesmo motivo, também não regulamentou a insolvência transnacional. O único dispositivo nele ventilado que serviria de auxílio nessa matéria era o art. 7º, *caput*, que dizia ser competente para declarar a falência o juiz em cuja jurisdição o devedor tivesse seu principal estabelecimento ou casa filial de outra situada fora do Brasil. Em 2005, substituindo o Decreto-Lei nº 7.661/45, adveio Lei nº 11.101. A nova lei igualmente não trouxe disposições acerca da insolvência transnacional e reproduziu, em seu art. 3º, *caput*, o teor do antigo art. 7º, *in verbis*: “É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil”.

Vê-se a adoção da fórmula do principal estabelecimento, que não necessariamente seria a sede estatutária ou contratual da sociedade empresária devedora, isto é, aquela mencionada no ato constitutivo, nem o maior estabelecimento físico ou administrativo que possui. Principal estabelecimento, como bem salienta Fabio Ulhoa Coelho, “é aquele em que se encontra concentrado o maior volume de negócios da empresa; é o mais importante *do ponto de vista econômico*”<sup>109</sup>. Evidentemente, poderá coincidir com a sede estatutária ou o maior estabelecimento empresário. A *raison d'être* dessa norma é o fato de que o juiz do local do principal estabelecimento está geralmente mais próximo dos bens, da contabilidade e dos credores da massa falida, facilitando a condução do processo falimentar.

O dispositivo em comento também pode ser utilizado para regular caso de insolvência transnacional. Por ele, entende-se, por exemplo, que o juízo brasileiro seria competente para julgar os processos em que estivessem presentes as filiais sediadas no Brasil, verificando-se em qual delas há maior concentração do volume de negócios. Filial ou “casa filial”, como estava previsto no Decreto-Lei de 1945, é um estabelecimento autônomo, detentor de registro no CNPJ e administração próprios, com vínculos econômicos com a matriz, compondo, assim, uma única pessoa jurídica.

A presença de norma sobre o juízo falimentar e recuperacional é insuficiente para regular situações envolvendo subsidiárias estrangeiras,

---

109 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial...*, p. 273.

falência e recuperação judicial de grupos societários (situação ocorrida no caso OGX), reconhecimento de processos secundários de insolvência e muitas outras complexidades da matéria. A insuficiência se justifica, pois o dispositivo foi elaborado, a princípio, para reger a organização judiciária interna da falência e recuperação. A sua aplicação para os aspectos transfronteiriços decorre em razão da ausência de norma brasileira que regule o tema atualmente. Sustenta Paulo Campana Filho que uma interpretação ampla poderia ser utilizada, permitindo a aplicação do dispositivo aos casos que envolvam grupos societários multinacionais:

"O conjunto de normas mais adequado para tratar do assunto seria o que permitisse que os grupos cujo centro de interesses principais (ou principal estabelecimento, para se usar a terminologia jurídica da lei falimentar) se encontrasse em território brasileiro pudesse ajuizar um processo de recuperação conjunto perante um juiz nacional. Essa solução poderia decorrer da adequação de uma interpretação ampla dos dispositivos da Lei 11.101 de 2005, sem uma necessária reforma legislativa: bastaria se considerar que o estabelecimento principal do grupo corresponde ao estabelecimento principal da sociedade-mãe brasileira".<sup>110</sup>

Além do art. 3º da Lei nº 11.101/05, outros artigos foram previstos para regular a competência interna da insolvência. No Decreto-Lei nº 7.661/45, o art. 156 atribuía a mesma competência (principal estabelecimento) para a concessão da concordata preventiva, ao passo que o art. 7º possuía três parágrafos, que previam hipóteses de exceção à norma do *caput*. Neles, estipulou-se que a falência do comerciante ambulante e do empresário de espetáculos públicos seria declarada pelo juiz do lugar onde se encontrassem, sendo o juízo falimentar indivisível e competente para todas as ações e reclamações sobre bens, interesses e negócios da massa falida, salvo naquelas ações em que a massa falida fosse autora ou litisconsorte.

O art. 156 não precisou ser reproduzido na Lei nº 11.101/05, visto que o art. 3º, *caput*, incluiu o instituto da recuperação judicial em substituição à concordata preventiva. Por outro lado, as exceções dos parágrafos do art. 7º foram aproveitadas em parte e reformuladas, passando a constar no art. 76 da nova lei.

---

110 CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. "A recuperação judicial de Grupos Societários Multinacionais..." p. 161.

## Segundo Fábio Ulhoa Coelho:

"A atratividade do juízo falimentar não se verifica relativamente às ações não reguladas pela Lei de Falência de que seja autora ou litisconsorte ativa a massa falida, às que demandam quantia ilíquida ou às execuções fiscais. Também não ocorre a atração prevista em lei se a competência jurisdicional é ditada pela Constituição (Justiça do Trabalho e Justiça Federal)." <sup>111</sup>

Além desses diplomas, em 18 de março de 2016, entrou em vigor o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15). A novel lei revitalizou<sup>112</sup> a matéria de competência internacional, passando a tratá-la entre os arts. 21 a 25. Porém, tal como no Código anterior, não previu nenhuma hipótese específica para a insolvência transnacional. Por outro lado, ponto positivo do CPC é que veio em consonância com o hodierno intento cooperativo entre as nações. Nesse contexto, tratou da cooperação internacional nos artigos 26 e 27. Semelhantemente à observação feita para LINDB, ressalta-se que essas disposições gerais poderão ser utilizadas para facilitar o manuseio de processos de insolvência transnacional, cabendo breves comentários sobre elas.

No art. 26, o CPC prevê a base principiológica da cooperação internacional, bem como estipula que sua regência será em conformidade com os tratados de que o Brasil faça parte. Adiante, o art. 27 cuida do objeto da cooperação internacional, tal como homologação de sentenças estrangeiras e colheitas de provas e informações em lides transnacionais. O diploma trata, ainda, do auxílio direto (arts. 28 a 34), ao passo que o art. 36 dispõe sobre a carta rogatória<sup>113</sup>. O novel código buscou privilegiar o auxílio direto, em razão da celeridade e eficácia desse instrumento. Como exemplo desse intuito, cite-se o veto ao art. 35. Veja-se, inicialmente, redação original do dispositivo:

<sup>111</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial...*, p. 276.

<sup>112</sup> Uma das principais inovações no tratamento da matéria foi a inclusão de permissivo legal para a eleição de foro no art. 25: "Não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação".

<sup>113</sup> Sobre a diferença entre ambos os instrumentos, veja-se lição de Carmen Tiburcio: "Por meio de auxílio direto, permite-se que autoridade estrangeira solicite a realização de diligências no país, tal como ocorre no âmbito das cartas rogatórias. A principal diferença entre os institutos é o direito aplicável e a origem da decisão que enseja o pedido. Enquanto cartas rogatórias têm como fundamento decisão de autoridade estrangeira proferida de acordo com suas próprias leis, o pedido de auxílio direto não se fundamenta em uma decisão prévia, havendo a necessidade de que autoridade brasileira competente, judicial ou não, decida, de acordo com as leis brasileiras, sobre a viabilidade da diligência. Ou seja, as comissões rogatórias se submetem tão somente ao juízo de delibação da decisão estrangeira, diversamente, o auxílio direto tem como requisito decisão de autoridade nacional que, à luz do direito brasileiro, determinará a possibilidade do pedido." (TIBURCIO, Carmem; BARROSO, Luís Roberto. **Direito constitucional internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 551).

“Art. 35. Dar-se-á por meio de carta rogatória o pedido de cooperação entre órgão jurisdicional brasileiro e órgão jurisdicional estrangeiro para prática de ato de citação, intimação, notificação judicial, colheita de provas, *obtenção de informações* e cumprimento de decisão interlocutória, sempre que o ato estrangeiro constituir decisão a ser executada no Brasil.”

A razão para o veto seria que “o dispositivo impõe que determinados atos sejam praticados exclusivamente por meio de carta rogatória, o que afetaria a celeridade e efetividade da cooperação jurídica internacional que, nesses casos, poderia ser processada pela via do auxílio direto”<sup>114</sup>. Há uma real preocupação com a eficácia do fenômeno da cooperação, que tradicionalmente não era alvo de atenção pelo Brasil<sup>115</sup>.

O legislador nacional, contudo, optou por fazer expressa defesa dos interesses mais vitais do país ao prever no art. 39 que “[o] pedido passivo de cooperação jurídica internacional será recusado se configurar manifesta ofensa à ordem pública”. A homologação de decisão estrangeira e a concessão de *exequatur* são tratadas a partir do art. 960, isto é, fora do capítulo de cooperação internacional, inobstante estejam previstas em algumas previsões espaciais.

Por fim, cabe citar neste tópico o Código Bustamante, posto que seja norma convencional, trouxe algumas disposições sobre insolvência transnacional em seu bojo, às quais, em tese, pode se socorrer o juiz brasileiro em eventual ausência normativa. Em 1889, delegados dos países americanos se reuniram em Washington para dar início às Conferências Pan-Americanas, que resultaram na aprovação, em 1928, do Código de Direito Internacional Privado, projetado pelo jurista cubano Antonio Sánchez de Bustamante y Sirven. O documento foi ratificado por vários países latino-americanos, como, *v.g.*, Bolívia, Costa Rica, Nicarágua, Panamá, Peru, entre outros. O Brasil também o ratificou, internalizando-o através do Decreto nº 18.871, de 1929.

O princípio da unidade foi adotado no art. 414 ao estipular que, no caso de devedor que tenha apenas um domicílio civil ou comercial, não pode haver mais que um juízo falimentar para todos os bens e obrigações

114 Para leitura da mensagem de veto integral, consulte <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm)>. Acesso em 21.03.16.

115 TIBURCIO, Carmem; BARROSO, Luís Roberto. **Direito constitucional...** p. 522.

no âmbito dos países signatários. Porém, no art. 415, o Código prescreveu que pode haver tantos juízos quanto o número de estabelecimentos mercantis economicamente separados. A competência do juízo foi estabelecida no art. 328: “Nos concursos de credores e no de fallencia, quando fôr voluntaria a confissão desse estado pelo devedor, será juiz competente o do seu domicilio”. Já se a ação for ajuizada pelo credor, seria competente o de “qualquer dos lugares que conheça da reclamação que as motiva, preferindo-se, caso esteja entre elles, o do domicilio, ou, na falta deste, a residência”.

Em relação ao princípio da universalidade, estipulou o art. 416 que a declaração do estado de insolvência do credor possuirá efeitos extraterritoriais mediante o cumprimento prévio das formalidades de registro ou publicação, que sejam exigidas por cada Estado contratante. Deveria, ademais, respeitar o procedimento homologatório de sentenças estrangeiras, conforme leciona Haroldo Valladão:

"E se o Código concede efeitos extraterritoriais à incapacidade do falido, mediante simples registro, art. 416, para o reconhecimento da falência exige que a sentença seja homologada no outro Estado, arts. 417/435, salvo efeitos da coisa julgada. Admite a ressalva, para o juízo da situação, das ações reais e privilégios reais, art. 420."<sup>116</sup>

O art. 418, contudo, ressalva que os síndicos nomeados em um Estado contratante podem exercer suas funções sem qualquer procedimento local de reconhecimento. Em relação às concordatas, destaca Haroldo Valladão que seu regime internacional foi o mesmo das falências, possuindo, portanto, efeitos extraterritoriais<sup>117</sup>. Também possuiriam tais efeitos a reabilitação do falido, nos termos da decisão judicial que a proferiu, após seu trânsito em julgado (art. 422).

Em razão dessas normas, Paulo Campana Filho entende que o código adotou um sistema universalista atenuado:

"[A]s normas do Código Bustamante pendem para o universalismo mais do que as normas brasileiras que lhes eram contemporâneas – e mais do que outros tratados internacionais latino-

<sup>116</sup> VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado, em base histórica e comparativa*.... p. 40.

<sup>117</sup> Idem, p. 47.

-americanos a respeito do assunto. Entretanto, como apontou Miranda Valverde, o código ainda tem raízes territorialistas muito fortes em virtude da norma que permite a abertura de uma pluralidade de processos de insolvência na hipótese de o devedor manter estabelecimentos economicamente separados em mais de um país signatário. Por essa razão, diz-se que o Código Bustamante adotou uma forma atenuada de universalismo. A possibilidade de existência de diversos processos falimentares autônomos para cada estabelecimento do devedor é, aliás, a principal diferença do Código Bustamante para os textos de convenção que, na época, se discutiam na Europa." <sup>118</sup>

Por mais que o Código tenha sido ratificado por muitos países latino-americanos, algumas economias de peso na época, como a Argentina, não o fizeram. Além disso, os próprios Estados Unidos da América, economia de ponta, não retificaram o instrumento. Assim, considerando que os principais fluxos de investimento ocorriam entre países que não eram abrangidos pelas disposições do Código Bustamante, o diploma restou praticamente inutilizado:

"Although Brazil has ratified the Bustamante Code, whose purpose is to govern automatic recognition and enforcement of bankruptcy procedures, the convention is restricted to signatory states (Latin America countries), excluding the most important Brazilian investor partners such as the United States and European Union (EU) countries. Furthermore, the code has not addressed cooperation and assistance procedures in cases of parallel proceedings in various jurisdictions. Hence, the application of the Bustamante Code has been almost nonexistent because the main flow of investment is from or is legally connected with other jurisdiction, rather than investors being located in the signatory states of the code". <sup>119</sup>

Inobstante a situação apresentada, Jacob Dolinger acentua o papel do Código como importante fonte doutrinária:

<sup>118</sup> CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. "A recuperação judicial de Grupos Societários Multinacionais...", p. 161.

<sup>119</sup> 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*, v. 14. Disponível em: <<http://works.bepress.com/fernandolocatelli/1/>>. Acesso em 21.03.2016, p. 339.

"Observe-se, contudo, que, mesmo admitindo a teoria de que o Código Bustamante não se aplica a questões que envolvam nacionais ou domiciliados em países que não o ratificaram, isso significa que não há aplicação cogente, mas o Código poderá sempre ser invocado como fonte doutrinária, como vimos acima, ao tratarmos das convenções não ratificadas que são aceitas como fonte do Direito Internacional Privado. A Convenção não ratificada é seguramente tão importante quanto o trabalho de um jurista isolado em seu gabinete. Esse foi o entendimento de Eduardo Espíndola no sentido de que em relação aos outros Estados o Código deveria ser aplicado como fonte doutrinária."<sup>120</sup>

Percebe-se que, embora o legislador brasileiro tenha sido precursor ao tratar da falência no Direito Internacional Privado, por intermédio do Decreto nº 6.982/1878, o país ficou inerte em atualizar a matéria e passou a deter um quadro de profunda escassez normativa, especialmente para tratar dos casos que envolvam grupos societários multinacionais. Em relação ao Código Bustamante, inobstante ainda esteja em vigor, sua aplicabilidade vem sendo duramente questionada. Além disso, o diploma data do início do século XX e, mesmo aplicado, não possuiria disposições adequadas para regular com eficiência os complexos assuntos em uma insolvência transnacional.

## 7. O PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA OGX

Como se viu, a ausência de regras específicas sobre insolvência transnacional no ordenamento brasileiro gera forte insegurança jurídica às partes envolvidas. Ilustra-se tal situação com análise do caso OGX, que tratou da questão recuperacional nos grupos societários, tendo que lidar com a complexa questão de subsidiárias autônomas situadas no exterior.

Em razão de situação financeira desfavorável, a OGX Petróleo e Gás Participações S/A, com sede no Rio de Janeiro, e suas controladas requereram recuperação judicial. O feito foi distribuído em 30.10.2013 para a 4ª Vara Empresarial. Dentre as controladas, havia duas sociedades estrangeiras: OGX Internacional GMBH e OGX Áustria GMBH. Em 21.11.2013, ad-

<sup>120</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional privado...*, p. 231.



veio decisão de processamento, admitindo a recuperação judicial apenas das sociedades brasileiras.

Na fundamentação, o magistrado reconheceu que era fato econômico inquestionável o vínculo entre as sociedades estrangeiras e as nacionais, porém isso não constituía por si só elemento jurídico necessário para admissão da recuperação judicial das primeiras. Isso porque as sociedades estrangeiras poderiam se beneficiar da blindagem legal inerente ao processamento da recuperação, sem, contudo, ser possível a decretação da falência, caso descumprissem o plano de recuperação. Ademais, os credores poderiam ficar sujeitos a condições de pagamento de outro país, com legislação diversa daquele em cujo território as obrigações foram contraídas.

O magistrado destacou que o direito nacional não pode ser aplicado nem estender sua proteção a sociedades de outras nacionalidades, sob pena de afronta à soberania dos outros Estados. Asseverou ainda que as sociedades estrangeiras eram dotadas de personalidade jurídica própria, o que impedia que fossem tratadas como meros ativos das sociedades brasileiras. Nesse ponto, acentuou que não se deve confundir harmonização de processos falimentares de sociedades que possuem ativos localizados em diferentes jurisdições, nos moldes do *Chapter 15* norte-americano, com julgamento de uma recuperação judicial de sociedades estrangeiras sem que haja previsão legal nesse sentido.

O juiz acentuou ser cabível o ajuizamento do pedido de *Chapter 15* na Corte Distrital de Nova Iorque após o deferimento de processamento da recuperação das sociedades brasileiras, uma vez que constituía foro de eleição dos negócios jurídicos pactuados com os credores das sociedades estrangeiras. Ato contínuo, analisou os efeitos desse pedido e a importância de cooperação entre as Cortes, *in verbis*:

"Esse pedido de Chapter 15 do Bankruptcy Code terá por objetivo conferir efeitos ao plano de recuperação em território norte-americano, o que provavelmente ensejará sua admissão e reconhecimento da ação proposta neste Juízo como principal processo de insolvência para fins da lei norte-americana e concessão de assistência e cooperação da corte norte-americana ao Juízo da Recuperação Judicial. Essa é a integração de legislação, harmonização de cooperação e res-

peito da soberania que se pode pretender para salvaguardar a recuperação judicial das empresas OGX Petróleo e Gás Participações S.A. e OGX Petróleo e Gás S.A. e o interesse na solução do adimplemento dos credores que investiram seu capital nas empresas OGX Internacional GMBH e OGX Áustria GMBH, com a concessão eventual de suspensão de ações e execuções para a proteção temporária dos ativos nos Estados Unidos, tudo com o fim precípuo de criar um ambiente propício aos investimentos para implementar a produção de petróleo e gás das empresas em epígrafe. Com efeito, os sistemas recuperacionais mundiais utilizam modelos que estendem à autoridade de uma decisão havida num país, a tantos outros, objetivando garantir eficácia aos projetos de reorganização empresarial que, repita-se, encontram empresas espalhadas por todo o mundo. Na hipótese, as empresas OGX Petróleo e Gás Participações S.A. e OGX Petróleo e Gás S.A. abrangem um nicho de mercado com pesados investimentos de credores internacionais, centenas de empregos, fornecedores de produtos e prestadores de serviços que desempenham importante função na economia que são de enorme relevância para a sociedade."<sup>121</sup>

Irresignadas com a decisão, as sociedades em questão interpuseram Agravo de Instrumento. Em decisão monocrática, o desembargador Reinaldo Pinto Alberto Filho destacou que as sociedades estrangeiras não possuíam qualquer ativo físico ou filial, agência ou sucursal em solo brasileiro, bem como designaram para local de cumprimento das obrigações pactuadas e assumidas a cidade de Nova Iorque. Reconheceu, ademais, a personalidade própria e autonomia patrimonial dessas sociedades. Em razão disso, negou provimento ao recurso.

No entanto, uma terceira sociedade interessada, Acciona Infraestrutura S/A, interpôs distinto agravo de instrumento nos autos de outro pedido de recuperação judicial, formulado por outras sociedades do grupo econômico em questão e distribuído por dependência. O agravo de instrumento, no entanto, foi livremente distribuído para outra câmara cível, que preferiu despacho inaugural anteriormente à decisão mono-

121 RIO DE JANEIRO. Processo nº. 0377620-56.2013.8.19.0001, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 4ª Vara Empresarial, decisão proferida pelo juiz Gilberto Clovis Farias Matos em 21.11.2013.

crática acima analisada. Desse modo, aquela câmara ficou preventa, nos termos do art. 106 do CPC/73, o que levou ao cancelamento da decisão acima analisada e submeteu os autos a novo julgamento.

Ato contínuo, a Décima Quarta Câmara Cível deferiu o efeito suspensivo ativo ao recurso. No julgamento de mérito, o relator destacou que o caso deve ser analisado a partir da premissa de preservação das sociedades, que constituíam o mais extenso grupo econômico brasileiro voltado à exploração de petróleo e gás, com impactos no desenvolvimento econômico e social do Brasil, gerando inúmeros empregos. Reconheceu, ademais, que as sociedades estrangeiras excluídas na decisão de primeira instância operam apenas em função da controladora brasileira, servindo tão somente de veículo para emissão de títulos de dívidas e recebimentos de receitas no exterior, colimando o financiamento das atividades de exploração e produção de petróleo e gás no Brasil. Desse modo, as sociedades atuam em prol de uma única empresa.

Portanto, o relator entendeu ser cabível albergar os credores nacionais e estrangeiros em um plano comum de recuperação no Brasil, evitando-se eventual constrição de ativos no exterior e a impossibilidade de realização de operações no âmbito internacional, o que frustraria o soerguimento das sociedades. Destacou, ainda, o uso da equidade quando a lei for omissa, a fim de adequar o direito às necessidades da realidade concreta, mediante uma solução dinâmica e atual à controvérsia. No entanto, sugeriu que a legislação de insolvência brasileira fosse reformada para tratar da insolvência transnacional.

Em razão do exposto, a Décima Quarta Câmara Cível, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento e revogou a decisão interlocutória de primeira instância. O Ministério Público<sup>122</sup> interpôs recurso em conjunto com terceira parte irresignada (G-Comex Armazéns Gerais Ltda). O feito foi encaminhado para o STJ e encontra-se concluso ao Ministro Raul Araújo. Resta tão somente aguardar eventual posicionamento meritório da Corte responsável por resguardar as normas infraconstitucionais, seara em que está regido o tema ora analisado.

---

122 Saliente-se que esse órgão veio se posicionando a favor do territorialismo desde a primeira instância. Na visão da Procuradoria de Justiça, “o fato de a lei brasileira estar defasada e não acompanhar os avanços da globalização não poderia servir como justificativa para a sua não aplicação. Assim, conforme a interpretação conferida pela Procuradoria ao art. 3º da Lei 11.101 de 2005, o juiz brasileiro teria jurisdição sobre as sociedades estrangeiras somente se elas tivessem filial ou estabelecimento no Brasil – o que não era, contudo, o caso das OGX austríacas”. (CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. “O caso OGX e a questão do ajuizamento de recuperação judicial de sociedades estrangeiras no Brasil”. *Revista Comercialista*, p. 28-31. São Paulo: 17 de maio de 2015, p. 30)

## 8. CONCLUSÃO

O Brasil atualmente enfrenta profundo quadro de escassez normativa para lidar com situações de insolvência transnacional, especialmente em relação aos grupos societários multinacionais. Neste trabalho foram apresentados e examinados os sistemas de insolvência transnacional mais influentes nos debates acadêmicos sobre a matéria. Percebeu-se o intuito de cada teórico em selecionar os louros do sistema que defende, descartando-se os defeitos e atentando-se às reais demandas e resistências dos Estados soberanos. A eficiência de cada sistema adotado pelo ordenamento de cada Estado está associada à fixação de prioridades sobre os interesses a serem perseguidos nos processos de insolvência transnacional, tais como a satisfação dos credores, proteção do devedor ou preservação dos empregos. Se a escolha por um determinado sistema de insolvência se mostra dificultosa, em razão da complexidade das questões envolvidas, certo é que o direito brasileiro não pode mais permanecer alheio e inerte ao tema.

Prova do afirmado supra é o processo de recuperação judicial da OGX. Nele, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro fez prevalecer um entendimento em prol da análise econômica do direito, com fulcro no clássico princípio da preservação/soerguimento da atividade empresária (art. 47 da Lei nº 11.101/05), em detrimento de uma análise mais técnica dos insuficientes dispositivos que versam sobre a matéria, tendo desconsiderado a autonomia das subsidiárias estrangeiras em relação à sociedade-mãe brasileira.

A decisão não merece críticas nem elogios. Não se pode criticá-la, afinal buscou alinhar o país a um entendimento mais atualizado sobre a matéria, porém, por outro lado, realizou tal intento sem uma base normativa positivada para tanto, gerando afronta aos requisitos técnicos do direito, bem como insegurança jurídica para partes que venham a se deparar com situações semelhantes no futuro. A doutrina especializada aponta que a solução correta seria o adequado trâmite legislativo no Congresso Nacional de diploma legal que adotasse o sistema do universalismo modificado<sup>123</sup>.

123 "A nossa conclusão foi de que o Brasil deveria adotar um sistema jurídico baseado no modelo do universalismo modificado, com a adaptação das disposições da lei modelo da UNCITRAL, quando passíveis de aplicação, para tratar da recuperação dos grupos multinacionais. As disposições seriam flexíveis o suficiente para admitir que a reestruturação dos grupos pudesse ser conseguida tanto por meio de um único processo, de abrangência extraterritorial, como por uma diversidade de processos concorrentes e coordenados entre si. Dessa forma, defendemos que o sistema brasileiro deveria permitir a abertura de processos de recuperação de todo o grupo, desde que o seu respectivo

O objetivo do presente estudo é o de servir como centelha para futuros debates acadêmicos aprofundados sobre a temática, incentivando e promovendo a atualização do direito falimentar brasileiro. Só assim o país conseguirá por fim às inseguranças jurídicas que pairam sobre ele, posicionando-se novamente à altura das exigências do hodierno mercado globalizado. Não custa recordar que o país, outrora, já fora destaque em matéria de insolvência transnacional. ❖

## 9. REFERÊNCIAS

BUFFORD, Samuel L. **Global Venue Controls Are Coming: A Reply to Professor LoPucki**. *Penn State Law eLibrary*. Disponível em: <[http://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1162&context=fac\\_works](http://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1162&context=fac_works)>. Acesso em 04.05.2016.

BURMAN, Harold S. **Harmonization of International Bankruptcy Law: A United States Perspective**. *Fordham Law Review*, v. 64, Issue 6, Article 4, 1996. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3278&context=flr>>. Acesso em 03.05.2016.

BUSTAMANTE Y SIRVEN, Antonio Sanchez de. **Derecho Internacional Privado**. 2 ed. nº 1887, 1934.

\_\_\_\_\_. **Manual de Derecho Internacional Privado**. No. 263, 1939.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Derecho Internacional Privado**. Tomo I: Nociones Preliminares. Historia del Derecho Positivo. Historia del Derecho Científico. Habana: Imprenta y Papeleria "La Universal" de Ruiz y Mermano, 1896. Disponível em: <<https://archive.org/stream/tratadodederech00sirvgoog#page/n9/mode/2up>>. Acesso em 03.05.2016.

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 em Direito. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013.

\_\_\_\_\_. **O caso OGX e a questão do ajuizamento de recuperação judicial de sociedades estrangeiras no Brasil**. *Revista Comercialista*, p. 28-31. São Paulo: 17 de maio de 2015.

---

centro de interesses principais se encontrasse em território nacional. As sociedades agrupadas deveriam ser tratadas como entidades dotadas de patrimônios autônomos, exceto nos casos em que houvesse a desconsideração de suas personalidades jurídicas". CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. "A recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais...", p. 210.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa: O Novo Regime de Insolvência Empresarial**. 4ª ed. rev. e atualiz. Renovar: Rio de Janeiro, 2009.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional privado: parte geral**. 11. ed. rev., atualiz. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FLETCHER, Ian F. **Cross-Border Insolvency: Comparative Dimensions**. *The Aberystwyth Papers, vol. 12 of United Kingdom Comparative Law Series*. UK National Committee of Comparative Law: 1900.

\_\_\_\_\_. **Insolvency in Private International Law: National and International Approaches**. *Oxford Private International Law Series*. 2 ed. 2005.

GALEN, Robert Van. "The European Insolvency Regulation and Groups of Companies." Manuscrito não publicado. Disponível em: <[http://www.iiiglobal.org/country/european\\_union.html](http://www.iiiglobal.org/country/european_union.html)>.

GARRIDO, José M. **No Two Snowflakes the Same: The Distributional Question in International Bankruptcies**. *Texas International Law Journal*, V. 46, 459, 2011.

GUZMAN, Andrew T. **International Bankruptcy: In Defense of Universalism**. *Berkeley Law Scholarship Repository*. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2758&context=facpub>>. Acesso em 16.05.2016.

JACKSON, Thomas H. **The Logic and Limits of Bankruptcy Law: Implications of Collective Action and Discharge Policies**. *Discussion Paper nº. 16, 12/85*, Harvard Law School, 1986. Disponível em: <[http://www.law.harvard.edu/programs/olin\\_center/papers/pdf/Jackson\\_16.pdf](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Jackson_16.pdf)>. Acesso em 03.05.2016.

JITTA, D. Josephus. **La Codification du Droit International de la Failite**. Le Haye : Belefante Frères, 1895.

KIPNIS, Alexander M. **Beyond UNCITRAL: Alternatives to Universality in Transnational Insolvency**. *Denver Journal of International Law and Policy*, v. 36, 156 (2006). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=913844>>. Acesso em 13.03.2016.

LACERDA, Jozé Candido Sampaio de. **Manual de Direito Falimentar**. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

LOBO, Jorge. **Comentário ao artigo 47**. In: TOLEDO, Paulo Fernando F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord). **Comentários à lei de recuperação de Empresas e Falência**. 5. ed. Saraiva: São Paulo, 2012.

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*, v. 14. Disponível em: <<http://works.bepress.com/fernandolocatelli/1/>>. Acesso em 21.03.2016.

LOPUCKI, Lynn M., **Cooperation in International Bankruptcy: A Post-Universalist Approach**. *Cornell Law Review*, v. 84, 696, 701 (1999). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=132408>>. Acesso em 14.03.2016.

\_\_\_\_\_. **Global and Out of Control?**. *American Bankruptcy Law Journal*. V. 79 (Junho, 2005). Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=693601](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=693601)>. Acesso em 16.05.2016.

\_\_\_\_\_. **Universalism Unravels**. *American Bankruptcy Law Journal*, junho de 2005. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=732123](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=732123)>. Acesso em 17.05.2016.

MASLIN, Jean-Philippe. **The Effectiveness of European Cross-Border Insolvency Regulation as a Tool Against Forum-Shopping**. (2009). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1539391>>. Acesso em 17.05.2016.

NADELMANN, Kurt. H. **Foreign and Domestic Creditors in Bankruptcy Proceedings. Remnants of Discrimination?** April, 1943. Disponível em <[http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9314&context=penn\\_law\\_review](http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9314&context=penn_law_review)>. Acesso em 02.05.2016.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado: teoria e prática**. 15. ed., rev. e atualiz. São Paulo: Saraiva, 2012.

SAVIGNY, Friederich Carl von. **Sistema de Direito Romano Atual**. Ijuí: Unijuí, 2004.

STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado**. 6. Ed. São Paulo: LTr, 2005.

TIBURCIO, Carmen. **Efeitos extraterritoriais da falência**. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. V. 16, ano 2013, n. 62.

TIBURCIO, Carmem; BARROSO, Luís Roberto. **Direito constitucional internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

TUNG, Frederick. **Skepticism About Universalism: International Bankruptcy and International Relations**. *UC Berkeley Law and Economics Working Paper* n° 2001-7, abril de 2001. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=267437>>. Acesso em 14.03.2016.

RASMUSSEN, Robert K. **A New Approach to Transnational Insolvencies**. 19 *Michigan Journal of International Law*, v. 19:1, 1997-1998. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/mjil19&div=8&id=&page=>>. Acesso em 16.05.2016.

\_\_\_\_\_. **Debtor's Choice: A Menu Approach to Corporate Bankruptcy**. 71 *Texas Law Review*, 71:51, 1992-1993. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr71&div=9&id=&page=>>. Acesso em 16.05.2016.

\_\_\_\_\_. **Resolving Transnational Insolvencies Through Private Ordering**. *Michigan Law Review*, v. 98 (2000). Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=256473](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=256473)>. Acesso em 16.05.2016.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado, em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados americanos**. V. III, *Parte especial (fim)*; Conflitos de leis comerciais, cambiais, falimentares, marítimas, aeroespaciais, industriais, trabalhistas, processuais, penais, administrativas, fiscais e eclesíásticas. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

WESSELS, Bob. **EU Insolvency Regulation and Its Impact on European Business**. *CESifo DICE Report*, v. 4. Disponível em: <<https://www.cesifo-group.de/portal/page/portal/96843359F6790D9FE04400144FAFB A7C>>. Acesso em 19.05.2016.

WESSELS; Bob; MARKELL, Bruce A.; KILBORN, Jason J. **International Cooperation in Bankruptcy and Insolvency Matters A Joint Research Project of American College of Bankruptcy and International Insolvency Institute**. New York: Oxford University Press, 2009.

WESTBROOK, Jay Lawrence. **A Global Solution to Multinational Default**. *Michigan Law Review*, v. 98, junho de 2000. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=259960](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=259960)>. Acesso em 17.03.2016.

\_\_\_\_\_. **Choice of Avoidance Law in Global Insolvencies**. *Brooklyn Journal of International Law*, v. 17. Disponível em: <<http://heinonline.org/>



[HOL/LandingPage?handle=hein.journals/bjil17&div=30&id=&page=>](http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/bjil17&div=30&id=&page=>).  
Acesso em 16.05.2016.

\_\_\_\_\_. **Theory and Pragmatism In Global Insovencies: Choice Of Law And Choice Of Forum.** *65 Am. Bankr. L.J.* 457, 1991. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ambank65&div=27&id=&page=>>. Acesso em 03.05.2016.

\_\_\_\_\_. **Universal Priorities.** *Texas International Law Journal*, v. 33, 1998.