



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Raphael Vieira da Fonseca Rocha

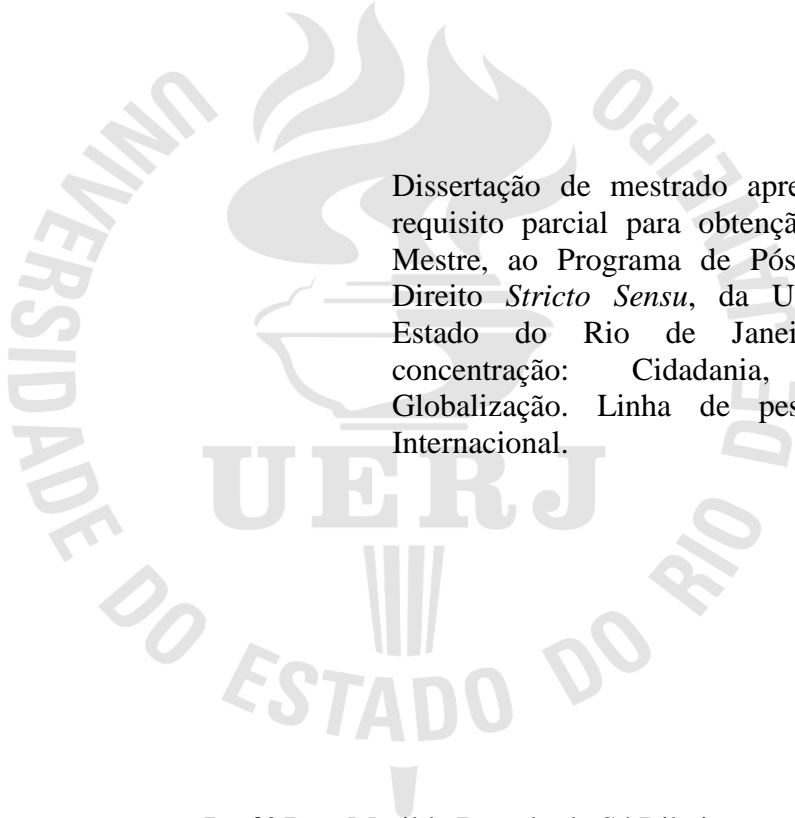
**A ausência de tratamento jurídico adequado à insolvência transfronteiriça
no Brasil: uma análise do tema à luz do direito internacional e de sua
relevância para sociedades petrolíferas**

Rio de Janeiro

2017

Raphael Vieira da Fonseca Rocha

**A ausência de tratamento jurídico adequado à insolvência transfronteiriça
no Brasil: uma análise do tema à luz do direito internacional e de sua
relevância para sociedades petrolíferas**



Dissertação de mestrado apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito *Stricto Sensu*, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Internacional.

Orientadora: Prof.^a Dra. Marilda Rosado de Sá Ribeiro

Rio de Janeiro

2017

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

R672

Rocha, Raphael Vieira da Fonseca

A ausência de tratamento jurídico adequado à insolvência transfronteiriça no Brasil: uma análise do tema à luz do direito internacional e de sua relevância para sociedades petrolíferas/ Raphael Vieira da Fonseca Rocha. - 2017.

280 f.

Orientador: Prof^a. Dr^a. Marilda Rosado de Sá Ribeiro.

Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Falência - Teses. 2. Indústria petrolífera - Teses. 3. Direito internacional – Teses. I. Sá Ribeiro, Marilda Rosado de. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.736(81)

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Raphael Vieira da Fonseca Rocha

**A ausência de tratamento jurídico adequado à insolvência transfronteiriça no Brasil:
uma análise do tema à luz do direito internacional e de sua relevância para sociedades
petrolíferas**

Dissertação de mestrado apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito *Stricto Sensu*, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Internacional.

Aprovada em 07 de fevereiro de 2017.

Banca Examinadora:

Prof.^a Dra. Marilda Rosado de Sá Ribeiro (Orientadora)

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (Coorientador)

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Daniel Cabral Gruenbaum

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Marcio Souza Guimarães

Fundação Getúlio Vargas

Rio de Janeiro

2017

AGRADECIMENTOS

Após dois intensos anos de magníficas experiências e aprendizado no mestrado, este projeto tornou-se realidade. No decorrer desse tempo, muitas pessoas contribuíram, direta ou indiretamente, não só na produção deste estudo, mas na minha própria formação pessoal e profissional. Este texto tem o propósito de agradecer a cada contribuição que recebi, adiantando, desde logo, que será considerado tarefa hercúlea, em virtude da limitação de linhas de que disponho e do grande número de pessoas que me apoiaram.

Primeiramente, dedico este agradecimento Àquele amor que move o céu e as mais estrelas, que, com sumo carinho, deita-me em pastos verdejantes e guia-me pelas veredas da Justiça, por puro amor ao Seu nome. Causa primeira de tudo e a prima razão da viabilização deste projeto, fez-se presente do meu lado dia e noite. Ao contínuo, agradeço àqueles que já estão aconchegados Nesta Luz, mas que, em sua viagem pela nossa realidade, deram-me todo amor e apoio, com especial destaque para minha mãe Adriane Vieira da Fonseca Rocha e meu avô Sidnei da Fonseca. Onde quer que estejam, envio meu muito obrigado.

Voltando a este plano, agradeço aos meus familiares, que, na luta diária, sempre se fazem presente do meu lado, incentivando-me e auxiliando-me, dentre os quais destaco minha avó Maria Virgínia da Fonseca, meu tio Eduardo Sidnei da Fonseca, meu irmão Matheus Vieira da Fonseca Rocha e meu pai Flávio Gonçalves Pinto Rocha. Célula primeira do indivíduo, este projeto seria inviável sem o suporte recebido de vocês.

Do mesmo modo, agradeço às pessoas que, inobstante não nutram comigo vínculos de sangue, são tão importantes quanto meus familiares. Destaco, inicialmente, Ellen Priscila Alves de Carvalho que, mesmo tendo entrado na minha vida no meio desta jornada, tem uma participação tão intensa no meu caminhar, que certamente é uma das responsáveis pela concretização deste projeto. Em seguida, agradeço a Daniel Vargas de Sá, que, mesmo distante, faz-se presente todo o dia, com seu apoio incondicional. Na mesma condição, registro aqui meus queridos amigos Romulo Marvila, Dyone Brito, Carolina Lessa, Guilherme Ponte, Marina Fonseca, Gabriella Gomes, Wagner Macedo, Kleid Vieira, Jéssica Amorim, Emanuelle Oliveira, Aline Gomes, Pedro Steenhagen, Clarissa Machado, Monique Azevedo, Isabela Xavier, Igor Soares, Lilian Koplín, Nathalia Rocha, Fernando Lange, William Nascimento, Lucas Borges, Rodrigo Sousa Oliveira, Ricardo Sousa Oliveira, dentre muitos outros que, em razão dos limites deste texto, não puderam ser citados nominalmente, mas muito contribuíram

na minha caminhada.

Agradeço imensamente também a meus orientadores Professora Doutora Marilda Rosado de Sá Ribeiro e Professor Doutor Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, por toda atenção, sugestões e lições que recebi não só para esse projeto, como para minha vida profissional. Sem essas reflexões, esse projeto igualmente não seria viável. O papel de um mestre é muito importante na vida do discente e os senhores representam mais que mestres para mim, por todo o apoio recebido. Não poderia deixar de registrar o agradecimento à Professora Doutora Carmen Beatriz de Lemos Tibúrcio Rodrigues, que, inobstante não tenha participado diretamente deste projeto, deu-me todo o suporte necessário no grupo de pesquisa do qual participei. Agradeço, ainda, a meus colegas de mestrado, que tiveram importantes contribuições neste estudo, dentre os quais destaco Isabella Benevides, Eduardo Paredes, Pedro Sloboda, Rodrigo Cittadino, Elizabeth Goraieb, Guilherme France, Carolina Noronha, Matheus Sousa Ramalho, Caroline Pinheiro, bem como aos professores Jeancezar Ditzz e Carolina Azevedo.

I also would like to say a warmful thank you to my friends from other parts of this giant world. To do so, I write this part in English due the language's international scope. If you, my friends, do not speak Portuguese, here is my thank you for contributing in my Masters dissertation. The experience we have exchanged certainly made me see the world (and life too) with new eyes. So, thank you pretty much Yuliana Osorio, Alvaro Gonzalez, Eliana Luna, Alejandro Choque, Maria del Rosario, Fernanda Castañares, Federico Maximiliano, Facundo Adet Saman, Ms. Lulama Tshabalala, Clara Dubernard, Stefano Carlessi, Fulvio Rescigno, Daisuke Shiroyama and Ms. Bojana Michel. Jesielton Palhoza, Pedro Henrique Oliveira, Raphael Ferreira Freitas e Vitória Battisti da Silva, ainda que sejam brasileiros, aqui também estão pelas circunstâncias em que nos conhecemos. Espero um dia poder compartilhar experiências com vocês novamente.

Por fim, aos professores da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, cujas aulas e conversas muito auxiliaram nas ideias defendidas na presente dissertação. Cada contribuição teve sua vital importância na materialização desse projeto.

A todos, meu muito obrigado!

Raphael Vieira da Fonseca Rocha

RESUMO

ROCHA, Raphael Vieira da Fonseca. *A ausência de tratamento jurídico adequado à insolvência transfronteiriça no Brasil: uma análise do tema à luz do direito internacional e de sua relevância para sociedades petrolíferas*. 2017. 280f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

Os objetivos gerais deste trabalho podem ser divididos em dois. Primeiramente, entender o *status quo* da insolvência transfronteiriça tanto no ambiente global quanto no âmbito interno. Em segundo lugar, verificar quais são as repercussões do assunto na indústria do petróleo, amparando-se principalmente em situações já discutidas pela jurisprudência pátria. A pesquisa é do tipo bibliográfica-documental e o método adotado é o dedutivo. Guiando-se por tais objetivos, preliminarmente, serão examinados institutos jurídicos balizadores da matéria, como personalidade jurídica, nacionalidade e a complexa figura dos grupos econômicos. Ato contínuo, é feito um estudo dos sistemas de tratamento dos efeitos da insolvência, isto é, do universalismo e territorialismo, bem como dos sistemas mistos mais relevantes no cenário internacional, examinando-se as vantagens e desvantagens de cada um deles. Após esse substrato teórico, será investigado o tratamento conferido à insolvência transfronteiriça nos tratados, convenções, jurisprudência (internacional e estrangeira), leis modelos, dentre outros instrumentos pertinentes ao tema, perpassando pelo Código Bustamante, pela Lei Modelo da CNUDCI sobre Insolvência Transfronteiriça de 1997, seu guia legislativo e sua internalização por alguns ordenamentos estrangeiros, como o caso do *Chapter 15* do Código Falimentar Norteamericano, o Regulamento (CE) 1346/2000, revitalizado pelo Regulamento (UE) 2015/848, relativo aos Processos de Insolvência, dentre outros instrumentos. No contexto brasileiro, será demonstrado que, inobstante o Brasil tenha historicamente lidado com os efeitos transfronteiriços da insolvência desde a época imperial (Decreto nº 6.982/1878), o país passou a deter quadro de escassez normativa sobre tema após a revogação das normas existentes pelo Código de Processo Civil de 1973. O Código Bustamante foi ratificado pelo Brasil e permanece em vigor no país, podendo-se recorrer ao instrumento em eventuais lides sobre a matéria, porém questiona-se se suas normas ultrapassadas ainda são adequadas para regular eficientemente o complicado tema da insolvência transfronteiriça e suas consequências no cenário hodierno. Ademais, receberá atenção as inovações do Código de Processo Civil de 2015 e o Projeto de Lei do Senado nº 487/2013, que busca internalizar no Brasil algumas regras da Lei Modelo da CNUDCI. Por fim, será analisado o caso OGX, julgado emblemático no Brasil sobre o assunto, e seu legado sobre outros casos nacionais, com o escopo de sistematizar a posição jurisprudencial brasileira. Considerando que o grupo OGX envolveu grupo empresarial petrolífero de grande porte, serão examinados, com base no julgado, mas além dele, as repercussões do tema sobre o setor do petróleo e gás natural, tais como a questão da responsabilização das sociedades consorciadas após o reconhecimento do estado falimentar de uma das envolvidas, a validade das garantias instituídas na indústria, o papel a ser desempenhado pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis em atenção ao seu dever de preservar o interesse público, dentre outros.

Palavras-Chave: Insolvência Transfronteiriça. Falência. Recuperação Judicial. Caso OGX.

Indústria do Petróleo.

ABSTRACT

ROCHA, Raphael Vieira da Fonseca. *The absence of appropriate legal treatment for cross-border insolvency in Brazil: an analysis of the topic under international law and its relevance for oil companies*. 2017. 280f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

The general objectives of this research can be divided into two. First, study the *status quo* of cross-border insolvency in both global and domestic context. Secondly, verify the impacts of the subject on the oil industry, supported mainly by situations already discussed by national jurisprudence. Guided by these objectives, it will, preliminarily, examine legal institutes important for the matter, such as legal personality, nationality and the complex issue of corporate groups. Then, it will study the systems dealing with the effects of cross-border insolvency, i. e., universalism and territorialism, as well as the most relevant mixed systems in the international arena, examining the relevant pros and cons of each system. After this theoretical background, it will investigate the issue of cross-border insolvency in treaties, conventions, jurisprudence (international and foreign), model laws, among other relevant instruments on the subject, with an overview, for example, of the Bustamante Code, the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency of 1997, its legislative guide and its internalization by some foreign jurisdictions, such as Chapter 15 of the US Bankruptcy Code, the Council Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings, revitalized by Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council on insolvency proceedings, among other instruments. In the Brazilian context, the research will demonstrate that, although Brazil has a history dealing with cross-border insolvency effects since imperial age (Decree No 6.982/1878), the country currently holds a legislative loophole after Code of Civil Procedure of 1973 have repealed local norms on the subject. The Bustamante Code was ratified by Brazil and remains in force in the country, so it can be used in local insolvency proceedings, but the research examines if its old provisions are still able to regulate efficiently the complex issue of cross-border insolvency and its consequences on today's scenario. In addition, it will study the innovations of the Civil Procedure Code of 2015 and Senate Proposed Bill No. 487/2013, which seeks to internalize in Brazil some rules of UNCITRAL Model Law. Finally, it will analyze the OGX case, considered an emblematic case law in Brazil, and its legacy on other national cases, with the scope of systematizing the Brazilian jurisprudential position on the matter. Considering that the OGX case involved a large oil corporate group, the research will examine, supported by the case, but beyond it, the impacts of cross-border insolvency on the oil and gas sector, such as the liability of companies associated by consortium after the recognition of insolvency state of one of its members, the validity of interests in oil industry, the role of National Agency of Petroleum, Natural Gas and Biofuels in view of its duty to preserve the public interest, among others issues. It's a bibliographical and documentary research and the method adopted is deductive.

Keywords: Cross-Border Insolvency. Bankruptcy. Reorganization. OGX Case. Oil Industry.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CC	Código Civil
COMI	Centro de interesses principais
CPC	Código de Processo Civil
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
LMIT	Lei Modelo da UNCITRAL sobre Insolvência Transfronteiriça
MP	Ministério Público
p.	Página
pp.	Páginas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
UERJ	Universidade do Estado do Rio de Janeiro
UNCITRAL	Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional
v.	Ver
v.g.	<i>Verbi gratia</i>

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	10
1	TEMAS INSTRODUTÓRIOS À ATUAÇÃO DAS TRANSNACIONAIS NO CENÁRIO HODIERNO	16
1.1	Conceitos preliminares	16
1.2	Critérios para conferir nacionalidade à sociedade empresária	21
1.3	Nacionalidade da sociedade empresária no direito brasileiro	27
1.4	Multinacionais, transnacionais e grupos societários	33
1.5	O reconhecimento da personalidade jurídica da sociedade estrangeiras e o seu direito de ajuizar demandas e fazer negócios nos Estados	39
2	OS SISTEMAS DE TRATAMENTO DA INSOLVÊNCIA TRANSFRONTEIRIÇA	46
2.1	Notas preliminares	46
2.2	O sistema universalista	51
2.3	O sistema territorialista	59
2.4	Os sistemas mistos	63
3	A INSOLVÊNCIA TRANSFRONTEIRIÇA NO DIREITO CONVENCIONAL, EUROPEU E ESTRANGEIRO	75
3.1	Tratamento convencional clássico da insolvência transfronteira	75
3.2	Lei Modelo da UNCITRAL sobre Insolvência Transnacional	85
3.3	O <i>Chapter 15</i> do Código Falimentar dos Estados Unidos e normas de outros ordenamentos jurídicos que internalizaram a Lei Modelo da UNCITRAL	100
3.4	O Regulamento CE 1346/2000 e seu histórico	105
3.5	Jurisprudência europeia sobre o centro de interesses principais e o tratamento dos grupos societários na insolvência transfronteira	118
3.5.1	<u>Caso Eurofood</u>	119
3.5.2	<u>Caso Daisytek</u>	123
3.5.3	<u>Caso Interedil</u>	125
3.6	Propostas de reforma para o Instrumento Europeu e o Regulamento (UE) 2015/848	127
3.7	Outros instrumentos relevantes	138

4	O TRATAMENTO JURÍDICO DA INSOLVÊNCIA TRANSFRONTEIRIÇA (FALIMENTAR E RECUPERACIONAL) NO BRASIL	144
4.1	Período colonial e início do Império, até a promulgação do Código Comercial ...	144
4.2	O Código Comercial de 1850 e os Decretos nº 6.982/1878 e nº 917/1890	146
4.3	O tratamento da matéria nas codificações processuais e a Lei de Introdução ao Código Civil de 1942 (atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)	153
4.4	Aspectos gerais do direito falimentar brasileiro hodierno	156
4.4.1	<u>Legitimidade ativa e passiva para postular falência</u>	158
4.4.2	<u>As causas determinantes do pedido de falência</u>	169
4.4.3	<u>Competência, classificação de créditos e algumas questões processuais</u>	171
4.5	Aspectos gerais da recuperação judicial	177
4.5.1	<u>Legitimidade ativa e passiva da recuperação judicial, créditos abrangidos e algumas questões processuais</u>	178
4.5.2	<u>Procedimento específico às microempresas e empresas de pequeno porte e a recuperação extrajudicial</u>	183
4.6	O Código de Processo Civil de 2015	185
4.7	O Projeto de Código Comercial em tramitação no Senado (Projeto de Lei nº 487/201	194
5	ESTUDO DE CASO: A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO GRUPO OGX VIS-À-VIS A INSOLVÊNCIA TRANSFRONTEIRIÇA E SUAS REPERCUSSÕES NA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO	199
5.1	O caso OGX: a questão das subsidiárias estrangeiras	199
5.2	O legado da OGX em matéria de insolvência transnacional: o caso Sete Brasil ..	215
5.3	O caso OGX: repercussões no setor do petróleo e gás natural	221
5.3.1	<u>Aspectos regulatórios do setor petrolífero</u>	222
5.3.2	<u>O consórcio e a responsabilização das sociedades envolvidas</u>	231
5.3.3	<u>A ANP como fiscalizadora da solvência das partes</u>	246
5.3.4	<u>A validade das garantias constituídas na indústria do petróleo</u>	251
	CONCLUSÃO	257
	REFERÊNCIAS	262

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, pleiteando o deferimento de recuperação judicial para quatro sociedades integrantes do grupo empresarial, duas delas constituídas no Brasil (OGX Petróleo e Gás Participações S.A. e OGX Petróleo e Gás S.A.) e duas com sede na Áustria (OGX International GmbH e OGX Austria GmbH). Devido ao porte econômico do grupo e a litigiosidade sobre a matéria instaurada, 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 sociedade hodierna encontra-se cada vez mais interligada pela globalização e pessoas físicas e jurídicas não mais se limitam às fronteiras de seus países. O desenvolvimento surpreendente da tecnologia da informação permite que o capital assumira uma feição transnacional, fluindo os 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. 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 facilidade de deslocamento e comunicação.

Neste 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 transnacional¹. É nessa conjuntura que se situa o tema da insolvência transfronteiriça a ser explorado nesta dissertação.

Com as considerações supra, faz-se necessário analisar os dois termos componentes da expressão “insolvência transfronteiriça”, começando-se pela utilização da expressão insolvência no presente trabalho. No Brasil, a falência e recuperação judicial (e extrajudicial)

¹ TIBURCIO, Carmen. **Efeitos extraterritoriais da falência**. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. V. 16, ano 2013, n. 62, p. 201./

ainda são institutos voltados apenas para os empresários individuais e sociedades empresárias², podendo algumas sociedades empresárias (v.g. empresas públicas e sociedades de economia mista) não serem submetidas a tais institutos. Por conseguinte, adota-se no país um sentido estrito do termo “insolvência”.

Muitos ordenamentos estrangeiros, por outro lado, já possuem uma aplicação 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, a sujeição de sociedades civis a processos de insolvência³. 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, atual diploma falimentar brasileiro, e não foi alterada pelo vigente Código de Processo Civil (art.1.052).

Além disso, outros ordenamentos nem sequer preveem processos distintos bem delimitados para os casos de falência e recuperação judicial. Vê-se, v.g., o caso da norma *Das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen* – ESUG (em tradução livre: Lei para Maior Facilitação da Reestruturação de Empresas), 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”⁴.

Considerando que a presente pesquisa levará em consideração o tratamento da insolvência não só pelo Brasil, mas também por países ao redor do mundo, visto que se trata de estudo situado na seara do direito internacional, optou-se por utilizar o termo em seu sentido amplo, por prevalecer essa visão nos ordenamentos jurídicos mais avançados na matéria. Portanto, estão inseridos no termo insolvência tanto a falência como recuperação judicial (e extrajudicial) da Lei nº 11.101/05, bem como os procedimentos de insolvência relativos a entidades não empresárias.

Em relação ao termo “transfronteiriça” há que se fazer a seguinte ressalva: a principal expressão em língua inglesa utilizada nos tratados e estudos sobre o assunto é “*cross-border insolvency*”. Em uma tradução literal livre, significaria insolvência além das fronteiras,

² Art. 1º da Lei nº 11.101/05.

³ Art. 2º, 1: “Podem ser objecto de processo de insolvência: [...] d) as sociedades civis;”

⁴ 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.

podendo-se ser traduzida, portanto, como insolvência transfronteiriça. Contudo, também se encontra na doutrina e jurisprudência, dessa vez em língua portuguesa, a expressão “insolvência transnacional”. A expressão “transnacional” exprime a ideia de que os efeitos dessa insolvência extravasam a jurisdição de uma determinada nação, esse último vocábulo no sentido de Estado soberano. Ainda que as noções de ambas expressões não se confundam, optou-se por empregá-las de modo indiscriminado no presente trabalho, em razão das semelhanças que elas exprimem e pelo consolidado uso nos documentos mais recentes e especializados no assunto. Assim, tanto insolvência transfronteiriça quanto insolvência transnacional referem-se à *cross-border insolvency*.

Feitas essa ressalva semântica, passa-se ao objeto do presente estudo. No cerne da discussão, tanto doutrinária quanto jurisprudencial, situam-se os sistemas de tratamento da insolvência transfronteiriça, uns advogando pela limitação de seus efeitos às fronteiras da jurisdição nacional (territorialismo – efeitos territoriais) ao passo que outros atuam em prol da figura de uma única Corte competente, responsável por administrar todos os bens do falido, independentemente de sua localização, para então distribuí-los a credores do mundo todo (universalismo – efeitos extraterritoriais). A opção por um ou outro sistema reverbera na discussão se determinado Juízo pode submeter à sua jurisdição sociedades estrangeiras sem filiais e ativos físicos no país, mas controladas por sociedades locais, e, ato contínuo, à aplicação da norma pátria, hipótese discutida no processo de recuperação judicial da OGX Petróleo e Gás Participações S.A.

Em razão de sua importância, a questão da insolvência transfronteiriça vem recebendo atenção no cenário internacional, podendo-se destacar a elaboração de dois importantes instrumentos com o escopo de auxiliar na sua regulamentação: a lei modelo da CNUDCI⁵ sobre Insolvência Transfronteiriça de 1997 (em inglês *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*), doravante designada pela sigla LMIT, e o Regulamento (CE) 1346/2000, revitalizado pelo Regulamento (UE) 2015/848, relativo aos Processos de Insolvência. Sobre o primeiro documento, discute-se no Congresso Nacional Brasileiro a internalização de algumas

⁵ A Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional – CNUDCI (em inglês *United Nations Commission on International Trade Law*, abreviada pela sigla UNCITRAL), foi criada em 1966 pela Resolução 2205 (XXI) da Assembleia Geral da ONU, com o escopo de reduzir os óbices ao comércio internacional mediante uniformização desta seara do direito. Além da Lei Modelo sobre Insolvência, a entidade foi responsável por patrocinar diversos instrumentos, dentre eles a Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional (*UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*), aprovada pela Resolução 40/72 de 11.12.1985 e alterada no ano de 2006, diploma de grande valor e importância para os meios jurídico e empresarial. Outras traduções do nome da entidade são (i) para a língua francesa (*Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International* – CNUDCI) e (ii) espanhola (*Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* – CNUDMI). Por fazerem referência ao mesmo órgão, as siglas são utilizadas de modo indiscriminado no presente trabalho, sempre objetivando manter a língua original do documento citado.

de suas estipulações (Projeto de Lei do Senado nº 487/2013), porém ainda se trata de proposta *de lege ferenda*. Sobre o segundo, por ser um instrumento voltado apenas para o bloco europeu, não surte efeitos diretos no Brasil.

A insolvência transfronteiriça traz importantes repercussões no setor do petróleo e gás natural, perpassando pela responsabilização de sociedades consorciadas na exploração de recursos, o papel Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) na condição de garante do interesse público, especialmente em atenção à sua missão de fiscalizadora do estado de solvência das sociedades, a questão da validade das garantias instituídas pelas sociedades atuantes na indústria, marcadamente ocupada por atores transnacionais, e suas consequências para credores estrangeiros, dentre outros assuntos. Prova disso é o próprio caso OGX, cujo pedido de recuperação incluindo sociedades estrangeiras e sem nenhuma atuação no Brasil reacendeu o debate do tema no país.

Como método de pesquisa à elaboração da dissertação adotou-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 legislativos, doutrinários e jurisprudenciais do ordenamento brasileiro sobre falência e recuperação judicial (e extrajudicial) transnacional, amparado pelo direito comparado, para expor normas e doutrina sobre o tema, produzindo uma conclusão pessoal com supedâneo nas premissas adotadas no material investigatório coligido. Serão utilizados, portanto, como fonte de pesquisa os textos legais (normas), internos, estrangeiros e internacionais, textos jurídicos de autores atuais e clássicos, bem como doutrina e jurisprudência, nacional, internacional e estrangeira. Desse modo, a pesquisa é do tipo bibliográfico-documental.

Considerando o exposto, dois são os objetivos gerais da dissertação. Primeiro, entender o *status quo* da insolvência transfronteiriça tanto no ambiente global (analisando-se ordenamentos jurídicos como, por exemplo, os Estados Unidos da América e o regime instituído na União Europeia) quanto no âmbito interno (examinando as leis brasileiras, o histórico legislativo no país e o legado imediato do caso OGX na jurisprudência pátria). Em segundo lugar, verificar quais são os assuntos da indústria do petróleo que estão envolvidos na insolvência transnacional, amparando-se principalmente nas situações já discutidas pela jurisprudência. Em razão da potência da indústria petrolífera e dos grupos econômicos nela envolvidos, os casos sobre a matéria levados à apreciação do judiciário normalmente envolvem sociedades do setor, facilitando a pesquisa. Identificada essas repercussões na indústria, serão elas examinadas.

O capítulo 1 atuará como um balizador dos institutos jurídicos que precisam ser

compreendidos previamente à matéria, com vistas a facilitar seu exame em outras partes da dissertação. Nesse sentido, será analisada a atuação das transnacionais no cenário hodierno, abordando temas como pessoa jurídica e personalidade jurídica, os conceitos de empresa, sociedade empresária, multinacionais, transnacionais e grupos econômicos, bem como a questão da nacionalidade das sociedades, visando delinear os contornos básicos de cada instituto e suas repercussões nos campos da insolvência transfronteiriça e da indústria do petróleo.

No capítulo 2, por sua vez, será realizada uma análise doutrinária dos modelos universalista, territorialista e mistos, mediante sistematização da posição adotadas pelos autores, com o escopo de contextualizar o objeto prático da pesquisa com seu substrato teórico e doutrinário.

Ato contínuo, no capítulo 3, serão examinados os tratados, convenções, jurisprudência (internacional e estrangeira), leis modelos, dentre outros instrumentos pertinentes sobre o tema. Primeiramente, será exposta a visão convencional clássica, isto é, os primeiros documentos de relevo que passaram a delimitar os contornos dos efeitos transfronteiriços da falência e recuperação transnacional de sociedades, para, após, perscrutar o tratamento contemporâneo, com foco na LMIT e Regulamento Europeu, acima citados.

No capítulo 4, enfatiza-se o ordenamento jurídico brasileiro, estudando o histórico legislativo do país sobre a falência internacional e as normas atuais. Serão apresentados os aspectos gerais dos três institutos previstos na Lei nº 11.101/05: a falência, recuperação judicial e recuperação extrajudicial. Além disso, serão examinados os regramentos do Código de Processo Civil de 2015 sobre cooperação jurídica internacional e as disposições do Projeto de Código Comercial (Projeto de Lei do Senado nº 487/2013 em relação à insolvência transfronteiriça. Será visto como o Brasil passou da condição de ser um dos primeiros Estados a prever estipulações sobre a falência no plano internacional para um dos poucos a ainda deter vácuo normativo sobre o tema em pleno mundo globalizado do século XXI, em decorrência da revogação de normas existentes pelo Código de Processo Civil de 1973.

Por fim, no capítulo 5, será feita a análise da recuperação judicial do grupo OGX, responsável por ser um paradigma na jurisprudência brasileira sobre a insolvência transfronteiriça. O estudo será dividido em dois momentos. Primeiramente, serão examinados todos os atos processuais que discutiram a possibilidade de inclusão das subsidiárias estrangeiras em planos de recuperação judicial sob jurisdição do juiz pátrio, tanto em primeira quanto em segunda instâncias. Nesse exame, também se apresentará o legado deixado pela jurisprudência do caso, que surtiu suas consequências no processo de recuperação judicial de

outro agente econômico da indústria do petróleo (grupo Sete Brasil). Em segundo lugar, serão avaliadas as repercussões da insolvência transfronteiriça no setor do petróleo e gás natural, amparando-se no caso OGX, porém indo além nas hipóteses criadas, com o objetivo de criar proposições que possam conferir lastro ao operador do direito em futuros casos deste setor.

1. TEMAS INTRODUTÓRIOS À ATUAÇÃO DAS TRANSNACIONAIS NO CENÁRIO HODIERNO

Conforme adiantado na introdução, em razão do objeto deste trabalho, torna-se imprescindível a realização de um exame prévio sobre a atuação das transnacionais no cenário hodierno. Para concretizar tal objetivo, serão abordados, inicialmente, temas primordiais como pessoa jurídica, personalidade jurídica e seu reconhecimento, o conceito de empresa e sociedade empresária, bem como seu direito de ajuizar demandas e fazer negócios em Estados estrangeiros. Além disso, também serão trabalhados os critérios para conferir nacionalidade às sociedades empresárias e os conceitos de multinacionais, transnacionais e grupos econômicos, visando delinear seus contornos básicos, com o escopo de facilitar a compreensão do complexo tema da insolvência transnacional e suas repercussões no campo das petrolíferas.

1.1 Conceitos preliminares

O homem é um ser eminentemente social, não sendo de sua natureza viver isolado, mas em grupos. Desse convívio, surge a necessidade de regular a comunidade por determinadas normas de conduta. Ensina a doutrina⁶ que o objetivo do direito é estabelecer regras que permitam ao ser humano o convívio em sociedade. Desta ânsia de interesses e benefícios das pessoas por união também resultam algumas unidades coletivas, criadas pela vontade do homem ou em decorrência do curso natural da história. O direito optou por discipliná-las e, assim, permitir que atuem no seio social como legítimos sujeitos de direito, dotados de personalidade própria, a semelhança do ser humano. Tais uniões podem ser de pessoas (*universitas personarum*) ou destinação de patrimônio a um fim (*universitas rerum*). A razão de ser dessas entidades, nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves:

[...] está na necessidade ou conveniência de os indivíduos unirem esforços e utilizarem recursos coletivos para a realização de objetivos comuns, que transcendem as possibilidades individuais. Essa constatação motivou a organização de pessoas e bens, com o reconhecimento do direito, que atribui personalidade ao grupo, distinta de cada um de seus membros, passando este a atuar na vida jurídica com personalidade

⁶ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. **Leçons de droit civil**. v. 1, t. 1; 1973, v. 1, t. 2. Paris: Ed. Montchrestien, 1969 *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. 1, 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19.

própria.⁷

Percorreu-se uma longa trajetória até que as pessoas jurídicas passassem a ser consideradas como efetivos sujeitos de direito, dotadas de personalidade própria. A partir de fins do século XVIII até meados do século XX, verificou-se uma extensa discussão entre os juristas acerca da essência e natureza jurídica da pessoa jurídica. Diversas teorias surgiram para explicar o fenômeno, merecendo destaque dois grupos de teorias clássicas que tiveram maior repercussão na doutrina: teorias da ficção e teorias da realidade.

Em linhas gerais, a teoria da ficção advoga que apenas os seres humanos são sujeitos da relação jurídica e titular de direitos subjetivos porque a personalidade lhes é inerente. No entanto, opta o ordenamento jurídico por criar, através de suas leis, seres artificiais, por mera *fictionis juris*, dotando-os de capacidade jurídica. Em outros termos, a pessoa jurídica é uma ficção em razão de não possuir as qualidades inerentes à pessoa natural, como os sentimentos, a inteligência, o intelecto, entre outros.

Conforme lição de Theophilo de Azeredo Santos, caso a concepção ficcionista seja levada ao extremo, pode-se chegar à conclusão de que não é atribuível à pessoa jurídica nacionalidade⁸, uma vez que esta seria qualidade inerente apenas às pessoas naturais, que são as únicas passíveis de sentir amor e gratidão pela Pátria⁹. O referido jurista, em crítica a este posicionamento, destaca que o seu grande equívoco se situa na crença errônea de que “o laço de nacionalidade ocasiona, sempre, as mesmas consequências” para pessoas naturais e jurídicas¹⁰. Devido às suas limitações, as teorias ficcionistas acabaram perdendo influência no meio jurídico¹¹.

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil...**, p. 215. Sobre o tema, veja-se também: WALD, Arnold. **Curso de direito civil brasileiro. Introdução e parte geral**, v. 1, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 146; AMARAL, Francisco, **Direito Civil**. Introdução, 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 269-270; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**, v. 1, 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954/1956, v.8, p. 280.

⁸ Ressalta-se que as correntes teóricas negacionistas da nacionalidade da pessoa jurídica encontraram respaldo, por muito tempo, na jurisprudência também: “Saindo um pouco da esfera teórica e pesquisando o lado prático da questão, veremos que existe abundante jurisprudência baseada na teoria da ficção para negar o conceito de nacionalidade às sociedades, da qual, a primeira decisão de que se tem notícia foi a sentença proferida pelo juiz Marshall, da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em 1809, no caso *Bank of the United States v. Deveaux*. [...] Também os tribunais europeus se manifestaram, a exemplo do Tribunal Arbitral Franco-Alemão, que, em decisão de 30.11.1923 (*affaire Jordaan*), entendeu que as sociedades em comandita não tem propriamente uma nacionalidade, uma vez que tal nacionalidade confere direitos (direito de voto, direito de ser nomeado para ocupar funções públicas, dentre outros) e obrigações, como o serviço militar que só pode ser aplicado às pessoas físicas”. RÉGNIER, Leonardo Medeiros. **Nacionalidade das sociedades comerciais**. Curitiba: Juruá, 2002, pp. 69-70.

⁹ SANTOS, Theophilo de Azeredo. **Regime Jurídico das Sociedades Comerciais**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 27.

¹⁰ *Idem*, pp. 31-32.

¹¹ “As teorias da ficção não são, hoje, aceitas. A crítica que se lhes faz é a de que não explicam a existência do Estado como pessoa jurídica. Dizer-se que o Estado é uma ficção legal ou doutrinária é o mesmo que dizer que o

Por outro lado, os juristas defensores das teorias da realidade argumentam que a pessoa jurídica não é uma mera ficção, mas uma realidade viva, com existência própria, tal como são os seres humanos. Para se deduzir tal conclusão, diversas construções foram arquitetadas pelos juristas¹², como, *v.g.*, a teoria da realidade técnica, que foi a adotada pelo Código Civil de 2002¹³. As teorias da realidade ganharam amplo espaço no cenário jurídico, em detrimento da anterior concepção ficcionista. Inobstante não sejam isentas de críticas, as teorias realistas ofereceram um importante suporte para explicar o fenômeno de um grupo coletivo, unido por objetivos comuns de seus integrantes, que adquire personalidade própria, devidamente reconhecida pelo Estado e distinta de cada um de seus membros.

Com o natural decurso do tempo e aprimoramento das ideias, advieram as doutrinas contemporâneas, que buscaram perquirir a natureza da pessoa jurídica com um foco diverso das clássicas. Nas palavras de João Grandino Rodas:

As teorias ditas clássicas, embora variegadas, coincidiram em um ponto: buscavam o substrato sociológico, a essência ontológica do que em direito se denomina pessoa jurídica. Já as doutrinas contemporâneas, cansadas do dogmatismo das teorias clássicas, vêem a questão sob o novo prisma, mormente porque os instrumentos jurídicos tradicionais não aptos a enfrentar a conformação atual da pessoa jurídica. São características das doutrinas contemporâneas: o abandono da ultrapassada concepção unitária e absoluta da personalidade, a não-aceitação de construções apriorísticas e gerais, e a consideração da personalidade jurídica como meio técnico-jurídico de se alcançar certos objetivos. [...] A progressiva conscientização da relatividade e historicidade da pessoa jurídica veio *pari passu* com a diminuição do interesse dos estudiosos do direito no que tange à conceituação à maneira tradicional da pessoa jurídica.¹⁴

Desse modo, atualmente não paira mais dúvidas acerca da personalidade das pessoas jurídicas. São, portanto, entidades distintas dos membros que a compõem, respondendo civilmente e administrativamente pelos atos e omissões que eventualmente vierem a incorrer.

No Brasil, de acordo com o atual Código Civil (Lei nº 10.406/02), as pessoas jurídicas podem ser classificadas como de direito público, externo ou interno, e de direito privado (art.

direito, que dele emana, também o é. Tudo quanto se encontre na esfera jurídica seria, portanto, uma ficção, inclusive a própria teoria da pessoa jurídica”. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil...**, p. 217.

¹² Para uma análise mais aprofundada do tema, consulte: RODAS, João Grandino. **Sociedade Comercial e Estado**. São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 23-27.

¹³ “Entendem seus adeptos [da teoria da realidade técnica], especialmente SALEILLES e COLIN e CAPITANT, que a personificação dos grupos sociais é expediente de ordem técnica, a forma encontrada pelo direito para reconhecer a existência de grupos de indivíduos, que se unem na busca de fins determinados. A personificação é atribuída a grupos que a lei reconhece vontade e objetivos próprios. O Estado, reconhecendo a necessidade e a conveniência de que tais grupos sejam dotados de personalidade própria, para poder participar da vida jurídica nas mesmas condições das pessoas naturais, outorga-lhes esse predicado. A personalidade jurídica é, portanto, um atributo que o Estado defere a certas entidades havidas como merecedoras dessa benesse. O Estado não outorga esse benefício de maneira arbitrária, mas sim tendo em vista determinada situação, que já encontra devidamente concretizada, e desde que se observem determinados requisitos por ele estabelecidos”. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil...**, pp. 218-219.

¹⁴ RODAS, João Grandino. **Sociedade comercial...**, pp. 26-27.

40). As pessoas jurídicas de direito público externo são os Estados soberanos estrangeiros e aquelas que estão sob o manto do Direito Internacional Público (art. 42), como, por exemplo, a Organização das Nações Unidas (ONU). Já as pessoas de direito público interno, são as que compõem os entes da federação, isto é, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios, bem como as autarquias e as demais entidades de caráter público criadas pela lei (art. 41), tal como as fundações públicas. As pessoas jurídicas de direito privado, por sua vez, são as associações, as sociedades, as fundações, as organizações religiosas, os partidos políticos (art. 44) e as empresas individuais de responsabilidade limitada (EIRELI)¹⁵.

O conceito de empresa, por sua vez, pode ser analisado sob perfis diversos, cada um deles gerando diferentes significados. Conforme salienta Rubens Requião, os juristas não lograram êxito em edificar um puro conceito jurídico de empresa, isto é, sem que tivessem que recorrer à economia¹⁶. Em razão de sua complexidade, o jurista italiano Alberto Asquini entendeu a empresa como um fenômeno poliédrico, possuindo quatro perfis: a) subjetivo, que vê a empresa como o empresário, o sujeito que organiza e desenvolve a atividade econômica; b) racional ou funcional, onde a empresa assume a feição de atividade empreendedora, isto é, um instrumento dessa atividade; c) patrimonial ou objetivo, segundo o qual a empresa é o estabelecimento, o complexo de bens corpóreos e incorpóreos organizados pelo empresário para desenvolvimento da atividade empresarial; e d) o perfil corporativo, onde a empresa é uma instituição.

A Constituição Federal brasileira de 1988, em seu art. 1º, IV, dispõe que a República Federativa do Brasil tem como fundamento os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Já em seu art. 170, *caput*, é previsto que a ordem econômica será fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. A união de ambos os dispositivos demonstra que o constituinte originário, embora não se refira diretamente à empresa, ao destacar o trabalho e a livre iniciativa como importantes valores da ordem econômica, teve por intuito entender a empresa como instrumento da atividade empreendedora e que ela é em si um valor social. Desse modo, por ilação, pode-se sustentar que a Carta Magna adotou o perfil funcional de empresa. Esta linha de raciocínio considera a empresa “toda organização destinada à produção e

¹⁵ Figura empresária criada pela lei nº 12.441/2011.

¹⁶ “Em vão, os juristas têm procurado construir um conceito jurídico para tal organização. Sente-se em suas lições certo constrangimento, uma verdadeira frustração por não lhes haver sido possível compor um conceito jurídico próprio de empresa, tendo o comercialista que se valer do conceito formulado pelos economistas”. REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. v. 1, 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 40.

comercialização de bens e serviços para um mercado”¹⁷, sendo “exercida profissionalmente pelo empresário, através do estabelecimento”¹⁸. Mesmo antes da Lei fundamental, o texto do art. 1º, parágrafo único, do Decreto-lei nº 7.666/45 já considerava que o vocábulo empresa abrangia “as pessoas físicas ou jurídicas de natureza comercial ou civil que disponham de organização destinada à exploração de qualquer atividade com fins lucrativos”¹⁹.

A consolidação da teoria da empresa se deu com o Código Civil de 2002, que, “segundo a concepção do italiano de 1942, abandona a noção de comerciante para adotar a de empresário”²⁰. A atual codificação não conceituou a atividade empresária em si, porém, em seu art. 966, considerou o empresário como sendo aquele “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. Permite, portanto, que se extraia do conceito de empresa a noção de empresário. A empresa pode ser exercida por uma pessoa física ou jurídica, ressaltando-se que, antes do início da atividade, devem tanto o empresário quanto a sociedade empresária inscreverem-se no Registro Público de Empresas Mercantis²¹. O registro, via de regra, possui natureza declaratória²², de modo que, caso não ocorra, não impede a configuração da empresa, porém o empresário ficará em situação irregular, o que pode lhe acarretar uma série de consequências legais, como, v.g., a impossibilidade de receber o tratamento favorecido de microempresa.

Acerca da distinção entre empresa e sociedade empresária, leciona Rubens Requião:

A principal distinção, e mais didática, entre empresa e sociedade comercial é a que vê na sociedade o sujeito de direito, e na empresa, mesmo com exercício da atividade, o objeto de direito. Com efeito, a sociedade comercial, desde que esteja constituída nos termos da lei, adquire categoria de pessoa jurídica. Torna-se capaz de direitos e obrigações. A sociedade comercial, assim, é empresário, jamais empresa. É a sociedade comercial, como empresário, que irá exercitar a atividade produtora.²³

Desse modo, em síntese, empresa é o objeto de direito (atividade empresária) ao passo

¹⁷ SILVA, Américo Luís Martins da. **A ordem constitucional econômica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, p. 81 *apud* NAPOLITANO, Carlo José. **A Nacionalidade das Sociedades Empresariais**. Disponível em: <http://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos08/114_A_NACIONALIDADE_DAS_SOCIEDADES_EMPRESARIAIS.pdf>. Acesso em 27.07.2016.

¹⁸ BULGARELLI, Waldirio. **Sociedades comerciais**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 294.

¹⁹ Semelhante disposição esteve posteriormente prevista no art. 6º da lei nº 4.137/62: “Considera-se empresa toda organização de natureza civil ou mercantil destinada à exploração por pessoa física ou jurídica de qualquer atividade com fins lucrativos”.

²⁰ SZTAJN, Raquel. **Teoria Jurídica da Empresa: Atividade Empresária e Mercados**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.82.

²¹ *Ibidem*.

²² Diz-se que a teoria da empresa foi parcialmente adotada, uma vez que optou o legislador brasileiro por elaborar certos casuísmos e exceções, v.g., a faculdade contida nos arts. 971 e 984 do CC/02. Se um empresário rural optar por não registrar sua sociedade no Registro Público de Empresas Mercantis, esta será considerada como *simples*, ainda que possua todos os elementos de empresa exigidos pela legislação.

²³ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito...**, p. 49.

que empresário (pessoa física) ou a sociedade empresária (pessoa jurídica) é o sujeito de direito que exerce a empresa²⁴. Em razão disso, ao longo desse trabalho será dada preferência ao termo sociedade quando for se referir aos sujeitos de direito, inobstante seja bastante comum, tanto na doutrina quanto jurisprudência, o emprego do termo empresa para fazer menção a essas entidades também²⁵.

1.2 Critérios para conferir nacionalidade à sociedade empresária

Nos dizeres de Alexandre de Moraes, nacionalidade é:

o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado, fazendo deste indivíduo um componente do povo, da dimensão pessoal deste Estado, capacitando-o a exigir sua proteção e sujeitando-o ao cumprimento de deveres impostos.²⁶

Como se verifica no conceito acima, a nacionalidade é um vínculo do indivíduo, pessoa física, com o Estado. Desse modo, em razão de ser um instituto originalmente limitado aos indivíduos, discutiu-se se seria possível às pessoas jurídicas possuir uma nacionalidade. Na falta de outra denominação mais adequada, a expressão “nacionalidade das sociedades” acabou consagrada pela prática²⁷, sendo mencionada em diversos compêndios, leis, tratados e convenções internacionais²⁸, não havendo mais obstáculos ao seu emprego atualmente²⁹. A ressalva que deve ser feita é no sentido de que a extensão do conceito de nacionalidade dos indivíduos para além de sua fronteira não importa em igual extensão de todos os efeitos dela

²⁴ Em sentido semelhante, leciona Marilda Rosado de Sá Ribeiro: “Ao adotar a teoria da empresa, o legislador brasileiro, em consonância com o já estabelecido no Código Civil Italiano, optou por definir ‘empresa’ a partir de seu aspecto subjetivo, no qual identifica-se o empresário, que, conforme artigo 966 do *Codex*, é quem exerce profissionalmente a atividade econômica organizada para produção e a circulação de bens ou de serviços. Empresa é atividade e não se confunde com ‘sociedade’ que é o sujeito, a pessoa titular de direitos e obrigações, ou seja, a sociedade é o próprio empresário.” RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo**. 3. ed, revista, atualiz. e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 149.

²⁵ Feita essa ressalva, optou-se por não colocar *sic* em todos os trechos citados ao longo desse trabalho que utilize o termo “empresa” como sinônimo de “sociedade”. Isso porque trata-se de uso recorrente nos escritos nacionais e estrangeiros, especialmente aqueles produzidos na seara do direito internacional.

²⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 208.

²⁷ TEIXEIRA, Egberto Lacerda. **A Nacionalidade e as Sociedades Comerciais no Brasil e no Estrangeiro**. *Revista dos Tribunais* n.º 420, p. 20-37, São Paulo, 1970, p. 27.

²⁸ BATIFFOL, Henri. **Droit International Privé**. 4. ed., n. 192. Paris: L.G.D.J., 1967, pp. 221-222.

²⁹ “Saliente-se, no entanto, que há juristas que defendem ser a pessoa física a única suscetível de adquirir nacionalidade, com base no entendimento de que uma sociedade não seria mais do que um contrato entre as partes”. Cf. NIBOYET, Jean-Pierre. **Traité de Droit International Privé Français**. Paris: Recueil Sirey, 1950, p. 34.

decorrentes³⁰.

Há de se ter em mente que, se a nacionalidade já possui certas problemáticas em relação aos indivíduos, em razão da diferença de critérios que variam de país para país (*v.g.*, *jus soli*, *jus sanguinis*), a controvérsia no âmbito das sociedades se acentua ainda mais, uma vez que são vários os critérios criados para definir a nacionalidade desses entes.

O primeiro deles é o *critério do local da constituição ou da “incorporação”*³¹ da sociedade. A nacionalidade a ser atribuída a uma sociedade será a do local onde foi constituída ou incorporada. Na visão dos países que seguem esse critério, já que foi a lei local que atribuiu personalidade jurídica à sociedade, nada mais lógico do que escolher a mesma lei para lhe conferir nacionalidade. Esse critério prevalece nos ordenamentos onde predomina o liberalismo da vontade individual dos contratantes, como Estados Unidos e o Reino Unido³². O principal inconveniente desse sistema seria a possibilidade de fraude, uma vez que é permitida às partes a escolha abusiva do local de constituição. Ademais, surgem dúvidas acerca de qual seria o momento exato em que se deu a constituição da sociedade (assinatura do instrumento pelas partes, registro do instrumento, dentre outros) e a obtenção da personalidade jurídica.

Outro sistema utilizado é o *critério da sede estatutária*. Esse critério não diverge muito do apresentado anteriormente. A nacionalidade será determinada pela sede estatutária, eleita e indicada pelas partes no contrato social ou estatuto. Esse critério teve certo ressurgimento no Mercado Comum Europeu, em razão do art. 58 do Tratado de Roma³³. Por ser semelhante ao acima indicado, igualmente está sujeito à fraude por escolha abusiva da sede social pelas partes. Isso porque poderia facilmente uma sociedade estipular sua sede em um país que possua uma legislação mais conveniente com os seus interesses, enquanto que a exploração de seus negócios

³⁰ “Ancient concepts, of the “birth” and “death” of natural and legal persons alike, are inadequate devices to ascertain the proper law of the company. Any construed analogy between human and legal beings carries fundamental and practical flaws”. RAMMELOO, Stephan. **Corporations in Private International Law – A European Perspective**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 241.

³¹ O vocábulo “incorporação” é utilizado no direito brasileiro para se referir à *operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outras, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações*, conforme dispõem o art. 227 da Lei nº 6.404/76 e art. 1.116 do Código Civil/02. Não é esse o sentido utilizado nesse trabalho. O termo incorporação aqui é uma mera tradução de *incorporation*, que se aproxima à ideia de local de constituição da sociedade. Optou-se por sua utilização em razão de ser vastamente encontrado na doutrina sobre o tema.

³² TEIXEIRA, Egberto Lacerda. **A Nacionalidade e as Sociedades Comerciais...**, pp. 27-28. Além dos Estados Unidos e Reino Unido, os exemplos dos Países Baixos e da Suíça bem ilustram alguns interesses históricos que levam à adoção do critério da constituição: “The Netherlands and Switzerland both preferred the “incorporation” theory as a tool to further industrial development. Both were clearly in favour of this liberal concept in the post-war era. The Netherlands pursued the following policies: (i) attracting foreign investors in order to stimulate the transformation from an agricultural economy into an industrialized one, and (ii) while applying the “incorporation” theory, it was hoped that on the basis of reciprocity Dutch companies would meet the same benevolence abroad. *Mutatis mutandis*, the same policies were endorsed by Swiss authorities; apart from that, Switzerland-not (yet) being Member State of the EC-had other reasons to attract foreign investors. England has endorsed the “incorporation” theory for centuries”. RAMMELOO, Stephan. **Corporations...**, pp. 238-239.

³³ TEIXEIRA, Egberto Lacerda. **A Nacionalidade e as Sociedades Comerciais...**, p. 28.

e a fixação de seu centro administrativo ocorreria em outra nação.

Um terceiro sistema é o *critério da sede social efetiva ou real*. De acordo com ele, a nacionalidade é determinada pela lei do local onde está situada a sede da sociedade. No entanto, esse critério diverge do anterior, pois aqui a sede tem que ser efetiva/real e não fictícia. Há de se ter em mente que o conceito de sede social não pode ser confundido com os centros de exploração mantidos pela sociedade. A sede social é única, enquanto que os centros de exploração podem ser vários. A sede social efetiva é onde se situam os órgãos que verdadeiramente dirigem a sociedade. Desse modo, em situações que as legislações nacionais permitem a realização de reuniões da diretoria e das assembleias em locais diversos da sede social, sugere a Egberto Lacerda Teixeira que se recorra ao critério do local onde estão situados os órgãos centrais de direção e comando da sociedade para determinar a sede social efetiva ou real³⁴. Esse critério é o sistema preferido por ordenamentos que defendem o caráter institucional, e não o meramente contratual, das sociedades, sob o fundamento de que outorga maior segurança jurídica às relações e evita a ocorrência de fraude à lei. Assim, o critério encontra adeptos em países como a França e Alemanha³⁵.

A Itália, por sua vez, optou por uma situação intermediária:

Italy takes an intermediate position. In December 1995, a remodeled Private International Law Code entered into force. The reasons for reviewing the Italian conflict of laws were threefold: (i) Mancini's ideas on the role of nationality in conflict of laws were considered obsolete; (ii) in 1987 the Supreme Court held that several conflict of law rules did not conform with the Constitution; and (iii) the drafters faced the task of bringing domestic conflict of law provisions into line with international conventions. Chapter III of the Code, on *persone giuridiche* (legal persons) consist of one sole article, article 25, which is divided into three subsections. It is remarkable that, whereas the *teoria della sede* governs companies residing on Italian territory, the "incorporation" theory is applied to companies duly formed in Italy but resident abroad. Thus, departing companies are - at least from the Italian legislator's point of view - not subject to the threat of being dissolved and wound up (cf. German law), although to the detriment is irreciprocity.³⁶

³⁴ *Idem*, p. 28.

³⁵ PAULS, Manfred. **A nacionalidade e a lei aplicável à pessoa jurídica de direito privado**. Dissertação de mestrado apresentada como requisito parcial para obtenção de grau do Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Social da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp008701.pdf>>. Acesso em 27.07.2016, p. 52. Em relação ao caso alemão e algumas das vantagens do critério da sede social efetiva, veja-se: "In Germany, the applicability of the *Sitztheorie*, although not codified, is beyond doubt. Its underlying policy reflects the classical Savignian approach (*Sitz des Rechtsverhältnisses*, i.e. most significant relationship), thrown together with substantive law-oriented policies. The law of the legal order which is predominantly affected by the activities of the company is deemed to be that of the state where the company's *Sitz* is located. This enables the authorities of the legal order concerned to control the company efficiently, as well as to safeguard the protection of the company's creditors and other interested parties. Unlike the "incorporation" theory, there is no need to invoke the general exemption of article 6 EGBGB (*ordre public*), nor to combat the phantom of pro-forma foreign corporations". RAMMELOO, Stephan. **Corporations...**, pp. 239-240

³⁶ RAMMELOO, Stephan. **Corporations...**, p. 240.

Há um quarto sistema que pode ser considerado um *critério eclético de coincidência do local da constituição e da sede social*. Com o escopo de minimizar os inconvenientes de cada critério isoladamente concebido, esse sistema misto busca conjugar elementos de ambos, a fim de que se chegue a uma solução que promova maior segurança e certeza ao estatuto jurídico da pessoa jurídica³⁷. Há também o *critério do controle* através da nacionalidade dos sócios ou dos dirigentes. Esse critério é mais utilizado em períodos de guerra³⁸, quando se busca a defesa dos interesses dos Estados beligerantes aos quais pertencem sociedades cuja atuação, dirigida pelo inimigo, poderia danificá-los consideravelmente. Essa teoria possui como interesse prático a possibilidade de sequestrar e confiscar os bens dos súditos inimigos, interromper todo o tráfego ou direito de acesso aos tribunais, dentre outras medidas³⁹. De acordo com esse critério, a nacionalidade das pessoas jurídicas é:

determinada pela nacionalidade dos seus sócios (capitais) ou dos seus dirigentes. Para chegar a essa conclusão, os defensores da teoria do controle têm que proceder à dissociação entre o estatuto jurídico (“statut juridique”) que serve como determinador normal das relações de direito internacional privado e a aligiancia ou subordinação política (“allégeance politique” ou “jouissance de droits”)⁴⁰

A principal problemática que surge com a aplicação desse critério é uma latente insegurança jurídica. Isso porque uma determinada sociedade, mesmo sem ter qualquer tipo de alteração em sua sede social, estatutária ou efetiva, ou local de constituição, poderia ter sua nacionalidade alterada diversas vezes ao longo de um curto período. Ademais, exigiria do juiz uma análise tão cuidadosa do controle acionário ou administrativo no momento em que fosse julgar um eventual litígio que praticamente inviabilizaria sua atividade.

Ressalte-se, por fim, que outros critérios além dos apresentados neste trabalho podem ser utilizados pelos Estados como formas de atribuição de nacionalidade às sociedades. Como exemplo, cita-se o **critério do centro dos negócios**, pouco invocado pela doutrina sobre o assunto, que sustenta ter sociedade a nacionalidade do lugar principal de seus negócios. Nota-se que nenhum dos critérios por si só é capaz de atender a todas as exigências econômicas, políticas e jurídicas dos Estados a qualquer tempo, uma vez que apresentam certos

³⁷ TEIXEIRA, Egberto Lacerda. **A Nacionalidade e as Sociedades Comerciais...**, p. 28.

³⁸ “O critério do controle teve sua difusão mais acentuada em momentos de conflagrações mundiais (tanto na Primeira, como na Segunda Guerra Mundial), quando se procurava estabelecer se determinada sociedade era amiga ou inimiga, conforme pertencesse a um, ou a outro Estado. Mas, na França, por exemplo, onde sempre esteve consolidado o critério da sede social, uma sociedade composta exclusivamente por alemães mas com sede real em Paris era juridicamente francesa (ainda que economicamente alemã), e assim escapava da determinação de seqüestro dos bens pertencentes a pessoas inimigas, frustrando o governo.” RÉGNIER, Leonardo Medeiros. **Nacionalidade das sociedades...**, pp. 82-83.

³⁹ PAULS, Manfred, **A nacionalidade e a lei aplicável...**, p. 58.

⁴⁰ TEIXEIRA, Egberto Lacerda. **A Nacionalidade e as Sociedades Comerciais...**, pp. 28-29.

inconvenientes.

A delimitação do instituto da nacionalidade de sociedade empresária é importante no âmbito da insolvência transfronteiriça, de modo que não se confunda com o conceito de centro de principais interesses, que será invocado por diversas convenções e normas sobre o assunto. No setor do petróleo e gás natural, por sua vez, o conceito de nacionalidade também ocupa destaque, visto que, a importância estratégica dos recursos naturais faz com o que o Estado busque adotar políticas de utilização de conteúdo local, com o escopo de incentivar a indústria nacional:

Tratando do setor de óleo e gás no Brasil especificamente da implementação do direito ao desenvolvimento ganhou novo incentivo através da exigência estabelecida nos contratos de exploração dos campos marítimos ou terrestres de petróleo e gás. Isso se deu na medida em que buscou utilizar fornecedores nacionais como forma de desenvolver uma cadeia produtiva nacional voltada para o setor, permitindo que em um futuro próximo haja uma capacidade exportadora que gere divisas para o Brasil. Nesse sentido, é possível afirmar que há uma clara imposição de utilização de bens e serviços de conteúdo local, a qual as empresas estrangeiras que vierem a realizar a exploração e produção nos campos de petróleo e gás brasileiro estão submetidas, dentro de um programa nacional de desenvolvimento industrial.⁴¹

Sendo assim, em decorrência do teor protetivo do setor, a nacionalidade se relaciona com a exigência de conteúdo local, ainda que sejam conceitos distintos. Conteúdo local pode ser conceituado como a quantidade de equipamentos, sistemas, materiais e serviços produzidos em território nacional em relação ao volume total das compras realizadas para/por sociedade concessionária em exploração de óleo e gás⁴². Na primeira rodada de licitações de campos de exploração e produção de petróleo realizada pela ANP em 1999, por exemplo, exigiu-se que os contratos pactuados tivessem como fornecedor aquele que estivesse estabelecido de acordo com as leis brasileiras e que fornecesse bens produzidos ou serviços prestados no Brasil. Vê-se, portanto, a utilização de elementos do critério da constituição da sociedade (incorporação).

Com o avançar das rodadas de licitação, a exigência de conteúdo local foi sendo aprimorada. Na terceira rodada, datada de 2001, houve maior delimitação da expressão “serviços prestados no Brasil”, englobando arrendamento mercantil, serviços de aluguel, dentre outros semelhantes, que sejam adquiridos, direta ou indiretamente, com sociedades brasileiras, desde que no preço de venda seja incluído menos do que 20% de materiais e serviços importados. Nota-se a relação entre a exigência de conteúdo local e a nacionalidade da

⁴¹ FERREIRA, Lier Pires; BORGES, Marcos Aurélio dos Santos. **Empresas Estrangeiras e o Direito ao Desenvolvimento: Uma Análise Jurídica da Política de Conteúdo Local no Setor Petrolífero Nacional.** In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.). **Direito Internacional dos Investimentos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 482.

⁴² *Ibidem.*

sociedade que fornece o produto ou presta o serviço. A partir da sétima rodada, em 2005, criou-se inclusive uma cartilha do conteúdo local dos bens, sistemas, e serviços relacionados ao setor do petróleo e gás natural, resumida por Lier P. Ferreira e Marcos A. Borges, *in verbis*:

Por ela [a cartilha], ficou estabelecido que todo e qualquer bem ou serviço que contenha percentual de conteúdo local inferior a 10% será considerado como de conteúdo local zero, para efeito de cálculo desse mesmo conteúdo local do elo seguinte na cadeia de suprimento. Tem-se como exceção apenas os itens de aquisição sísmica, afretamento de sonda para projeto *offshore* e o subitem relativo às brocas de perfuração [...]. Ao lado disso, introduziu-se a obrigatoriedade de conteúdos locais mínimos para outros tipos de materiais, equipamentos, sistemas e serviços, não elencados nas rodadas anteriores, bem como impôs conteúdo local para a fase de exploração, juntamente com a etapa de desenvolvimento da produção. Com essa exigência, a ANP permitiu o surgimento do mercado das certificadoras já que vincula o adimplemento contratual a certificação dos fornecedores locais contratados pelos operadores, ou seja, exige que os compromissos das operadoras quanto à aquisição local de bens e serviços sejam comprovadas junto à ANP pela apresentação de Certificados de Conteúdo Local.⁴³

Outra questão interessante sobre a nacionalidade, essa presente no âmbito da União Europeia, é a possibilidade de escolha pela sociedade empresária. A matéria já foi objeto de algumas decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), com base no chamado “direito de estabelecimento” (*right of establishment*). Vê-se, por exemplo, o caso *Centros*⁴⁴, onde dois nacionais dinamarqueses constituíram sociedade no Reino Unido e buscaram registrar uma sucursal na Dinamarca. A autoridade dinamarquesa negou o registro, sob a fundamentação de que a sociedade não exercia qualquer atividade no Reino Unido e que almejava, na verdade, constituir estabelecimento principal no país ao arrepio das exigências locais de liberação de um capital social mínimo. O TJUE, porém, reconheceu que a negativa ao registro era contrária ao direito de estabelecimento, tendo em vista que:

“(T)he fact that a national of a Member State who wishes to set up a company chooses to form it in the Member State whose rules of company law seem to him the least restrictive and to set up branches in other Member States cannot, in itself, constitute an abuse of the right of establishment. The right to form a company in accordance with the law of a Member State and to set up branches in other Member States is inherent in the exercise, in a single market, of the freedom of establishment guaranteed by the Treaty.”⁴⁵

No que se refere às justificativas da autoridade dinamarquesa, o TJUE asseverou que poderiam ser eleitas medidas menos restritivas, que igualmente reforçariam a solidez financeira das sociedades e protegeriam os credores públicos e privados do risco de falência fraudulenta em razão de insolvência, quando a capitalização inicial fosse insuficiente. Por outro lado, no

⁴³ *Ibidem*, p. 485.

⁴⁴ *Centros Ltd. V. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, C-212/97 [1999], ECR I-1459.

⁴⁵ VAGTS, Detley F.; DODGE, William S.; KOH, Harold Hongju. **Transnational Business Problems**. *University Casebook Series*. Thomson/Foundation Press, Fourth Edition, 2008, p. 170.

caso *Daily Mail*⁴⁶, o TJUE adotou uma posição diferente. Tratava-se de sociedade do Reino Unido que almejava, por razões tributárias, transferir sua administração central para os Países Baixos. O Tribunal assentou que a sociedade não teria esse direito sem o consentimento do Reino Unido, uma vez que ela existia apenas em virtude da legislação de sua constituição. Esse aparente conflito criado entre os julgados, segundo doutrina especializada, pode ser solucionado da seguinte forma:

“The apparent tension between the *Daily Mail* and *Centros* decisions might be resolved by noting that the former involved restrictions on a company’s emigration, while that latter involved restrictions on a company’s immigration. To put in another way, with respect to a change of corporate nationality from A to B, *Daily Mail* held that country A could say no but *Centros* held that country B could not.”⁴⁷

No entanto, cumpre salientar que o entendimento sobre a possibilidade de veto do país de constituição da sociedade emigrante não é pacífico no TJUE, haja vista que foi mitigado em alguns julgados posteriores da Corte⁴⁸. Esse tema é importante para o âmbito da insolvência transnacional, uma vez, como se verá principalmente no capítulo 3, muitas sociedades buscam alterar a localização da sua sede, almejando atrair a aplicação de uma norma mais favorável à insolvência.

1.3 Nacionalidade da sociedade empresária no direito brasileiro

Analisados os critérios de nacionalidade da sociedade, sua importância no setor do petróleo e gás através do conceito de conteúdo local e o *right of establishment* no direito europeu, passa-se agora ao exame do ordenamento jurídico brasileiro. A primeira Lei de Introdução ao Código Civil (LICC – Lei nº 3.071/16) determinava em seu artigo 21 que “a lei nacional das pessoas jurídicas determina-lhe a capacidade”, sem esclarecer qual seria o critério utilizado para determinar a nacionalidade da pessoa jurídica. A segunda LICC, atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB – Decreto-lei nº 4.657/42), por sua vez,

⁴⁶*The Queen v. H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC*, caso 81/87 [1988], ECR 5483.

⁴⁷ VAGTS, Detley F.; DODGE, William S.; KOH, Harold Hongju. **Transnational Business...**, p. 172.

⁴⁸ Veja-se os seguintes julgados: *Hughes de Lasteyrie du Saillant v. Ministère de L'Économie, des Finances et de l'Industrie*, Caso C-9/02 [2004], ECR I-2409; *Marks & Spencer plc v. David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, caso C-446/03 [2005] ECR I-10837; por fim, *SEVIC Sys. AG v. Amtsgericht Neuwied*, caso C-411/03 [2005] ECR I-10805. Para uma análise mais detalhada da matéria, consulte: VAGTS, Detley F.; DODGE, William S.; KOH, Harold Hongju. **Transnational Business...**, p. 170 e ss..

deu maior atenção ao assunto, assim dispendo em seu art. 11:

Art. 11. As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem.
 §1º Não poderão, entretanto ter no Brasil filiais, agências ou estabelecimentos antes de serem os atos constitutivos aprovados pelo Governo brasileiro, ficando sujeitas à lei brasileira.

A primeira observação a ser feita é que o vocábulo “sociedade”, empregado pela LINDB, era baseado no conceito trazido pelo Código Civil de 1916, que, em seu art. 16, considerava serem pessoas jurídicas de direito privado as “sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e as fundações” (inciso I) e as “sociedades mercantis” (inciso II). Ademais, no art. 1.363, estipulava que celebravam contrato de sociedade as pessoas, que mutualmente se obrigavam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns. Portanto, o termo “sociedade”, previsto na LINDB, englobava tanto as que possuíam fins econômicos quanto as que possuíam fins não econômicos. O Código Civil de 2002, por sua vez, restringiu o conceito de sociedade, passando a abranger apenas aquelas que possuem fins econômicos⁴⁹. Assim, em atenção a uma leitura harmônica do ordenamento jurídico brasileiro, onde se lê “sociedade e as fundações”, no art. 11, *caput*, da LINDB, deve-se ler “associações e as fundações”, isto é, pessoas jurídicas privadas sem fins econômicos, uma vez que aquelas possuidoras de fins econômicos passam a ser reguladas pelo Livro II, Título II, da Parte Especial do CC/02⁵⁰.

A segunda observação a ser feita é que o critério adotado pelo *caput* do art. 11 da LINDB foi o do local de constituição (incorporação), exigindo no parágrafo primeiro uma autorização governamental, a fim de que uma determinada sociedade possa estabelecer “filiais, agências ou estabelecimentos” em território brasileiro. A exigência tem por escopo impedir que uma sociedade se estabeleça no país com fins ilícitos, como, *verbi gratia*, o intuito de sonegar impostos. Tendo seus atos aprovados pelo governo brasileiro, após a devida análise pelos órgãos administrativos competentes, as sociedades ficam, nos termos da LINDB, “sujeitas à lei brasileira”⁵¹. Portanto, a sociedade possui duas escolhas: a) conservar-se no exterior e não estabelecer “filiais, agências ou estabelecimentos” no Brasil, de modo que permanecerá sob o império da lei do Estado de sua incorporação; ou b) instalar-se em território brasileiro, após a

⁴⁹ Art. 981, *caput*, do CC/02: “Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”.

⁵⁰ Mesmo critério adotado pela Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/76).

⁵¹ Semelhante disposição é encontrada no art. 1.137, *caput*, do CC/02: “A sociedade estrangeira autorizada a funcionar ficará sujeita às leis e aos tribunais brasileiros, quanto aos atos ou operações praticados no Brasil”. Além disso, o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), em seu art. 21, trata da competência concorrente, prevendo, no parágrafo único, que “considera-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que nele tiver agência, filial ou sucursal”.

devida autorização governamental, sujeitando-se, assim, à lei brasileira. É importante ressaltar que a filial de sociedade estrangeira, ao optar por se instalar no Brasil, não perde sua nacionalidade, uma vez que não possui personalidade jurídica distinta da matriz⁵², mas tão somente atrai a aplicação da lei brasileira e, conseqüentemente, as restrições de ordem pública.

A antiga Lei das Sociedades por Ações (Decreto-lei nº 2.627/40), por outro lado, previa em seu art. 60 que “são nacionais as sociedades organizadas na conformidade da lei brasileira e que tem no país a sede de sua administração”. Verifica-se a utilização de um sistema híbrido, conjugando-se elementos do critério da constituição da sociedade com o critério da sede social efetiva⁵³. Sendo assim, após o advento da norma, as sociedades por ações passaram a se sujeitar aos critérios do Decreto-lei nº 2.627/40 (constituição e sede social efetiva) enquanto que as demais à LINDB (apenas constituição). Em 15.12.1976, adveio a atual Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/76), que revogou a anterior, excetuando, contudo, os artigos 59 a 73⁵⁴. Sem embargo, a norma em comento também trouxe um critério complementar. Nos termos do art. 265, a legislação exige que a sociedade controladora do “Grupo de Sociedades” seja brasileira. Já em seu art. 269, VII, prescreve que a convenção deve conter “a declaração da nacionalidade do controle do grupo”. Por fim, no parágrafo único do mesmo dispositivo, estabelece que:

Art. 269. [...]

Parágrafo único. Para os efeitos do número VII, o grupo de sociedades considera-se sob controle brasileiro se a sua sociedade de comando está sob o controle de:

- a) pessoas naturais residentes ou domiciliadas no Brasil;
- b) pessoas jurídicas de direito público interno; ou
- c) sociedade ou sociedades brasileiras que, direta ou indiretamente, estejam sob o

⁵² “Pois bem, imaginemos a seguinte situação: uma empresa multinacional denominada empresa “A”, exploradora de atividade bancária, cuja matriz situe-se nos Estados Unidos da América do Norte, mas que opere através de filiais “B” (na Argentina), e “C” (no Canadá) – filiais essas constituídas com capital integralmente norteamericano, e sem personalidade jurídica própria (muito embora tenha respeitado as normas desses países para instalação de filiais). A nacionalidade das filiais “B” e “C”, haverá de coincidir com a nacionalidade da sociedade mãe, ou seja, da empresa “A”, inobstante seja considerada multinacional”. [...] Se entretanto, a sociedade-mãe, empresa “A”, constituir suas unidades na Argentina e Canadá utilizando a forma de subsidiárias, e, daí, subscrevendo a maioria do capital social (ou a maioria suficiente para exercer o controle), então seremos levados a entender que cada qual terá sua nacionalidade específica”. RÉGNIER, Leonardo Medeiros. **Nacionalidade das sociedades...**, pp. 189.

⁵³ Em razão disso, surgiu um conflito entre disposições legais, o que levou a cogitação inicial de que a segunda LICC (atual LINDB) havia revogado o Decreto-lei nº 2.627/40. Todavia, não foi essa a visão que prevaleceu. Sobre o assunto na doutrina internacionalista, veja-se posição de Jacob Dolinger: “A melhor conciliação dos dois textos é a exposta por Serpa Lopes, Miranda Valverde e Cunha Peixoto, no sentido de que a lei de Introdução cuida de um problema de natureza internacional, dando a solução à hipótese em que se configure dúvida sobre a nacionalidade de uma pessoa jurídica, com laços em mais de um país, optando pelo critério do país da constituição da sociedade. Já a lei de sociedades anônimas cuida exclusivamente do critério para a conceituação de empresa brasileira, e nisto nosso legislador foi mais exigente, condicionando-a à constituição e à sede social no Brasil”. DOLINGER, Jacob. **A Sociedade Anônima Brasileira – Critério determinante de sua Nacionalidade**. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 23, pp. 65-70. São Paulo: 1976, p. 66.

⁵⁴ Art. 300 da Lei nº 6.404/76: “Ficam revogados o Decreto-Lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940, com exceção dos artigos 59 a 73, e demais disposições em contrário”.

controle das pessoas referidas nas alíneas a e b.

Percebe-se, portanto, a coexistência de dois critérios sobre a conceituação de sociedade anônima brasileira: um genérico, previsto no art. 60 da antiga lei, que permanece em vigor e conjuga os elementos constituição e sede social, e um específico para os grupos de sociedades, previsto no art. 269 da atual lei, que também utiliza elementos do critério do controle⁵⁵ de pessoas naturais domiciliadas no Brasil ou de pessoas jurídicas de direito público interno. Saliente-se, ademais, que os grupos podem ser *de fato* ou *de direito*, conforme será visto no tópico abaixo. Por ora, cabe ressaltar apenas que as disposições do art. 269 se referem tão somente aos grupos de direito, não impedindo que uma sociedade estrangeira controle factualmente uma brasileira.

Em 05.10.1988, com a promulgação da atual Constituição Federal, surgiram novas disposições sobre a nacionalidade. O seu art. 171, revogado pela Emenda Constitucional nº 6/95, estipulava que:

Art. 171. São consideradas:

I – empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País;

II – empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle esteja em caráter permanente sob a titularidade direta e indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.

Observa-se que o constituinte originário se valeu do sistema já utilizado pela legislação das sociedades por ações, isto é, a cumulação dos critérios da constituição com o a sede social efetiva em seu inciso I para conceituar “empresa brasileira” e o critério do controle no inciso II para conceituar “empresa brasileira de capital nacional”, concedendo certos benefícios a essas últimas sociedades⁵⁶. Contudo, em decorrência de um conjunto de amplas transformações econômicas na década de 90, a Emenda Constitucional nº 06/95, suprimiu o art. 171⁵⁷, alterando também redação do art. 170, IX, ao prever “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”. A

⁵⁵“O critério do controle [...] faz-se também presente em outras disposições legais brasileiras, como na lei que disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento (Lei 4.728, de 14.07.1965), e na lei que dispõe sobre zonas indispensáveis à defesa do País (Lei 2.597, de 12.09.1955, revogada pela Lei 6.634, de 02.05.1979). [...] A mais disso, reclama atenção o considerável contingente de disposições normativas ditas na seara do Direito Tributário, que, por sua aplicação sabidamente assistemática e de conveniência momentânea (de cunho meramente econômico), muitas vezes compromete o entendimento em torno das questões até aqui analisadas”. RÉGNIER, Leonardo Medeiros. **Nacionalidade das sociedades...**, pp. 231-233.

⁵⁶ Saliente-se que este critério estava previsto na Lei nº 7.232/84, que versava sobre benefícios para sociedades de capital nacional.

⁵⁷CARMEN, Tiburcio; BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 562.

lacuna criada com a revogação do dispositivo, contudo, não teve o condão de afastar a opção do constituinte originário pelos critérios da constituição cumulada com a sede social efetiva, mas tão somente extinguiu determinadas restrições ao capital estrangeiro. Veja-se como se posiciona Manfred Pauls:

Ora, a Carta Magna continua a determinar o que vem a ser uma empresa nacional, se não explicitamente, ao menos de forma indireta; aliada à vontade implícita do texto original, propicia uma boa margem de interpretação neste sentido, ou seja, pode-se concluir que para ser considerada brasileira a pessoa coletiva que atua em nosso país deve estar organizada juridicamente sob o império da lei brasileira e ter sua sede social efetiva instalada em solo pátrio; mesmo que tal conclusão não se encontre literalmente [...] no texto constitucional.⁵⁸

É nesse sentido que o art. 176, §1º, dispõe que a pesquisa e lavra de recursos minerais somente poderão ser autorizadas a “brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País”. O atual Código Civil (Lei nº 10.406/02), por sua vez, baseou-se na redação dos dispositivos preservados do Decreto-lei nº 2.627/40, adotando igualmente os critérios da constituição e o da sede social efetiva⁵⁹. Veja-se a comparação de alguns dispositivos de ambas as normas:

Código Civil de 2002	Decreto-lei nº 2.627/40
Art. 1.127. Não haverá mudança de nacionalidade de sociedade brasileira sem o consentimento unânime dos sócios ou acionistas.	Art. 72. A sociedade anônima ou companhia brasileira somente poderá mudar de nacionalidade mediante o consentimento unânime dos acionistas.
Art. 1.137. A sociedade estrangeira autorizada a funcionar ficará sujeita às leis e aos tribunais brasileiros, quanto aos atos ou operações praticados no Brasil.	Art. 68. As sociedades anônimas estrangeiras autorizadas a funcionar ficarão sujeitas às leis e aos tribunais brasileiros quanto aos atos ou operações que praticarem no Brasil.
Art. 1.141. Mediante autorização do Poder Executivo, a sociedade estrangeira admitida a funcionar no País pode nacionalizar-se, transferindo sua sede para o Brasil.	Art. 71. A sociedade anônima estrangeira, autorizada a funcionar no país, pode, mediante autorização do Governo Federal, nacionalizar-se, transferindo sua sede para o Brasil.

Ao reproduzir as normas da lei anterior, o Código Civil acabou por torná-las aplicáveis também a outros tipos societários além das sociedades por ações, excetuadas evidentemente às normas voltadas a reger as especificidades dos grupos econômicos de direito. Nesse diapasão, leciona Leonardo Régnier:

[O] Decreto de 1940, configurando a antiga Lei das Sociedades por Ações, disciplinava apenas esse tipo societário. E mesmo depois da Lei 6.404/76 (atual Lei das Sociedades por Ações), que manteve vigorando os artigos referentes à

⁵⁸ PAULS, Manfred. **A nacionalidade e a lei aplicável...**, p. 76.

⁵⁹ Art. 1.126 do CC/02: É nacional a sociedade organizada de conformidade com a lei brasileira e que tenha no País a sede de sua administração. Parágrafo único. Quando a lei exigir que todos ou alguns sócios sejam brasileiros, as ações da sociedade anônima revestirão, no silêncio da lei, a forma nominativa. Qualquer que seja o tipo da sociedade, na sua sede ficará arquivada cópia autêntica do documento comprobatório da nacionalidade dos sócios.

nacionalidade, as sociedades que lhe deviam atenção eram, a rigor, apenas aquelas por ações – ainda que se pudesse (e por vezes devesse) estender a aplicação às demais sociedades.

Ocorre que a partir do novo Código Civil fica ampliado o alcance das normas sobre nacionalidade, não se restringindo mais suas imposições às sociedades anônimas, mas sim, ao contrário, fazendo por alcançar todos os tipos societários – de agora em diante regulados pelo novo Estatuto civil.⁶⁰

Considerando que apenas as sociedades com fins econômicos estão atualmente sujeitas à disciplina prevista no CC/02 (critérios da constituição e sede social efetiva), aquelas que não possuem fins econômicos permanecem reguladas pela LINDB. Ademais, a LINDB também regula as sociedades com fins econômicos estrangeiras, haja vista que, por possuírem natureza internacional, não foram influenciadas pela mudança do conceito de sociedade pelo novo diploma civil e não estão inclusas na hipótese de requisitos do ordenamento brasileiro para conferir a determinada sociedade o título de seu nacional.

Por fim, sobre a lei aplicável às sociedades, uma leitura sistêmica do ordenamento brasileiro leva a concluir que os atos ou operações praticadas no Brasil, por sociedade autorizada pelo governo brasileiro, se sujeitam à lei nacional, enquanto que o seu estatuto jurídico, “sua constituição ou forma de funcionar, administrar ou gerir seus órgãos, será submetido à lei do local de sua constituição”⁶¹. Segundo doutrina de Jacob Dolinger, “a submissão de uma sociedade à lei de determinado país, a *lex societatis*, coincide com a nacionalidade da sociedade”⁶². Há, contudo, que se acentuar que a nacionalidade de uma sociedade não atrai necessariamente a aplicação da lei nacional para todos os assuntos da sociedade. A lição do renomado professor se refere a *lex societatis*, responsável por reger o estatuto jurídico da sociedade⁶³, isto é, matérias que envolvam, v.g., sua constituição, dissolução, capacidade de fato e de direito, organização interna e emissão de títulos. Para outras matérias, a lei aplicável será aquela em conformidade com as regras de conexão do foro ou estipulações em tratados e convenções internacionais.

⁶⁰ RÉGNIER, Leonardo Medeiros. **Nacionalidade das sociedades...**, pp. 230-231.

⁶¹ PAULS, Manfred, **A nacionalidade e a lei aplicável...**, pp. 91-92. Veja-se, por exemplo, o art. 68 do Decreto-lei nº 2.627/40, que sujeita à lei brasileira “sociedades anônimas estrangeiras autorizadas a funcionar” no Brasil, no que se refere aos atos ou operações que praticarem no território nacional.

⁶² DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional privado: parte geral e processo internacional**. 12. ed. rev., atualiz. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 251.

⁶³ Há quem discorde dessa posição: “A nacionalidade é um vínculo, de caráter político, entre uma pessoa e um Estado: cada Estado determina quem são seus nacionais. O estatuto pessoal é um tema de direito internacional privado, pelo qual se determina a lei aplicável às sociedades, quando surjam conflitos de leis, podendo a lei aplicável ser a nacional ou a estrangeira”. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Comercial: Sociedades Comerciais**. Lisboa, 1993, p. 44.

1.4 Multinacionais, transnacionais e grupos societários

Inicialmente, é importante destacar algumas considerações de ordem semântica. É comum o emprego da expressão “empresas multinacionais” tanto na doutrina quanto jurisprudência, conceito este permeado de controvérsias sobre seu real significado. No que se refere ao vocábulo empresa, este trabalho já destacou que, tecnicamente, após entrada em vigor do Código Civil de 2002, o termo passou a ser positivado como atividade econômica organizada, exercida profissionalmente, para a produção ou circulação de bens ou serviços. Portanto, caso se esteja tratando de uma entidade de atuação transfronteiriça, o melhor seria utilizar o vocábulo sociedade, acompanhado ou não do adjetivo empresária. Ao se mencionar “empresa multinacional”, está se acentuado o caráter transnacional da atividade promovida pelo empresário (pessoa física) ou sociedade (pessoa jurídica).

Por outro lado, o termo “multinacional” transparece a ideia de que a sociedade seja detentora de mais de uma nacionalidade, isto é, que possua sede em várias nações. O termo agrada o empreendedor, pois, detendo multinacionalidade, possivelmente evitaria a desconfiança e repulsa de certos movimentos xenófobos presentes em alguns países. Contudo, considerando que, no caso de uma única personalidade jurídica a sociedade poderia deter tão somente uma única nacionalidade⁶⁴, estaria eivado de certa atecnia. É uma das razões que faz com que parte da doutrina opte pela terminologia de sociedades transnacionais, que corretamente acentuaria a noção de ultrapassagem das fronteiras nacionais⁶⁵. Em razão disso, será essa a expressão adotada pelo presente trabalho. É importante salientar, contudo, que há autores que optam por fazer a diferenciação entre as sociedades internacionais, multinacionais

⁶⁴ Exceção a isso seriam as sociedades binacionais, criadas por força de instrumento internacional, como, v.g., a Usina Itaipu Binacional, simultaneamente de nacionalidade brasileira e paraguaia. Esta hipótese, contudo, é diversa da apresentada. A Itaipu Binacional, com sedes em Brasília e em Assunção, teve sua criação autorizada pelo artigo III do Decreto nº 72.707/73, que promulgou o Tratado entre a República Federativa do Brasil e a República do Paraguai, para o Aproveitamento Hidrelétrico dos Recursos Hídricos do Rio Paraná, Pertencentes em Condomínio aos dois Países, desde e inclusive o Salto Grande de Sete Quedas ou Salto de Guaira até a Foz do Rio Iguazu, bem como as seis Notas trocadas entre os Ministros das Relações Exteriores dos dois países.

⁶⁵ “Em nossos estudos, optamos pela expressão transnacional adotada por Celso Mello e, segundo ele, a mais apropriada, pois haveria uma nacionalidade da matriz que atua além das fronteiras estatais, além de ser a terminologia consagrada pela ONU e pela OCDE”. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo...**, p. 100. Em sentido semelhante, manifesta-se Carlos Jorge Sampaio Costa: “A expressão ‘empresa transnacional’ no lugar de empresa multinacional, recentemente, vem sendo preferida pelos especialistas na matéria, porque o conceito de multinacional implicaria uma empresa com sede em várias nações. As empresas em questão possuiriam sua matriz no território de um Estado desenvolvido e teria subsidiárias ou filiais em diversos outros Estados. Assim, tal empresa teria na realidade, uma única nacionalidade”. COSTA, Carlos Jorge Sampaio. **O Código de Conduta das Empresas Transnacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, pp. 33-34.

e transnacionais:

Para estes juristas, a empresa internacional seria uma entidade nacional que possui algumas atividades em outros países, sem que as mesmas tenham influência significativa na vida da empresa. A multinacional seria aquela que dispersa vários interesses por várias nacionalidades, seja na produção, na comercialização e até na estrutura de sua propriedade, embora se possa reconhecer um centro de decisões em determinado país de origem. Genericamente, o termo multinacional se aplica a empresas cujas operações internacionais são relativamente extensas e abrangem a movimentação internacional de bens e recursos financeiros, de tecnologia e *management*.⁶⁶

Em complementação, trazendo a figura da sociedade supranacional, aponta Leonel Corrêa Karan:

Firma internacional é aquela na qual as operações internacionais são consolidadas num escritório do país de origem, a nível departamental, e que, como política, deseja considerar todas as estratégias potenciais para entrar no mercado exterior à custa de investimento direto. Firma multinacional é aquela na qual, tanto política quanto estruturalmente, as operações no exterior são semelhantes e conjugadas com as operações domésticas, [...] e a administração central permanece uninacional. Firma transnacional é a multinacional possuída e administrada por pessoas de diferentes nacionalidades. Firma supranacional é uma empresa transnacional legalmente desnacionalizada, o que permite que ela se registre em algum organismo internacional, pelo qual será controlada.⁶⁷

Em relação às características necessárias para conceituar uma entidade como transnacional, nota-se grande variedade na doutrina, porém alguns elementos costumam aparecer com mais constância. Tendo isso em mente, Celso D. de Albuquerque Mello destaca alguns dos critérios propostos: i) ser capaz de influenciar a economia de diversos países ao exercer atividade neles; ii) ter o poder de decisão disperso nas suas subsidiárias; iii) atuar no estrangeiro mediante subsidiárias ou filiais; iv) constituir uma grande empresa com enorme potencial financeiro; v) deter um patrimônio científico-tecnológico; vi) ter uma administração internacionalizada; vii) existir unidade econômica e diversidade jurídica das diferentes subsidiárias ou filiais que possuam nacionalidades distintas⁶⁸.

Nota-se que o termo é impregnado de conceitos econômicos. Juridicamente, a expressão sociedade ou empresa transnacional confunde-se com a atuação de uma única sociedade

⁶⁶ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo...**, pp. 99-100. Para aprofundamento da divisão, consulte: ROBINSON, R.D. **The Developing Countries, Development and the Multinational Corporations**. *The American Academy of Political and Social Sciences*. v. 403, 1972, pp. 67-79.

⁶⁷ KARAN, Leonel Corrêa. **Multinacionais e Dependência. Um Desafio à Liberdade**. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1980, p. 30 *apud* RÉGNIER, Leonardo Medeiros. **Nacionalidade das sociedades...**, nota de rodapé nº 240, p. 159.

⁶⁸ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Internacional Econômico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 104. O autor reconhece a dificuldade da conceituação e a arbitrariedade de alguns critérios: “A conceituação é extremamente difícil vez que já houve quem afirmasse ser empresa transnacional apenas aquelas que atuassem em, pelo menos, seis países. O que não podemos deixar de reconhecer que é um critério arbitrário”. *Ibidem*, pp. 104-105.

mediante instalação de filiais no exterior (elemento transfronteiriço) ou com a complexa teia de subsidiárias que permeiam a noção dos grupos econômicos. As filiais não possuem personalidade jurídica autônoma de sua matriz, ostentando, portanto, a mesma nacionalidade⁶⁹. Podem, entretanto, submeter-se à lei brasileira, como visto, com fulcro no art. 11, §1, da LINDB. As subsidiárias, por outro lado, são sociedades autônomas e detentoras de personalidade jurídica própria⁷⁰, unidas à controladora por vínculos de capital.

A própria noção de grupo econômico ou societário passa também por um problema de definição na doutrina:

[H]á o problema de definição do grupo, que não pode, senão de forma imprópria, ser encaixado nas categorias jurídicas pré-existentes. As norma societárias e falimentares se desenvolveram em um cenário econômico dominado por empresas que atuavam por meio de uma única pessoa jurídica, muito diferente da complexa realidade dos grupos; e, portanto, na maior parte das vezes, ignoram sua existência ou estabelecem um regime jurídico inconsistente para o seu tratamento. [...] os grupos societários – essas sociedades de segundo grau, ou supra-sociedades – podem se organizar de tantas formas diferentes, conforme a necessidade prática e criatividade dos empresários, que uma definição teria que ser suficientemente clara e precisa para atender às necessidades de certeza jurídica, e ampla o bastante para não deixar de abarcar as formas de configuração mais diversas. De forma geral, o elemento comum encontrado para a definição dos grupos foi a submissão das sociedades agrupadas a uma direção unitária e a consecução de uma finalidade comum.⁷¹

Em decorrência da maior mitigação dos riscos da atividade empresarial que os grupos econômicos oferecem ao empreendedor, dentre outras vantagens, seu uso tornou-se generalizando ao redor do globo⁷². Sua estruturação se dá em conformidade com os parâmetros legais de cada Estado em que atue, perpassando por questões não só jurídicas, mas também culturais⁷³. Klaus Hopt ilustra a variedade de formas que podem ser adotadas:

⁶⁹ RÉGNIER, Leonardo Medeiros. **Nacionalidade das sociedades...**, pp. 189.

⁷⁰ Dentre algumas das vantagens da personificação de unidades autônomas, veja lição de Raquel Sztajn: “A formação de cadeias verticais tem base na facilidade de transferência de bens ao longo do processo produtivo entre unidades submetidas a um mesmo comando, mas que, quando formadas por unidades personificadas, facilitam a segregação de patrimônios e, portanto, dos riscos de operação de forma mais eficiente do que se ocorresse dentro da mesma unidade”. SZTAJN, Raquel. **Teoria Jurídica da Empresa...**, p.93.

⁷¹ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais...**, pp. 20-21.

⁷² “Groups of companies rather than single independent companies are the modern reality of the Corporation, and most of them are multinational groups. As an example, take the Pirelli group in Italy, which is not one of the very biggest. It has over 100 companies in more than 30 countries, 16 of them in the European Union, with over 30,000 employees and an annual turnover of almost six billion euros”. HOPT, Klaus J. **Groups of Companies – A Comparative Study on the Economic, Law and Regulation of Corporate Groups**. *European Corporate Governance Institute (ECGI) – Law Working Paper No. 286/2015*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2560935>. Acesso em: 28 jul. 2016, p. 5.

⁷³ Cita-se, por exemplo, situação dos *chaebol* (재벌) na Coreia do Sul. A estrutura desses grupos societários dialoga diretamente com o prestígio e conservadorismo de algumas famílias nesse país. Nas palavras de Paulo Fernando Campana Filho: “Os *chaebol*, considerados a principal força motriz responsável pelo rápido desenvolvimento econômico da Coreia do Sul, são [...] conglomerados gigantescos, estruturados de forma piramidal e controlados

Groups also have different legal forms. This depends on the various corporate forms available in different jurisdictions and sometimes on an international level, such as the *Societas Europaea* (SE) in the European Union. Legal group regulation, if any, depends on these legal forms, which means that there are stock corporations groups, limited liability company groups, SE groups such as the German Allianz insurance giant, and also groups with commercial partners such as parents or subsidiaries. The choice of the form is most often tax-driven. There are different legal concepts of control according to the purpose of the regulation. For accounting purposes, but in some countries also under general corporate law, formal control by at least 51 per cent of the shareholdings in the legal test. For antitrust and in countries with a special group law as in Germany, substantive control concepts are used, taking into considerations that economic control may be possible with much less than 50 per cent depending on the shareholder structure, voting behavior, and other economic facts.⁷⁴

No âmbito brasileiro, partindo-se de elemento comum dos grupos econômicos, isto é, da submissão de sociedades agrupadas a uma direção unitária, o ordenamento pátrio tratou de suas características no artigo 265 da Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/76), *in verbis*:

Art. 265. A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.

§ 1º A sociedade controladora, ou de comando do grupo, deve ser brasileira, e exercer, direta ou indiretamente, e de modo permanente, o controle das sociedades filiadas, como titular de direitos de sócio ou acionista, ou mediante acordo com outros sócios ou acionistas.

§ 2º A participação recíproca das sociedades do grupo obedecerá ao disposto no artigo 244.

Nota-se que a norma brasileira prevê a necessidade de a controladora ser sociedade brasileira, utilizando-se aqui um critério específico para nacionalidade (elemento do controle), com lastro no art. 269, conforme já salientado no tópico anterior. Infere-se do dispositivo, ademais, que os grupos “surgem principalmente da associação de esforços empresariais entre sociedades já formadas, para realização de atividades comuns, sem, entretanto, haver extinção da personalidade jurídica das sociedades integrantes”⁷⁵.

Os grupos societários no Brasil podem ser divididos em grupos *de fato* e grupos *de direito*. Conforme lição de Fábio Ulhoa Coelho, na primeira hipótese, “encontram-se quaisquer

por famílias, muitas vezes a despeito de deterem participações minoritárias nas sociedades agrupadas. Como as sociedades *holdings* eram proibidas na Coreia do Sul até 1999, as famílias conseguiam manter o controle por meio de uma intrincada rede de participações cruzadas – inclusive circulares – entre as sociedades componentes do *chaebol*”. CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais...**, p. 37. Para maiores informações sobre o tema, consulte: CHANG, Chan Sup. **Chaebol: The South Korean Conglomerates Business Horizons**. v. March-April, 1988. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/000768138890081X>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

⁷⁴HOPT, Klaus J. **Groups of Companies...**, pp. 5-6. Sobre a figura da Sociedade Europeia (SE), destaca-se que o Conselho adotou o Regulamento (CE) nº 2157/2001 e a Diretiva 2001/86/CE, autorizando que uma sociedade se constituía no território da União sob a forma de sociedade anônima (em latim: *Societas Europaea*). Nesse caso, poder-se-ia dizer que a própria sociedade é transnacional e não tão somente a empresa (atividade empresária).

⁷⁵RÉGNIER, Leonardo Medeiros. **Nacionalidade das sociedades...**, p. 185.

sociedades sob relação de controle⁷⁶ ou coligação⁷⁷, ao passo que, na última, a combinação de esforços é formalizada por uma convenção, registrada na Junta Comercial⁷⁸. Reitera-se que, conforme lição de doutrina especializada⁷⁹, o critério de nacionalidade do art. 269 aplica-se tão somente aos grupos de direito, não impedindo que uma sociedade estrangeira controle factualmente uma brasileira.

Saliente-se que paira dúvida se os grupos em si são detentores de personalidade jurídica própria ou não⁸⁰. Para Fábio Ulhoa Coelho, pelo fato dos grupos constituírem apenas uma relação interempresarial, prevalece o entendimento que eles não possuem⁸¹. Fábio Konder Comparato, por outro lado, manifesta-se em sentido contrário, reconhecendo que o grupo detém elementos fundamentais de uma relação societária, razão pela qual pode ser tratado como uma sociedade de segundo grau⁸².

⁷⁶ “A sociedade controladora é definida como aquela de cujo capital outra sociedade participa com a maioria dos votos nas deliberações dos quotistas ou da assembleia geral e tem o poder de eleger a maioria dos administradores (CC, art. 1.098). Controladora, em decorrência, é a titular de direitos de sócio que lhe asseguram, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e poder de eleger a maioria dos administradores de uma outra sociedade, a controlada, e dirige efetivamente os negócios sociais (LSA, art. 116). COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa. V. 2 – Sociedades**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 523.

⁷⁷ “Sociedades coligadas são aquelas em que uma (investidora) tem sobre a outra (investida) ‘influência significativa’, isto é, o poder de participar das decisões referentes à política financeira ou operacional, mas sem a controlar”. COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial...**, V. 2 – *Sociedades*, p. 524. Registre, ademais, a ligação societária denominada *simples participação*: “Ligação de simples participação existe se uma sociedade (não anônima) titulariza parte do capital social com direito a voto de outra sociedade, mas não tem nenhuma influência significativa em sua administração”. *Ibidem*.

⁷⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Ibidem*.

⁷⁹ “Embora a exposição de motivos da lei brasileira mencione que os grupos societários possam ser tanto de fato como de direito, a Lei 6.404/1976 usa a expressão “grupos societários” para expressar apenas os grupos de direito, regulados no Capítulo XXI. No Brasil, tais grupos de direito são formados por meio de convenção, em que as sociedades se obrigam a combinar recursos ou esforços para a realização de seus respectivos objetos sociais ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns (art. 265 da Lei 6.404/1976). Esses grupos, embora não tenham personalidade jurídica, possuem existência formal, sendo considerados constituídos no momento do arquivamento da respectiva convenção e de outros documentos relacionados (art. 271). Nos grupos de direito, as sociedades mantêm sua personalidade jurídica e seu patrimônio autônomo, mas, por força da convenção, submetem sua administração e seus resultados à política comum (art. 266). A convenção é o “estatuto” do grupo, e deve envolver necessariamente a sociedade controladora e suas controladas.” Cf. CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. V. 4. Tomo II: Artigos 243 a 300. São Paulo: Saraiva, pp. 354-355 *apud* CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais...**, nota de rodapé nº 154, p. 41.

⁸⁰ Justamente pela grande variedade de formas e estruturas que um grupo societário pode possuir, torna-se difícil criar um regime único para esses conglomerados empresariais, prejudicando conseqüentemente a elaboração de uma regra geral de personalidade jurídica.

⁸¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Preleção em Curso de Especialização em Direito Empresarial da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**, em 30.04.1996 *apud* RÉGNIER, Leonardo Medeiros. **Nacionalidade das sociedades...**, p. 188.

⁸² “A nosso ver, o grupo econômico constitui, em si mesmo, uma sociedade. Os três elementos fundamentais de toda relação societária – a saber, a contribuição individual com esforços ou recursos, a atividade para lograr fins comuns e a participação em lucros ou prejuízos – encontram-se em todo o grupo. Ainda que o legislador não reconheça a personalidade jurídica dessa sociedade de segundo grau, como propuseram os elaboradores do projeto de regulamento unitário da sociedade anônima europeia, que é um grupo personalizado, a relação societária que se estabelece entre as empresas ou sociedades agrupadas implica, necessariamente, uma unidade de direção e uma intercomunicação patrimonial”. COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**.

Além dos grupos de fato e de direito, há ainda a figura do consórcio, que constitui:

Um contrato associativo do qual não deriva uma personalidade jurídica distinta daquela das empresas que o formam. Nesse sentido vale o entendimento de que o consórcio, por algumas de suas faces, pode até assemelhar-se à sociedade em conta de participação, posto que esta, além de ser criada para a consecução de um objetivo comum, que não precisa ser perpétuo, não dispõe (aí com certeza) de personalidade jurídica. Todavia, é inegável a existência de uma personalidade judicial e negocial, porquanto dispõe de um centro diretivo (administração) e de representação (que aparecer com a outorga de mandato pelas sociedades consorciadas), com capacidade de negociar e de estar em juízo, tanto ativa como passivamente.⁸³

Com base nos elementos que permeiam o conceito do instituto, Marilda Rosado de Sá Ribeiro conclui que “a definição dada para o consórcio pode ser utilizada em linhas gerais, para a associação de empresas *lato sensu*, seja qual for o enquadramento desta no ordenamento jurídico de sua atuação”⁸⁴. Em complementação, a jurista examina a distinção entre sociedades e associações, lastreando-se nos ensinamentos de autores clássicos do direito:

“Para formular a distinção clássica entre sociedade e associação, recorremos a Túlio Ascarelli, que nos apresentou uma multiplicidade de critérios. Como ele admitiu, os primeiros critérios estabelecidos não são completamente exatos. Na doutrina francesa de Planiol, Ripert e Lepargneur, o critério do lucro, que caracterizaria as sociedades, exclui destas as mútuas e os consórcios. Na doutrina alemã, de Wieland, Geiler e Muller-Erbach, também é feita a distinção entre sociedades e os organismos de integração econômica, ficando as mútuas e os consórcios entre estes últimos. [...] Pontes de Miranda comentava que as leis e a doutrina empregam as expressões ‘associação’ e ‘sociedade’ sem dar-lhes os conceitos precisos. O autor procura sinalar algumas diferenças, com a indicação de que a sociedade tem número determinado de membros, enquanto a associação pode ter número indeterminado; outro elemento referido é a caracterização do fim econômico. Pondera ainda o mesmo autor que, enquanto a associação não se personifica, há a dificuldade na distinção entre sociedade e associação. A admissibilidade da personificação desta significaria o reconhecimento do elemento corporativo”.⁸⁵

É importante salientar que os grupos econômicos se destacam no setor do petróleo e gás natural em razão dos vultos econômicos dos empreendimentos realizados. Além disso, a indústria conta com uma série de riscos às partes envolvidas, podendo-se destacar: i) o risco geológico, caracterizado como aquele de não realizar uma descoberta de óleo ou gás; ii) o risco técnico, sendo aquele ligado à complexidade de operações corriqueiramente em áreas hostis, tal como regiões polares e áreas marítimas de alta profundidade; iii) o risco de desenvolvimento,

São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 302 *apud* RÉGNIER, Leonardo Medeiros. **Nacionalidade das sociedades...**, p. 188. No mesmo sentido, posiciona-se Jorge Lobo: “O grupo está para as sociedades grupadas assim como a sociedade está para a pessoa de seus sócios e acionistas: nesta, como naquele, a pessoa dos membros não se confunde com a instituição resultante da união das diversas partes; no grupo essas partes são as sociedades grupadas; na sociedade, são os sócios e os acionistas. Uma e outra, tal como seus componentes, possuem personalidade. LOBO, Jorge. **Grupo de Sociedades**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 119.

⁸³ RÉGNIER, Leonardo Medeiros. **Nacionalidade das sociedades...**, p. 194.

⁸⁴ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo...**, p. 154.

⁸⁵ *Idem*, pp. 155-156.

que é o risco de o recurso encontrado demonstrar dificuldades para produção em razão de características negativas; iv) risco ambiental, ligado à possibilidade de as operações causarem danos ao meio ambiente; e v) risco político, vinculado à possibilidade de expropriação ou nacionalização do empreendimento pelo país hospedeiro.

Considerando então o alto número de riscos envolvidos e o elevado custo da indústria, as associações empresariais formam complexas estruturas societárias no setor do petróleo e gás natural, almejando mitigar os riscos decorrentes da exploração da atividade⁸⁶, bem como efetuar uma programação fiscal, de modo que as políticas tributárias não prejudiquem a atividade. Na maioria dos regimes de exploração de óleo e gás, é comum a previsão de pagamento de compensações financeiras ao Estado, como, *v.g.*, os *royalties*. Por fim, registre-se, ainda, que a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), amparada pela legislação nacional do setor (arts. 38 e 39 da Lei nº 9.478/97), expede editais que preveem consórcio entre as entidades que visam explorar óleo e gás, trazendo interessantes repercussões no âmbito da responsabilização dessas sociedades. Em razão da complexidade do assunto, seu tratamento será examinado com profundidade no capítulo 5 deste trabalho.

Analisada a expressão sociedade transnacional, que será empregada diversas vezes neste trabalho, e os aspectos gerais dos grupos econômicos no Brasil e no mundo, bem como seu destaque no setor do petróleo e gás natural, necessita-se agora adentrar no tema sobre o reconhecimento da personalidade jurídica das sociedades nos países estrangeiros em que pretende atuar e alguns dos direitos que ali poderá exercer.

1.5 O reconhecimento da personalidade jurídica da sociedade estrangeira e o seu direito de ajuizar demandas e fazer negócios nos Estados

Inicialmente, deve-se destacar que o reconhecimento da personalidade da pessoa jurídica não se confunde com autorização para seu funcionamento. No primeiro caso, acontece

⁸⁶ Com foco no direito internacional dos direitos humanos, Marilda Rosado de Sá Ribeiro aponta outras medidas realizadas a nível global para suavizar os riscos decorrentes da exploração de petróleo e gás natural: “Como forma de aliviar essa tensão e delimitar a responsabilidade das transnacionais acerca da proteção dos direitos humanos, uma série de propostas foi feita nas últimas três décadas, tais como: o desenvolvimento de legislação apropriada no país hospedeiro e no país da matriz, o estabelecimento de tratados internacionais e regionais sobre o tema e a elaboração de diretrizes a serem seguidas pelas transnacionais. Adicionalmente, várias espécies de codificação voluntária e não vinculantes foram sugeridas, tais como as convenções-quadro entre as transnacionais e os sindicatos e os códigos de conduta das companhias”. *Idem*, pp. 101.

o reconhecimento formal do Estado da constituição de uma pessoa jurídica. Já no segundo, ocorre um ato prévio, necessário, do qual é dependente a pessoa jurídica para exercer suas atividades no território de um determinado Estado. Essa pessoa jurídica, autorizada a funcionar em outro Estado que não o da sua constituição, passa a possuir, nos dizeres de Maria Helena Diniz, “capacidade funcional”⁸⁷. Em razão disso, a natureza da autorização é constitutiva.

Segundo Eduardo Espínola, didaticamente, pode-se dividir o reconhecimento da pessoa jurídica estrangeira em dois sistemas: o dos países que seguem a teoria da ficção (sistema atributivo) e o dos que seguem a teoria da realidade da pessoa jurídica (sistema declaratório). O primeiro sistema exige a autorização do Estado como medida necessária para o reconhecimento da pessoa jurídica privada estrangeira, enquanto que o segundo prega pelo reconhecimento de pleno direito⁸⁸. Salienta o autor que a tendência mundial está no sentido do reconhecimento independentemente de qualquer autorização⁸⁹, o que não poderia ser diferente em razão do hodierno cenário globalizado.

No âmbito convencional, convém citar, primeiramente, a Convenção de Bruxelas sobre o Reconhecimento Mútuo de Sociedades e Pessoas Jurídicas, aprovada em 1968 pelos países membros da Comunidade Econômica Europeia (CEE), que determina o “reconhecimento de pleno direito das sociedades de direitos civil ou comercial, constituídas em conformidade com a lei de um Estado contratante que lhes conheça a capacidade de serem titulares de direitos e obrigações”⁹⁰ e faculta o estabelecimento de sede estatutária no território dos países signatários. Além desse instrumento, destacam-se o art. 58 do Tratado de Roma de 1957⁹¹ e a Convenção de Haia sobre o Reconhecimento da Personalidade Jurídica das Sociedades, Associações e Fundações Estrangeiras de 1956⁹². Na esfera latino-americana, aponta-se a Convenção sobre Personalidade e Capacidade das Pessoas Jurídicas no Direito Internacional Privado de 1984, elaborada por ocasião da 3ª Conferência Especializada Interamericana sobre o Direito

⁸⁷ DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. 6. ed. atualiz. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 32.

⁸⁸ ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**. v. 3, 2. ed. atualizada por José da Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, pp. 141-142.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo...**, p. 162.

⁹¹ Art. 58 do Tratado de Roma de 1957: “As companhias ou firmas constituídas de conformidade com a legislação de um Estado-membro, e tendo sua sede estatutária, sua administração central ou seu principal estabelecimento dentro da Comunidade, são equiparadas, para aplicação das disposições do presente capítulo, às pessoas físicas nacionais dos Estados-membros”.

⁹² Art. 1º da Convenção de Haia sobre o Reconhecimento da Personalidade Jurídica das Sociedades, Associações e Fundações Estrangeiras de 1956: A personalidade jurídica, adquirida por uma sociedade, uma associação ou uma fundação em virtude da lei do Estado contratante, onde as formalidades de registro ou de publicidade estiverem satisfeitas e onde se encontre a sede estatutária, será reconhecida de pleno direito nos outros Estados contratantes, quando ela comporte, além da capacidade de aparecer na Justiça, ao menos a capacidade de possuir bens e de firmar contratos e outros negócios jurídicos.

Internacional Privado (CIDIP III), realizada em La Paz⁹³. Esse último diploma restou internalizado no ordenamento brasileiro mediante publicação do Decreto nº 2.427/1997.

Uma questão que se relaciona ao reconhecimento da personalidade jurídica da sociedade estrangeira é se teria ela direito de ajuizar demandas perante Cortes nacionais de outros países. No caso *Bank of Augusta*⁹⁴, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que, sendo a sociedade mera criatura provinda do direito de um Estado, não poderia ela ter existência além dos limites deste ordenamento. Com base nesse clássico posicionamento da Corte, pode-se dizer que não seria possível o ajuizamento de uma demanda. No entanto, com o avançar do tempo, percebeu-se modificação do entendimento no ordenamento norte-americano:

Our constitutional doctrine subsequently developed so as to afford substantial protection to the foreign (other state) corporation. Whatever the present status of that doctrine, the general practice of the state has crystallized into a definite pattern. Each state will permit a foreign corporation to bring suit in its courts without complying with any special local requirements. However, in the event that the foreign corporations has been engaged in so many activities as to be regarded as “doing business” within the state but has not qualified to do business in accordance with the applicable statutes, it may forfeit the right to sue. ⁹⁵

No plano europeu, merece destaque o caso francês. Inicialmente, o ordenamento francês se mostrava simpático aos argumentos desenvolvidos pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Bank of Augusta*⁹⁶. Contudo, com o advento dos modernos tratados de amizade, comércio e navegação, passou a garantir às sociedades estrangeiras o direito de ajuizar demandas⁹⁷. Atualmente, pode-se dizer que não há mais restrições a nível mundial para o acesso a cortes nacionais, até porque tal situação inviabilizaria o pleno desenvolvimento do comércio globalizado, além de estar em descompasso com a ideia que devem ser respeitadas as garantias processuais básicas dos estrangeiros, sejam pessoas físicas ou jurídicas.

Uma segunda questão que surge é se teria a sociedade estrangeira direito de fazer negócios livremente em territórios estrangeiros, como, *verbi gratia*, celebrar contratos ou adquirir propriedades. Veja-se como o sistema federal americano lidou com a situação:

Within our federal system, the states have resolved the question of general capacity to do business of foreign corporations in a fairly uniform way. Whatever may be their constitutional power today to exclude such corporations entirely from the transactional

⁹³ Art. 3º da Convenção sobre Personalidade e Capacidade das Pessoas Jurídicas no Direito Internacional Privado de 1984: “As pessoas jurídicas devidamente constituídas num Estado Parte serão reconhecidas de pleno direito nos demais Estados Partes. O reconhecimento de pleno direito não exclui a faculdade do Estado Parte de exigir comprovação de que a pessoa jurídica existe conforme a lei do lugar de sua constituição”.

⁹⁴ *Bank of Augusta v. Earle*, 38 U.S. (13 Pet.) 519, 588, 10 L.Ed. 274, 308 (1839).

⁹⁵ VAGTS, Detley F.; DODGE, William S.; KOH, Harold Hongju. **Transnational Business...**, p. 175.

⁹⁶ **Audit, Droit International Privé 848-51** (1991) *apud* VAGTS, Detley F.; DODGE, William S.; KOH, Harold Hongju. **Transnational Business...**, p. 175.

⁹⁷ VAGTS, Detley F.; DODGE, William S.; KOH, Harold Hongju. **Transnational Business...**, p. 175.

of local business, they have chosen to admit them on compliance with certain requirements. In most situations, these requirements are not of an onerous nature: providing certain information, submitting to the jurisdiction of the local courts, and assuming certain fiscal purposes; they stop short of the comprehensive set of rules in the corporation laws applicable to domestic corporations. For certain kinds of corporations, particularly those operating in highly regulated industries such as insurances or banking, the requirements may become substantial and indeed approximate the full range of local regulation brought to bear upon domestic corporations transacting comparable business.⁹⁸

No Brasil, a primeira Lei de Introdução ao Código Civil (LICC - Lei nº 3.071/16) dispunha, em seu art. 19, que: “Serão reconhecidas as pessoas jurídicas estrangeiras”. Como se vê, optou o legislador da época por adotar o sistema declaratório. Contudo, com o advento da segunda LICC (Decreto-lei nº 4.657/42), atual LINDB, a mencionada disposição não mais compôs o texto legal. Segundo posicionamento de Theophilo Azeredo Santos, o vetusto artigo 19 permanece implicitamente vigente no ordenamento, em respeito ao princípio da continuidade das leis, positivado pelo artigo 2º da lei atual, já que não houve qualquer revogação tácita ou expressa⁹⁹. Ademais, sua prescrição se harmoniza perfeitamente com os artigos 11 e 17 da recente norma. Leitura diversa, porém de efeitos semelhantes, é a no sentido de que, inobstante o antigo art. 19 não esteja mais em vigor, uma interpretação teleológica da nova lei demonstra a nítida opção do legislador brasileiro pelo reconhecimento da pessoa jurídica estrangeira. Desse modo, *prima facie*, o diploma em vigor igualmente adota o sistema declaratório.

Saliente-se, no entanto, que, após a LINDB, o direito brasileiro não mais reconhece um único sistema. Isto porque, nos termos do seu art. 11, § 1º, as pessoas jurídicas estrangeiras não poderão ter no Brasil “filiais, agências ou estabelecimentos antes de serem os atos constitutivos aprovados pelo Governo brasileiro”. Essa exigência demonstra que o legislador também desejou adotar o sistema atributivo. Desse modo, caso uma sociedade estrangeira, por exemplo, opte por celebrar um contrato com uma sociedade brasileira, basta que aquela esteja regularmente constituída que sua personalidade será reconhecida de pleno direito independentemente de qualquer autorização (sistema declaratório). Todavia, se optar por constituir “filial, agência ou estabelecimento” em território brasileiro, a situação se modificará. Deverá, nesse caso, solicitar autorização prévia ao Governo brasileiro (sistema atributivo).

Já em relação à possibilidade de ajuizamento de demanda por sociedades que não possuem representação no Brasil, veja-se lição clássica de Francisco Cavalcanti Pontes de

⁹⁸ *Idem*, p. 176.

⁹⁹ SANTOS, Theophilo de Azeredo. **Regime Jurídico das Sociedades...**, p. 34.

Miranda:

Pergunta-se: pode a pessoa jurídica estrangeira que não tem filial, agência ou sucursal no Brasil, propor ação no Brasil? Sim, se a ação, pela lei brasileira, tem de ser no foro do Brasil. Não se pode admitir que alguma entidade que se personificou no estrangeiro, de acordo com as regras jurídicas respectivas, não seja tratada no estrangeiro como seja pessoa física estrangeira. Tem-se de reconhecer o princípio de igual tratamento das pessoas, que somente sofrem limitação se imposta pela ordem pública. Não se pode negar a existência de pessoas jurídicas estrangeiras (...) Em princípio, a pessoa jurídica goza, no Estado estrangeiro, os mesmos direitos que gozaria no Estado de origem. As limitações e proibições que o Estado estrangeiro faz às pessoas jurídicas que nele têm origem estendem-se às pessoas jurídicas que nele vêm exercer alguma atividade. A lei do Estado de sua constituição e personificação tem de ser obedecida; a lei do Estado em que vai praticar atos não lhe pode dar melhor tratamento do que têm as pessoas jurídicas que nele têm origem.¹⁰⁰

Esse entendimento encontra amparo na Constituição Federal de 1988. Em seu art. 5º, *caput*, a Carta Magna garantiu igualdade de direitos perante a lei tanto aos brasileiros quanto estrangeiros, inobstante sejam pessoas físicas ou jurídicas¹⁰¹, estando previsto, dentre eles, a garantia de acesso à justiça¹⁰². Em sentido semelhante, está a jurisprudência:

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. IMPORTAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONTRATO SOCIAL. PESSOA JURÍDICA ESTRANGEIRA SEM REPRESENTAÇÃO NO BRASIL. LEGITIMIDADE PARA AJUIZAR AÇÃO EM TERRITÓRIO BRASILEIRO. ART. 12, VIII E § 3º DO CPC. NECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE ATOS CONSTITUTIVOS, PARA ATESTAR A SUA EXISTÊNCIA. ART. 267, IV, CPC.

1. Mandado de segurança para a liberação de mercadorias apreendidas no Porto de Santos, durante escala de navio que estava em trânsito para a cidade de Montevidéu, no Uruguai. 2. A pessoa jurídica estrangeira, sem filial, agência ou sucursal no Brasil, tem legitimidade para ajuizar ação em território brasileiro. 3. Persiste o ônus de apresentar seus atos constitutivos, para que se possa aferir a sua real existência e a extensão dos poderes conferidos aos seus representantes legais. 4. Justificada a extinção do feito sem apreciação do mérito, com fundamento no inciso IV do art. 267 do CPC, uma vez que a impetrante juntou apenas a procuração judicial e extratos de repartições aduaneiras onde há meras referências à sua atividade. Defeito de representação insuperável. 5. Apelação a que se nega provimento.¹⁰³

Desse modo, não há óbices no Brasil quanto à legitimidade da sociedade estrangeira para ajuizar demandas nas Cortes do país. Ressalte-se, no entanto, importante exigência do art.

¹⁰⁰MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo I. 3. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1995, p. 317.

¹⁰¹“O art. 5º da Constituição Federal afirma que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. [...] Igualmente, as pessoas jurídicas são beneficiárias dos direitos e garantias individuais, pois reconhece-se às associações o direito à existência, o que de nada adiantaria se fosse possível excluí-las de todos os seus demais direitos. Dessa forma, os direitos enunciados e garantidos pela constituição são de brasileiros, pessoas físicas e jurídicas. Assim, o regime jurídico das liberdades públicas protege tanto as pessoas naturais, brasileiros ou estrangeiros no território nacional, como as pessoas jurídicas, pois têm direito à existência, à segurança, à propriedade, à proteção tributária e aos remédios constitucionais”. MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional...**, pp. 34-35.

¹⁰²Art. 5º, XXXV, CRFB/88: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

¹⁰³ BRASIL. 3ª Região. Tribunal Regional Federal. Terceira Turma. Mandado de Segurança nº 0005646-56.2001.4.03.6104. Relator Juiz Convocado Rubens Calixto. Julgamento em 18/06/2009. In DJ de 30/06/2009.

835 do antigo Código de Processo Civil brasileiro (Lei nº 5.869/73), segundo o qual “[o] autor, nacional ou estrangeiro, que residir fora do Brasil ou dele se ausentar na pendência da demanda, prestará, nas ações que intentar, caução suficiente às custas e honorários de advogado da parte contrária, se não tiver no Brasil bens imóveis que lhes assegurem o pagamento”. Observa-se que o dispositivo em comento não trata especificamente da questão da nacionalidade, mas da residência. Portanto, a sociedade sem representação no Brasil somente poderá demandar nos países mediante prestação de caução. O art. 836 do CPC, contudo, dispensa a caução em caso de: execução fundada em título judicial (inciso I) e reconvenção (inciso II). Semelhante disposição é encontrada no novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), porém com uma significativa novidade:

“Art. 83. O autor, brasileiro ou estrangeiro, que residir fora do Brasil ou deixar de residir no país ao longo da tramitação de processo prestará caução suficiente ao pagamento das custas e dos honorários de advogado da parte contrária nas ações que propuser, se não tiver no Brasil bens imóveis que lhes assegurem o pagamento.
 § 1º Não se exigirá a caução de que trata o caput:
 I - quando houver dispensa prevista em acordo ou tratado internacional de que o Brasil faz parte;
 II - na execução fundada em título extrajudicial e no cumprimento de sentença;
 III - na reconvenção.”

Como se nota, o novel diploma adicionou uma hipótese expressa à inexigibilidade de caução: a existência de dispensa prevista em acordo ou tratado internacional que o Brasil faça parte. Trata-se de inovação legislativa, que buscou reforçar o cumprimento dos compromissos assumidos pelo país internacionalmente. Como exemplo de uma dessas convenções, cita-se o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, conhecido como *Protocolo de Las Leñas* (promulgado internamente pelo Decreto nº 2.067/96): “Art. 4º - Nenhuma caução ou depósito, qualquer que seja sua denominação, poderá ser imposto em razão da qualidade de cidadão ou residente permanente de outro Estado Parte”. Desse modo, os residentes permanentes em qualquer dos países do MERCOSUL estão dispensados de prestar caução, com fulcro no art. 83, §1º, I, do CPC/2015¹⁰⁴.

Observa-se, portanto, que o atual estágio de desenvolvimento da matéria, no Brasil e no mundo, não oferece obstáculo à atuação transfronteiriça das sociedades transnacionais, seja por intermédio de filiais ou via constituição de subsidiárias unidas por vínculo de capital, compondo a complexa estrutura dos grupos societários analisada no tópico acima. Sendo assim, tanto

¹⁰⁴ IMHOF, Cristiano; REZENDE, Bertha Steckert. **Novo código de processo civil comentado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 73.

sociedades brasileiras quanto estrangeiras, individualmente ou via consórcio, podem concorrer perante editais expedidos pela autoridade regulatória brasileira, em condição de igualdade, almejando vencer a licitação. Consequentemente, elas terão direitos de explorar petróleo e gás natural no Brasil e igual direito é assegurado às sociedades e grupos brasileiros no exterior. A relação e responsabilização entre sociedades, os impactos da insolvência no assunto e os regramentos regulatórios do país serão examinados no capítulo 5 deste trabalho, em conjunto com o caso OGX.

2. OS SISTEMAS DE TRATAMENTO DA INSOLVÊNCIA TRANSFRONTEIRIÇA

Neste capítulo, será realizada uma abordagem doutrinária dos sistemas de tratamento da insolvência transnacional, mediante a sistematização da posição adotada pelos autores, almejando, assim, contextualizar o objeto prático da pesquisa com seu substrato teórico e doutrinário. Recordar-se que a utilização do termo insolvência, neste trabalho, é feita em seu sentido amplo, estando inseridos neste conceito tanto a falência como recuperação judicial e extrajudicial, previstas na Lei nº 11.101/05, bem como os procedimentos de insolvência relativos a entidades empresárias e não empresárias.

Preliminarmente à discussão dos sistemas, será vista a questão da qualificação da insolvência, delimitando-se os contornos básicos da teoria das qualificações e examinando-se as principais consequências decorrentes do enquadramento do assunto em uma ou outra classificação. Feito isso, serão analisados os modelos puros, isto é, o universalismo e territorialismo, considerados como os dois polos extremos da matéria. Por fim, serão estudadas as versões mescladas dos sistemas, que almejam preservar os elementos positivos e descartar os negativos de cada ponta concebida isoladamente.

2.1 Notas preliminares

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 Etienne Bartin, na França em 1897, a teoria das classificações visa enquadrar os *factos 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*¹⁰⁵.

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:

¹⁰⁵ DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional privado...**, p. 390.

a *lex fori*¹⁰⁶; a *lex causae*¹⁰⁷; 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 que 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 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 ao 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.¹⁰⁸

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.¹⁰⁹

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 vontade¹¹⁰. 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, 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,

¹⁰⁶ Com base nessa teoria, deve-se aplicar sempre a lei do foro para qualificar o assunto em questão.

¹⁰⁷ Isto é, a lei estrangeira aplicável em conformidade com as regras de conexão do direito internacional privado.

¹⁰⁸ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado: teoria e prática**. 15. ed., rev. e atualiz. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 69.

¹⁰⁹ DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional privado...**, p. 403.

¹¹⁰ *Ibidem*.

aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”.

Feitas essas considerações sobre a teoria das qualificações, passa-se a 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.¹¹¹

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*)¹¹². Em outras palavras, o estatuto pessoal é dotado de efeito extraterritorial ao passo que o estatuto real é limitado ao efeito territorial¹¹³.

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 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 territorial¹¹⁴. Vê-se, portanto, que a qualificação do assunto elucida a determinação da jurisdição competente para o processo de insolvência transnacional. Elucida Haroldo Valladão:

¹¹¹ *Idem*, p. 30.

¹¹² *Idem*, p. 313.

¹¹³ Saliente-se que a presente afirmação é feita com base na regra geral de efeitos aplicável aos estatutos pessoal e real, registrando-se, evidentemente, exceções à ela (vide parágrafos constantes do art. 8º da LINDB).

¹¹⁴ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais...**, p. 85.

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 *peçoal* (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.¹¹⁵

Acentuando a importância da questão, complementa 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.¹¹⁶

Além dessas qualificações apresentadas, é possível, ainda, enquadrar a insolvência em outros moldes jurídicos. Carmen Tibúrcio traz mais três possíveis qualificações¹¹⁷. 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 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, haveriam tantos processos de falência quantos forem 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

¹¹⁵ 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 eclesiásticas. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, pp. 37-38.

¹¹⁶ STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005, pp. 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.

¹¹⁷ TIBURCIO, Carmen. **Efeitos extraterritoriais...**, p. 203.

escolha da lei aplicável ou ainda deverão ser cumpridas em locais diferentes.¹¹⁸

Ademais, o processo de insolvência pode ser classificado como questão de interesse coletivo. O juízo do local do *principal estabelecimento do devedor* (terminologia utilizada pelo art. 3º da Lei nº 11.101/05) é o principal interessado em julgar o processo, de modo que seria universal tanto em relação à sua jurisdição quanto a 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 que serão abordadas no capítulo 4 deste estudo. Em razão disso, o instituto pode ser visto como um contrato¹¹⁹ que, homologado em juízo, leva à novação das obrigações do recuperando¹²⁰ ou como questão de interesse público, situado na seara do Direito Econômico, pautando-se pela ideia de Justiça¹²¹.

Desse modo, a concepção da natureza contratual da recuperação judicial pode levar à 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 orientação de que a recuperação pode ser qualificada, v.g., como questão de interesse coletivo, tem-se em mente que deve 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

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa: O Novo Regime de Insolvência Empresarial**. 4. ed. rev. e atualiz. Renovar: Rio de Janeiro, 2009, pp. 12-13.

¹²⁰ Ressalva-se, contudo, disposição presente no art. 49, §1º, da Lei nº 11.101/05: “Os credores sujeitos à recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso”.

¹²¹ 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.

envolvendo a matéria, sendo comum que as análises ocorressem com mais frequência no campo acadêmico¹²². Atualmente, já se vislumbram inúmeras lides ao redor do globo, tendo o tema conquistado frequentemente interesse dos mais diversos estudiosos do direito.

Saliente-se, por fim, que a teoria das qualificações também se mostra um importante instrumento para auxiliar o jurista em alguns impactos da insolvência transfronteiriça sobre o setor do petróleo e gás natural. O tema será melhor tratado no capítulo 5 deste trabalho, mas, por ora, cita-se a questão da validade das garantias instituídas na indústria. Nos Estados Unidos da América, por exemplo, discute-se se as garantias constituídas sobre o óleo e gás prospectados são qualificadas como propriedade real ou pessoal¹²³, visando assegurar o cumprimento de eventual obrigação contraída. No âmbito da insolvência transfronteiriça, é natural a constituição de garantias nas mais diversas partes do globo, haja vista a pluralidade de credores estrangeiros. Pela teoria das qualificações, o operador jurídico enquadra a garantia nos moldes jurídicos do ordenamento jurídico em exame, para então verificar se cumpre com os requisitos exigidos pela lei aplicável, eleita pelas regras de conexão (geralmente a *lex rei sitae*). Cumprindo com os requisitos, a garantia é considerada válida e, portanto, assegura o direito do credor em relação ao bem sobre o qual incide.

2.2 O sistema universalista

O universalismo é o sistema preferido dos acadêmicos, estando no cerne de seus ideais¹²⁴. Trata-se de um juízo falimentar universal¹²⁵, responsável por administrar todos os bens do devedor, onde quer que se encontrem, e distribuí-los para credores por todo o mundo¹²⁶,

¹²² CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais...**, p. 84.

¹²³ SCHULTZ, William M.; NELSON, Richard T.; THOMAS, Robert O. **An Update on Some Common Issues Involved in Oil and Gas Bankruptcies: A Primer for The Non-bankruptcy Practitioner.** 39 *Ann. Inst. On Min. L.* 1, 1993. Disponível em: < <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/louilr46&div=45&id=&page=> >. Acesso em: 25 nov. 2016, p. 22.

¹²⁴ 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 mar. 2016, p. 26.

¹²⁵ 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.

¹²⁶ 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.

mediante a aplicação de uma única lei, geralmente aquela do local de abertura do processo (*lex fori concursus*)¹²⁷. Parte-se do pressuposto 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.¹²⁸

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).¹²⁹

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

¹²⁷ 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 mai. 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 mai. 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.

¹²⁸ 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. p. 2.

¹²⁹ LACERDA, Jozé Candido Sampaio de. **Manual de Direito Falimentar**. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, pp. 328-329.

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.¹³⁰

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 personalidade jurídicas autônomas¹³¹. Foi esse entendimento que prevaleceu no Código Bustamante, conforme se verá no capítulo 3. Por ora, convém apenas destacar que a codificação previu, expressamente, alguns efeitos extraterritoriais¹³², como, *v.g.*, no caso de incapacidade do falido (art. 416)¹³³.

Na Inglaterra, a unidade e universalidade da falência foram pioneiramente defendidas em julgados proferidos pelos *Lords* Thurlov e Eldon; nos Países Baixos, receberam apoio dos clássicos Daniel Josephus Jitta e Tobias M. C. 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)¹³⁴. 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 sterotipa*, pregará “uma teoria piu équa”, fora da lei pessoal, mas decorrente da natureza do instituto a exigir “L’unità e ubiquità” 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,

¹³⁰ VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado, em base histórica e comparativa...**, p. 38.

¹³¹ 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>, p. 618. Acesso em: 02 mai. 2016.

¹³² Veja-se conceito de extraterritorialidade colhido de clássica obra do autor: “Estos términos equivalen á derecho extra-nacional, o 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 Papeleria “La Universal” de Ruiz y Mermano, 1896, p. 29. Disponível em: <<https://archive.org/stream/tratadodederech00sirvgoo#page/n9/mode/2up>>. Acesso em: 03 mai. 2016.

¹³³ 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”.

¹³⁴ VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado, em base histórica e comparativa...**, p. 38.

e em 1873, de Pisa, a segunda, de FIORE, *Del Fallimento secondo el DIP*, ambas em prol da Unidade e Universalidade da Falência.¹³⁵

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 soberania¹³⁶. 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.¹³⁷

Outra vantagem do sistema universalista é que assegura 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”.¹³⁸

Jay Lawrence Westbrook aponta a importância de um único procedimento e uma única lei como medida imprescindível para o sucesso de um processo falimentar¹³⁹:

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. Similarly, 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

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ KIPNIS, Alexander M. **Beyond UNCITRAL...**, p. 28.

¹³⁷ TIBURCIO, Carmen. **Efeitos extraterritoriais...**, p. 202.

¹³⁸ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais...**, p. 86.

¹³⁹ 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, traços fundamentais da falência é o fato de 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 No. 16, 12/85*, Harvard Law School, 1986. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Jackson_16.pdf>. Acesso em 03.05.2016.

market.¹⁴⁰

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.¹⁴¹

Tal importância pode ser facilmente vislumbrada em uma situação hipotética onde sociedade empresarial, constituída no Brasil e aqui detendo 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.¹⁴²

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

¹⁴⁰ 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>. Acesso em 17.03.2016, p. 2283.

¹⁴¹ *Idem*, p. 2284.

¹⁴² *Idem*, p. 2288.

que Jay Westbrook sustenta que o universalismo impede o problema das regras de conexão¹⁴³. Baseando-se em lição do professor inglês Ian F. Fletcher¹⁴⁴, 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 onde se assume 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); Estados 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 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, 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 territorialismo¹⁴⁵.

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.

¹⁴³ *Idem*, p. 2292.

¹⁴⁴ 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.

¹⁴⁵ TUNG, Frederick. **Skepticism About Universalism...**, pp. 20-37.

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 defection, states will have difficulty making credible their promises to cooperate.¹⁴⁶

Outra forte crítica é a imprevisibilidade¹⁴⁷ do elemento de conexão responsável por estabelecer a competência jurisdicional nos casos de insolvência transnacional, geralmente manifestando-se através da fórmula do “centro de interesses principais do devedor” (*centre of the debtor's main interests*, comumente abreviado para COMI). No capítulo 3, quando forem analisados os principais instrumentos internacionais sobre a matéria, serão expostos com mais profundidade os principais problemas decorrentes da imprecisão desse conceito, inclusive com base na jurisprudência estrangeira e internacional. Por ora, mister ressaltar tão somente que a fluidez desse conceito pode conduzir à ocorrência de *forum shopping*¹⁴⁸, 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

¹⁴⁶ *Idem*, p. 31.

¹⁴⁷ José 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, José Cândido Sampaio de. **Manual...** p. 330.

¹⁴⁸ 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 no foro natural”. (DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional privado...**, pp. 492-493).

ou, no caso da recuperação judicial, inflar o princípio da preservação da empresa¹⁴⁹.

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 fixado 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 or 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 [...].¹⁵⁰

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 subjetividade¹⁵¹.

No setor do petróleo e gás natural, pode-se afirmar que a aplicação do universalismo em relação aos créditos decorrentes de uma garantia constituída sobre recursos naturais ou em eventual embarcação-plataforma (ex: hipoteca) autorizaria sua habilitação em um procedimento único mundial, que pode não estar situado no Brasil. Na hipótese de se entender que o juízo universal da falência se encontra, por exemplo, em Londres/Reino Unido, a habilitação desses créditos deveria ser feita perante a autoridade desse Estado, inclusive conduzindo à aplicação da lei inglesa para os assuntos decorrentes da insolvência. Por outro lado, sendo o processo universal situado no Brasil, a autoridade brasileira se veria lidando com credores mundiais da

¹⁴⁹ No caso da legislação brasileira, tal princípio restou positivado no art. 47 da Lei nº 11.101/2005.

¹⁵⁰ 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 >, pp. 136-137. Acesso em: 04 mai. 2016, pp. 136-137.

¹⁵¹ O professor Lynn 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>. Acesso em: 17 mar. 2016, pp. 12-13.

indústria, muitos deles com pouca ou nenhuma conexão com o território nacional (ex: banco suíço que fez empréstimo financeiro para filial de matriz petrolífera brasileira, situada em país europeu).

2.3 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, “‘Territoriality’, 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”¹⁵². 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, complementa 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”¹⁵³.

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*)¹⁵⁴¹⁵⁵. 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

¹⁵² LOPUCKI, Lynn M., **Cooperation in International Bankruptcy...**, p. 47.

¹⁵³ KIPNIS, Alexander M **Beyond UNCITRAL...**, p. 17.

¹⁵⁴ 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.

¹⁵⁵ 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...**, pp. 113.

insolvency proceedings.¹⁵⁶

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 público 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.¹⁵⁷

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 estatal¹⁵⁸. Salienta 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 Bar¹⁵⁹. 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 Rocco¹⁶⁰.

Dentre as vantagens do sistema, a primeira que se destaca é o fato de sua utilidade prática para preservar as políticas locais dos Estados envolvidos¹⁶¹. 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:

¹⁵⁶ BURMAN, Harold S. **Harmonization of International Bankruptcy Law...**, p. 2551.

¹⁵⁷ LACERDA, Jozé Candido Sampaio de. **Manual...** p. 328.

¹⁵⁸ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais...**, p. 88.

¹⁵⁹ VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado, em base histórica e comparativa...**, p. 38.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹ “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.

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 particular 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.¹⁶²

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 estrangeiros¹⁶³, em patente violação ao princípio *par conditio creditorum*¹⁶⁴. 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 estrangeiras¹⁶⁵. Novamente, poder-se-ia argumentar que tal situação confere 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.

¹⁶² TUNG, Frederick. **Skepticism About Universalism...**, p. 14.

¹⁶³ TIBURCIO, Carmen. **Efeitos extraterritoriais...**, p. 202.

¹⁶⁴ “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, Jozé Candido Sampaio de. **Manual...** p. 330.

¹⁶⁵ 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 encarecimento: “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 decreases 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.

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.¹⁶⁶

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 estrangeiras 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 visão, por um paroquialismo que não possui mais espaço atualmente, prejudicando sua previsibilidade¹⁶⁷ 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.¹⁶⁸

Por fim, Paulo Fernando Campana Filho elucidada 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

¹⁶⁶ 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.

¹⁶⁷ 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.

¹⁶⁸ 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 mai. 2016.

ordem pública territorial”¹⁶⁹. 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.

No âmbito do territorialismo, não há peculiaridades a serem destacadas no setor do petróleo e gás natural, haja vista que os efeitos do processo de insolvência vão se limitar à jurisdição daquele tribunal em cujo território o devedor tenha bens, não trazendo grandes novidades à indústria. Ressalte-se, no entanto, que o valor das atividades de prospecção de óleo e gás é naturalmente muito elevado, em virtude dos altos riscos e custos de operação envolvidos no setor. Uma maior insegurança jurídica para os credores, que naturalmente são de diferentes nacionalidades, em decorrência do porte econômico da atividade, será mais um fator que contribuirá para o encarecimento da atividade.

2.4 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 desvantagens¹⁷⁰. 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 Daniel Josephus Jitta, por exemplo, ao analisar o assunto da insolvência transnacional em sua obra¹⁷¹, 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,

¹⁶⁹ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais...**, p. 89.

¹⁷⁰ “[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.

¹⁷¹ JITTA, Daniel Josephus. **La Codification du Droit International de la Faillite**. Le Haye : Beléfante Frères, 1895 *apud* CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais...**, p. 90.

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*).¹⁷²

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 auxiliariam 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.¹⁷³

Uma primeira teoria intermediária de renome que deve ser citada 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 transfronteiriça¹⁷⁴. 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 devedor¹⁷⁵. 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

¹⁷² CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais...**, p. 90.

¹⁷³ GARRIDO, José M. **No Two Snowflakes...**, p. 471.

¹⁷⁴ 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.

¹⁷⁵ “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.

is practicable in any given case of international insolvency, the ideals of collectivity, equality of treatment for all creditors, and the respect for previously acquired 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.¹⁷⁶

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 1991¹⁷⁷, 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 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 mundo¹⁷⁸.

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

¹⁷⁶ 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.

¹⁷⁷ 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.”

¹⁷⁸ “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.

devedor (*home country*), seguido de processos auxiliares, se necessários, em outros Estados que possuam bens nele situados. Esse 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.¹⁷⁹

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 universalistas 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^a do Decreto-Lei n^o 4.657 (LINDB)¹⁸⁰ e art. 23, I, do CPC/2015¹⁸¹.

Jay Westbrook propõe que o seu sistema intermediário deve auxiliar também na tentativa de oferecer 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 universal¹⁸². O professor norte-

¹⁷⁹ WESTBROOK, Jay Lawrence. **A Global Solution...**, p. 2302.

¹⁸⁰ Art. 12. É competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação. §1^o. Só à autoridade judiciária brasileira compete conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil.

¹⁸¹ Art. 23. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra: I – conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil.

¹⁸² 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".

americano cita, ainda, proposta do jurista Phillip Blumberg de desconsiderar a personalidade jurídica das sociedades em determinadas situações que exijam isso¹⁸³. Ressalta, porém, que a questão é delicada e merece um estudo mais cauteloso¹⁸⁴.

Outro sistema intermediário que ocupou destaque nos debates sobre insolvência transfronteiriça é o do professor Lynn M. LoPucki, nomeado de territorialismo cooperativo (*cooperative territoriality*). O modelo foi proposto em um de seus estudos de crítica ao universalismo¹⁸⁵, que futuramente conduziu a um árduo debate acadêmico com Jay L. Westbrook, registrado em simpósio realizado na Universidade de Michigan.

O territorialismo cooperativo de Lynn M. 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

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=753a0ac40cae4da42f4dea05fcadd85>>. Acesso em: 16 mai. 2016.
¹⁸³ “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.

¹⁸⁴ A título de complementação, convém destacar sugestão do juiz federal Samuel Bufford 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 própria *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. [...] The sensible solution, [...], 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...**, pp. 136.

¹⁸⁵ 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 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.

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.¹⁸⁶

Lynn LoPucki sustenta, ainda, que o territorialismo cooperativo seria o melhor para lidar com a complexa questão de insolvência transnacional 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 analisado¹⁸⁷.

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

¹⁸⁶ LOPUCKI, Lynn M. **Cooperation in International Bankruptcy...**, pp. 742-743.

¹⁸⁷ “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), pp. 14-15. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=693601>. Acesso em: 16 mai. 2016.

whole.¹⁸⁸

O autor conclui que o universalismo falhou nesse caso. Se fosse analisado pela égide do territorialismo cooperativo, segundo o professor 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 had power over the asset by sovereign.¹⁸⁹

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 aproximam 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 local¹⁹⁰. 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 envolvidos¹⁹¹. Saliente-se que a posição de Jay Westbrook recebeu apoio no simpósio da Universidade de Michigan por doutrinadores renomados, como, v.g., o professor Andrew T. Guzman¹⁹², inobstante houvesse

¹⁸⁸ GALEN, Robert Van. *The European Insolvency Regulation and Groups of Companies* apud LOPUCKI, Lynn M. *Global and Out...*, p. 15.

¹⁸⁹ LOPUCKI, Lynn M. *Global and Out...*, p. 15.

¹⁹⁰ WESTBROOK, Jay Lawrence. *A Global Solution to...*, p. 2302.

¹⁹¹ LOPUCKI, Lynn M. *Universalism Unravels...*, p. 24.

¹⁹² “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: <

algumas divergências¹⁹³.

A pluralidade de procedimentos hierarquizados no universalismo modificado traz um interessante tema para debate no setor do petróleo e gás natural. Como se verá ao longo deste estudo, a jurisprudência brasileira, ainda que reconheça o vácuo normativo do país em relação ao assunto, caminha no sentido de autorizar elementos universalistas. Sendo assim, surgem casos de insolvência transfronteiriça no âmbito de grupos econômicos petrolíferos, tal como os grupos OGX e Sete Brasil. Considerando que esses *players* da indústria celebram acordos privados e formam consórcios para exploração dos recursos no país, põe-se a interessante questão de como se dá a responsabilização das sociedades consorciadas após o reconhecimento do estado de insolvência das envolvidas, envolvendo, ainda, indagações acerca do papel desempenhado pela autoridade regulatória brasileira, *in casu* a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP). Em razão de sua importância para a indústria, o tema será tratado em tópico próprio no capítulo 5, após examinados diversos aspectos da insolvência transfronteiriça.

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 90¹⁹⁴. 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 credores¹⁹⁵:

<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2758&context=facpubs> >. Acesso em: 16 mai. 2016.

¹⁹³ “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.

¹⁹⁴ 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 mai. 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 mai. 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>. Acesso em: 16 mai. 2016.

¹⁹⁵ “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

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 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.¹⁹⁶

Analisando a proposta do professor Robert Rasmussen, Jay L. 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 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").¹⁹⁷

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:

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.

¹⁹⁶ RASMUSSEN, Robert K. **A New Approach to ...**, p. 36.

¹⁹⁷ WESTBROOK, Jay Lawrence. **A Global Solution to...**, p. 2303.

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.¹⁹⁸

A crítica se faz ainda mais pertinente se examinada no setor do petróleo e gás natural. A indústria do petróleo envolve uma série de assuntos estratégicos para o Estado, sendo considerada uma atividade complexa e que envolve diversos ramos do direito¹⁹⁹. O risco para credores involuntários poderia prejudicar em demasia o setor, violando a interesse público protegido pelas autoridades reguladoras de cada Estado hospedeiro. Além disso, como já ressaltado, o custo de exploração da atividade é alto. O aumento dos custos de contratação seria mais um fator a elevar os valores envolvidos no setor, podendo gerar encarecimento excessivo.

Por fim, cumpre destacar a posição do professor holandês Bob Wessels. O modelo adotado pelo autor nada mais é do que uma interpretação e defesa²⁰⁰ do sistema que entrou em vigor na Europa após a elaboração do Regulamento (CE) nº 1346/2000 do Conselho, futuramente revitalizado pelo Regulamento (UE) 2015/848, atual diploma regente da insolvência transnacional na União Europeia. Ao analisar os regramentos nele contidos²⁰¹, o professor holandês reconhece um verdadeiro dever de coordenação e comunicação dos administradores de processos de insolvência, que atuariam em prol da otimização do tratamento

¹⁹⁸ LOPUCKI, Lynn M. **Cooperation in International Bankruptcy...**, p. 738.

¹⁹⁹ Nas palavras de Marilda Rosado de Sá Ribeiro, “a atividade petrolífera enfeixa problemas desafiante tanto para a perspectiva do advogado quanto para o jurista, uma vez que as questões suscitadas transitam por vários ramos do direito e desafiam as classificações tradicionais”. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo**. 3. ed, revista, atualiz. e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 3.

²⁰⁰ 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, pp. 27-45, 1998.

²⁰¹ 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 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 mai. 2016.

igualitário entre credores (*pari passu*).²⁰²

Além disso, o controle exercido pelo processo de insolvência sobre o principal (e seu administrador), ou seja, aquele iniciado no foro em que o devedor possua o seu centro de interesses principais (COMI), sobre os procedimentos secundários, conduziria à ideia de uma autêntica unidade patrimonial do devedor (*unity of Estates*), 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”.²⁰³

Ainda que o sistema de insolvência europeu não envolva o Brasil, é interessante observar que, em dois importantes casos da indústria (OGX e Sete Brasil), as subsidiárias controladas pelas *holdings* brasileiras estavam situadas na Áustria, país europeu vinculado ao regulamento de insolvência do bloco. As consequências dessa situação serão examinadas no capítulo 5.

Os sistemas mistos de insolvência transfronteiriça mais influentes nos debates acadêmicos sobre a matéria foram apresentados e examinados. Percebeu-se o intuito de cada teórico em selecionar os louros da cada ponta concebida isoladamente (universalismo e territorialismo), descartando-se os defeitos e atentando-se às reais demandas e resistências dos Estados soberanos. Para finalizar, cumpre registrar posição de Jean-Phillipe Maslin, no sentido de que a eficiência de cada sistema depende do estabelecimento de prioridades acerca dos seguintes elementos presentes em uma insolvência transnacional:

These theories, ‘*territorialism*’ and ‘*universalism*’, are conflicting in nature and their respective benefits need to be weighed by the authority implementing the legal regime against the potential hurt it will bring to the parties of to the economy itself. The efficiency of each respective regime relies upon establishing clear priorities, be they the satisfaction of creditors, debtors protection or protection of employment.²⁰⁴

²⁰² *Ibidem*.

²⁰³ *Ibidem*.

²⁰⁴ MASLIN, Jean-Philippe. **The Effectiveness of European Cross-Border...**, p. 4.

3. A INSOLVÊNCIA TRANSFRONTEIRIÇA NO DIREITO CONVENCIONAL, EUROPEU E ESTRANGEIRO

Neste capítulo, será analisado o tratamento da insolvência transnacional nos tratados, convenções, leis modelos, bem como alguns ordenamentos estrangeiros pertinentes. Primeiramente, será exposta a abordagem convencional clássica, isto é, os primeiros instrumentos de relevo que passaram a delimitar os contornos dos efeitos transfronteiriços da falência e recuperação de sociedades. Após isso, serão apresentados os instrumentos mais recentes na matéria, destacando-se a Lei Modelo sobre Insolvência Transfronteiriça (*Model Law on Cross-Border Insolvency*) da UNCITRAL de 1997 e o Regulamento (CE) nº 1346 relativo aos Processos de Insolvência de 2000, revitalizado pelo Regulamento (EU) 2015/848 relativo aos Processos de Insolvência.

Além disso, ao longo da análise dos diplomas propostos, serão examinados alguns julgados tanto no âmbito das Cortes locais quanto do Tribunal de Justiça da União Europeia, a fim de demonstrar o modo pelo qual os instrumentos vêm sendo interpretados e aplicados na prática. Evidentemente, em decorrência dos limites deste trabalho, não será possível um estudo completo da jurisprudência sobre o assunto, mas apenas daqueles casos mais emblemáticos e relevantes para os assuntos propostos nesta dissertação, que tragam algum elemento novo em relação ao tema.

3.1 Tratamento convencional clássico da insolvência transfronteiriça

O primeiro documento a ser destacado que tratou dos contornos iniciais da insolvência transnacional é o Projeto de Lima sobre Leis Comerciais no Direito Internacional Privado de 1881, vindo à luz em decorrência da realização do Congresso de Jurisconsultos de Lima de 1877. O projeto seguiu a orientação de Pasquale Fiore, que, como visto no capítulo 2, argumentava em prol da unidade e universalidade da falência com lastro na antiga jurisprudência inglesa. Contudo, o projeto previu certa flexibilidade à regra, admitindo, em seu artigo 23/4, a pluralidade de procedimentos para estabelecimentos separados, bem como exigindo, no art. 25, a concessão de *exequatur* para que eventual sentença estrangeira de falência possa surtir efeito extraterritorial no foro, ressalvas as hipóteses de créditos

privilegiados e hipotecas (art. 31/5)²⁰⁵.

Ato contínuo, em 1889, ocorreu o Congresso de Montevidéu, que culminou na aprovação de diversas convenções importantes, dentre elas o Tratado de Montevidéu sobre Direito Comercial Internacional, ratificado por países como Bolívia, Argentina, Paraguai, Peru, Uruguai e Colômbia. O Brasil, por sua vez, não ratificou nenhuma das convenções que foram elaboradas nessa ocasião²⁰⁶. O Tratado de Montevidéu levou em consideração algumas linhas mestres do Projeto de Lima, porém afastou-se do radicalismo doutrinário que prevalecia neste documento, fato que restou registrado nas próprias atas das sessões do congresso:

El proyecto de Tratado que está a la consideración del Honorable Congreso, al ocuparse de las falencias, en su título final, se aparta tanto del sistema de la unidad como del de la pluralidad de las quiebras, tales como han sido expuestos por los defensores de una y de otra doctrina.²⁰⁷

O art. 35 do Tratado dispõe que é competente para conhecer da falência o juízo do domicílio comercial do falido, ainda que este exerça acidentalmente atos de comércio em outras nações ou mantenha nela agências ou sucursais que atuem por conta e responsabilidade do estabelecimento principal. Adiante, no art. 36, ressalta que, nos casos de estabelecimentos separados, deve ocorrer a pluralidade de procedimentos. Vê-se, portanto, disposições bastante semelhantes ao previsto no Projeto de Lima. Contudo, no art. 39, prevê a faculdade dos credores locais de ajuizar demanda falimentar em outro Estado, desde que seja feito anteriormente à declaração de quebra, hipótese em que ambos os juízos irão atuar separadamente, aplicando-se em cada processo a lei do respectivo foro.

O art. 40 trouxe norma conceitual, estipulando que seriam credores locais aqueles cujos créditos pudessem ser satisfeitos no próprio concurso local, isto é, sem ter que exigí-los em foro estrangeiro. Outra flexibilização dos princípios da unidade e universalidade se dá no art. 43, dispondo que, mesmo na hipótese de um único procedimento falimentar, os credores hipotecários anteriores à declaração da quebra podem também exercer seus direitos perante o tribunal do país em que estiverem situados os bens hipotecados. Em relação aos créditos privilegiados, prevê:

Art. 44. Os privilégios dos créditos localizados no país da quebra e adquiridos antes da declaração desta, se respeitarão, mesmo no caso em que os bens nos quais recaia o privilegio se transportem a outro território e exista neste, contra o mesmo falido, um juízo de quebra ou formação de concurso civil.²⁰⁸

²⁰⁵ VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado, em base histórica e comparativa...**, p. 39.

²⁰⁶ DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional privado...**, p. 64.

²⁰⁷ **Actas de las Sesiones del Congreso**, 1888, p. 577 *apud* VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado, em base histórica e comparativa...**, p. 39.

²⁰⁸ Todos os dispositivos dos Tratados de Montevidéu de 1889 e 1940 citados nesse trabalho foram traduzidos do espanhol livremente pelo autor.

Por fim, uma última norma importante a se destacar é a do artigo 47, que trata dos aspectos referentes à reabilitação do falido. Nos moldes do dispositivo, a reabilitação só ocorre após seu reconhecimento em todos os procedimentos concursais abertos em face do mesmo sujeito, em respeito à competência e soberania de cada Estado. Como se vê, o Tratado de Montevideu sobre Direito Comercial Internacional de 1889, ainda que tenha previsto uma série de flexibilização, não deixa de ser considerado um importante instrumento convencional sobre a universalidade da falência, merecendo ser destacado ainda pela ampla aceitação que possuiu na época²⁰⁹.

Cinquenta anos depois, também em Montevideu, houve a modernização das convenções elaboradas em 1889. O Tratado de Direito Comercial Internacional foi reformulado e passou a ser denominado Tratado de Direito Comercial Terrestre Internacional de 1940, sendo ratificado pela Argentina, Paraguai e Uruguai. Seguindo o regime anterior, o art. 40 dispõe que é competente para declarar a falência o juízo do domicílio do comerciante ou da sociedade mercantil, mesmo que pratiquem acidentalmente atos de comércio em outros Estados ou tenham em algum deles agências ou sucursais que operem por conta e responsabilidade do estabelecimento principal. O art. 41 reproduz o antigo 36, prevendo pluralidade de procedimentos para estabelecimentos distintos. Vê-se, portanto, que esses regramentos vêm se repetindo desde o Projeto de Lima.

Com efeito, por se tratar de revitalização, o tratado de 1940 foi bastante semelhante ao anterior, reproduzindo inclusive as flexibilizações em relação aos princípios da unidade e universalidade do juízo falimentar. Como exemplo, cita-se que os artigos 39 e 40 do diploma anterior são reproduzidos, com alguma modificação, nos artigos 45 e 46 da convenção em análise. Contudo, registra-se que o tratado de 1940 realçou ainda mais a pluralidade de procedimentos. Prova disso é a supressão do anterior art. 44, acima transcrito, que previa

²⁰⁹ Merece destaque que, além de sua importância histórica, o Tratado de Montevideu de Direito Comercial Internacional de 1889 ainda é considerado em vigor para alguns países que o ratificaram, facultando o recurso aos seus dispositivos em caso de permissão ou omissão legislativa. Veja-se o exemplo uruguaio: “Respectando y reafirmando el principio general, ya consagrado positivamente en varias normas internas e internacionales de nuestro ordenamiento jurídico, así como en la Ley Modelo de UNCITRAL, la LCRE [Ley nº 18.387 da concursos y reorganización empresarial] establece: ‘Las disposiciones contenidas en este Título serán de aplicación en defecto y en cuanto no se opongan a las de los convenios internacionales suscritos y ratificados por la Republica’. Ello significa que, cuando se inscribe en el ámbito de aplicación especial, material y temporal de alguno de los Tratados vigentes en la materia, deberá aplicarse este. Los tratados vigentes en la materia, en Uruguay, son el Tratado de Montevideo de Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1889, el Tratado de Montevideo de Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1940 y el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940”. AGUIRRE, Cecilia Fresnedo. **La nueva ley uruguaya de concursos y reorganización empresarial: un importante avance en sintonía con los principios internacionales en la materia.** In: ARROYO, Diego P. Fernández; KLOR, Adriana Dreyzin (coords.). **Derecho del Comercio Internacional temas y actualidades – Insolvencia Internacional.** Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, 2009, p. 145.

regramento aos créditos privilegiados. No que se refere à proteção dos credores hipotecários, manteve-se a possibilidade de exercício dos direitos no Estado em que estiverem situados os bens hipotecados, desde que seja feito antes de cessarem os pagamentos do falido (art. 50).

É importante registrar o pioneirismo da América Latina a tratar sobre o tema em convenções multilaterais, haja vista que a Europa, por exemplo, não havia logrado êxito na elaboração de um diploma dessa natureza:

Na Europa, porém, não se conseguiu uma Conferência Plurilateral Geral sobre Falências, apesar de estudado o assunto, na II Sessão da Conferência da Haia de DIP, 1894, sem êxito, e de ter sido na IV Sessão, aprovado um Projeto fraco (opondo-se o Presidente da respectiva comissão, PIERANTONI, em nome da Itália, a considera-lo definitivo). E não foi ratificado. Finalmente, na 5ª Sessão, em 1925, no entre-guerras, aprovou-se um Projeto de Tratado, com um projeto de tratado-modelo, transformado em convenção, baseando na unidade e universalidade, dando à falência, decretada num Estado, efeitos extraterritoriais amplos. Convenção igualmente jamais ratificada.²¹⁰

Além disso, mister salientar alguns pontos importantes sobre lei aplicável, competência e cooperação jurídica internacional na sistemática das convenções de Montevidéu. Inicialmente, destaca-se que falência é um dos âmbitos excepcionais que persiste, até atualmente de certa forma, a correlação entre juiz competente e direito aplicável, contrariando as regras ordinárias do direito internacional privado de separação entre esses assuntos (*forum* e *jus*). Em razão disso, o ramo já restou comprado pela literatura francesa especializada a uma “ilha isolada de resistência à internacionalização” (*îlot de résistance à l’internationalité*)²¹¹. É nesse diapasão que a Corte competente para declarar a falência, conforme sistemática adotada pelos documentos de Montevidéu, deve aplicar a *lex fori* tanto rege a declaração da quebra quanto outros assuntos conexos a ela, como, *v.g.*, a ordem de classificação dos créditos²¹².

Em relação ao direito aplicável às medidas cautelares, nota-se singela diferenciação de redação entre os instrumentos de 1889 e 1940. O tratado de 1889, em seu art. 37, estipula que,

²¹⁰ VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado, em base histórica e comparativa...**, p. 40.

²¹¹ “La matière des faillites constitue, on le sait, un des rares domaines pour lequel se maintient le principe de corrélation du juge compétent et du droit applicable. Ensemble avec quelques autres cas d’administration publique des intérêts privés (on pense à la protection des incapables), cette hypothèse fait figure d’exception aux règles de fonctionnement du droit international privé moderne, ce que la doctrine française explique parfois en disant que les faillites constituent un ‘îlot de résistance à l’internationalité’”. AVOUT, Louis D’. **Sens et portée de la *lex fori concursus***. In: ARROYO, Diego P. Fernández; KLOR, Adriana Dreyzin (coords.). **Derecho del Comercio Internacional...**, p. 36.

²¹² Vejam-se os seguintes dispositivos: Art. 42 do Tratado de Montevidéu de Direito Comercial Internacional de 1889: “No caso em que siga apenas um juízo de quebra, porque assim corresponda, segundo o disposto no art. 35, ou porque os donos dos créditos locais não tenham feito uso dos direitos que lhes concede o art. 39, todos os credores do falido apresentarão seus títulos e farão uso de seus direitos perante o juiz ou tribunal que houver declarado a quebra”; Artigo 48 do Tratado de Montevidéu de Direito Comercial Terrestre Internacional de 1940: “No caso de que haja apenas um juízo de quebra, porque assim corresponda segundo o disposto no art. 40, ou porque os titulares dos créditos locais não tenham feito uso do direito que lhes concede o art. 45, todos os credores do falido apresentarão seus títulos e farão uso de seus direitos em conformidade com a lei e perante o juiz ou tribunal de Estado que tenha declarado a quebra”.

declarada a falência em um país, as medidas preventivas adotadas neste juízo serão também efetivas sobre os bens que o falido possua em outros Estados, sem prejuízo dos direitos assegurados aos credores locais. O documento de 1940, por sua vez, dispõe, no art. 43, de modo semelhante, porém adiciona a informação de que a extensão da efetividade da medida se fará com base nas leis locais. O importante a se destacar é que, nesse modelo universalista flexibilizado, são previstos os efeitos extraterritoriais das medidas cautelares, porém limitados aos ditames da lei do local de situação dos bens (*lex rei sitae*). O poder judiciário competente para julgar os assuntos referentes aos bens será também aquele em cujo território eles se situem (*forum rei sitae*), correlacionando-se novamente competência e direito aplicável. Tal situação se repete em relação às questões envolvendo direitos reais (ex: hipoteca).

A questão da lei aplicável no âmbito das garantias reais traz uma importante consequência para a indústria do petróleo. Em razão do alto porte econômico dos grupos empresariais envolvidos e das atividades realizadas, a internacionalização da indústria é natural. *Verbi gratia*, um credor bancário de uma sociedade empresária petrolífera constitui no exterior garantia real sobre algum bem dela ou recurso explorado. Imagine-se tal situação espalhada ao redor do mundo, com dezenas de credores e garantias nos mais diversos países. Segundo as convenções de Montevidéu, uma hipoteca constituída sobre uma embarcação-plataforma ou outra garantia instituída sobre o óleo e/ou gás prospectado deve ter sua validade avaliada com base na *lex rei sitae*.

Sobre a cooperação jurídica internacional, a sistemática de Montevidéu adota o instrumento da carta rogatória para efetuar a comunicação entre juízos²¹³, prevendo também o reconhecimento dos poderes do administrador judicial, independente do nome adotado, em todos os Estados contratantes²¹⁴. Além disso, prevê que, na hipótese de pluralidade de procedimentos, os valores restantes de um Estado em favor do falido ficarão à disposição do juiz do outro país²¹⁵. Por fim, em relação às medidas de caráter civis e pessoais que digam respeito ao falido, é prevista a competência do Corte em cuja jurisdição esteja ele

²¹³ Vejam-se os seguintes dispositivos: Art. 38 do Tratado de Montevidéu de Direito Comercial Internacional de 1889: “Uma vez cumpridas as medidas preventivas por meio das respectivas cartas rogatórias, o juiz rogado fará publicar por 60 dias avisos em que dê conhecimento do fato de declaração da quebra e das medidas preventivas que foram tomadas”; Artigo 44 do Tratado de Montevidéu de Direito Comercial Terrestre Internacional de 1940: “Uma vez cumpridas as medidas preventivas por meio das respectivas cartas rogatórias, o juiz rogado fará publicar durante trinta dias nos lugares onde o falido possua bens, avisos nos quais dará conhecimento do fato de declaração da quebra e das medidas que foram tomadas”.

²¹⁴ Art. 45 do Tratado de Montevidéu de Direito Comercial Internacional de 1889; e Artigo 49 do Tratado de Montevidéu de Direito Comercial Terrestre Internacional de 1940.

²¹⁵ Art. 41 do Tratado de Montevidéu de Direito Comercial Internacional de 1889; e Artigo 47 do Tratado de Montevidéu de Direito Comercial Terrestre Internacional de 1940.

domiciliado²¹⁶. Por tudo exposto, vê-se que, inobstante os tratados de Montevidéu sejam considerados como instrumentos universalistas, aproximam-se muito do modelo de territorialismo cooperativo proposto por Lynn LoPucki do que do universalismo modificado de Jay L. Westbrook.

Além das discussões que se instalaram no congresso de Montevidéu de 1889, delegados dos países americanos, no mesmo ano, reuniram-se em Washington para dar início às Conferências Pan-Americanas, que resultaram na aprovação, em 1928, do Código de Direito Internacional Privado, mais conhecido como Código Bustamante, 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, dentre outros. O Brasil dessa vez optou por ratificou o instrumento, internalizando-o por meio do Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929.

O Código Bustamante também adotou os princípios da unidade e universalidade da falência, ainda que de forma flexibilizada como se verá. Em seu art. 414, o *Codex* estipula que, caso o devedor possua apenas um domicílio civil ou comercial, pode haver tão somente um juízo falimentar para todos os bens e obrigações no âmbito dos países signatários. Já em seu art. 415, o documento prevê a faculdade de haver tantos juízos quanto o número de estabelecimentos mercantis economicamente separados, seguindo a tendência do Projeto de Lima e Tratado de Montevidéu de 1889, razão pela qual se aproxima de um sistema mesclado ou atenuado do universalismo:

El ‘temperamento’ conflictual en el Código Bustamante en materia de insolvencia internacional abraza o engarza las dos tendencias antagónicas. Es decir, ella apunta la reglamentación e intervención tanto de la postura ‘pluralista territorialista’ como la concepción ‘universalista-extraterritorialista’. Notamos luego entonces que la regla de conflicto convencional contenida en el artículo 414 de dicho código internacional introduce el régimen de la quiebra universal al considerar que cuando el fallido o deudor tenga un solo domicilio civil o comercial solo podrá producirse una sola quiebra a título internacional. Pero esta dogmática va a ser alterada con la regla posterior representada en la disposición 415 [...], con lo cual se puede concluir la confirmación de la tendencia ‘pluralista-territorialista’ de la insolvencia internacional. El fundamento de esta última postura se sitúa en el sentido de pretender construir tantos procesos de ejecución en virtud de la autonomía económica de los establecimientos que técnicamente se traduce bajo el esquema de filiales dentro de un grupo internacional.²¹⁷

Em sentido semelhante, posiciona-se a Paulo Fernando Campana Filho:

[C]omo apontou Miranda Valverde, o código ainda tem raízes territorialistas muito

²¹⁶ Art. 46 do Tratado de Montevidéu de Direito Comercial Internacional de 1889; e Artigo 52 do Tratado de Montevidéu de Direito Comercial Terrestre Internacional de 1940.

²¹⁷ BOUTIN, Gilberto. **La insolvencia transfronteriza en el derecho internacional privado uniforme y en el Código Bustamante**. In: ARROYO, Diego P. Fernández; KLOR, Adriana Dreyzin (coords.). **Derecho del Comercio Internacional...**, pp. 112-113.

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.²¹⁸

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 complementação, o art. 416 prescreve que a declaração do estado de insolvência do credor possui efeitos extraterritoriais, desde que sejam previamente cumpridas as formalidades de registro e/ou publicação que sejam exigidas pela (e conforme) lei local de cada Estado signatário.

O sistema adotado pelo Código Bustamante, de fato, reconhece os efeitos extraterritoriais da incapacidade do falido pelo simples fato do registro em conformidade com a *lex fori*, porém, para o reconhecimento do estado falimentar do devedor é mais exigente, pois demanda a homologação da sentença estrangeira para que ela possa surtir efeitos no território solicitado, autorizando, porém, os efeitos da coisa julgada independente de formalidades (art. 417 c/c 435)²¹⁹. O *Codex* admite tratamento excepcional para as ações e privilégios reais, subordinando-os, inobstante a declaração de falência ou concordata, à lei da situação da coisa (*lex rei sitae*) por eles atingidas e à competência dos juízes no lugar em que estas se encontrarem (*forum rei sitae*), em atenção à importância estratégica desses direitos para o Estado (art. 420)²²⁰. Novamente, ressalta-se a importância dessa estipulação para a indústria do petróleo, sujeitando as hipotecas sobre embarcações e garantias sobre recursos explorados à *lex rei sitae*.

Questão intrincada surge quando se analisa a natureza da sentença homologatória do ato que declarou o estado de quebra do devedor. Nos moldes do *Codex*, percebe-se que o intuito é proteger os credores globais de medidas constritivas locais em detrimento de seus direitos.

²¹⁸ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A recuperação judicial de Grupos Societários Multinacionais...**, p. 161.

²¹⁹ VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado, em base histórica e comparativa...**, p. 40.

²²⁰ “En efecto, la finalidad de todo proceso de insolvencia descansa en le regla de igualdad de los acreedores – *ius pars conditio creditorum* –, pero esta regla no es absoluta. La excepción a este principio obedece a la norma reguladora en beneficio de los acreedores privilegiados. Así, el proceso de ejecución colectiva del fallido no le es oponible técnicamente de quienes gozan de un derecho real preferencia. Y es confirmado en la disposición del artículo 420 del Código Bustamante [...]. De esta norma se infiere la especialidad del derecho del acreedor privilegiado por un lado y que por otro lado, subsidiariamente se desprende de la excepción de inoponibilidad al proceso colectivo de ejecución. Solo podría enervarse el *statuto* privilegiado del acreedor si el mismo fue adquirido en fraude de acreedores”. BOUTIN, Gilberto. **La insolvencia transfronteriza en el derecho...**, p. 113.

Nesse sentido, sustentar que o controle via *exequatur* possui natureza constitutiva, isto é, que tão somente possibilitará os efeitos da declaração de falência a partir da data em que o ato estrangeiro foi homologado pelo juízo, seria contrariar todo o escopo de proteção almejado pelo Código Bustamante. Portanto, parece melhor acolhida a orientação de que o instrumento internacional analisado não subordina os efeitos da declaração de quebra ao controle via homologação de sentença estrangeira, permitindo, portanto, a retroatividade:

A nuestro juicio la inteligencia del texto en su redacción como su ideología inferida del propio Código Bustamante, no subordina los efectos retroactivo de la declaratoria de quiebra al control de exequatur, sino que erige de manera clara una solución partiendo del supuesto de un proceso de insolvencia transnacional de una quiebra universal, el cual descansa en el principio que la ley aplicable será del tribunal de la sede social de la compañía. El estado declaratorio así como el período de sospecha y sus consecuencias retroactivas no pueden estar supeditados a incidencias administrativas de control de reconocimiento. Pues, los efectos retroactivos responden a una noción o medida aseguramiento judicial y de autodefesa de la masa de acreedores para no hacerla ilusoria.²²¹

Esse entendimento estaria em consonância, ainda, com a teoria americana dos *vested rights*²²², em razão do reconhecimento dado ao direito adquirido no exterior, produto da aplicação da lei estrangeira competente, aceita pelas normas de conexão do foro. De qualquer forma, o Código Bustamante, dispõe que: “[o] efeito retroativo da declaração de falência ou concordata e a anulação de certos atos, em consequência dessas decisões, determinar-se-ão pela lei dos mesmos e serão aplicáveis ao território dos demais Estados contratantes” (art. 419). É evidente, por outro lado, que, para medidas coercitivas e conservatórias no território do foro, o *exequatur* do Estado signatário possuirá natureza jurídica constitutiva, em razão do direito aplicável e competência para julgar para a matéria (*lex rei sitae* e *forum rei sitae*), sujeitando-se aos regramentos do art. 423 do diploma convencional.

O art. 418, por sua vez, ressalva que os síndicos nomeados em um Estado contratante podem exercer suas funções sem necessidade de qualquer procedimento local de

²²¹ *Idem*, pp. 113-114.

²²² “A origem da teoria reside na tese proposta três séculos antes pelo holandês Ulrich Huber, conhecida como *comitas gentium*. Segundo sua exposição [...], as leis de cada Estado reinam dentro dos limites de seu território, regendo todos os seus súditos, mas não têm força extraterritorial (1); devem ser considerados sujeitos de um Estado todos aqueles que se encontram nos limites de seu território, tanto se estabelecidos de forma definitiva como de permanência temporária (2); finalmente, os chefes de Estado, por cortesia, fazem com que as leis de cada povo, após terem sido aplicadas nos limites de seu território, conservem seu efeito em toda a parte (3)”. Assim, por essa teoria, não “se aplica a lei estrangeira, só se reconhecem situações consolidadas no exterior”. DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional privado...**, pp. 538-539.

reconhecimento, dispensando o *exequatur*²²³. Esse princípio foi aplicado pelo *Banco Girod*²²⁴ no procedimento de liquidação de sua filial panamenha. As autoridades de Porto Rico nomearam um *trustee*²²⁵ para gerir os bens do falido, que tiveram seu reconhecimento pela jurisdição panamenha sem necessidade de procedimento local para tanto²²⁶. Tal ideia está em consonância com o intento cooperativo imprescindível para o sucesso em qualquer concurso falimentar.

Sobre a concordata, o Código Bustamante estipula que o instituto terá efeitos extraterritoriais nos demais Estados contratantes, exceto o direito dos credores por ação real a que não houverem aceitado (art. 421), sujeitando-a ao mesmo regime jurídico previsto para a falência. Em razão da dupla natureza contratual e jurisdicional do instituto da concordata, deve ele respeito aos princípios de ordem pública da insolvência transfronteiriça, tal como o *par conditio creditorum*, a defesa dos direitos reais ou privilegiados e a jurisdição. Nesse diapasão, a norma do art. 421 é imperativa, especialmente na parte que concede tratamento privilegiado aos credores reais, fato que está em consonância com a ideologia prevalecente desde o Projeto de Lima.

Adiante, o *Codex* prevê que a reabilitação do falido também possuirá efeitos extraterritoriais nos Estados signatários de acordo com seus termos, exigindo-se, para tanto, que a resolução judicial que a determina se torne definitiva (art. 422). Portanto, na sistemática adotada, a reabilitação também produz efeitos de pleno direito. Registra-se, em complementação, que Gilberto Boutin se posiciona sobre a classificação jurídica do instituto:

Esta categoría jurídica [rehabilitación del fallido] produce la discusión si es ubicable

²²³ Art. 418 do Código Bustamante: “As facultades dos síndicos, nomeados em um dos Estados contratantes, de acordo com as disposições deste Código, terão efeito extraterritorial nos demais, sem necessidade de trâmite algum local”.

²²⁴ A sociedade *Girod Trust Company*, fundada por Alberic Girod em 1976, foi capitalizada através de oferta pública nos moldes da lei de valores mobiliários de Porto Rico (*The Uniform Securities Act of Puerto Rico*, 10 L.P.R.A., secs. 851-895). A *Girod*, a partir de 1982, adquiriu participações em outros negócios, incluindo serviços hipotecários, bancos, dentre outros, localizados em diversos países, como Porto Rico, Panamá, República Dominicana, Jamaica e Suíça. Após 1984, a sociedade passou a enfrentar dificuldades, fato que culminou em sua insolvência.

²²⁵ “O *trustee*, inicialmente centrado em pessoas físicas, passou a ser constituído em nome e sob responsabilidade de empresas que já tinham especialização em lidar com valores de outrem, os bancos comerciais; muitos bancos ingleses e norte-americanos indicam tais funções na sua própria denominação comercial. A acumulação de riqueza sob sua guarda e o grande poder que acabou por concentrar em suas atividades determinaram que se formassem verdadeiras entidades com enorme poder econômico, o que engendraria a que se passasse a denominar *trust*, os imponentes conglomerados financeiros e comerciais que dominam determinado setor da economia e, por antonomásia, a própria atividade de controle de setores do mercado. Assim, quando proibidas tais atividades, sua tipologia se verifica com as denominadas leis *antitruste* (Shermann-Clayton Acts dos EUA) [...]”. SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: Introdução ao direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 20 e nota de rodapé nº 1. Na prática, para efeitos desse trabalho, o *trustee* atua na condição de síndico ou administrador judicial de eventual procedimento de insolvência.

²²⁶ BOUTIN, Gilberto. *La insolvencia transfronteriza en el derecho...*, p. 115.

como un problema vinculado al *statuto* personal del fallido o bien es de orden procesal. A nuestro juicio el tema de la rehabilitación responde más que todo a un tema de orden jurisdiccional. Es el foro que decreta la inhabilitación quien devendrá el foro para decretar la rehabilitación del fallido. Y tal argumentación es evidencia al sostener la regla convencional el hecho que la rehabilitación produce sus efectos desde el momento que quede en firme, es decir que no admita impugnación alguna. La rehabilitación siendo en principio de carácter declarativo debe producir sus efectos de plano.²²⁷

Como se vê, o Código Bustamante traz importantes normas dispoendo sobre a insolvência transnacional, sendo diploma de grande relevância para o presente trabalho por ter sido ratificado e internalizado no ordenamento brasileiro. Contudo, há que se fazer uma ressalva. Apesar de o Código ter sido ratificado por vários 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 ratificaram o instrumento. Desse modo, considerando que os principais fluxos de investimento ocorriam entre países que não eram abrangidos pelas disposições do Código Bustamante, bem como seu intento monumental, o documento 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 mains flow of investment is from or is legally connected with other jurisdiction, rather than investors being located in the signatory states of the code.²²⁸

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

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.²²⁹

Retornando ao setor do petróleo e gás natural, há que se fazer uma importante ressalva. A internacionalização da indústria ocorre, normalmente, por intrincadas cadeias societárias dos

²²⁷ *Idem*, pp. 114-115.

²²⁸ 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.

²²⁹ DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional privado...**, pp. 68-67.

grupos econômicos. Assim, cada ente do conglomerado, como visto no capítulo 1, constitui uma sociedade separada das outras agrupadas, detendo personalidade jurídica própria e autonomia subjetiva. Vê-se que tanto os tratados de Montevideu quanto o Código Bustamante não são instrumentos aptos a lidar com a realidade das subsidiárias estrangeiras. Em razão da época de sua elaboração, essa realidade não foi vislumbrada pelos diplomas, que simplesmente enfocaram a questão dos estabelecimentos autônomos e dependentes do principal. Conclui-se, portanto, que houve um tratamento conferido às filiais, porém restam, na atualidade, incapazes de lidar efetivamente com a realidade dos grupos societários, não só petrolíferos como de outros setores da atividade econômica.

São esses os principais instrumentos internacionais que dão o contorno do tratamento convencional clássico da insolvência transnacional. Além deles, registram-se algumas tentativas europeias de regulamentar a matéria, porém sem comungar da mesma abrangência e aceitação que os diplomas latino-americanos tiveram, dentre os quais se destaca a Convenção Nórdica sobre Falência de 1933, celebrada entre Dinamarca, Finlândia, Islândia, Noruega e Suécia. Para ilustrar esse e outros instrumentos internacionais, recorre-se à lição de Haroldo Valladão:

Na Europa constatou-se, no domínio dos tratados e convenções, o aparecimento com êxito, *apenas dos realizados entre países vizinhos*, p. ex., França com Suíça, 1869, a Bélgica, 1899, a Itália, 1930, e Mônaco, 1950, da Áustria com os países limítrofes, Bulgária, 1922, Iugoslávia, 1928, e correlativamente esta com a Bulgária e a Tchecoslováquia, esta com a Bulgária e a Romênia, da Bélgica e a Holanda, 1925. A Convenção Escandinava sobre Falência, de 7 de novembro de 1933, também entre vizinhos, realizou uma tentativa avançada em prol da unidade, arts. 1, 2 e 3, mas com sérias restrições para a lei do lugar da situação dos bens, arts. 4, 5, 6 e 7 e, especialmente, o 13 [...]. Na Comunid. Econom. Européia [sic] fez-se apenas um Projeto de Convenção.²³⁰

3.2 Lei modelo da UNCITRAL sobre Insolvência Transnacional

Com o passar do tempo, a expansão do mercado globalizado e, especialmente, a crise que o setor do petróleo enfrentou na década de 1970, que levou a uma série de insolvências entre as sociedades transnacionais petrolíferas, notou-se um incremento nas discussões sobre a matéria, resultando em normas convencionais robustas que lidassem com questões mais complexas. Além disso, percebeu-se um deslocamento do eixo de protagonismo. Inicialmente,

²³⁰ VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado, em base histórica e comparativa...**, p. 40.

localizado na América Latina, vislumbrou-se um movimento em direção aos Estados Unidos da América e Europa²³¹. O primeiro importante diploma que se destaca nesta fase contemporânea do tratamento do assunto é a Lei Modelo sobre Insolvência Transfronteiriça (*Model Law on Cross-Border Insolvency*) de 1997, doravante LMIT. A LMIT foi promulgada pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional (*United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL*)²³².

Conforme pontua Paulo Fernando Campana Filho, a LMIT foi adotada para tentar solucionar a ausência de instrumentos internacionais que tratassem da insolvência transnacional, o que acabava conduzindo a elaboração de acordos de cooperação *ad hoc* entre órgãos e autoridades competentes para tentar remediar o problema²³³. Em razão desse quadro de escassez, a Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio de sua Resolução nº 52/158 de

²³¹ Luciana Scotti analisa a situação do Mercosul e as razões da dificuldade de elaboração de um instrumento próprio e contemporâneo no âmbito do bloco regional: “No existe en el seno del MERCOSUR ninguna norma de derecho originario o derivado en materia de insolvencia internacional ni tampoco un tratado, tal como vimos en el apartado anterior que, aún elaborado por fuera de su ámbito, vincule a los cuatro Estado miembros del esquema. Un instrumento propio del MERCOSUR en el tema que nos ocupa encuentra múltiples fundamentos de los que ya hemos dado cuenta. Sin embargo, tal como también hemos señalado, cuestiones de fondo vinculantes a la estructura institucional de nuestro espacio integrado, en particular a la elaboración de normas MERSOCUR, a su incorporación en los derechos internos de los Estados partes, a su jerarquía en relación con los ordenamientos internos y en definitiva, a su eficacia, se interponen como obstáculos para la elaboración de cualquier normativa común”. SCOTTI, Luciana B. **Armonización legislativa en materia de insolvencia internacional de los grupos económicos: ¿una asignatura pendiente en el MERCOSUR?** *Dissertação de mestrado apresentada na Universidade de Buenos Aires para obtenção do título de mestre em Relações Internacionais*. 2005. p. 219. A dissertação e outros textos doutrinários sobre insolvência na América Latina podem ser acessados através do portal eletrônico da Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), através do seguinte link: <http://www.asadip.org/v2/?page_id=664>. Acesso em: 17 abr. 2016.

²³² Como adiantado na introdução, a UNCITRAL foi criada em 1996 pela Resolução 2205 (XXI) da Assembleia Geral da ONU, com o escopo de atuar na uniformização do comércio internacional, tendo aprovado importantes instrumentos. Dentre eles, destaca-se a Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional (*Model Law on International Commercial Arbitration*), aprovada pela Resolução 40/72 de 11.12.1985 e alterada no ano de 2006, diploma de grande valor e importância para os meios jurídico e empresarial. Veja-se lição de Katharina Boele-Woelki acerca do órgão: “UNCITRAL was established by the General Assembly of the United Nations in 1966. It has its seat in Vienna. In establishing the Commission, the General Assembly recognized that disparities in national laws governing international trade created obstacles to the flow of trade, and it regarded the Commission as the vehicle by which the United Nations could play a more active role in reducing or removing these obstacles. [...] The Commission has established six working groups to carry out the substantive preparatory work on topics within the Commission’s work programme. These topics cover procedure, international arbitration and conciliation, transport law, electronic commerce, insolvency law and security interests. BOELE-WOELKI, Katharina. **Unifying and Harmonizing Substantive Law and the Role of Conflict of Laws**. *Hague Academy of International Law*, 2010, p. 309.

²³³ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A recuperação judicial de Grupos Societários Multinacionais...**, p. 97. Sobre o conceito desses acordos privados ou protocolos, veja-se lição de Jamie Altman: “A protocol is a private agreement which parties enter into of their own accord. Protocols are especially important for coordination the multiple proceedings in different countries that arise as a result of an international corporate group, such as Lehman [Lehman Brothers], filing bankruptcy. The main goal of a protocol is to maximize efficiency and minimize dispute among all parties: debtors, creditors, and tribunal worldwide”. ALTMAN, Jamie. **A Test Case in International Bankruptcy Protocols: The Lehman Brothers Insolvency**. 12 *San Diego International Law Journal*. 463 2010-2011. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/sdintl12&div=19&id=&page=>>>. Acesso em: 19 set. 2016, p. 465.

15 de dezembro de 1997, recomendou a adoção do documento aos Estados²³⁴. A primeira questão importante a se observar é que o diploma da UNCITRAL é uma lei modelo, isto é, configura-se tão somente como uma recomendação legislativa que pode ou não ser adotada, parcial ou integralmente, pelos países a que se destina, caracterizando-se como instrumento de *soft law*²³⁵. A escolha por essa natureza se deu, dentre outros fatores, pela dificuldade que o continente europeu vinha enfrentando ao tentar elaborar uma convenção multilateral vinculante sobre a matéria, conforme demonstrado acima.

É de se ressaltar, contudo, que a proposição da LMIT e de outros documentos importantes não inibiu o desenvolvimento dos acordos de cooperação *ad hoc*, inclusive entre Estados de distintas tradições jurídicas²³⁶. Exemplo dessa continuidade se manifestou no precedente *Matlack Inc.*²³⁷. Nele, um grupo de sociedades de transporte que operava no território dos Estados Unidos, Canadá e México ajustou um acordo para coordenar os procedimentos de insolvência abertos nos dois primeiros países. Ficou decidido que cada Corte

²³⁴É interessante observar alguns dos fundamentos que presentes na Resolução nº 52/158 que conduziram à recomendação. Veja-se, *in verbis*: “Considering that inadequate coordination and cooperation in cases of cross-border insolvency reduce the possibility of rescuing financially troubled but viable businesses, impede a fair and efficient administration of cross-border insolvencies, make it more likely that the debtor's assets would be concealed or dissipated and hinder reorganizations or liquidations of debtors' assets and affairs that would be the most advantageous for the creditors and other interested persons, including the debtors and the debtors' employees; Noting that many States lack a legislative framework that would make possible or facilitate effective cross-border coordination and cooperation; Convinced that fair and internationally harmonized legislation on cross-border insolvency that respects the national procedural and judicial systems and is acceptable to States with different legal, social and economic systems would contribute to the development of international trade and investment; Considering that a set of internationally harmonized model legislative provisions on cross-border insolvency is needed to assist States in modernizing their legislation governing cross-border insolvency; [...] Recommends that all States review their legislation on cross-border aspects of insolvency to determine whether the legislation meets the objectives of a modern and efficient insolvency system and, in that review, give favourable consideration to the Model Law, bearing in mind the need for an internationally harmonized legislation governing instances of cross-border insolvency”.

²³⁵“A Model Law suggests a set of legal propositions for law-makers and national Governments to consider adopting as part of their domestic legislation. [...] Their application depends on decisions of national or state legislatures. They only contain recommendation that they be enacted into national or state law. Given their lack of any enforceability, Model Law and Model Acts must convince *imperio rationis* instead *ratione imperii*. Countries and states are both free do adopt Model Laws and Model Acts in whole or in part or to adjust their content according to their specific needs. Generally, these instruments have been carefully considered; they enjoy authority since they are drafted by experts who have, usually, also based their final decision on comparative research. If a national legislator is inspired by the model solutions the decision not to take the whole pack-age but to select only some parts of it and/or modify other parts instead should be well justified. Anyhow, their flexibility and the final say which national and state legislatures have, make Model Laws and Model Acts also highly attractive. They are drafted like codes or statutes”. BOELE-WOELKI, Katharina. **Unifying and Harmonizing Substantive Law...**, pp. 327-328.

²³⁶A LMIT foi elaborada sob perspectiva de países integrantes do *common law*. Contudo, uma vez que se trata de norma de *soft law*, não oferece qualquer obstáculo para que países pertencentes ao *civil law* ou outras tradições jurídicas a internalizem. Inclusive, a UNCITRAL publicou o *Judicial Perspectives* em 2011, com o escopo de orientar magistrados na interpretação e aplicação das normas do instrumento e familiarizar aqueles pertencentes a países de tradição romano-germânica.

²³⁷CANADÁ. *Superior Court of Justice of Ontario*, caso Nº 01-CL-4109; ESTADOS UNIDOS. *United States Court for the District of Delaware*, caso Nº 01-01114 (2001).

reconheceria a paralização das ações ordenadas pelo outro, bem como que os devedores, credores e demais partes interessadas poderiam comparecer perante qualquer um dos juízos, não se sujeitando necessariamente à sua jurisdição. Assuntos como a remuneração dos profissionais e comunicações necessárias para preservação dos direitos dos credores também foram ventilados no protocolo *ad hoc* celebrado²³⁸. O judiciário canadense reconheceu a cooperação entre os feitos, com base na principiologia da cooperação jurídica internacional, lastreando-se especificamente no princípio da cortesia (*principle of comity*):

Cet arrêt [Re Matlack] surprend par sa franchise et sa simplicité. Le juge ne s'étend pas sur les complexités juridiques et divergences des deux systèmes juridiques ; il se contente d'affirmer les deux principes fondamentaux de la liquidation internationale: principe de comity et communication, gage de coordination et coopération entre juridictions concernées. Ainsi l'arrêt s'apparente-t-il à un véritable arrêt de principe affirmant le besoin de coopération judiciaire en la matière.²³⁹

Além desse exemplo, mister citar o emblemático caso *Lehman Brothers*, a maior insolvência que a história do direito empresarial mundial já registrou:

On September 15, 2008, Lehman Brothers, then the fourth largest investment bank in the United States, filed for chapter 11 bankruptcy. Later, some would claim that the collapse of Lehman Brothers ("Lehman") into bankruptcy sparked the international financial crisis of 2009. [...] Lehman operated in over forty countries and had more than 650 legal entities outside of the United States. The bankruptcy filing resulted in over seventy-five separate proceedings, with more than sixteen administrators playing multiple roles. Proceedings were adjudicated by tribunals in nine countries, and the law in each country varied widely. For example, the applicable law included the Dutch Bankruptcy Act, the German Insolvency Code, Swiss Law on Banks and Savings, Civil Hong Kong Companies Ordinance, Singapore Companies Act, and the Australian Corporations Act. Accordingly, coordination an international bankruptcy of this size and scope would be daunting task. To facilitate the process, interested parties entered into a private agreement: the Cross-Border Insolvency Protocol for the Lehman Brothers Group of Companies.²⁴⁰

A presença de protocolos *ad hocs* majora a participação das partes envolvidas no sucesso da condução da insolvência. Em viés comparativo, esse protagonismo das partes em assuntos estratégicos ao Estado pode ser visto também na indústria do petróleo. Como será melhor analisado no capítulo 5, a ANP precisa alterar seu papel de mero aplicador da lei para

²³⁸ UNCITRAL. **Guía de Prácticas sobre Cooperación en la Insolvencia Transfronteriza**. New York, 2010. Disponível em: <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/Practice_Guide_Ebook_spanish.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2016, p. 139

²³⁹ SEDEF, Julia. **Coopération judiciaire et faillite internationale...**, p 2.

²⁴⁰ ALTMAN, Jamie. **A Test Case in International Bankruptcy ...**, pp. 464-465. Para Paulo Fernando Campana Filho, a acentuada divergência entre os ordenamentos fez com que o protocolo do caso se assemelhasse a uma declaração de intenções: "Devido às grandes diferenças entre os ordenamentos jurídicos de países envolvidos, o acordo era mais uma declaração de intenções e diretrizes do que propriamente um documento vinculativo. Esse acordo foi inicialmente celebrado pelos representantes dos processos falimentares nos Estados Unidos, Alemanha, Hong Kong, Cingapura e Austrália, mas previa a adesão de representantes de outros países mesmo sem a assinatura formal". CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A Recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais...**, p. 99.

verdadeiro garante do interesse público. Uma das formas de se fazer isso é observando as melhores práticas da indústria do petróleo, o que conduz à obrigação de se analisar os acordos privados estabelecidos pelas partes no âmbito da recuperação judicial (ex: *joint operating agreement*), com o escopo de melhor delimitar a responsabilidade de sociedades envolvidas em eventuais consórcios.

Abordados esses elementos, passa-se à análise do conteúdo da LMIT. Inicialmente, destaca-se que o diploma baseou-se em alguns princípios invocados ao longo de sua elaboração. O primeiro a ser destacado é a necessidade de reconhecimento de um único procedimento de insolvência principal, aproximando-se das correntes universalistas mitigadas que defendem a existência de processos principais e secundários. Esse reconhecimento é amparado no intuito cooperativo e confiança recíproca entre os Estados²⁴¹. Além disso, um dos principais lastros da norma é o princípio de que todo representante estrangeiro deve ter acesso direto às autoridades judiciais do Estado em que se instalou um procedimento de insolvência²⁴², estendendo tal proteção aos credores também. Por fim, a norma modelo se assenta no princípio do *par conditio creditorum*, no reconhecimento de alguns efeitos automáticos das decisões e na imposição do dever de coordenação entre os órgãos e autoridades competentes para a insolvência. Nota-se certa semelhança entre o sistema adotado pela norma modelo e o universalismo modificado proposto por Jay L. Westbrook²⁴³.

O Preâmbulo da LMIT, inobstante contenha importantes considerações, não estabelece quaisquer direitos e obrigações para os entes e partes envolvidos. Dentre os propósitos nele elencados, destaca-se: (i) a necessidade de maior segurança jurídica, (ii) a importância da cooperação entre as autoridades e órgãos, (iii) a imprescindibilidade de uma correta administração dos interesses dos credores e do próprio devedor, (iv) a proteção e maximização do valor dos ativos do devedor, (v) a facilitação da recuperação de sociedades, (vi) a proteção dos investimentos e, por fim, (vii) a preservação dos empregos.

²⁴¹ “El razonamiento que efectúa la ley internacional de Naciones Unidas descansa en el principio del reconocimiento *ope legem* de la competencia del juez extranjero de la insolvencia. Se trata de una solitud de reconocimiento ‘no’ contenciosa. El reconocimiento no es un tema jurisdiccional propiamente dicho, sino más bien en una homologación basada en presunciones *iuris tantum*. Se deroga por esta vía todo proceso de exequátur de la sentencia declaratoria del estado de insolvencia. En suma, se trata de la asimilación del estado de insolvencia decretado en el extranjero por el juez exhortado, sumándose a esto el principio de la simplicidad probatoria. Todo ello basado en la teoría de la confianza recíproca entre los Estados”. BOUTIN, Gilberto. **La insolvencia transfronteriza en el derecho...**, p. 107.

²⁴² BERENDS, André J. **The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: A Comprehensive Overview.** *Tulane Journal of International Law and Comparative Law.* v. 6, 1998, p. 322.

²⁴³ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A Recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais...**, p. 101.

A doutrina aponta possíveis choques entre os objetivos previstos no Preâmbulo:

For example, the objective of protecting and maximizing the value of the debtor's assets may conflict with the aim of facilitating the rescue of financially troubled businesses. What should a liquidator do in the situation where he can choose between selling a company for two million Dutch guilders after having fired fifty percent of the employees and selling that same company for one million Dutch guilders and preserving full employment? The answer depends on the appropriate national legislation. In the Netherlands, there is a discussion going on about this question. At least two decisions of the Hoge Raad (Dutch Supreme Court) show that the liquidator must protect not only the interests of the creditors, but also the interests of other (especially what can be translated as "social interests").²⁴⁴

O artigo 1º trata acerca do âmbito de aplicação, prevendo algumas hipóteses em suas alíneas. Nesse sentido, as regras da LMIT podem ser invocadas quando os Estados buscarem assistência a uma Corte estrangeira ou representante estrangeiro conectado a um procedimento de outra jurisdição, bem como quando o processo estiver sob regência de lei específica de insolvência, indicada pelo país no momento em que este for internalizar o diploma modelo. Além dessas situações, prevê-se ainda a questão da atuação transnacional de um mesmo devedor e dos interesses de credores espalhados em procedimentos falimentares ou recuperacionais ao redor do mundo, típica situação da indústria do petróleo. Em síntese, o instrumento visa sugerir aos Estados a descrição do que se constitui uma insolvência com aspectos transfronteiriços, permitindo que sejam excepcionados procedimentos que envolvam alguns devedores estratégicos, como, *v.g.*, bancos ou seguradoras (art. 1º, § 2º).

É importante observar que a lei modelo não cria qualquer obstáculo à declaração de insolvência de uma pessoa física ou jurídica que não exerça atividade econômica, inclusive aquelas na condição de consumidores, suscitando dúvida de como lidar na hipótese de instauração de um procedimento em um Estado, que permita tal situação, necessitando ser reconhecido em outro, que não a autoriza. Inobstante a doutrina critique a exclusão desses tipos de procedimento²⁴⁵, por ser uma lei modelo, é possível tal previsão pelo país, impedindo que ocorra a cooperação entre os órgãos nessa hipótese. O diploma, contudo, preferiu não disponibilizar explicitamente disposição nesse sentido, de modo a não incentivar os Estados a adotá-la. Veja-se como a matéria restou tratada no Guia de Interpretação, elaborado pela UNCITRAL:

²⁴⁴ BERENDS, André J. **The UNCITRAL Model Law on Cross-Border...**, p. 324.

²⁴⁵ "If a consumer maintains assets abroad, I cannot understand why these assets should not be sold and distributed among the foreign creditors. In Dutch case law, a man bought two luxurious villas on the Spanish coast to avoid paying his ex-wife alimony. There is no reason why these villas should not be sold by the liquidator. Fortunately, the Dutch court ruled that the man should cooperate with the Dutch liquidator to sell the villa". *Ibidem*, pp. 326-327.

In jurisdictions that have not made provision for the insolvency of consumers or whose insolvency law provides special treatment for the insolvency of non-traders, the enacting State might wish to exclude from the scope of application of the Model Law insolvencies that relate to natural persons residing in the enacting State whose debts have been incurred predominantly for personal or household purposes, rather than for commercial or business purposes, or insolvencies that relate to non-traders. The enacting State might also wish to provide that such exclusion would not apply in cases where the total debts exceed a certain monetary ceiling.²⁴⁶

O art. 2º propõe-se a delimitar o conteúdo dos termos que serão utilizados ao longo da LMIT. Sua maior importância se assenta na definição de procedimento principal (*foreign main proceeding*) e procedimento não-principal ou secundário (*foreign non-main proceeding*). Será principal aquele processo instaurado no país em que o devedor tenha o seu centro de interesses principais (*centre of main interests*)²⁴⁷, abreviado pela sigla inglesa COMI. Por outro lado, será secundário, aquele aberto em outro lugar em que o devedor possua um estabelecimento²⁴⁸, isto é, um centro de operações onde exerça atividade econômica não transitória, veiculando recursos humanos e bens ou serviços²⁴⁹. A ideia de se eleger o centro de interesses principais como critério de competência judicial internacional teve como intuito colocar a norma em consonância com o princípio da proximidade, tomado como ponto de vista a figura do devedor²⁵⁰.

A questão é que seu conceito é fluido, abrindo margem para considerável insegurança jurídica em determinados casos. A sua localização é um dos temas mais controvertidos do direito falimentar internacional, conduzindo a uma série de discussões acadêmicas e práticas. A título inicial sobre este tema, cumpre informar que a LMIT apresenta algumas presunções para o seu reconhecimento. Desse modo, em seu art. 16, § 3º, estipula que, não havendo prova em contrário, presume-se sendo o centro de interesses principais a sede estatutária do devedor pessoa jurídica (domicílio social), bem como domicílio profissional ou residência habitual do devedor pessoa física.

No que se refere à pessoa jurídica, hipótese em que ocorre o maior número de

²⁴⁶ UNCITRAL. **Guide to Enactment and Interpretation of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency**. U.N. GAOR, 30ª sess. Doc. A/CN.9/442 (1997). Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/1997-Model-Law-Insol-2013-Guide-Enactment-e.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2016, pp. 36-37.

²⁴⁷ Art. 2º, b, da Lei Modelo da UNCITRAL.

²⁴⁸ Art. 2º, c, da Lei Modelo da UNCITRAL.

²⁴⁹ Art. 2º, f, da Lei Modelo da UNCITRAL.

²⁵⁰ Para conceituação desse princípio, veja-se lição de Jacob Dolinger: “O mais relevante princípio do moderno direito internacional privado é o da proximidade, que estabelece que as relações jurídicas devem ser regidas pela lei do país com a qual haja mais íntima, próxima, direta conexão [...]. A lei mais próxima é a mais conectada com as partes e/ou com a relação jurídica – é a lei mais talhada, mais adequada, mais apropriada para a causa em questão, portanto, a mais pertinente. Nesse sentido, a proximidade guarda relação com a ideia de adequação”. DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional privado...**, p. 363.

complicações, é importante fazer uma ressalva conceitual inicial. Como se viu no capítulo 1, ainda que não seja o caso do Brasil, o critério da sede estatutária pode ser empregado para reconhecer a nacionalidade de algumas pessoas jurídicas, tema que se torna importante para o âmbito da indústria do petróleo, pois os Estados podem criar certas limitações às atividades empresariais voltadas para o setor *upstream* (por exemplo, exigir a aquisição de bens e serviços produzidos/prestados no país hospedeiro em atenção a cláusulas de conteúdo local). Contudo, não há que se confundir nacionalidade com centro de interesses principais. Inobstante o critério utilizado para que uma sociedade tenha ou não determinada nacionalidade, esta situação não influencia o reconhecimento de seu centro de interesses principais, que será feito nos modelos da LMIT, nas hipóteses em que esta restar internalizada.

É importante acentuar que a estipulação prevista no art. 16, § 3º, constitui tão somente mera presunção, não tendo a norma modelo delimitado com precisão o conteúdo de centro de interesses principais do devedor:

Ahora bien, debe subrayarse que se trata de simples presunciones, que no ahorran analizar si, efectivamente, allí se encuentra el centro de sus intereses principales; la existencia de la presunción y la posibilidad de que se proceda a la apertura del procedimiento sin contradicción entraña riesgos que han de ser contrarrestados con un examen diligente por parte del órgano jurisdiccional de donde se localiza el centro de los intereses principales del deudor. Precisamente, una de las virtudes del concepto es que evita acudir a complicadas operaciones de levantamiento del velo social.²⁵¹

A ausência de delimitação precisa do conteúdo do centro de interesses principais foi reconhecida pelo Guia de Interpretação da UNCITRAL, destacando a figura do relatório Virgós-Schmit, instrumento não vinculante, preparado para a Convenção da União Europeia sobre Procedimentos de Insolvência de 1995, que será citada no tópico 3.4 deste capítulo, como importante fonte subsidiária para auxiliar na sua localização:

The Model Law does not define the concept “centre of main interests”. However, an explanatory report (the Virgos-Schmit Report), prepared with respect to the European Convention, provided guidance on the concept of “main insolvency proceedings” and notwithstanding the subsequent demise of the Convention, the Report has been accepted generally as an aid to interpretation of the term “centre of main interests” in the EC Regulation. Since the formulation “centre of main interests” in the EC Regulation corresponds to that of the Model Law, albeit for different purposes (see para. 141 below), jurisprudence interpreting the EC Regulation may also be relevant to interpretation of the Model Law.²⁵²

Nos moldes do relatório, o conceito de centro de interesses principais deve ser

²⁵¹ PIÑERO, Laura Carballo. **Procedimientos concursales y competencia judicial internacional: análisis de dos conceptos clave**. In: ARROYO, Diego P. Fernández; KLOR, Adriana Dreyzin (coords.). **Derecho del Comercio Internacional...**, p. 13.

²⁵² UNCITRAL. **Guide to Enactment and Interpretation of the UNCITRAL...**, p. 44.

interpretado como o local onde o devedor conduz a administração de seus interesses de maneira habitual e que possa ser averiguada por terceiros²⁵³. Nesse sentido, diante de uma lide concreta, devem-se apurar quatro elementos: i) quais são os interesses principais do devedor; ii) o local em que se administram esses interesses; iii) se há habitualidade; iv) e, por fim, se esse local é reconhecido por terceiros²⁵⁴. Além disso, a doutrina ainda contribui com o tema ao destacar que os interesses do devedor devem ser entendidos *lato sensu*, compreendendo qualquer assunto econômico sem restrição a atividades comerciais, industriais e profissionais²⁵⁵. Localizando-se o centro de interesses principais do devedor, irá ele atuar como regra de competência judicial a título exclusivo, isto é, operando como “fuente de *vis attractiva concursus* que niega toda competencia judicial concurrente en materia de insolvencia”²⁵⁶.

A presunção da sede estatutária do devedor como o centro de interesses principais pode levar a ocorrência de *forum shopping*, pois nada impede que a sociedade manipule sua sede para outro local, que, por alguma razão, lhe seja mais benéfico. A situação se agrava ainda mais na hipótese de transnacionais que atuem pela estrutura de grupos de sociedades, especialmente na indústria do petróleo pelo elevado porte econômico da atividade. Isso porque a diversidade de forma que tais conglomerados podem assumir dificulta a criação de um regime jurídico único a ser adotado no caso de uma insolvência generalizada. Desse modo, como bem salienta Paulo Fernando Campana Filho, torna-se necessário que se determine, em cada caso concreto, se a “sociedade agrupada deve se submeter a um processo distinto, e, neste caso, qual o grau de coordenação que deve haver entre eles. Além disso, é de se indagar se as diferenças existentes nas estruturas de grupo poderiam justificar a adoção de soluções também diferentes”²⁵⁷.

O risco de *forum shopping* é bem explorado por Lynn M. LoPucki. O mencionado professor cita para ilustrar sua posição a reestruturação hipotética da gigante petrolífera *Chevron Texaco*. Em um primeiro momento, tem-se quadro em que há uma *holding* (sociedade *Chevron Texaco*), que controlara subsidiárias norte-americanas e a sociedade *Chevron Texaco Overseas Petroleum*. Esta, por sua vez, controla subsidiárias com sede em outros territórios que não o americano. Após isso, com o intuito de auferir vantagens, o grupo enfrentaria uma reestruturação em que a *Chevron Texaco Overseas Petroleum* passaria a ser a sociedade-mãe do

²⁵³ “The concept of ‘centre of main interests’ must be interpreted as the place where the debtor conducts the administration of his interests on a regular basis and is therefore ascertainable by third parties” (§. 75). **Relatório Virgós-Schmit**. Disponível em: <http://globalinsolvency.com/sites/all/files/insolvency_report.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2016, p. 51.

²⁵⁴ PIÑERO, Laura Carballo. **Procedimientos concursales y competencia judicial internacional...**, p. 14.

²⁵⁵ *Idem*.

²⁵⁶ BOUTIN, Gilberto. **La insolvencia transfronteriza en el derecho...**, p. 109.

²⁵⁷ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A Recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais...**, p. 183.

grupo, controladora das subsidiárias estrangeiras e da *Chevron Texaco*, que permaneceria controlando as subsidiárias sediadas nos EUA²⁵⁸. Veja-se alerta feito pelo professor das consequências dessa alteração:

The restructuring makes that corporation [Chevron Texaco Overseas Petroleum] the parent of the entire group. If it is not yet a foreign corporation, it reincorporates offshore. The former parent becomes the new parent's "foreign" U.S. subsidiary. All assets, people, and operations remain exactly where they were. Such "moves" are effective to defeat U.S. taxation. Why would they not be effective to defeat U.S. bankruptcy? The rule of residency causes no great problems in domestic U.S. bankruptcy cases. That does not, however, mean that the rule of residency would not wreak havoc in international cases. The difference is that a domestic bankruptcy proceeds according to essentially the same law regardless of the state in which it is adjudicated. The same would not be true of an international case. A change of COMI would mean a change of legal systems and perhaps even language.²⁵⁹

Outro fator prejudicial dos grupos econômicos é o fato de cada sociedade ser detentora de personalidade jurídica própria, de modo que suscitam dúvidas se seria possível um regime de insolvência único, uma vez que significaria desconsiderar a personalidade jurídica de todas as unidades²⁶⁰. Isso porque a medida da desconsideração deve ser aplicada apenas em casos excepcionais, não podendo constituir regra ordinária da atuação empresarial. Contudo, alguns autores, como o juiz federal norte-americano Samuel Bufford, como visto no capítulo anterior, sustentam que seria possível a abertura de um processo de insolvência principal no centro de interesses principais do grupo e não do devedor, desde que as sociedades agrupadas operassem como uma unidade econômica integrada²⁶¹. Ainda que haja um interesse em se tratar

²⁵⁸ LOPUCKI, Lynn M. *Universalism Unravels...*, p. 16.

²⁵⁹ *Ibidem*, pp. 16-17.

²⁶⁰ Sobre a desconsideração da personalidade jurídica, veja-se lição de Alexandre Ferreira de Assumpção Alves: "A desconsideração da personalidade jurídica é doutrina baseada na equidade, em virtude da qual o juiz pode prescindir de forma externa da pessoa jurídica para, penetrando nela, alcançar as pessoas amparadas sob seu véu. Embora o primeiro caso a empregar a desconsideração tenha sido reformado na instância final, a possibilidade da sociedade praticar atos que beneficiassem diretamente o sócio, lícitos perante a lei, mas ilícitos quanto ao seu verdadeiro objetivo, passou a preocupar os juristas ingleses e, sobretudo, os norte-americanos, onde a teoria foi efetivamente empregada e desenvolveu-se [...]. No Brasil, a teoria foi introduzida no meio acadêmico no ano de 1969, em conferência proferida por Rubens Requião na Universidade Federal do Paraná, onde o jurista demonstrou sua compatibilidade com o direito nacional, tarefa levada a cabo anteriormente em relação ao direito italiano por Piero Verrucoli, um dos responsáveis pela propagação da doutrina nos países do sistema jurídico de *Civil Law*". ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. **Desconsideração da Personalidade Jurídica como Instrumento Jurídico de Efetivação da Reparação por Danos Ambientais**. p. 4125. In: XVI Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Belo Horizonte. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2007, pp. 4118-4136. Disponível em: < http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/alexandre_ferreira_de_assumpcao_a_lves.pdf >. Acesso em: 24 ago. 2016.

²⁶¹ "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 or 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 separate legal entities. In contrast, where a company is not integrated into the group as a single economic unit, the court should decide proper venue separately based on the location of its COMI, as the EU Regulation and the Model Law now provide". BUFFORD, Samuel L. *Global Venue...*, pp. 136-137.

conjuntamente da insolvência de um grupo, fato é que LMIT restou silente sobre esse aspecto:

La lógica jurídica choca, sin embargo, con la realidad económica del grupo, que debería tener también un reflejo en la insolvencia. Cómo ha de hacerlo es, obviamente, la controversia que nos ha llevado al punto donde estamos, sin que existan normas sobre el tratamiento de la insolvencia del grupo de sociedades dentro de instrumentos internacionales. Sin embargo, la práctica se ha encargado de demostrar que no es posible arrinconar este problema y que existe un claro interés en tratar conjuntamente la insolvencia del grupo. Para ello, tomado el modelo de insolvencia transfronteriza, la flexibilidad del centro de intereses principales del deudor juega un papel determinante, de manera que, aun partiendo del principio “una sociedad, un concurso”, la insolvencia de todas las sociedades del grupo acaba residenciándose ante un único tribunal, el de la sede de la sociedad matriz, también considerado el del centro de los intereses principales de las sociedades filiales.²⁶²

Por fim, um último comentário que resta a tecer sobre o centro de interesses principais no âmbito da LMIT é que os defensores do universalismo acentuam o fato de que poucos são os casos em que realmente surge dúvida relevante acerca de sua localização. Na maioria das insolvências transnacionais, a localização do centro de interesses principais torna-se evidente. Nesse diapasão, posicionam-se Andrew T. Guzman²⁶³ e Jay L. Westbrook²⁶⁴.

O sistema da LMIT visa à celeridade e efetividade da insolvência, buscando, por exemplo, evitar a expedição de cartas rogatórias na cooperação jurídica. É nesse sentido que

²⁶² PIÑERO, Laura Carballo. **Procedimientos concursales y competencia judicial internacional...**, p. 16. É importante mencionar que o guia legislativo da UNCITRAL de 2010 (parte 3) buscou desenvolver um regime de tratamento da insolvência no âmbito dos grupos de sociedades, recomendando que os princípios da cooperação internacional previstos na Lei Modelo sirvam de balizamento para tal situação: “The first step in finding a solution to the problem of how to facilitate the global treatment of enterprise groups in insolvency might be to ensure that existing principles for cross-border cooperation apply to enterprise group insolvencies. Cooperation between courts and insolvency representatives in insolvency proceedings involving multinational enterprise groups may help to facilitate commercial predictability and increase certainty for trade and commerce, as well as fair and efficient administration of proceedings that protects the interests of the parties, maximizes the value of the assets of group members to preserve employment and minimizes costs. Although there are enterprise groups in which separate insolvency proceedings may be a feasible option because there is a low degree of integration in the group and group members are relatively independent of each other, for many groups cooperation may be the only way to reduce the risk of piecemeal insolvency proceedings that have the potential to destroy going-concern value and lead to asset ring-fencing, as well as asset shifting or forum shopping by debtors”. UNCITRAL. **Legislative Guide on Insolvency Law. Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency**, (2010). Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/Leg-Guide-Insol-Part3-ebook-E.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2016, pp. 36-37.

²⁶³ “In fact, there is widespread agreement among those interested in transnational insolvency that, in the vast majority of cases, the home country will be easy to identify – making the issue a minor question. In those few cases where ambiguity exists, creditors must take that uncertainty into account when they negotiate loan. Although this will introduce inefficiency in some cases, creditors rarely will need to consider more than two jurisdictions. Contrast this outcome with territorialism, under which creditors must consider the laws of all jurisdictions in which assets are located, or into which assets may move”. GUZMAN, Andrew T. **International Bankruptcy: In Defense of...**, pp. 2207-2208.

²⁶⁴ “Any law professor can then devise the marginal hypothetical where the plant is in Chicago, while the CEO, one secretary, and a fax machine actually reside on the sun-drenched isle, but the marginal cases will be few. Resolved in a single court, they would present little practical difficulty across the run of cases. The specification of court jurisdiction in the highly successful Brussels Convention serves as an excellent early model for this sort of international rulemaking in the context of a single-court, referred-question system. The model would work as well for choice of law, even though it is somewhat more complicated than choice of forum”. WESTBROOK, Jay Lawrence. **A Global Solution to...**, p. 2315.

está prevista a possibilidade de um representante estrangeiro ter acesso direto às cortes de insolvência²⁶⁵, que poderá requerer a abertura de um novo procedimento local ou participar de um em andamento²⁶⁶. Aos credores, além do direito de acesso direto, também é garantida a preferência de seus créditos²⁶⁷. Ainda na esteira da celeridade e eficácia, a norma modelo possibilita a cooperação jurídica direta entre as autoridades e órgãos competentes para insolvência dos Estados envolvidos²⁶⁸, destacando-se a figura dos juízes, administradores judiciais e do próprio devedor. A LMIT prevê expressamente a possibilidade de celebração de acordos *ad hoc* para a administração conjunta da insolvência²⁶⁹. Portanto, a cooperação jurídica internacional se dá pelo reconhecimento de um procedimento estrangeiro, ou seja, da legitimidade dos atos praticados no exterior, inobstante não haja a abertura de um processo local²⁷⁰.

O reconhecimento do procedimento estrangeiro é regido pelo art. 15, que exige a apresentação de documentos, como a cópia certificada da decisão que instaurou o processo e da que designou o representante estrangeiro²⁷¹, bem como que o pedido seja acompanhado de declaração que identifique todos os procedimentos de insolvência existentes em face do devedor²⁷², facultando-se a imposição pela Corte de tradução para o vernáculo local²⁷³. Caso este procedimento esteja ocorrendo no local do centro de interesses principais do devedor será reconhecido como principal e, na hipótese inversa, como não principal²⁷⁴, devendo o magistrado prezar pela celeridade do feito²⁷⁵. Ainda que a LMIT tenha por escopo a cooperação jurídica nas searas falimentar e recuperacional, nela está prevista a faculdade de não reconhecimento dos atos praticados no exterior caso estes violem a ordem pública do Estado²⁷⁶. Essa hipótese, contudo, deve ser excepcionalmente invocada pelos países, conforme orienta o

²⁶⁵ Art. 9º da Lei Modelo da UNCITRAL.

²⁶⁶ Arts. 11 e 12 da Lei Modelo da UNCITRAL.

²⁶⁷ Art. 13, §§ 1 e 2, da Lei Modelo da UNCITRAL.

²⁶⁸ Arts. 25 e 26 da Lei Modelo da UNCITRAL.

²⁶⁹ Art. 27, d, da Lei Modelo da UNCITRAL. Conforme esse artigo, a cooperação pode se dar por qualquer meio apropriado, dentre eles: a) designação de uma pessoa ou autoridade para esse assunto; b) comunicações de informações apropriadas; c) coordenação na administração e supervisão dos bens e assuntos do devedor; d) protocolos *ad hoc*; e) coordenação de processos de insolvência concorrentes vinculados ao mesmo devedor; f) outros meios estipulados pela lei do país que internalizar a norma modelo.

²⁷⁰ Para Paulo Fernando Campana Filho, a “cooperação transfronteiriça é considerada, pela UNCITRAL, como a única alternativa viável de se conseguir resultados ótimos nas insolvências internacionais, ao possibilitar evitar a deterioração de bens, obter a maximização dos valores a serem distribuídos aos credores, e encontrar a melhor solução para a recuperação da empresa insolvente”. CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A Recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais...**, pp. 102-103.

²⁷¹ Art. 15, §2, a, da Lei Modelo da UNCITRAL.

²⁷² Art. 15, §3, da Lei Modelo da UNCITRAL.

²⁷³ Art. 15, §4, da Lei Modelo da UNCITRAL.

²⁷⁴ Art. 17, §2, a e b, da Lei Modelo da UNCITRAL.

²⁷⁵ Art. 17, §3, da Lei Modelo da UNCITRAL.

²⁷⁶ Art. 6 da Lei Modelo da UNCITRAL.

Guia de Interpretação da UNCITRAL:

The Model Law preserves the possibility of excluding or limiting any action in favour of the foreign proceeding, including recognition of the proceeding, on the bases of overriding public policy considerations, although it is expected that the public policy exception will be rarely used (article 6).²⁷⁷

Nos moldes do art. 20, § 1º, ao reconhecer um processo estrangeiro como principal, o magistrado deve determinar a suspensão de ações individuais que discutam ativos, direitos, obrigações ou responsabilidade do devedor, bem com as execuções sobre seus bens e os direitos de transferir, gravar ou dispor deles. Conforme leciona Paulo Fernando Campana Filho, tal suspensão pode ocorrer automaticamente ou mediante ordem judicial, podendo o Estado, no momento da internalização, mitigar essa norma, excetuando alguns créditos, tais como aqueles cujo pagamento esteja assegurado por direitos reais (ex: hipoteca constituída sobre embarcação-plataforma), possibilitando, deste modo, que sejam eles satisfeitos independentemente do reconhecimento do procedimento estrangeiro²⁷⁸. Além disso, nada impede que o juiz conceda esses efeitos antes ou após o reconhecimento, caso entenda necessário com base em seu poder discricionário:

Assim, na hipótese do reconhecimento de qualquer processo estrangeiro de insolvência, seja principal ou não principal, o juiz local pode, a pedido do representante estrangeiro, conceder qualquer medida que seja apropriada, inclusive determinar a suspensão das execuções pelos credores e da livre disposição dos bens pelo devedor; a oitiva de testemunhas e a obtenção de provas ou de informações a respeito dos bens, obrigações e atividades do devedor; a atribuição, a nomeação de uma pessoa (que pode ser o representante estrangeiro) para administrar ou realizar todos ou parte dos bens locais do devedor. Caso o juiz encarregue o representante estrangeiro ou um terceiro de administrar ou realizar bens do devedor, deve se assegurar de que os interesses dos credores locais estão adequadamente protegidos.²⁷⁹

É nessa esteira que a LMIT, em seu art. 19, autoriza o magistrado adotar medidas de urgência que visem proteger os bens do devedor e interesses dos credores, prevendo um rol exemplificativo, no qual constam a suspensão de execuções e a designação de um administrador para cuidar dos bens do devedor. A norma modelo dispõe que o reconhecimento de um processo principal estrangeiro gera a presunção *iuris tantum* de insolvência do devedor²⁸⁰, devendo ser

²⁷⁷ UNCITRAL. **Guide to Enactment and Interpretation of the UNCITRAL...**, p. 26. Destaca-se, contudo, segunda hipótese aventada pela doutrina que permitiria o afastamento das disposições da lei modelo: “Puede ser descartada la Ley Uniforme en caso de comisión de una infracción legal o criminal por parte del administrador o representante extranjero con ocasión de su gestión. Interviniendo en tal circunstancia, la norma del lugar de la comisión, es decir, la regla *lex loci delicti comissi*. Esta puede ser aplicada como norma de colisión o bien dependiendo de su intensidad como *loi de police*”. BOUTIN, Gilberto. **La insolvencia transfronteriza en el derecho...**, p. 111.

²⁷⁸ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A recuperação judicial de Grupos Societários Multinacionais...**, p. 104.

²⁷⁹ *Idem*.

²⁸⁰ Art. 31 da Lei Modelo da UNCITRAL.

aberto um processo local, não principal, caso haja bem do devedor neste território, para melhor implementação das medidas de cooperação e coordenação entre os juízes²⁸¹, que poderá revisar e modificar as medidas anteriormente adotadas caso se revelem inconsistentes com o procedimento do Estado²⁸².

Como se vê, a LMIT trata praticamente da cooperação entre os órgãos e autoridades, porém Gilberto Boutin destaca também alguns direitos materiais previstos nela, inclusive que devem ser utilizados para pautar a atuação do administrador judicial. Nesses direitos estão presentes os princípios finalistas da insolvência transnacional, tal como o princípio do *par conditio creditorum*, o direito à informação e o direito de serem excepcionais os atos que afetem a liquidez e patrimônio da massa de credores²⁸³. Assim, traduzindo-se em termos do direito internacional, pode-se dizer que há uma delimitação da competência internacional, por meio de adoção da fórmula do centro de interesses principais do devedor, para os assuntos concernentes à insolvência, ao passo que para aqueles referentes aos bens locais, será competente o juiz responsável pelo procedimento no local dos bens. O diálogo entre os procedimentos ocorrerá com base na cooperação jurídica internacional. Vislumbra-se, de certa forma, um conteúdo material mínimo, uma espécie de *lex mercatoria* da insolvência²⁸⁴, lastreada pelos princípios finalistas apresentados.

Sobre a questão da lei aplicável à insolvência, inobstante a LMIT não aborde o assunto com detalhes, merece trazer à baila magistério de Carmen Tiburcio, que faz didática separação da lei regente para cada assunto que surja no decorrer do processo:

No que concerne à lei a ser aplicada ao mérito pelo juiz competente, essa será a lei do principal estabelecimento. Isso significa que a falência será regida pela lei material do foro, já que coincidem os critérios para fixar a competência internacional e a lei aplicável ao mérito. Deve-se atentar para o fato de que a lei do foro será aplicável às questões inerentes à falência (direito de preferência, divisão do patrimônio do devedor, período suspeito, incapacidade do falido etc.), não para determinar a validade de cada crédito a ser habilitado. A existência e validade de tais créditos serão regidas pela lei que lhes for aplicável, conforme as regras de conexão e princípios do direito internacional privado do foro (ordem pública, direito adquirido). Isso significa dizer que a lei do principal estabelecimento determinará os créditos que têm preferência na falência, mas a lei aplicável à obrigação – seja com base no critério da autonomia, do lugar da celebração do contrato ou da sua execução, da residência habitual da parte que

²⁸¹ Art. 28 da Lei Modelo da UNCITRAL.

²⁸² Art. 29, b, i e ii, da Lei Modelo da UNCITRAL.

²⁸³ BOUTIN, Gilberto. **La insolvencia transfronteriza en el derecho...**, p. 110.

²⁸⁴ Nas palavras de Thaís Cárnio, a *lex mercatoria* é a utilização de “regras oriundas de práticas comerciais ou emanadas por organismos internacionais, entidades relacionadas à atividade comercial, ao invés de normas decorrentes de sistemas legais específicos”. CÁRNIO, Thaís Cíntia. **Contratos Internacionais: teoria e prática**. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 150-151. Nesse sentido, a *lex mercatoria* oferecerá um conjunto de regras e princípios aplicáveis às relações comerciais independente das fronteiras nacionais. Diz-se que a LMIT forma uma verdadeira *lex mercatoria*, pois auxilia na criação de um conteúdo material mínimo da insolvência transfronteiriça para ser aplicado em qualquer parte do globo terrestre.

realiza a prestação característica ou com base na proximidade – deverá reger a validade do crédito. Frise-se, todavia, que as questões meramente procedimentais serão sempre regidas pela lei do foro, com base na regra de que o processo é sempre regido pela lei local. Além disso, não é possível tratamento diferenciado dos credores locais e estrangeiros. Dessa forma, a nacionalidade dos credores não deve ser levada em conta para determinar o que lhes cabe. [...]

Segundo a mesma lógica, a lei aplicável à falência dos estabelecimentos secundários é a lei do foro. O processo falimentar é um exemplo em que o foro e a lei aplicável vão sempre coincidir. Vale lembrar que a lei local não será aplicada a não ser para as questões inerentes à falência. Os créditos são regidos pela lei que lhes for aplicável segundo as regras de conexão locais.²⁸⁵

Além dessas questões apresentadas, a LMIT traz ainda regra destinada a subtrair os valores recebidos por um credor em determinado processo daqueles que ele teria direito em outro, impedindo que a soma de seus recebimentos não seja proporcionalmente maior que os demais credores da mesma classe²⁸⁶. Por fim, há que se registrar que, inobstante este trabalho adote o sentido *lato* de insolvência como já adiantado, a LMIT, de certa forma, não adentra nas especificidades da recuperação judicial. Ainda que ela não exclua essa modalidade, certo é que seus dispositivos são voltados mais propriamente para tratar com hipótese de falência transacional:

Embora os objetivos da lei modelo contemplem o estímulo à recuperação de empresas, e as disposições da lei modelo sejam compatíveis com essa medida, não há um corpo de normas específicas para abarcar tais casos. A recuperação possa ser conseguida, assim, no âmbito da aplicação da lei modelo, por meio das normas que permitam a suspensão das execuções, a administração dos bens locais pelo representante estrangeiro, e a distribuição de valores de acordo com o determinado no processo estrangeiro.²⁸⁷

No âmbito da indústria do petróleo, a LMIT reafirma o que já vem sendo adiantado ao longo deste trabalho. Percebe-se que o hipotético caso de *forum shopping* da *Chevron Texaco*, citado pelo professor Lynn M. LoPucki, demonstra a proeminência do setor no assunto. Indaga-se quais seriam as repercussões da insolvência transnacional nos interesses estratégicos do Estado brasileiro e de seu agente regulador, isto é, a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis.

Recorre-se novamente à hipótese em que agentes da indústria celebrem acordos privados e formem consórcios para exploração dos recursos no Brasil. No caso de decretação do estado de insolvência de uma das sociedades envolvidas, sendo reconhecido como procedimento principal aquele sob égide da Corte estrangeira, quais seriam os efeitos da insolvência sobre a responsabilização das sociedades consorciadas no país? Além disso, qual

²⁸⁵ TIBURCIO, Carmen. **Efeitos extraterritoriais...**, p. 204.

²⁸⁶ Art. 32 da Lei Modelo da UNCITRAL.

²⁸⁷ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A recuperação judicial de Grupos Societários Multinacionais...**, p. 106.

seria o papel a ser desempenhado pela ANP, especialmente em consideração de seu papel de garante do interesse público e de fiscalizador da solvência das sociedades envolvidas? Como ficaria eventual garantia constituída no exterior por credor estrangeiro? Como adiantado, o tema será tratado em tópico específico do capítulo 5, com fulcro no caso OGX.

3.3 O *Chapter 15* do Código Falimentar dos Estados Unidos e normas de outros ordenamentos jurídicos que internalizaram a Lei Modelo da UNCITRAL

Em 2005, os Estados Unidos da América promulgaram o *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act* (Lei de Prevenção do Abuso de Falência e de Proteção ao Consumidor), adicionando o *Chapter 15* ao *Bankruptcy Code* (Código Falimentar – Título 11 do *US Code*). Neste capítulo, foram introduzidas novas regras de insolvência, especialmente em relação à falência e recuperação judicial transnacionais. Conforme expresso na lei²⁸⁸, seu propósito foi incorporar a LMIT ao ordenamento jurídico norte-americano, bem como oferecer mecanismos efetivos para lidar com casos dessa natureza²⁸⁹. Desse modo, o *Chapter 15* precisa ser interpretado de forma harmônica com a jurisprudência das Cortes não só nacionais, mas também estrangeiras, a fim de promover um regime uniforme para a insolvência. Inobstante, registra-se que o diploma traz novas e importantes prescrições para o direito norte-americano. A prática desse país já permitia anteriormente a cooperação em matéria de insolvência, especialmente pela figura dos acordos *ad hocs*, que foram celebrados, por exemplo, no conhecido caso *Maxwell plc*²⁹⁰.

²⁸⁸ 11 U.S.C § 1501. Na forma do art. 1º, seção 8, da Constituição dos Estados Unidos, o Congresso Norte-americano possui competência para promulgar leis falimentares em todo o território do país. Essa prerrogativa foi usada para promulgar diversas leis sobre a matéria. Atualmente, o *Bankruptcy Code* encontra-se codificado no título 11 do *United States Code*. O *Chapter 15* restou intitulado “*Ancillary and Other Cross-Border Cases*”.

²⁸⁹ Antes de 2005, a insolvência transnacional era tratada pela antiga *section 304* do *Bankruptcy Code*. Após a alteração legal, a *section 304* restou revogada. Os Estados Unidos da América possuem tradição no estudo do tema: “Nesse país, o tema já foi bastante estudado, constatando-se inúmeros trabalhos acadêmicos sobre o assunto. Vale lembrar que a Lei de Falências Americana, denominada de *The Bankruptcy Reform Act*, data de 06 de novembro de 1978; e naquela época o assunto ora estudado já estava na pauta das discussões”. POMPEU, Gina Marcílio; MAGALHÃES, Átila de Alencar Araripe. **Instituto da Falência Transnacional como Instrumento Garantidor de Segurança Jurídica de Credores**. *Revista de Direito Empresarial* (RDEmp), ano 13 – n. 21, maio/agosto, 2016, p. 123

²⁹⁰ *In re Maxwell Communication Corporation plc*. 93, F.3d 1036, 29 *Bankr.Ct. Dec.* 788 (2nd Cir. N.Y.), 1996. Jamie Altman sintetiza dos fatos do caso: “In *Maxwell*, the corporate debtor had its administrative center in London, but the company’s principal assets were located in the United States. This corporate structure not only led to the administration of bankruptcy proceedings in the United Kingdom, but also the filing of chapter 11 bankruptcy in the United States. Central to the case were certain pre-filings payments made by the debtor to various European banks. Those payments would have been avoidable under U.S. law, but were not avoidable under U.K.

Os Estados Unidos adotaram praticamente todas as disposições sugeridas pela LMIT. Optaram, contudo, por fazer algumas ressalvas, como, *v.g.*, a exclusão da insolvência dos consumidores, que permaneceu recebendo tratamento de capítulo específico da legislação norte-americana²⁹¹. Na forma do art. 11 *U.S.C.* § 1501, o *Chapter 15* visa fomentar a cooperação entre as Cortes e autoridades envolvidas nos casos de insolvência transfronteiriça; promover maior segurança jurídica para o comércio e investimento, bem como a justa e eficiente administração dessas lides, mediante proteção do interesse dos credores e partes envolvidas (incluindo o próprio devedor); proteger e maximizar o valor dos bens do devedor; e, por fim, facilitar o soerguimento da sociedade em dificuldade, preservando os investimentos e empregos gerados.

O início do procedimento ocorre com a interposição de petição, requerendo o reconhecimento de um procedimento de insolvência estrangeiro (§ 1515, a), podendo a Corte conceder medidas provisórias urgentes, a fim de proteger o interesse dos credores e bens do devedor (§ 1519, a, b e c). O procedimento poderá ser reconhecido pelo juiz americano como *foreign main proceeding* (procedimento estrangeiro principal) ou *foreign non main proceeding* (procedimento estrangeiro não principal ou secundário). Na esteira da LMIT, o § 1515, 4 e 5, estipula que principal é aquele procedimento situado no país em que o devedor tenha o *centre of the debtor's main interests* (COMI), ao passo que secundário é aquele que, não sendo o principal, esteja em curso em país onde o devedor possua estabelecimento ou bens.

Por utilizar do mesmo conceito fluido, o diploma norte-americano fica igualmente suscetível à ocorrência de *forum shopping* mediante alteração da sede do devedor. Contudo, Andy Soh, amparando-se na jurisprudência nova-iorquina, destaca que, embora ofereça certos riscos, o uso flexível do centro de principais interesses tem garantido os propósitos buscados pelo *Chapter 15*:

The application of the flexible, multi-factor COMI test employed by the bankruptcy court in the Southern District of New York is consistent with Chapter 15's intended purposes of promoting international cooperation, coordinating and efficient and expeditious administration of foreign debtors' assets, and safeguarding the commercial expectations of stakeholders. The decisions in *SPhinX* and *Bear Stearns* reflect the

law. Parties could not agree over which law should apply because the application of U.S. law would benefit U.S. creditors by allowing them greater recovery of assets, while application of U.K. law would benefit other creditors. Through the unprecedented use of protocol, which focused on harmonizing the actions of the U.K. administrators and the examiner in the U.S. chapter 11 case, the U.S. courts and parties were able to 'take a worldwide view of the case, rather than a parochial one'. This resulted in an agreement between the parties to apply U.K. law. The protocol stated as its objective, that all parties should consult with each other and create 'essentially similar arrangements' for a plan of reorganization. This objective was successfully realized [...]. ALTMAN, Jamie. **A Test Case in International Bankruptcy ...**, p. 491.

²⁹¹ A insolvência dessa natureza restou regulada pelo *Chapter 13* do Título 11 do *US CODE*, intitulado de "Adjustment of Debts of an Individual with Regular Income".

versatility of the new procedures under Chapter 15. Even more importantly, it demonstrates the ability and willingness that bankruptcy judges possess to fashion relief that is appropriate under the circumstances. By requiring the examination of a debtor's aggregate conduct, the flexible multi-factor approach to COMI under Chapter 15 is considerably more sophisticated than its rigid domicile-based predecessor under former Code §304 and equips the courts more effectively to weed out international forum shopping cases. This is not to deny that there are potential drawbacks to the flexible approach, including the risk of paralysis in the most complicated of scenarios. However, it is believed that these would remain the exception rather than the general rule.²⁹²

Caso os Estados Unidos reconheçam o procedimento de insolvência estrangeiro como principal e haja bens ou estabelecimento do devedor em território norte-americano, será aberto um *ancillary case* (processo auxiliar), com fulcro no § 1504, reconhecendo-se efeitos provenientes do local dos principais interesses do devedor. Contudo, a norma ressalva que, nos casos de grave afronta à ordem pública, o *chapter 15* não será aplicado pelo juiz: “[n]othing in this chapter prevents the court from refusing to take an action governed by this chapter if the action would be manifestly contrary to the public policy of the United States” (§ 1506). Sendo assim, após o reconhecimento de um procedimento principal no exterior, os efeitos de outros processos de insolvência nos EUA ficam restritos aos bens situados no território desse país (§ 1528). Além disso, uma vez aberto o procedimento, podem ser tomadas algumas medidas:

After a U.S. bankruptcy court recognizes the case as a foreign main proceeding, the foreign representative is entitled to certain specified relief under section 1520, including an automatic stay with respect to the debtor and the debtor's property within the territorial jurisdiction of the United States, the right to operate the debtor's business, and the right to sell and deal with property in the same manner as a trustee or debtor-in-possession in the United States. At the request of the foreign representative, the court may grant other relief under section 1521, whether main or nonmain. Upon granting this relief under section 1521 to a representative of a foreign nonmain proceeding, however, “the court must be satisfied that the relief relates to assets that, under the law of the United States, should be administered in the foreign nonmain proceeding or concerns information required in that proceeding”.²⁹³

Ademais, assuntos como a cooperação entre os órgãos e autoridades, a principiologia subjacente à insolvência transfronteiriça e a garantias dos credores²⁹⁴, dentre outros temas,

²⁹² SOH, Andy. **Chapter 15 of the U.S. Bankruptcy Code: An Invitation to Forum Shopping?** *Norton Journal of Bankruptcy Law and Practice*. v. 16, 2007. Disponível em: <http://www.jonesday.com/files/Publication/e6b380da-bd20-4838-9e5d-661f56195368/Presentation/PublicationAttachment/c131d08e-af23-409b-8591-e69b6c2e83eb/JBLP_v16%235_SOH.pdf>. Acesso em: 19 set. 2016, p. 909.

²⁹³ BIERY, Evelyn H.; BOLAND, Jason L.; CORNWELL, John D. **A Look at Transnational Insolvencies and Chapter 15 of the Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005.** *Boston College Law Review*. v. 47, 2005. Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol47/iss1/3/>>. Acesso em: 23 set. 2016, p. 55.

²⁹⁴ Em matéria de garantia de credores, cabe destacar, no entanto, que o *Chapter 15* exigiu a adequada proteção dos interesses dos credores (§ 1522, a) e a avaliação pelo magistrado de fatores como o justo tratamento dos credores e a proteção dos credores locais (norte-americanos) contra discriminação (§ 1507, b, 1 e 2), a fim de que pudesse ocorrer a cooperação entre órgãos e autoridades mediante aplicação de suas prescrições legais.

restaram tratados pela norma norte-americana similarmente ao sugerido pela LMIT. Ponto importante desse regime no país é que não mais se previu o princípio da cortesia (*comitas*) como exigência da cooperação, imposição presente na lei anterior, bastando, portanto, a subsunção da insolvência transnacional nos moldes estabelecidos do *Chapter 15* para que possa ocorrer o diálogo entre Cortes e administradores judiciais²⁹⁵. O diploma obteve grande êxito no judiciário norte-americano²⁹⁶.

Em relação à indústria do petróleo, lembre-se que, como exposto no capítulo 2, nos Estados Unidos da América, discute-se se as garantias constituídas sobre os recursos explorados, com o objetivo de assegurar o cumprimento de alguma obrigação contraída, são qualificadas como propriedade real ou pessoal²⁹⁷. Desse modo, a jurisprudência do país necessita lidar com a questão da validade dessas garantias no âmbito de uma insolvência transfronteiriça, fator que demonstra a importância da teoria das qualificações para solução de questões práticas da atualidade no setor do óleo e gás.

O Reino Unido, por sua vez, ainda que estivesse vinculado a um regime próprio de insolvência transnacional no âmbito europeu após o ano de 2002, instituído pelo Regulamento CE nº 1346, conforme será no tópico 3.4, debateu e aprovou as *Cross-Border Insolvency Regulations* no primeiro semestre de 2006, internalizando as disposições da LMIT²⁹⁸. A Irlanda do Norte também optou por internalizar o diploma por intermédio das *Cross-Border Insolvency Regulations (Northern Ireland)* de 2007²⁹⁹. Paulo Fernando Campana Filho sintetiza algumas das reservas feitas pelos Estados no momento da incorporação ao ordenamento local:

Embora a maior parte das disposições da lei modelo tenha sido incorporada à legislação britânica, há algumas alterações importantes. Em primeiro lugar, o pedido de reconhecimento deve ser feito a tribunais superiores. Em segundo lugar, embora a lei preveja a suspensão obrigatória das execuções contra o devedor, conforme estabelecido

²⁹⁵ BECKERING, Kevin J. **United States Cross-Border Corporate Insolvency: The Impact of Chapter 15 on Comity and the New Legal Environment.** *Law & Business Review of the American*, v. 14, 2008, pp. 285-289.

²⁹⁶ “O êxito do *Chapter 15* é inegável. Desde a sua entrada em vigor, em outubro de 2005, até dezembro de 2011, 687 pedidos de reconhecimento de processos estrangeiros já haviam sido formulados perante o judiciário norte-americano, mais do que em qualquer outro país do mundo; a partir de meados de 2009, o ritmo de ajuizamento de pedidos nesse sentido tornou-se muito mais frequente. Nos três primeiros anos de aplicação do *Chapter 15*, menos de 5% dos pedidos de reconhecimento foram recusados pelos juízes norte-americanos, embora em alguns casos tenha havido sérias controvérsias a respeito de qual seria o centro de interesses principais do devedor”. CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A recuperação judicial de Grupos Societários Multinacionais...**, p. 110.

²⁹⁷ SCHULTZ, William M.; NELSON, Richard T.; THOMAS, Robert O. **An Update on Some Common ...**, p. 22.

²⁹⁸ Item 2, (1), das *Cross-Border Insolvency Regulations* de 2006: “The UNCITRAL Model Law shall have the force of law in Great Britain in the form set out in Schedule 1 to these Regulations (which contains the UNCITRAL Model Law with certain modifications to adapt it for the application in Great Britain)”.

²⁹⁹ Item 3, (1), das *Cross-Border Insolvency Regulations (Northern Ireland)* de 2007: “The UNCITRAL Model Law shall have the force of law in Northern Ireland in the form set out in Schedule 1 to these Regulations (which contains the UNCITRAL Model Law with certain modifications to adapt it for the application in Northern Ireland)”.

na lei modelo, há diversas exceções, que permitem que credores com garantias reais façam valer seus direitos e tomem posse dos bens dados em garantia. Em terceiro lugar, a cooperação judiciária internacional não é obrigatória, mas está sujeita à discricionariedade dos juízes da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte; aqueles encarregados da administração da insolvência, contudo, têm o dever de cooperar com suas outras atribuições e sob a fiscalização do juiz local.³⁰⁰

A LMIT também foi internalizada no Oriente. O Japão, por exemplo, a introduziu em seu sistema legal por meio de algumas normas, dentre elas a Lei sobre Reconhecimento e Assistência a Procedimentos de Insolvência Estrangeiros de 2001. Como o país possuía uma perspectiva territorialista sobre o tema³⁰¹, teve que fazer uma série de modificações no texto original para adaptá-lo a sua realidade. Cita-se, por exemplo, o fato de que o reconhecimento do procedimento principal estrangeiro não tem qualquer efeito automático no país, porém a Corte japonesa pode adotar medidas simultâneas ou posteriores ao reconhecimento que entenda necessárias, dentre elas a suspensão das ações e execuções em face do devedor³⁰². Ademais, é facultada à Corte a nomeação de representantes da insolvência, que ficarão responsáveis pela comunicação entre os procedimentos, haja vista que não há autorização para comunicação direta entre magistrados³⁰³. É vedada, por fim, a instauração de processos falimentares concorrentes:

The LRAF [Law on Recognition of and Assistance in Foreign Insolvency Proceedings] does not, in principal, admit concurrent recognition proceedings when a domestic insolvency proceeding on the same debtor is pending in Japan. But in exceptional cases, despite a pending domestic proceedings, a court may recognize the foreign main proceeding if the court finds that the recognition of the foreign proceeding is more beneficial to creditors generally and the interests of local creditors are not unduly injured in the foreign main proceeding compared to continuing the domestic pending case.³⁰⁴

Finalmente, um último Estado que se destaca aqui é a Coreia do Sul, que internalizou a LMIT na reforma legislativa de 2006 responsável por unificar o direito falimentar no país. Considerando que o país também possuía uma perspectiva marcadamente territorialista, os legisladores locais optaram por também realizar algumas modificações para adaptar à tradição

³⁰⁰ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A recuperação judicial de Grupos Societários Multinacionais...**, p. 111.

³⁰¹ KASHIWAGI, Noboru. **The Cross-Border Insolvency Situation in Japan**. *International Insolvency Review*, v. 9, 2000. Disponível em: <[http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/1099-1107\(200024\)9:3%3C205::AID-IIR74%3E3.0.CO;2-5/abstract](http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/1099-1107(200024)9:3%3C205::AID-IIR74%3E3.0.CO;2-5/abstract)>. Acesso em: 23 set. 2016, pp. 206-208.

³⁰² TAKAGI, Shinjiro. **Japanese Cross-Border Insolvency Law and Comments on US Chapter 15**. *IBA Conference, SIRC Meeting, Morning Session of September 18, 2006*. Disponível em: <<https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/japanesecrossborderinsolvencylawandcommentsonuschapter15.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2016, p. 1.

³⁰³ Há que se fazer uma ressalva: “Although the LRAF [Law on Recognition of and Assistance in Foreign Insolvency Proceedings] does not provide for direct communications between the Japanese courts and the foreign court, it does not prohibit court-to-court direct communications either”. *Idem*, p. 2.

³⁰⁴ *Ibidem*.

jurídica sul-coreana:

Na Coreia do Sul, apenas o tribunal distrital central de Seul tem competência para reconhecer um processo de insolvência estrangeiro; após esse reconhecimento, porém, o outro juiz pode assumir o caso para conceder as medidas requeridas. O reconhecimento do processo estrangeiro não acarreta necessariamente a suspensão dos processos judiciais contra o devedor, ao contrário do que sugere a lei modelo; é preciso, assim, que essas medidas sejam determinadas, em caráter limitar ou definitivo, antes ou após a insolvência a ser reconhecida. Além disso, em desconformidade com as disposições da lei modelo, o representante estrangeiro está habilitado a requerer a abertura de processos de insolvência locais, ou a participar dos processos já abertos, apenas após o reconhecimento do processo estrangeiro. O juiz sul-coreano (e também o administrador judicial, sob a supervisão do juiz) pode se comunicar diretamente com juízes ou representantes estrangeiros, inclusive com o objetivo de solicitar informações e requerer assistência.³⁰⁵

Vê-se, assim, que a LMIT foi recebida com êxito por Estados de distintas tradições jurídicas, sendo considerado um diploma de considerável sucesso³⁰⁶, sendo, portanto, um dos principais instrumentos representantes da fase contemporânea de tratamento da insolvência internacional, onde percebe-se a adoção majoritária de elementos constantes das teorias universalistas mitigadas, com especial destaque ao sistema proposto pelo professor Jay L. Westbrook (*modified universalism*).

Por fim, resta salientar que a possibilidade de cooperação no âmbito de uma insolvência transfronteiriça com países como o Japão ou Coreia do Sul, por exemplo, sinaliza a importância de alargamento do campo de estudo do direito comparado para inclusão desses Estados. O direito comparado, inicialmente, centrado nos ordenamentos jurídicos mais tradicionais (ex: EUA, França, Alemanha, Inglaterra, etc.) vem reconhecendo a importância de expandir seus horizontes aos mais diversos países presentes no cenário global.

3.4 O Regulamento CE 1346/2000 e seu histórico

³⁰⁵ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A recuperação judicial de Grupos Societários Multinacionais...**, pp. 113-114.

³⁰⁶ Em razão do recorte dessa dissertação, só foram analisados ordenamentos mais relevantes e de maior porte econômico. Porém, para exemplificar o êxito do diploma, cita-se aqui o caso chileno, que adotou a Lei Modelo da UNCITRAL em seu ordenamento jurídico pela Ley n° 20.720, conhecida como Ley de Insolvencia y Reemprendimiento (LIR): “Por su parte, en el Mensaje de la LIR que envió el Poder Ejecutivo al Honorable Congreso Nacional se señaló expresamente que ‘Se incorpora la Ley Modelo de Insolvencia Transfronteriza de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral por sus siglas en inglés) la que tiene por objecto establecer mecanismos eficaces para la resolución de los casos de insolvencia transnacionales, en base a la cooperación entre los Estados, en busca de resolver bajo un procedimiento de la insolvencia de las empresas multinacionales, entregando mayor seguridad jurídica para el comercio y las inversiones’”. ROSS, Cristián Conejero; JIMÉNEZ, Ignacio Larraín. **Insolvencia Transfronteriza en Chile – Novedades y desafíos en su implementación**. In: KLEIN VIEIRA, Luciana; AMARAL JR, Alberto do (Coord.). **El Derecho Internacional Privado y sus desafíos en la actualidad**. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2016, p. 407.

Registraram-se algumas tentativas no continente europeu de regulamentar, mediante instrumento internacional, o assunto da insolvência transfronteiriça desde, ao menos, final do século XIX, tendo prevalecido inicialmente tratativas celebradas entre países vizinhos. Com a fundação da Comunidade Econômica Europeia (CEE), após adoção do Tratado de Roma de 1957, fortaleceram-se os laços entre os Estados, conduzindo a uma série de medidas para facilitar a o livre movimento de bens, serviços, trabalhadores e capital, isto é, rumo à implementação de um mercado comum europeu. Em meio a esse cenário, a doutrina aponta que um dos tratados mais importantes produzido foi a Convenção de Bruxelas relativa à Competência Judiciária e à Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial de 1968. Esse diploma, contudo, excepcionou de seu âmbito de aplicação expressamente as falências, concordatas e outros processos análogos³⁰⁷.

Com essa exclusão, almejava-se possibilitar a elaboração de uma convenção em paralelo à de Bruxelas para tratar especificamente dos casos de insolvência transfronteiriça. O *Relatório Jénard*, que acompanhou o texto deste instrumento, estipulou que a expressão “processos análogos” referia-se à suspensão de pagamentos, a insolvência do devedor ou a sua incapacidade para contrair crédito, desde que envolvessem autoridades judiciais com o propósito de liquidar compulsoriamente e coletivamente seus bens ou simplesmente realizar sua supervisão³⁰⁸. Assim, foi formado um novo grupo de trabalho em 1963, que emitiu seu primeiro esboço em 1970. Conforme leciona Paul J. Omar, a intenção desse esboço era a de estabelecer uma única jurisdição para lidar com assuntos de insolvência, incluindo aí o tema das leis aplicáveis ao caso³⁰⁹. Perseguia-se uma adesão ao sistema universalista, através do estabelecimento do critério da “jurisdição predominante” para determinar a competência internacional, aliado ao da *lex fori* para eleger a lei apta a lidar com as questões substantivas e procedimentais, excluídas algumas situações em que seria aplicada a *lex situs* (lei da situação da coisa), como, *v.g.*, os bens sujeitos às garantias constituídas no local em que foram registrados. O documento não logrou êxito porque:

[T]he underlying principle in the convention was that judgments in the course of insolvency proceedings would have effect in other member states and would be

³⁰⁷ Art. 1º, 2, da Convenção de Bruxelas de 1968.

³⁰⁸ COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA. **Jénard Report** (1979). Disponível em: <http://aei.pitt.edu/1465/1/commercial_report_jenard_C59_79.pdf>. Acesso em: 05 set. 2016, pp. 11-12.

³⁰⁹ OMAR, Paul J. **Genesis of the European Initiative in Insolvency Law**. *Int. Insolv. Rev.*, v. 12. 147-170 (2003). Disponível em: <<https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/genesisofeuropeaninitiativeininsolvencylaw.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2016, p. 151.

recognized as a matter of course. The problems faced by the working party did not stem from a failure to anticipate the radical nature of a convention in this area but the extent of opposition likely to be encountered by any draft text in this area. In fact, the comparative novelty of the problems being faced in international insolvency, at that point a little developed factor in international commerce, meant that the text first produced by the working party met with almost universal opposition. Reaction overall was reasoned but critical. One of the perceived problems of the draft convention was that it was designed to work only with the parallel introduction of a uniform law. This would have the effect of altering domestic law with regard to even those insolvencies with no international effect, although curiously, on reading of the convention would also have its provisions unable to deal with the situation of assets lying outside the conventional area.³¹⁰

Após esse esboço inicial, publicou-se outro na década de 1980, que manteve as concepções básicas do primeiro, acrescentando alguns refinamentos em relação às regras e princípios anteriores³¹¹. Além disso, efetuou-se uma mitigação do radicalismo outrora proposto. O ingresso do Reino Unido na CEE em 1973 incrementou a resistência face ao diploma, em virtude das divergências existentes entre as tradições jurídicas do *common law* (Reino Unido) e *civil law* (Europa Continental). Registre-se que, em decorrência da semelhança entre os esboços, parte da literatura especializada sustenta que as modificações sofridas ocorreram tão somente para acompanhar o crescimento da CEE, especialmente após a entrada de novos membros, ao passo que outros comentadores se filiam à ideia de que o novo documento inovou ao simplificar algumas das prescrições previstas³¹². De qualquer forma, este segundo esboço restou igualmente rejeitado por também ser considerado ambicioso³¹³.

Outra tentativa mais recente do continente europeu de regular a insolvência transfronteiriça pode ser registrada na Convenção sobre Alguns dos Aspectos Internacionais da Falência de 1990, mais conhecida como Convenção de Istambul. Neste documento, buscou-se medidas mais modestas, mediante a previsão de bases para a cooperação em casos de insolvência, manifestada, por exemplo, no dever de comunicação entre os procedimentos principais e secundários de falência acerca de qualquer informação relevante aos procedimentos, principalmente no que se refere a medidas adotadas para finalizá-los³¹⁴. A propósito, registre-se que o critério de competência adotado para definir a competência

³¹⁰ *Ibidem*, pp. 151-152.

³¹¹ FLETCHER, Ian F.. **Conflict of Laws and European Community Law**. North-Holland Publishing Co.: Amsterdam, 1982 *apud* OMAR, Paul J. **Genesis of the European...**, p. 154.

³¹² OMAR, Paul J. **Genesis of the European...**, p. 154.

³¹³ “Criticism revolved largely around concerns that it would be unworkable for one forum to administer one centralized insolvency estate, given the enormous range of differences in countries’ insolvency laws”. BURTON, Leslie A. **Toward an International Bankruptcy Policy in Europe: Four Decades in Search of a Treaty**. *Annual Survey of International & Comparative Law* (1999). Disponível em: <<http://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1043&context=annlsurvey>>. Acesso em: 05 set. 2016, p. 212.

³¹⁴ Art. 25 da Convenção de Istambul de 1990.

internacional do procedimento principal era o centro de principais interesses do devedor, presumido ser a sede estatutária do devedor³¹⁵. Já para os procedimentos secundários, seriam aqueles locais em que o devedor possuísse estabelecimento ou bens³¹⁶.

Ainda nesse intento cooperativo, foram previstos poderes extraterritoriais para os administradores judiciais, que poderiam administrar, gerenciar e dispor dos bens do devedor, podendo inclusive removê-los do território em que estivessem situados³¹⁷, desde que não contrariasse as garantias dos credores ou ofendesse a ordem pública³¹⁸. Os credores também poderiam habilitar seus créditos nos procedimentos estrangeiros, estando assegurada sua igualdade perante os nacionais, isto é, em respeito ao princípio do *par conditio creditorum*³¹⁹. A iniciativa mais modesta da Convenção de Istambul cativou alguns juristas, que se posicionaram a seu favor:

[T]he Istanbul Convention was termed by some commentators to constitute a reasonably flexible text that would give a partial response to the problems of international insolvency and, for that reason, deserved encouragement for its use. It certainly represented a considerable compromise when compared with the aims of the European Community text and was seen as much less ambitious in scope, although the opportunity had been taken to regulate the phenomenon of secondary proceedings during negotiations. The outcome reflected some of the jurisdictional content of the European Community text, albeit using the Swiss model of private international law. The differentiation of primary and secondary proceedings was seen as very different from the European Community model, although the criteria in the Istanbul Convention only operated indirectly. One commentator in fact hailed the choice of this indirect jurisdiction as being the right choice to make in order to resolve the deadlock between conceptions of universalism and territoriality.³²⁰

Inobstante essa recepção por alguns juristas, a convenção restou ratificada apenas por um de seus oito países signatários, Chipre, não atingindo desse modo o quórum necessário de ratificações para que o instrumento pudesse entrar em vigor. Ato contínuo, o grupo de trabalho da comunidade europeia retornou a analisar o assunto e propostas no encontro do Conselho Europeu em San Sebastián no ano de 1989, levando a uma nova tentativa. Com o decorrer do tempo e formação da União Europeia, após celebração do Tratado de Maastricht de 1992, tal situação culminou na elaboração da Convenção da União Europeia sobre Procedimentos de Insolvência, também conhecida como Convenção de Bruxelas de 1995.

Restringindo a possibilidade de elaboração de reservas pelos Estados e inserido no ideal de um mercado único, esse documento buscou a aplicação dos princípios da unidade e

³¹⁵ Art. 4º da Convenção de Istambul de 1990.

³¹⁶ Art. 16 c/c 17 da Convenção de Istambul de 1990.

³¹⁷ Art. 10 da Convenção de Istambul de 1990.

³¹⁸ Art. 14, 2, da Convenção de Istambul de 1990.

³¹⁹ Art. 24 da Convenção de Istambul de 1990.

³²⁰ OMAR, Paul J. **Genesis of the European...**, p. 157.

universalidade de modo uniforme no continente europeu, ainda que se aproximasse mais do sistema mesclado do universalismo modificado (*modified universalism*). O diploma buscou ainda reduzir os custos e formalidades inerentes à insolvência internacional e propor a harmonização das regras procedimentos ao invés de centrar tão somente em questões substanciais como ocorria com mais frequência nos documentos anteriores. Por outro lado, na linha da Convenção de Istambul de 1990, foi adotado como critério de competência internacional para o procedimento principal o centro de principais interesses do devedor (COMI), presumido ser a sede estatutária da sociedade³²¹. Além disso, a Convenção veio acompanhada do relatório Virgós-Schmit, excerto não vinculante já citado acima, que buscava delimitar tal conceito. Em relação aos processos secundários, novamente seriam abertos em locais em que o devedor possuísse estabelecimento, estando previstas normas acerca do reconhecimento de procedimentos pelos Estados envolvidos³²².

Em matéria de lei aplicável, o diploma de 1995 dispôs que, salvo estipulação em contrário, seria aplicável ao procedimento de insolvência a norma do Estado dentro do qual o procedimento foi aberto, que determinaria suas condições de início e término³²³. Além disso, a Convenção previu um rol exemplificativo de matérias que seriam reguladas por essa lei, tal como: os poderes do devedor e administrador judicial, regras referentes à verificação e admissão de objeções, direitos dos credores após o encerramento do procedimento, os efeitos da insolvência nos contratos em que o devedor fosse parte, dentre outros³²⁴. Também na linha da Convenção de Istambul, o instrumento regulou os poderes do administrador, impondo-lhe o dever de cooperação, os poderes de mover bens além fronteiras do território e o seu reconhecimento perante as jurisdições competentes para o caso³²⁵. Os credores igualmente possuiriam o acesso aos tribunais competentes com vistas a preservar seus interesses e direitos, assegurado o direito de realizar reuniões³²⁶. Ademais, novamente foi previsto o óbice de ordem pública, que autorizaria ao Estado se recusar a reconhecer procedimentos estrangeiros ou executá-los quando houvesse tal violação em caráter manifestamente contrário à sua política, especialmente nas hipóteses de danos aos princípios fundamentais, direitos constitucionais e

³²¹ Art. 3º, 1 e 2, da Convenção da União Europeia sobre Procedimentos de Insolvência de 1995.

³²² Art. 16 da Convenção da União Europeia sobre Procedimentos de Insolvência de 1995.

³²³ Art. 4º, 1, da Convenção da União Europeia sobre Procedimentos de Insolvência de 1995.

³²⁴ Art. 4º, 2, da Convenção da União Europeia sobre Procedimentos de Insolvência de 1995. Saliente-se que se encontra normas sobre lei aplicável espalhadas pela convenção. Como exemplo, cita-se o art. 11, que estipula ser aplicável para regular os efeitos da insolvência sobre os direitos devedor em relação à propriedades imóveis, embarcações ou aeronaves sujeitas a registro público a lei do Estado sob o qual o registro é mantido.

³²⁵ Art. 18 da Convenção da União Europeia sobre Procedimentos de Insolvência de 1995.

³²⁶ Art. 32 da Convenção da União Europeia sobre Procedimentos de Insolvência de 1995.

liberdades do indivíduo³²⁷.

Sobre a recepção do instrumento pelos juristas, salienta Paul J. Omar:

Professor Fletcher makes the point that the text pursues a pragmatic course reserving the possibility of territorial insolvencies for strictly defined instances, which although potentially inefficient in terms of administration of assets, still presents an acceptable compromise. This is given that even those states, where the universality doctrine nominally applies, reserve the right to grant or withhold recognition of foreign orders, also leading to the multiplicity of proceedings in these instances. Professor Miguel Virgos subjects an analysis of the textual paradigm to the reality that previous draft convention failed because they adhered too rigidly to the unity model at the expense of any possible compromise with strongly held national views on the likely distortion of internal markets though unrestrained application of the principle and the effect on domestic creditors competing in Community-wide proceedings.³²⁸

A tentativa europeia mais uma vez não logrou êxito, uma vez que o Reino Unido, Estado em que predomina tradição jurídica diferenciada do continente europeu, recusou a assinar o diploma³²⁹. Após esses fracassos, a estrutura da União Europeia se modificou. Em 1997, adveio o Tratado de Amsterdã, que previu em seu bojo a competência do Conselho da União Europeia de editar normas diretamente aplicáveis a todos os Estados europeus³³⁰, sem depender de um procedimento de internalização. Foi nesse contexto que a Alemanha e Finlândia propuseram a adoção de regulamento baseado na Convenção da União Europeia sobre Procedimentos de Insolvência de 1995, que culminou na aprovação do Regulamento (CE) n° 1346 do Conselho da União Europeia relativo aos Processos de Insolvência de 2000.

Desse modo, um primeiro ponto a se destacar é que, diferentemente da LMIT, o regulamento europeu é vinculante aos Estados integrantes da União Europeia (*hard law*), com exceção da Dinamarca, que, nos termos dos arts. 1º e 2º do Protocolo relativo à posição da Dinamarca, optou por não participar da aprovação do regulamento, não se sujeitando, portanto, a sua aplicação. Além disso, o diploma buscou reproduzir as disposições contidas na Convenção da União Europeia sobre Procedimento de Insolvência (Convenção de Bruxelas de 1995), razão pela qual a doutrina entendeu que o regulamento correspondia a um modelo de universalidade limitada ou moderada, “por lo que contempla que pueda desarrollarse más de un procedimiento contra un mismo deudor: un procedimiento, que tendrá carácter principal y universal, junto a otro o otros posibles procedimientos, que tendrán carácter territorial”³³¹, muito se aproximando,

³²⁷ Art. 26 da Convenção da União Europeia sobre Procedimentos de Insolvência de 1995.

³²⁸ OMAR, Paul J. *Genesis of the European...*, pp. 160-161.

³²⁹ TIBURCIO, Carmen. *Efeitos extraterritoriais...*, p. 212; JO, Hee Moon. *Moderno Direito Internacional Privado*. São Paulo: LTR, 2001, pp. 541-542.

³³⁰ Arts. 61, c, c/c 67, 1, do Tratado de Amsterdã de 1999.

³³¹ DÍAZ, Beatriz Campuzano. *La posición del TJCE con respecto a los problemas interpretativos que plantea el reglamento 1346/2000 en materia de insolvencia*. In: ARROYO, Diego P. Fernández; KLOR, Adriana Dreyzin (coords.). *Derecho del Comercio Internacional...*, p. 82.

portanto, do universalismo modificado (*modified universalism*), do professor Jay L. Westbrook, e do universalismo coordenado (*coordinated universalism*), do professor Bob Wessels.

Nesse sentido, o regulamento adotou novamente como critério para definir a competência internacional do órgão jurisdicional responsável pelo procedimento principal o centro de principais interesses do devedor, presumido como a sede estatutária das sociedades empresárias³³². Os procedimentos secundários, na esteira dos diplomas anteriores, restaram limitados aos bens e estabelecimentos³³³ devedor situados dentro dos territórios de outros Estados-membros, onde não fosse encontrado o centro de principais interesses³³⁴. A delimitação do conceito de centro de principais interesses do devedor, como se adianta, é de grande dificuldade, podendo o jurista recorrer ao relatório Virgós-Schmit, da Convenção da União Europeia sobre Procedimentos Insolvência de 1995, na tentativa de suavizar as dificuldades. O próprio Regulamento invoca a fórmula do reconhecimento por terceiros, com o escopo de evitar a ocorrência de *forum shopping*³³⁵. Além desse balizamento, a doutrina, em seu papel de importante de fonte do direito, sistematiza alguns dos elementos que devem ser levados em consideração pelo magistrado, diante do caso fático, para facilitar o encontro do centro de interesses principais do devedor:

[L]a definición de “centro de los intereses principales del deudor” se constituye sobre varios elementos: en primer término se emplea la palabra lugar, para subrayar que estamos ante un criterio fáctico de localización o ubicación territorial y que, en consecuencia, la nacionalidad del deudor o cualquier otro factor jurídico resulta irrelevante; a continuación se alude a la habitualidad, para requerir que dicha localización presente cierta continuidad en el tiempo y que no se trate de un mero lugar ocasional; después se requiere que en ese lugar se administren los intereses, para descartar la relevancia de un simples centro de explotación y para que en relación con las filiales se atienda al lugar donde esta dirige y gestiona sus negocios, independientemente de que las decisiones que en este sitio se adopten sean conformes a directrices o pautas emanadas de una sociedad matriz situada en otro país; y se precisa, por último, que la administración se refiera a los intereses principales del deudor, ante la posibilidad de que este ejerza actividades relacionadas con varios centros de administración. Todo ello se acompaña de una importante precisión o requisito: ha de tratarse de un lugar que pueda ser averiguado por terceros, a fin de que los acreedores sean conscientes de los riesgos jurídicos que asumen en caso de insolvencia del deudor.

³³² Art. 3º, 1, do Regulamento (CE) 1346/2000.

³³³ Nos moldes do art. 2º, h, do Regulamento (CE) 1346/2000, estabelecimento é “o local de operações em que o devedor exerça de maneira estável uma atividade económica com recurso a meios humanos e a bens materiais”.

³³⁴ Art. 27 do Regulamento (CE) 1346/2000.

³³⁵ Considerando nº 13 do Regulamento (CE) 1346/2000: O “centro dos interesses principais” do devedor deve corresponder ao local onde o devedor exerce habitualmente a administração de seus interesses, pelo que é determinável por terceiros”. Jean-Philippe Maslin ilustra um caso de *forum shopping* no ambiente europeu: “*Schefenacker*, a German company, had after encountering serious financial problems decided on a corporate voluntary agreement with its creditors. However, such an agreement is valid only in UK insolvency law. As result, *Schefenacker* moved its registration and its centre of main interests in England, registered as a public listed company”. 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: 16 set. 2016, p. 22.

Há de se ressaltar que a presunção da sede estatutária restringe-se, evidentemente, ao devedores pessoas jurídicas, dentre eles sociedades empresárias. Para os devedores pessoas físicas, o regulamento europeu não estabelece qualquer presunção. Porém, interpretando o conceito com base nos elementos oferecidos, pode-se concluir que, nesse caso, o centro de interesses principais do devedor corresponderia ao domicílio profissional para hipótese de indivíduos que exerçam atividade empresarial ou, para hipótese daqueles que não a exercem, como o lugar da residência habitual³³⁷. Saliente-se que o instrumento europeu também não restringe a insolvência aos casos de devedor empresário tal como faz o ordenamento jurídico brasileiro. Assim, a insolvência, nos modelos do diploma, pode ser caracterizada como processos coletivos do devedor “que determinem a inibição parcial ou total desse devedor da administração ou disposição de bens e a designação de um síndico”³³⁸, seja ele pessoa física ou jurídica, empresária ou não empresária.

Considerando que o regulamento reproduziu em grande parte o teor da Convenção da União Europeia sobre Procedimentos de Insolvência de 1995, igualmente trouxe disposições acerca da *lex fori concursus*. Em razão da importância deste instrumento para o tema, mister analisar seus regramentos com mais detalhes.

Em seu art. 4º o instrumento dispõe que, salvo estipulação em contrário, é aplicável ao processo de insolvência e seus efeitos a lei do local de abertura do processo, que determina as condições de abertura, tramitação e encerramento. Além disso, é previsto um rol de outras matérias que seriam reguladas por essa lei, destacando-se: (i) os poderes do devedor e administrador judicial, (ii) a continuidade dos contratos em curso, (iii) as regras relativas à reclamação, verificação e aprovação de créditos, (iv) a imputação de custas e despesas do processo, (v) as regras de distribuição do produto da liquidação dos bens, (vi) a graduação dos créditos e os direitos dos credores que tenham sido parcialmente satisfeitos, após a abertura do procedimento, em virtude de um direito real ou por efeito de uma compensação, dentre outros

³³⁶ DÍAZ, Beatriz Campuzano. **La posición del TJCE...**, p. 84. Destaca-se mais um exemplo de solução apresentada, que é a utilização do princípio da prioridade para solucionar dúvidas acerca do centro de interesses principais do devedor: “[D]esde a entrada em vigor do regulamento, os países europeus aplicaram critérios diferentes para afastar a presunção e determinar o local do centro dos principais interesses do devedor. A questão do conflito de competência é resolvida, assim, por meio da aplicação do princípio da prioridade, entendendo-se que a decisão proferida pelo juiz que primeiro abriu o processo de insolvência deve ser reconhecida automaticamente pelos demais, sem que possam contra ela se insurgir”. CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A recuperação judicial de Grupos Societários Multinacionais...**, pp. 128-129.

³³⁷ *Ibidem*.

³³⁸ Art. 1º, 1, do Regulamento (CE) 1346/2000.

assuntos³³⁹.

Contudo, nem sempre deve-se recorrer à lei da abertura do processo. Em matéria de direitos reais de credores ou terceiros sobre bens corpóreos ou incorpóreos, seja móveis ou imóveis, por exemplo, o regulamento estipula que deverá ser aplicada a lei da situação da coisa (*lex rei sitae*), não sendo afetados pela instauração de um procedimento de insolvência em outro Estado-Membro³⁴⁰. Outro exemplo são os efeitos da insolvência nos contratos de trabalho e na relação laboral, que devem ser regidas exclusivamente pela lei do Estado-Membro aplicável ao contrato de trabalho, isto é, pela lei aplicável à relação laboral³⁴¹. Trata-se de disposição que atua em defesa do empregado, parte hipossuficiente, em respeito ao princípio da proteção³⁴². Relembre-se, aqui, magistério de Carmen Tiburcio acerca da lei aplicável, no sentido de que coincidem os elementos competência (*forum*) e direito aplicável (*ius*) para os assuntos inerentes à falência ao passo que, para outras matérias (ex: validade de crédito a ser habilitado), será necessário recorrer às regras de conexão para encontrar a lei adequada para regê-las (ex: local da celebração ou execução do contrato, autonomia da vontade, etc)³⁴³.

O intento cooperativo entre os órgãos e autoridades é ponto fulcral do Regulamento (CE) nº 1346, que seguiu a tendência de reconhecimento imediato de processos de insolvência, proferidos por órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros³⁴⁴, bem como das decisões relativas à sua tramitação, encerramento ou mesmo acordo homologado pelo juízo³⁴⁵. Tal situação, todavia, não ocorrerá se o reconhecimento violar manifestamente a ordem pública de algum país³⁴⁶, como, por exemplo, em situação em que ocorra flagrante violação ao princípio do *par*

³³⁹ Art. 4º, 2, do Regulamento (CE) 1346/2000.

³⁴⁰ Art. 5º do Regulamento (CE) 1346/2000.

³⁴¹ Art. 10 do Regulamento (CE) 1346/2000.

³⁴² Sobre a aplicação do princípio da proteção no âmbito do direito internacional, veja-se lição da doutrina: “Este princípio comanda uma série de regras de conexão e às vezes é aplicado independentemente de qualquer regra. Está presente nas relações internacionais de família, especificamente na relação pais-filhos, em que as modernas fontes do direito internacional privado sobrepõem a proteção do filho sobre qualquer regra aplicável na respectiva área. Em matéria de alimentos, o princípio está igualmente presente e atuante. E, também no campo do direito trabalhista, na hipótese que beneficiam o empregado sobre o empregador, com fundamento nesse princípio. Em sede de indenização por danos causados, a proteção às vezes se dirige ao prejudicado, mas também na hipótese em que o autor do dano será protegido contra uma indenização exorbitante”. DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional privado...**, p. 364.

³⁴³ TIBURCIO, Carmen. **Efeitos extraterritoriais...**, p. 204. Em sentido semelhante, posiciona-se Louis d’Avout: “En matière de faillites, il fallait une loi unique centralisant les intérêts opposés et les départageant. L’insolvabilité appelait par ailleurs une réaction sociale, organisée dans l’ordre du droit, afin d’éviter qu’elle ne se propage et ne lèse alors plus encore l’intérêt général. C’est en quelque sorte sur la loi du lieu d’ouverture – qualifiée de loi de la procédure de faillite – que se sont rejoints les objectifs techniques et politiques du droit des faillites, projetés sur les situations privées internationales. La compétence de la *lex fori concursus* paraissait alors générale et indiscutable, sauf pour l’articulation de la procédure de faillite avec les institutions connexes de droit substantiel qu’elle voulait affecter (les sûretés, les contrats, etc.)”. AVOUT, Louis D’. **Sens et portée...**, p. 42.

³⁴⁴ Art. 16, 1, do Regulamento (CE) 1346/2000.

³⁴⁵ Art. 25 do Regulamento (CE) 1346/2000.

³⁴⁶ Art. 26 do Regulamento (CE) 1346/2000.

conditio creditorum. É de se lembrar que nem sempre será necessária a abertura de um procedimento secundário, haja vista que esse só terá lugar nos territórios em que o devedor possua bens ou estabelecimento. Assim, caso haja apenas um procedimento, naturalmente o principal, os efeitos da *lex fori concursus* se estenderão automaticamente a todos os países integrantes da União Europeia.

Desse modo, o administrador judicial (“sindicó”) tem a faculdade de exercer em todos os territórios a totalidade de poderes que lhe é conferida pela lei do Estado da abertura do procedimento, incluídos os de administração e arrecadação de bens. Além disso, lhe são assegurados os direitos de deslocar bens do devedor para além fronteira do território e propor ações revocatórias úteis aos interesses dos credores também lhes são garantidos³⁴⁷, bem como de solicitar publicação em todos os Estados-membros do conteúdo das decisões proferidas no processo principal³⁴⁸, almejando promover a transparência e permitir que todos os credores tomem conhecimento do estado do devedor³⁴⁹. Por outro lado, o Regulamento prevê que os administradores dos processos principal e secundários estão sujeitos a um dever de informação recíproca, necessitando comunicar quaisquer informações que possam ser úteis aos demais procedimentos, com especial destaque à reclamação e verificação dos créditos, bem como medidas de encerramento³⁵⁰. É com base nesse dever que Bob Wessels nomeou seu modelo (*coordinated universalism*), como visto no capítulo 2³⁵¹. Por fim, como o mencionado professor salienta³⁵², o administrador pode requerer a abertura de procedimentos secundários³⁵³,

³⁴⁷ Art. 18, 1 e 2, do Regulamento (CE) 1346/2000.

³⁴⁸ Art. 21 do Regulamento (CE) 1346/2000.

³⁴⁹ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A recuperação judicial de Grupos Societários Multinacionais...**, p. 130.

³⁵⁰ Art. 31 do Regulamento (CE) 1346/2000. Os administradores estão autorizados a reclamar nos outros processos de insolvência créditos que já tenham sido habilitados no processo em que foram nomeados. Jay Westbrook nomeia essa faculdade de *Universal Cross Filing*, considerada pelo autor como um dos mecanismos mais universalistas previsto: “Even where there are secondary proceedings, however, the Regulation may be more universal than the ALI Principles in one important respect: the possibility of Universal Cross Filing, which is the term the present author proposed for the right (duty?) of each EU insolvency administrator to file creditor claims from that administrator’s insolvency proceedings in each other proceeding. That provision is one of the most progressive in the Regulation, at least potentially. The effect of such cross-filing could be to produce essentially equal distribution for unsecured creditors in each proceeding, if priority or preferential distributions are ignored. Unfortunately, this effect may be limited by the fact that in all countries priority distribution very often consume all or most of the available value in an insolvency case”. WESTBROOK, Jay Lawrence. **Multinational Enterprises in General Default**: Chapter 15, the ALI Principles, and the EU Insolvency Regulation. *American Bankruptcy Law Journal*. V. 76. 2002. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ambank76&div=8&start_page=1&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults>. Acesso em: 16 set. 2016, p. 35.

³⁵¹ WESSELS, Bob. **EU Insolvency Regulation...**, p. 20.

³⁵² *Ibidem*.

³⁵³ Art. 29 do Regulamento (CE) 1346/2000.

participar deles³⁵⁴, solicitar a suspensão de procedimentos³⁵⁵ e propor plano de recuperação no contexto dos procedimentos secundários ou discordar do encerramento da liquidação³⁵⁶.

Com vistas a assegurar o interesse da massa e dos credores, o Regulamento também autoriza a nomeação de um administrador provisório para a realização de atos de urgência, isto é, solicitação de medidas de conservação e proteção dos bens do devedor que se encontrem em outro Estado, pelo período compreendido entre o requerimento de abertura de um procedimento de insolvência e a decisão que o instaure³⁵⁷. Essas medidas podem funcionar como preparatórias para a abertura de um processo secundário e só podem ser requeridas no Estado em que o devedor possua bens ou estabelecimento, devendo corresponder às permitidas no âmbito desse atuação deste procedimento³⁵⁸. Paulo Fernando Campana Filho, contudo, assevera que tais limitações, oriundas do relatório Virgós-Schmit, “não estão previstas no texto do regulamento, e nem são práticas, motivo por que são desconsiderados pelos seus intérpretes”³⁵⁹.

O Regulamento assegura não só o direito dos administradores judiciais, como dos credores também, que possuem pleno acesso aos tribunais competentes, seja procedimento principal ou secundário, podendo preservar todos seus direitos e interesses garantidos pelo instrumento³⁶⁰. É nesse sentido que o art. 39 estipula que, na hipótese de credores com residencial habitual, domicílio ou sede em outro Estado que não o de abertura do procedimento, possuem o direito de reclamar seus créditos por escrito no processo de insolvência. Assegura-se, expressamente, a obrigação dos órgãos jurisdicionais e administradores de informar, com presteza, os credores conhecidos sobre temas como prazos a observar, sanções por descumprimento desses prazos, se devem reclamar seu crédito protegido por uma garantia ou direito real, dentre outros assuntos, mediante envio de comunicação³⁶¹. Ainda que os credores possam preservar seus direitos individualmente, o diploma europeu autoriza que o façam

³⁵⁴ Art. 32, 3, do Regulamento (CE) 1346/2000.

³⁵⁵ Art. 33, 2, do Regulamento (CE) 1346/2000.

³⁵⁶ Art. 34, 2, do Regulamento (CE) 1346/2000.

³⁵⁷ Art. 38 do Regulamento (CE) 1346/2000.

³⁵⁸ “However, as a pre-opening stage of secondary insolvency proceedings, Article 38 allows the temporary administrator designated by a court competent to open main proceedings to request measures to secure and preserve the debtor’s assets situated in any other Contracting State, provided for under the law of this State for the period between request for the opening of insolvency and the opening itself. As a pre-opening stage of secondary proceedings, Article 38 presupposes the existence of an establishment of the debtor in that Contracting State (see Article 3(2)). For the same reason, the preservation measures available will be those which, under national reason, the preservation measures available will be those, which, under the national insolvency law of the State, correspond to winding-up proceedings. Once appointed, the liquidator in the main proceedings will decide whether or not request the opening of secondary proceedings.” (§. 262). **Relatório Virgós-Schmit**, p. 158.

³⁵⁹ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A recuperação judicial de Grupos Societários Multinacionais...**, p. 131.

³⁶⁰ Art. 32 do Regulamento (CE) 1346/2000.

³⁶¹ Art. 40, 1 e 2, do Regulamento (CE) 1346/2000.

também por intermédio do administrador, fato que suscita algumas dúvidas:

Os síndicos podem também participar de outros processos de insolvência, inclusive por meio do comparecimento em assembleia de credores. Essa previsão tem por objetivo assegurar que os interesses dos credores possam ser expressos pelos síndicos, inclusive nas assembleias, em que eles costumam se ausentar. O regulamento não especifica como o síndico deve exercer os direitos dos credores nos processos estrangeiros, e essa matéria pode ser objeto de regulação pelos ordenamentos locais. Alguns autores favorecem a atribuição de amplos poderes de participação, de modo que o síndico tenha o direito de expressa opiniões, impugnar créditos e exercer atos necessárias à salvaguarda dos credores que tenham sido habilitados no processo em que ele foi designado. Essa disposição do regulamento poderia levar, ainda, à crença de que os síndicos estariam habilitados a exercer o direito de voto em assembleia, representando os credores [...]. Dada a ausência de norma expressa no regulamento, a questão [...] ainda não está resolvida. Uma forma de se resolver o problema, na prática, é o síndico obter procurações dos credores autorizando-o a exercer o direito de voto nas assembleias realizadas no âmbito de outros processos de insolvência, desde que essa medida seja permitida pelo direito dos países envolvidos.³⁶²

Ponto bastante importante do Regulamento (CE) nº 1346 é a estipulação contida no art. 27, no sentido de que o magistrado do local da abertura do procedimento secundário não deve examinar os requisitos de abertura da insolvência³⁶³. Ademais, ainda que o Regulamento (CE) nº 1346 utilize o termo insolvência em seu sentido amplo, à semelhança deste trabalho, o documento estipula que os procedimentos secundários, instaurados após o principal, devem necessariamente buscar a liquidação (extinção da atividade empresária) do patrimônio do devedor e não seu soerguimento³⁶⁴. Sem embargo, se for aberto um procedimento territorial antes do principal, sua conversão para um processo de liquidação só irá ocorrer se “revelar útil aos interesses dos credores no processo principal”³⁶⁵.

Além disso, com vistas a preservar a atividade econômica do devedor, o Regulamento permite que o administrador do processo principal requeira a suspensão total ou parcial das operações de liquidação secundárias do patrimônio do devedor, por um período máximo de três meses, podendo ser prorrogado ou renovado por períodos de mesma duração. Possibilita, assim, a propositura de formas alternativas de encerramento do procedimento secundário, como recuperação judicial ou concordata, nos moldes da lei do local em que foi aberto. O regulamento estipula que tal pleito do administrador só será indeferido se for “manifestamente destituído de

³⁶² CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A recuperação judicial de Grupos Societários Multinacionais...**, p. 133.

³⁶³ É de se recordar, contudo, que o Estado pode negar o reconhecimento dos efeitos produzidos no procedimento estrangeiro, principal ou não, se ofender seus valores fundamentais e ordem pública, especialmente no caso das decisões que estão fora do escopo do regulamento: “Unless subject to a multilateral reciprocity treaty, decisions rendered by jurisdictions located outside of the EU are to be recognized by a Member State’s court before they are to have effect inside the jurisdiction. As a result, decisions rendered can be subject to review, modification or even denial of recognition if they are deemed to contravene any fundamental freedom or specific right upheld inside the jurisdiction”. MASLIN, Jean-Philippe. **The Effectiveness of European...**, p. 21.

³⁶⁴ Art. 3º, 3, do Regulamento (CE) 1346/2000.

³⁶⁵ Art. 37 do Regulamento (CE) 1346/2000.

interesse para os credores do processo principal”³⁶⁶.

Se o plano de recuperação, por exemplo, for aprovado no âmbito de um processo secundário, terá ele efeito apenas em relação aos bens do devedor localizado nesta jurisdição, em razão de seu caráter territorial, dependendo ainda da aprovação do administrador judicial do procedimento principal, dotado poder de veto, com o escopo de garantir o interesse dos credores habilitados no centro de interesses principais do devedor, como, *v.g.*, a faculdade de receber valores remanescentes após pagamento de todos os credores habilitados no processo local após a liquidação³⁶⁷. No âmbito desse plano, os credores poderiam, ainda, “aceitar o reescalonamento das dívidas, a modificação de seus direitos creditórios e o surgimento de novas obrigações para o devedor, medidas que podem impactar os interesses dos credores do processo principal”³⁶⁸. Nota-se, destarte, os amplos poderes conferidos ao administrador judicial do centro de interesses principais pelo Regulamento europeu.

Por fim, a última questão a ser invocada é acerca dos credores situados fora do âmbito supranacional da União Europeia. Como se viu, o Regulamento estipula que os credores devem ser tratados com igualdade (*par conditio creditorum*), a depender de sua classe na insolvência. Entretanto, não houve precisão acerca de credores não europeus. Uma leitura do diploma levaria a crer que os procedimentos secundários só poderiam ser instaurados no âmbito de um Estado membro da UE. A questão ainda apresenta incertezas, conforme se verifica na lição de Jean-Phillipe Maslin:

However, in cases where the creditor in question is located outside of the EU, the solution remains uncertain. As no secondary proceeding can be opened, the creditor is left with limited choices. Either he can open a proceeding in his own country against the debtor, which will be either recognized or dismissed depending on the existence of cooperation treaties on the subject, or he can petition for recognition of his claims in front of the court having jurisdiction over the main proceeding. [...] Creditor protection is assured, yet no mention is made of cases where creditors from outside of the EU are competing with creditors from a Member State. Additionally, no amount of regulation can tackle the issue of increased costs for such creditor when proceedings are held in the EU regulatory space.

In both cases, the creditor is nonetheless subject to limited recognition, uncertainty (his claim can be dismissed), to a recognition but after satisfaction of the other creditors (if he has not been properly informed by the liquidator) and to the increased costs of litigation and petitioning in front of a foreign jurisdiction.³⁶⁹

O autor ressalta que a adoção da LMIT por grande número de Estados vem diminuindo a ocorrência dessa situação de insegurança dos credores não europeus, uma vez que permite,

³⁶⁶ Art. 33 do Regulamento (CE) 1346/2000.

³⁶⁷ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A recuperação judicial de Grupos Societários Multinacionais...**, p. 134.

³⁶⁸ *Idem*, pp. 134-135.

³⁶⁹ MASLIN, Jean-Philippe. **The Effectiveness of European...**, p. 27.

com base no instrumento, sejam eles incluídos normalmente no curso de procedimentos de insolvência transfronteiriços³⁷⁰.

Em conclusão ao item, vê-se que, após várias tentativas, a Europa conseguiu implementar um regime de insolvência universalista mitigado no continente, ainda que por instrumento regulatório de aplicação imediata, aprovado pelo Conselho da União Europeia, responsável por vincular a todos seus países membros, exceto a Dinamarca. Ademais, como se verá no tópico seguinte, o Regulamento sofreu revitalização, buscando suavizar alguns de seus pontos problemáticos e omissões, culminando na aprovação do Regulamento (UE) 2015/848.

Em relação a indústria do petróleo no Brasil, mister apontar que, inobstante o país não esteja vinculado ao sistema europeu, casos de insolvência transfronteiriça do setor envolveram grupos que detinham a controladora no Brasil e suas controladas em países europeus, como a Áustria e Holanda (ex: Grupos OGX e Sete Brasil). Desse modo, a presença dessas sociedades em solo europeu, bem como a diversidade de credores oriundos desse local, apontam a importância de se debater o instrumento europeu no Brasil, com o escopo de verificar se a submissão de subsidiárias ou filiais estrangeiras a eventual processo falimentar ou recuperacional brasileiro constitui ou não ofensa a soberania e ordem pública do país europeu.

3.5 Jurisprudência europeia sobre o centro de interesses principais e o tratamento dos grupos societários na insolvência transfronteiriça.

Neste tópico, serão trabalhados três casos emblemáticos do âmbito europeu, responsáveis por melhor delimitar o intrincado conceito de centro de interesses principais do devedor e firmar algumas diretrizes a serem adotadas no tratamento dos grupos societários, à luz do Regulamento (CE) n.º 1346/2000. Ao longo da análise, serão invocados outros casos semelhantes, com o intuito de clarificar as posições jurisprudenciais apresentadas no decorrer do tópico.

³⁷⁰ *Ibidem.*

3.5.1 Caso Eurofood

O primeiro caso sobre o assunto a se mencionar é o *Eurofood*, referente ao colapso da gigante Parmalat, que, em sua atuação transnacional, contava com mais de trinta mil empregados e receita bruta anual superior a €7.500.000.000,00 (sete bilhões e quinhentos milhões de euros)³⁷¹. Após suspeitas de fraudes financeiras e prisão de vários executivos, o grupo transnacional passou a enfrentar sérias dificuldades. A Eurofood IFSC Ltd. era uma subsidiária integral da Parmalat SpA, localizada em Dublin, sem empregados próprios e tendo sua administração cotidiana conduzida pela Bank of America irlandês, com fulcro em acordo (*administration agreement*) submetido à lei irlandesa e com cláusula de eleição de foro para a jurisdição irlandesa.

Em razão das dificuldades econômicas que o grupo passou a enfrentar, o *Bank of America* ajuizou pedido de *liquidation* (liquidação) da Eurofood, com fulcro na lei irlandesa, perante a Suprema Corte de Dublin, sendo apontado imediatamente o sr. Pearse Farrell como *provisional liquidator* (administrador provisório) do caso. Ocorre que, em 2004, o administrador judicial da Parmalat SpA iniciou procedimento de *amministrazione straordinaria* (administração extraordinária) dessa sociedade perante a Corte italiana de Parma, que, amparada no entendimento de que o centro de interesses principais do devedor encontrava-se em solo italiano, decidiu que era o juízo competente para julgar o procedimento principal da insolvência, estando incluídos nele os ativos da sociedade Eurofood IFSC Ltd.

Samuel Bufford analisa os motivos que justificavam a preferência do *Bank of America* pelo procedimento irlandês ao invés do italiano:

There are several reasons why Bank of America may have preferred a winding up in Dublin to an extraordinary administration case in Italy. First, and probably most important, they probably thought that the winding up of an Irish company should be conducted by an Irish court under Irish law. Second, they were probably more comfortable with a proceeding in a local court, before a judge with whom they were familiar, handled by the local legal counsel. In contrast, a case in Italy would require the hiring of Italian counsel, to proceed before a very junior and inexperienced judge, and would be in a language that presumably they did not know. Third, a Eurofood winding up case in Dublin would likely receive substantial attention from the judge whereas Eurofood could become lost (as apparently actually happened) among a hundred related companies in the Parma court, many of which had far more pressing legal problems than Eurofood. Fourth, the Irish winding up law is much more friendly

³⁷¹ BUFFORD, Samuel L. **International Insolvency Case Venue in the European Union: The Parmalat and Daisytek Controversies.** *Columbia Journal of European Law*. v. 12, n. 429, (2006), Penn State Law Research Paper. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2677718>. Acesso em: 05 out. 2016, p. 438.

to creditors such as Bank of America than the Italian Insolvency law.³⁷²

Em razão desse conflito de interesses, o caso ingressa na literatura jurídica como um importante precedente ilustrativo da dificuldade de determinação do conceito fluido de centro de interesses principais do devedor. Para o juiz italiano, como a administração e a razão de ser da sociedade Eurofood IFSC Ltd estava vinculada a Parmalat SpA, haja vista ser uma subsidiária integral sem possibilidade de atuar por meios próprios, constituindo mera condutora da política financeira da controladora³⁷³ para auferir vantagens tributárias, não haveria dúvidas de que o centro de interesses principais se situava na Itália, independentemente da existência de um acordo que submetia aquela sociedade à jurisdição irlandesa³⁷⁴. Por outro lado, o magistrado irlandês se recusou a reconhecer a jurisdição italiana como competente para o procedimento principal de insolvência. O argumento foi que a Irlanda era o local da sede estatutária e da administração dos interesses do devedor. Ademais, o art. 3(3) do Regulamento europeu³⁷⁵ autoriza o reconhecimento do processo irlandês como principal, haja vista que houve a designação prévia de um administrador provisório. O juízo italiano não respeitou os direitos dos credores irlandeses ao não conferir possibilidade a eles de se manifestar na administração extraordinária em tempo adequado e com informação suficiente, o que violaria a ordem pública irlandesa³⁷⁶. Em razão do conflito de competências ente distintos Estados europeus, o caso foi submetido ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE).

O TJCE entendeu que a questão suscitada trata sobre um grupo societário, de modo que para cada sociedade seria necessária a abertura de um procedimento de insolvência próprio e que a presunção criada pelo Regulamento europeu era de que o centro de interesses principais

³⁷² *Idem*, p. 441.

³⁷³ Além disso, a Corte de Parma utilizou como argumento a composição mista do órgão de administração da Eurofood para reafirmar sua posição: “El Tribunal Civil y Penal de Parma había utilizado criterios como la composición mixta del órgano de administración de Eurofood, integrado por dos administradores irlandeses, residentes en Irlanda, y dos italianos, con residencia en Italia, que se comunicaban entre ellos telefónicamente para decidir que el centro de intereses principales estaba en Italia”. PIÑERO, Laura Carballo. **Procedimientos concursales y competencia judicial internacional...**, p. 19.

³⁷⁴ “The Parma Court found unpersuasive Mr. Farrell’s argument that Eurofood was incorporated in Ireland and that it was managed there pursuant to a management agreement with Bank of America. The court found this to be only a ‘logistical agreement’, and opined that the court should look at the substance of the administration, not its form.” BUFFORD, Samuel L. **International Insolvency Case Venue in the European Union...**, p. 443.

³⁷⁵ Art. 3º, 3, do Regulamento (CE) 1346/2000: “Quando um processo de insolvência for aberto ao abrigo do disposto no n.º 1, qualquer processo de insolvência aberto posteriormente ao abrigo do disposto no n.º 2 constitui um processo secundário. Este processo deve ser um processo de liquidação”.

³⁷⁶ “El tribunal irlandés no se somete, sin embargo, a la decisión italiana, sino que también abre concurso principal alegando que el centro de los intereses principales del deudor se halla en Dublín y que no cabe reconocer el concurso italiano, entre otras razones, porque ha sido vulnerado el orden público irlandés, en la medida en que, aunque convocado a la vista en la que se decidía sobre la apertura del procedimiento en Parma, no se concedió, al síndico irlandés, ni tiempo ni documentación suficientes para poder argumentar su posición ante el tribunal italiano.” PIÑERO, Laura Carballo. **Procedimientos concursales y competencia judicial internacional...**, pp. 18-19.

se situava na sede estatutária do devedor pessoa jurídica (domicílio social), salvo na hipótese de estarem presentes elementos objetivos averiguáveis por terceiros capazes de afastá-la. Com esse argumento, o TJCE fortalece a posição de que o papel desses terceiros ocupam protagonismo no afastamento da presunção, não importando outros elementos como a nacionalidade, residência habitual, conversas telefônicas entre executivos do grupo, haja vista ser elemento interno ao empreendimento econômico. Além disso, não tem importância por si só o fato das decisões econômicas serem controladas pela sociedade-mãe, *in verbis*:

Quando o devedor seja uma filial cuja sede estatutária e a sede as sua sociedade-mãe estão situadas em dois Estados-Membros diferentes, a presunção enunciada no artigo 3.º, n.º 1, segunda frase, do Regulamento (CE) n.º 1346/2000 do Conselho, de 29 de Maio de 2000, relativo aos processos de insolvência, segundo a qual o centro dos interesses principais dessa filial se situa no Estado-Membro da respectiva sede estatutária, só pode ser ilidida se elementos objetivos e determináveis por terceiros permitirem estabelecer a existência de uma situação real diferente daquela que a localização na referida sede estatutária é suposto refletir. Tal pode ser, nomeadamente, o caso de uma sociedade que não exerça qualquer atividade no território do Estado-Membro da sua sede social. Ao invés, quando uma sociedade exerça a sua atividade no território do Estado-Membro onde se situa a respectiva sede social, o simples fato de as suas decisões econômicas serem ou puderem ser controladas por uma sociedade-mãe noutro Estado-Membro não é suficiente para ilidir a presunção prevista no referido regulamento.³⁷⁷

O TJCE também afirmou entendimento de que o art. 16 (1) do Regulamento europeu³⁷⁸ deveria ser interpretado no sentido de que a decisão de um órgão jurisdicional de um Estado-Membro, que disponha sobre o afastamento do devedor da administração da sociedade e da nomeação de um administrador (síndico), deveria ser reconhecida pelos demais países como uma decisão de abertura de procedimento de insolvência nos moldes dos arts. 1º (1)³⁷⁹ e 2º (a)³⁸⁰, não podendo os juízes de cada país analisar a competência a competência jurisdicional do Estado-Membro em que o processo foi aberto. Ademais, a Corte europeia consolidou entendimento de que o art. 26³⁸¹ permitia que um Estado-Membro se recusasse a reconhecer o

³⁷⁷ Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Seção) de 02 de Maio de 2006. **Eurofood IFSC Ltd., Processo C-341/04**. Pedido de decisão prejudicial: Supreme Court of Ireland. Disponível em: < <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d51a8a91b13ade4abba5e1893b781ebb21.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNc3v0?text=&docid=56604&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=75574>>. Acesso em: 05 out. 2016, p. I-3879.

³⁷⁸ Art. 16, 1, do Regulamento (CE) 1346/2000: “Qualquer decisão que determine a abertura de um processo de insolvência, proferida por um órgão jurisdicional de um Estado-Membro competente por força do artigo 3.º, é reconhecida em todos os outros Estados-Membros logo que produza efeitos no Estado de abertura do processo”.

³⁷⁹ Art. 1º, 1, do Regulamento (CE) 1346/2000: “O presente regulamento é aplicável aos processos coletivos em matéria de insolvência do devedor que determinem a inibição parcial ou total desse devedor da administração ou disposição de bens e a designação de um síndico”.

³⁸⁰ Art. 2º, a, do Regulamento (CE) 1346/2000: “Para efeitos do presente regulamento, são aplicáveis as seguintes definições: a) ‘processos de insolvência’, os processos coletivos a que se refere o nº 1, do artigo 1.º. A lista destes processos consta do anexo A”.

³⁸¹ Art. 26 do Regulamento (CE) 1346/2000: “Qualquer Estado-Membro pode recusar o reconhecimento de um processo de insolvência aberto noutro Estado-Membro ou execução de uma decisão proferida no âmbito de um

procedimento aberto noutro, quando “a decisão de abertura tenha sido tomada em manifesta violação do direito fundamental de audição de que dispõe uma pessoa afetada por esse processo”³⁸². Em razão do exposto, ficou decidido que a *liquidation* irlandesa seria o processo de insolvência principal do caso *Eurofood*.

Mesmo que a Corte europeia tenha acentuado a importância dos terceiros para afastar a presunção de sede estatutária do devedor, Laura Carballo Piñero aponta que o julgado foi omissivo na determinação dos elementos objetivos averiguáveis:

El alto tribunal no incide en cuáles pueden ser dichos elementos objetivos, si bien esta indefinición tiene la virtud de reforzar la presunción, máxime cuando el único ejemplo que pone de destrucción de la misma es el de las sociedades fantasmas. En este sentido, cabe aventurar que la presunción de que el centro de los intereses principales del deudor coincide con su domicilio social puede ser destruida previa comprobación de que en dicho Estado no se ejercita actividad de administración alguna, y ello independientemente de que la sociedad tenga allí bienes o realice alguna actividad de producción; solo una vez establecida la ausencia de vínculo con el Estado donde se encuentra el domicilio social, habría que determinar dónde ejercitan su labor los administradores de derecho.³⁸³

Paulo Fernando Campana Filho, por sua vez, manifesta-se em sentido semelhante a autora supracitada no que se refere aos elementos objetivos, porém complementa dizendo que o tratamento conferido pelo julgado aos grupos societários sofreu críticas por parte dos defensores mais acentuados do universalismo:

A decisão do tribunal europeu lidou com pelo menos dois aspectos que foram apontados por diversos autores como deficiências do regulamento: a definição de centro dos principais interesses e o tratamento dos grupos societários. A orientação dada pelo tribunal no que diz respeito à questão dos grupos foi criticada, eis que, sob a ótica universalista, seria desejável que todas as sociedades agrupadas se submetessem a um único processo de insolvência, tornando mais fácil a busca de uma solução conjunta para os problemas econômico-financeiros. Além disso, o tribunal não estabeleceu, na decisão, critérios para determinar quais seriam os elementos objetivos e verificáveis por terceiros que permitiriam desconstituir a presunção de que o centro de interesses principais do devedor se situa no país de sua sede estatutária. Essa ausência de critérios acaba por reforçar a presunção, dificultando seu afastamento.³⁸⁴

processo dessa natureza, se esse reconhecimento ou execução produzir efeitos manifestamente contrários à ordem pública desse Estado, em especial aos seus princípios fundamentais ou aos direitos e liberdades individuais garantidos pela Constituição”.

³⁸² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Seção) de 02 de Maio de 2006. *Eurofood IFSC Ltd., Processo C-341/04*, p. I-3880.

³⁸³ PIÑERO, Laura Carballo. *Procedimientos concursales y competencia judicial internacional...*, pp. 19-20.

³⁸⁴ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. *A recuperação judicial de Grupos Societários Multinacionais...*, p. 139. O autor acentua ainda que, embora o caso *Eurofood* tenha angariado maior repercussão mundial, outros o seguiram, em complementação ao entendimento consolidado pelo tribunal. Dentre eles, cita-se o caso *Rastelli Davide e C.* (2011), no sentido de que um procedimento de insolvência instaurado em um país só pode ter seus efeitos estendidos para outra sociedade cujo centro dos principais interesses do devedor se encontra no território desse mesmo país, de modo que a mera confusão patrimonial não justifica tal situação, não podendo o processo principal estender seus efeitos aos membros do mesmo grupo do devedor sem que se comprove a localização do centro dos principais interesses do devedor.

3.5.2 Caso Daisytek

O segundo caso que se destaca é o Daisytek. O grupo econômico Daisytek era um distribuidor global de suprimentos para computação, composto por uma série de subsidiárias atuantes no varejo e atacado desses produtos em solo europeu. Em 2003, em decorrência de dificuldades financeiras, a controladora norte-americana Daisytek Inc. e outras sociedades relacionadas ajuizaram pedido de *reorganization* (recuperação judicial), nos moldes do *Chapter 11*, perante uma Corte judicial de Dallas, nos Estados Unidos da América. Além disso, em razão das dezesseis subsidiárias europeias existentes, foram abertos procedimentos também no Reino Unido, França e Alemanha, nenhuma sendo parte no procedimento norte-americano. Uma primeira controvérsia se instalou entre Reino Unido e França sobre qual corte seria a competente para conduzir a recuperação judicial da subsidiária francesa, seguida posteriormente por outras entre Reino Unido e Alemanha em relação às três subsidiárias presentes neste último país³⁸⁵. As outras doze das dezesseis subsidiárias, por sua vez, foram constituídas em solo inglês.

A controvérsia se instaurou porque a Corte inglesa, no âmbito da *administration order* requerida pelas partes, sob fundamento de que todas as sociedades eram parcialmente administradas a partir do Reino Unido, inclusive as estrangeiras, entendeu que deveria ser afastada a presunção da sede estatutária relativa ao centro de interesses principais do devedor *in casu*. Samuel L. Bufford sintetiza a estrutura do grupo societário e as razões que fizeram com que o Tribunal inglês reconhecesse que a administração partia do território de sua jurisdição:

The corporate structure of the European Daisytek group is complex. Daisytek ISA is the holding company for the group. Its sole immediate subsidiary is ISA International plc (Internacional), located in Bradford, England. International, in turn, is the immediate holding company of ISA International Holdings Ltd. (International Holdings), the holding company for Daisytek-France, the French operating company and for PAR Beteiligungs GmbH (PAR), the German holding company for the two German operating companies. [...] According to the findings of the Leeds High Court, International performed the head office functions for the European group, which included the negotiation of supply contracts with major suppliers. International had given guarantees to major suppliers, which included a guarantee of the outstanding balances owing to suppliers from Daisytek-France and PAR. Immediately upon filing the sixteen petitions for administration, Daisytek obtained administration orders from the chancery division of the Leeds High Court for fourteen of the sixteen proceedings. The administration orders covered the ten English companies, the three German companies, and the French companies.³⁸⁶

³⁸⁵ BUFFORD, Samuel L. *International Insolvency Case Venue in the European Union...*, p. 453.

³⁸⁶ *Idem*, pp. 455-456.

Dois dispositivos do Regulamento europeu precisam ser invocados novamente para sustentar a visão da Corte inglesa, destacando-se primeiramente o art. 3 (3), no sentido de que o primeiro procedimento de insolvência aberto deve ser considerado como principal, ao passo que os posteriores serão secundários. Por outro lado, a presunção da sede estatutária, previsto no art. 3 (1), teve que ser afastada para as subsidiárias estrangeiras, prevalecendo, porém, sobre as constituídas em solo inglês. A decisão não foi bem recebida na França e na Alemanha, cujas Cortes se negaram inicialmente a reconhecer o procedimento inglês como principal. Porém, como salienta Gabriel Moss, esses países, posteriormente, cederam ao reconhecimento, não tendo permanecido a controvérsia tal como ocorreu no caso *Eurofood*:

The French court could not believe that the English court had really intended to put a French-registered company into administration in England and considered that the English court must have confused the separate French entity with a branch of the English parent. The French court thus considered the English administration order to be void and made a French administration order. Under the French system, the English administrator could apply to set aside this order and, as one would expect, did so, but failed to have it set aside. They did, however, appeal successfully to the Court of Appeal in Versailles. Importantly, by this stage, the reasoned judgment from England was available and the Court of Appeal in Versailles could see that the English judge had gone through a proper process of reasoning in order to hold that the presumption based on the location of the registered office had been rebutted by the facts pointing to the center of main interests being in England [...].

The German courts were, in principle, much more cooperative. In the case of one of the German subsidiaries, there was a mistake as to the facts and it was thought that proper notice had not been given to the relevant director of the company. Once this mistake was cleared up, recognition was given in Germany.³⁸⁷

Como se vê, o caso *Daisytek* constitui um importante marco não só para delimitar melhor o conceito do centro de principais interesses do devedor, mas especialmente por tratar no assunto no âmbito dos grupos de sociedades. Ainda que a jurisdição francesa tenha estranhado a inclusão de uma subsidiária registrada na França ao procedimento inglês, com personalidade jurídica própria, fato é que futuramente acabou reconhecendo a atuação da Corte britânica. O mesmo entendimento foi seguido pela jurisdição alemã, demonstrando que é possível, do ponto de vista jurisprudencial e doutrinário, a aplicação do universalismo, ainda que mitigado, aos grupos, permitindo, portanto, a formulação de um conceito incipiente de centro de interesses principais do devedor do próprio agrupamento econômico. É importante

³⁸⁷ MOSS, Gabriel. **Group Insolvency – Choice of Forum and Law: The European Experience Under the Influence of English Pragmatism.** *Brooklyn Journal of International Law*, v. 32, I. 3. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1236&context=bjil>>. Acesso em: 05 out. 2016, pp. 1011-1012. O autor destaca, ainda, que o caso gerou duras críticas ao Reino Unido: “The *Daisytek* case caused something of a storm of protest in Europe which has not entirely died down. While attending a conference organized by INSOL Europe in the City of Cork in Ireland, the distinguished Professor Paulus, a leading German authority in this area, denounced the British courts as ‘imperialists’. Subsequently, however, at the second-annual German Insolvency Congress in Berlin, the author explained in his presence that the English courts were pragmatists rather than imperialists”, p. 1012.

salientar que, no âmbito inglês, vislumbram-se outros julgados em que a jurisprudência seguiu em sentido semelhante, demonstrando uma possível orientação consolidada, tal como o caso *Enron Directo*³⁸⁸, também invocado e resumido pelo supracitado autor:

[A] Spanish-incorporated Enron European company trading in Spain on a daily basis but whose headquarters' function were carried out from European group headquarters in London. The judge accepted the argument that the center of main interests of this Spanish registered company was in the United Kingdom and made an administration order as a main proceeding within the EC Regulation. The other relevant European Enron companies incorporated in England were already in administration. Thus the insolvency administration of Enron Directo could be run in the context of the insolvency administration of the group by the same administrators. Since, under Article 4 of the EC Regulation, English law applied to the proceeding in *Enron Directo*, there was no question of consolidation either assets or liabilities with other company, since English law does not permit this, save in very exceptional and rare cases.³⁸⁹

3.5.3 Caso Interedil

Por fim, outro caso emblemático da jurisprudência em âmbito europeu é o *Interedil Srl*, que tratou com mais profundidade da questão do *forum shopping*. A Interedil era uma sociedade empresária constituída sob a lei italiana e detentora de sede estatutária na Itália. No ano de 2001, a sociedade transferiu sua sede para Londres, sendo que, nos meses seguintes, foi vendida para uma outra sociedade britânica autônoma. No ano de 2003, um de seus credores ajuizou demanda perante a Corte italiana de Bari, requerendo a abertura do procedimento de insolvência da Interedil, que, em defesa, alegou a incompetência do juízo, haja vista que sua sede estatutária e centro de operações, isto é, o centro de interesses principais do devedor agora se encontrava no Reino Unido, razão pela qual deveria ser julgada perante a Corte inglesa. Após interpostos os devidos recursos, a matéria chegou à *Corte Suprema di Cassazione*, que emitiu decisão de reconhecimento da jurisdição italiana, sintetizada por Joseph Caneco, *in verbis*:

[O]n May 20, 2005 the Corte suprema di cassazione declared that the Italian courts had jurisdiction. It read Article 3(1) of Regulation 1346/2000 and found that the presumption of COMI at the location of the debtor's registered office had been rebutted: Interedil owned real property in Italy; there was lease negotiated by Interedil for two hotel complexes; Interedil had contract with a bank; and the local register of companies in Bari did not receive notice of Interedil's transfer of its registered office to London. This decision sent the case back to the court of original jurisdiction for the proceeding,

³⁸⁸ **In re Enron Directo Sociedad Limitada**, High Court (Chancery). *Skeleton Argument on Behalf of the Petitioner*. 2002. Disponível no web site da International Insolvency Institute: <<https://www.iiiglobal.org/>>. Acesso em: 17 set. 2016.

³⁸⁹ MOSS, Gabriel. **Group Insolvency – Choice of Forum and Law...**, p. 1010.

the Tribunale di Bari.³⁹⁰

Em decorrência da dúvida suscitada e com amparo no caso *Eurofood*, a Corte de Bari suspendeu o caso e o submeteu ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)³⁹¹. A Corte europeia se manifestou primeiramente afirmando que o art. 3(1) do Regulamento europeu deveria ser interpretado segundo o direito europeu e não o direito interno de cada Estado-Membro, haja vista que o conceito de centro de interesses principais do devedor é autônomo e independente às legislações nacionais. Interpretando o conceito, destacou o Tribunal que a presunção tinha como objetivo privilegiar o local da administração central da sociedade como critério de competência, porém, para garantir a segurança jurídica e previsibilidade dos envolvidos, os elementos deveriam ser objetivos e determináveis por terceiros, reafirmando a posição adotado no caso *Eurofood* e acentuando a análise casuística que deve ser feita pelo julgador.

Ato contínuo, a Corte analisou os elementos do caso, asseverando que, ainda que a localização de bens imobiliários pertencentes à sociedade devedora, a existência de contrato celebrado com instituição financeira e outros elementos presentes possam ser considerados como objetivos e determináveis por terceiros, não seriam suficientes para ilidir a presunção, salvo se fosse efetuada um análise global da situação, demonstrando que o centro efetivo de direção e controle da sociedade, bem como a administração de seus interesses, tivesse permanecido no Estado anterior. Desse modo, firmou que o art. 3(1) do Regulamento deveria ser interpretado da seguinte forma:

[O] centro dos interesses principais de uma sociedade devedora deve ser determinado privilegiando o local da administração central dessa sociedade, tal como pode ser demonstrado por elementos objectivos e determináveis por terceiros. Na hipótese de os órgãos de direcção ou de controlo de uma sociedade estarem no local da sua sede estatutária e de as decisões de administração dessa sociedade serem tomadas, de forma determinável por terceiros, nesse local, a presunção prevista nessa disposição não pode ser ilidida. Na hipótese de o local da administração central de uma sociedade não ser o da sede estatutária da mesma, a presença de activos sociais e a existência de contratos relativos à sua exploração financeira num Estado-Membro diferente do da sede estatutária dessa sociedade não podem ser consideradas elementos suficientes para ilidir essa presunção, a não ser que uma apreciação global de todos os elementos pertinentes permita demonstrar, de forma determinável por terceiros, que o centro efectivo da direcção e de controlo da referida sociedade, bem como da administração dos seus interesses, se situa nesse outro Estado-Membro; no caso de transferência da sede estatutária de uma sociedade devedora, antes da apresentação de um pedido de abertura de um processo de insolvência, presume-se que o centro dos interesses principais dessa

³⁹⁰ CANECO, Joseph A. **Insolvency Law and Attempts to Prevent Abuse and Forum Shopping in the EU**. *Law School Student Scholarship*, paper 843, 2016. Disponível em: <http://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1839&context=student_scholarship>. Acesso em: 14 out. 2016, p. 15.

³⁹¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Seção) de 20 de Outubro de 2011. **Interdil Srl, in liquidation, Processo C-396/09**, I-09915.

sociedade se encontra na nova sede estatutária da mesma.³⁹²

Vê-se, assim, que o TJUE, ao reconhecer a Corte inglesa como competente para o caso, decidiu em prol da manutenção da presunção prevista no art. 3(1) do Regulamento europeu, levando ao seu fortalecimento³⁹³, ainda que a alteração da sede estatutária tenha ocorrido relativamente há pouco tempo antes da instauração do procedimento de insolvência, o que poderia, de certa forma, caracterizar a ocorrência de *forum shopping*³⁹⁴. Por mais que o caso seja um importante marco, auxiliando na difícil delimitação do conceito do centro de interesses principais do devedor, nota-se que as demarcações oferecidas permanecem vagas, o que sujeita os envolvidos a dúvidas em relação ao assunto. Assim, conclui-se que a jurisprudência consolidada pelo Tribunal europeu suavizou o problema do centro de interesses principais do devedor, delineando alguns contornos, sem dar a ele uma solução completa e dotada de adequada segurança jurídica.

3.6 Propostas de reforma para o Instrumento Europeu e o Regulamento (UE) 2015/848

O art. 46 do Regulamento europeu previu obrigação no sentido de que, até 1º de junho de 2012, e, após, de cinco em cinco anos, a Comissão apresentasse um relatório relativo à aplicação do diploma em tela, acompanhado, se necessário, de propostas de adaptação. Diante

³⁹² *Idem*, p. I-9961.

³⁹³ Impende citar, por outro lado, o caso *Hans Brochier Holdings Ltd.*, apontado por Laura Carballo Piñero, que exemplifica hipótese de afastamento da presunção contida no art. 3º (1) do Regulamento (CE) nº 1346/2000. O caso tratou de uma sociedade limitada, detentora de sede estatutária no Reino Unido. Contudo, não havia no país qualquer estabelecimento, sendo apenas oferecido o endereço postal de seus advogados. Por outro lado, na Alemanha, havia uma série de armazéns e um estabelecimento em Nuremberg, responsável por gerir o negócio, a política de recursos humanos, de finanças e seus assuntos no exterior, assessorado por uma página de Internet inglesa. Todas as contas bancárias ativas da sociedade estavam na Alemanha, assim como seus credores. Em virtude de dificuldades patrimoniais, a sociedade entrou em regime falimentar perante a Corte alemã, que, com lastro nesse quadro, afastou a presunção da sede estatutária inglesa para reconhecer a Alemanha como o centro de interesses principais do devedor. Sendo assim, vê-se que a hipótese das chamadas sociedades fantasmas é um exemplo nítido que autoriza o afastamento da presunção do regulamento europeu sobre o centro de interesses principais do devedor. Laura Carballo. **Procedimientos concursales y competencia judicial internacional...**, p. 20.

³⁹⁴ Veja conclusão de Joseph Caneco sobre o caso: “*Interdil* again found a vague, but strong presumption of COMI as co-located with the registered office of the debtor. There was a concern that *Interdil* as a company was in fact *forum shopping* by becoming a registered company in the U.K. before selling itself and that it was hiding behind more favorable English law when facing creditors. Because it moved itself within a short time of being brought to court, there was a hint of *forum shopping* behind the case. [...] The legislative intent of Regulation 1346/2000 certainly was to prevent *forum shopping*, however the language of the Regulation also plainly attached the presumption to the location of registered office. CANECO, Joseph A. **Insolvency Law and Attempts to Prevent Abuse...**, pp. 18-19.

de tal situação, ao se aproximar do ano de 2012, a *INSOL Europe*³⁹⁵ emitiu um relatório contendo algumas recomendações para a revisão do regulamento. O Comitê de Assuntos Jurídicos do Parlamento Europeu, por sua vez, emitiu seu próprio relatório sublinhando as recomendações da *INSOL Europe*, sendo acompanhado por diversos juristas e professores especializados na área que ressaltavam a importância de publicação de trabalhos e alterações importantes no documento³⁹⁶.

Samuel Bufford, por exemplo, sugeriu algumas recomendações em relação a coordenação dos procedimentos de insolvência entre os casos surgidos na União Europeia e os surgidos fora dela, sobre a melhora da cooperação entre magistrados e sobre o tratamento dos grupos societários, que, como visto, praticamente restou não tratado pelo Regulamento³⁹⁷. No âmbito da relação entre procedimentos internos e externos a UE, o professor recomendou a adoção da LMIT, fato que resolveu em grande parte esse problema em virtude do sucesso desse instrumento, influenciando uma melhor também no âmbito cooperativo entre Tribunais de distintas tradições jurídicas³⁹⁸. No âmbito dos grupos econômicos, o autor se baseia nas propostas do *INSOL Europe* para melhorar a coordenação dos processos nesse âmbito e tratá-los com mais concretude no regulamento. O autor sugeriu, ainda, uma melhora na comunicação entre os diferentes processos, passando a prever a possibilidade de utilização pelos juízes de meios considerados apropriados pela lei interna de cada país e dos protocolos ou acordos *ad*

³⁹⁵ A *INSOL Europe* é uma organização europeia composta por profissionais especializados em insolvência, reestruturação negocial e recuperação, fundada em 1981 e registrada na França. Para maiores informações sobre a organização, consulte sítio eletrônico oficial: <<https://www.insol-europe.org/>>. Acesso em: 09 out. 2016. É importante mencionar que além de suas propostas para o regulamento europeu, que logo serão analisadas, a entidade promoveu a elaboração da *Cooperation Guidelines for Cross-Border Insolvency Proceedings (CoCo Guidelines)*, constituídas por diretrizes que buscam orientar os administradores e magistrados na cooperação e comunicação nas insolvências europeias. Dentre algumas orientações, destacam-se a importância de celeridade na troca de informações dos administradores, a possibilidade de cooperação entre Tribunais com base nos instrumentos permitidos pelo direito local, o estabelecimento de padrões éticos de atuação dos administradores, entre outras. As *CoCo Guidelines* são utilizadas como fontes para elaboração de acordos *ad hocs*, como aconteceu no caso *Lehman Brothers*.

³⁹⁶ “The Regulation has laid a basis for cross-border insolvency solutions. Some parts in the basis should be renewed, other parts should be added to create a European house in which one can live with some comfort. With the Commissions’ launch of a large study many conferences and seminars will debate all sorts of topics to improve the system and the content of Regulation. One may just expect (or at least hope) that organizers of such conferences do not limit themselves to discussion, but provide a report of these discussions and publish it, in a serious aim to contribute to an improved framework for cross-border insolvency”. WESSELS, Bob. **Revision of the EU Insolvency Regulation: What Type of Facelift?**. Disponível em: <<http://www.eir-reform.eu/uploads/papers/PAPER%205-1.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2016, p. 99.

³⁹⁷ BUFFORD, Samuel. **Revision of the European Union Regulation on Insolvency Proceedings – Recommendations**. *Legal Studies Research Paper*, n. 2, 2014. Disponível em: <https://a1papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2382133>. Acesso em: 09 out. 2016, pp. 13-15.

³⁹⁸ O autor sugere, ademais, mudanças na cooperação entre Cortes, de modo a adaptá-la à realidade dos grupos societários: “In conjunction with the recommendation below with respect to groups of companies, I recommend that Article 31 be expanded to require communication among liquidators appointed in the insolvency cases of the various members of a group of companies, and to authorize communications among courts having jurisdiction over the insolvency cases for the various members of such groups”. *Idem*, pp. 27-28.

hocs para coordenar procedimentos de insolvência.

Bob Wessels, por sua vez, teceu críticas ao Regulamento (CE) nº 1346 pelo fato de ser um documento rígido, que não trabalhou bem a possibilidade de recuperação das sociedades empresárias envolvidas na insolvência e, na esteira de Samuel Bufford, apontou que o documento era perfunctório no estabelecimento de normas para a comunicação e cooperação entre juízes e Tribunais e no tratamento de grupos societários³⁹⁹. Ademais, o autor sustenta que seria importante que o Regulamento tentasse realizar mais fortemente a harmonização das normas falimentares internas, haja vista que tal situação auxiliaria na melhora da condução de insolvências transnacionais:

The Insolvency Regulation is based on the idea, generally accepted over the last few decades, that harmonization of domestic rules to insolvency was impossible given the differences in substantive laws, including preferential rights. [...] It should be nevertheless be mentioned that several provisions of the regulation are characterizes as substantive rules and are therefore now accepted throughout Europe as unified rules concerning the topics to which they relate, see for example Articles 7(2), 20, 29-35, 39 and 40, whilst other suggestions for approximation have been made. In addition, where the EU is still aiming to improve the position of small and medium undertakings, a sound European wide policy could be facilitated by a shared approach to solutions when these companies are close to financial distress.⁴⁰⁰

Analisando mais detidamente as propostas da *INSOL Europe*, destaca-se inicialmente a questão dos grupos econômicos. Foi proposta a criação de um capítulo V no Regulamento (CE) nº 1346, consistindo de quatro artigos (43-46), voltados ao tratamento dos grupos. No art. 43, previu-se autorização para que uma Corte europeia determine a abertura de um procedimento de insolvência para a denominada “sociedade-mãe”, conceituada como aquela entidade do grupo que tenha o direito de exercer influência dominante sobre as outras sociedades. O art. 44 trata sobre o liquidante do grupo, conferindo a ele poderes sobre todas as subsidiárias sujeitas ao procedimento principal e secundário, dentro dos âmbitos estipulados pelo Regulamento europeu. O art. 45, inclusive, autoriza que esse liquidante possa propor um plano de recuperação para cada subsidiária sujeita ao processo de insolvência, poder este limitado pela possibilidade prevista na lei local aplicável, conforme art. art. 4º do Regulamento. Por fim, o 46 trata da consolidação substantiva das sociedades com vínculo de capital, na hipótese de que os bens, responsabilidades e acordos de um grupo estejam tão interligados que os procedimentos separados das respectivas sociedades não possam ser conduzidos de forma significativa.

Também foram feitas propostas em relação ao conceito de centro de interesses principais do devedor, concedendo poderes discricionários ao magistrado para analisar a

³⁹⁹ WESSELS, Bob. **Revision of the EU Insolvency Regulation...**, pp. 98-99.

⁴⁰⁰ *Idem*, p. 99.

conveniência de abertura de procedimento secundário, com amparo na adequada administração de bens e nos interesses dos credores envolvidos, podendo tais procedimentos não só ostentar a natureza de liquidatórios, mas também de recuperacionais das sociedades. Vale trazer à baila, como já restou citado anteriormente neste trabalho, a sugestão complementar de especialistas na matéria de criação de um novo conceito aliado ao centro de interesses principais do devedor: o chamado *centro de interesses principais da atividade empresarial ou do grupo* (*centre of main interests for the enterprise*), por vezes abreviado como ECOMI, conforme se vê na lição de Samuel Bufford:

The EU Regulation should provide that the location of the ECOMI is the country where the group of companies conducts its administration of head-office functions. This is the place where the central management is located, where strategic business planning takes place, where financial operations are planned and carried out, and where directions are transmitted to local managers who may be located in other countries. The location of these functions must be apparent to creditors, so that they can determine the insolvency law that will apply to them in case of financial difficulties, and the contribution that the applicable insolvency law makes to the credit risk undertaken. Thus location must be differentiated from the place where business is carried out, which may be in various countries.⁴⁰¹

Em relação às recomendações do Comitê de Assuntos Jurídicos do Parlamento Europeu, também conhecido por Relatório Lehne, aponta, na esteira da *INSOL Europe*, que a omissão do Regulamento em relação ao tratamento dos grupos de sociedades traz importantes consequências negativas, prevendo como solução a melhora na coordenação e transmissão de informações, bem como a preservação de custos e maximização de ativos para os processos que envolvam essas entidades econômicas. Dessa maneira, para grupos verticais, o Relatório sugere a existência de uma única Corte responsável por aplicar sua própria lei ao passo que, para os horizontais, faz uma proposta mais modesta, baseada em algumas regras de cooperação desses conglomerados previstas na parte III do Guia Legislativo da UNCITRAL, que, como visto anteriormente, foi criado para melhorar o tratamento dos grupos no âmbito desse instrumento⁴⁰².

Além disso, o Relatório Lehne, lastreado por experiências jurídicas internas dos Estados europeus e com o intuito de proporcionar às sociedades o soerguimento de sua atividade empresarial, estimula a recuperação pela elaboração de planos, por iniciativa do devedor ou

⁴⁰¹ BUFFORD, Samuel. **Revision of the European Union Regulation...**, p. 45.

⁴⁰² Para leitura do conteúdo completo do relatório emitido pelo Comitê de Assuntos Jurídicos do Parlamento Europeu à Comissão Europeia, consulte: COMITÊ DE ASSUNTOS JURÍDICOS DO PARLAMENTO EUROPEU. **Relatório que contém recomendações à Comissão sobre os processos de insolvência no contexto do direito das sociedades da EU (Relatório Lehne)**. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2011-0355+0+DOC+XML+V0//PT#title1>>. Acesso em: 09 out. 2016.

administrador, de recuperação, que precisarão ser aprovados pelo magistrado competente. Ademais, o Relatório propõe a adoção de regras que visam promover a negociação, celebração e aprovação dos acordos de cooperação e coordenação na insolvência transnacional, sempre buscando o tratamento da matéria de forma harmonizada na União Europeia:

É de parecer que os objetivos devem incluir a elaboração de um guia para a realização de insolvências transfronteiras inteiramente harmonizadas em toda a UE, prosseguindo ativamente um consenso internacional, pelo menos no caso dos grandes conglomerados; considera que este quadro harmonizado se deve centrar, inter alia, em: - criar um processo administrativo de liquidação para instituições financeiras e conglomerados, a fim de facilitar uma liquidação mais rápida e disciplinada do que no quadro dos processos judiciais normais; - criar listas de ordenação de prioridades e regras sobre as ações de recuperação; a coordenação e administração eficaz das insolvências de grupos financeiros internacionais.⁴⁰³

Essas discussões são de primordial importância para a indústria do petróleo. Primeiramente porque, em razão do porte econômico da atividade, as sociedades empresárias petrolíferas estruturam-se em complexos grupos econômicos, de modo a diminuir os riscos inerentes ao setor. Assim, justifica-se o interesse em um tratamento adequado da insolvência transfronteiriça no âmbito dos grupos. Por outro lado, do ponto de vista do empresariado, medidas voltadas para o soerguimento da atividade são bem mais interessantes do que aquelas voltadas para sua liquidação, razão pela qual demandam um perfil recuperatório da insolvência transnacional. No Brasil, casos da indústria discutiram a possibilidade de inclusão de subsidiárias estrangeiras, sem filiais e ativos físicos no país, no processo de recuperação judicial brasileiro, como se verá nos capítulos seguintes.

O Parlamento Europeu, baseado no Relatório Lehne, aprovou as propostas e as apresentou à Comissão Europeia, que, também se lastreando pelas recomendações da *INSOL Europe*, publicou, em 2012, uma proposta para alteração do Regulamento (CE) nº 1346/2000 sobre Insolvência⁴⁰⁴. Como era de se esperar, houve enfoque na importância das medidas de recuperação do devedor, bem sintetizado por Paulo Fernando Campana Filho, *in verbis*:

Há diversas medidas previstas com o objetivo de facilitar a recuperação do devedor. A proposta elimina, por exemplo, a exigência de que os processos secundários sejam processos de liquidação. Nos casos em que houver um pedido de abertura de um processo secundário, o juiz deve ouvir o síndico para tomar conhecimento das medidas de recuperação por ele vislumbradas. Dessa forma, o juiz pode avaliar as consequências de abertura do processo secundário; ele pode recusar-se a fazê-lo, se o síndico do

⁴⁰³ COMITÊ DE ASSUNTOS JURÍDICOS DO PARLAMENTO EUROPEU. **Relatório que contém recomendações à Comissão...**, p. 18.

⁴⁰⁴ Para leitura completa do conteúdo do relatório, acesse: COMISSÃO EUROPEIA. **Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Amending Council Regulation (EC) No 1346/2000 on Insolvency Proceedings**. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2012_360>. Acesso em: 09 out. 2016. O relatório concluiu que o Regulamento estava funcionando bem no geral, mas que seria desejável a revisão de algumas de suas estipulações, de modo a tornar a administração da insolvência transfronteiriça mais eficiente.

processo principal assim o requerer e se tal processo não for necessário para a proteção dos interesses dos credores.⁴⁰⁵

Naturalmente, a proposta também trouxe recomendações no que se refere aos grupos societários. Em razão das distintas personalidades jurídicas envolvidas nesses conglomerados, foi mantida a abertura de procedimentos distintos para as sociedades agrupadas, melhorando a comunicação entre Tribunais ao introduzir normas que visam promover a cooperação entre magistrados e administradores no âmbito de membros de um único grupo econômico, especialmente para na hipótese de elaboração de um plano de recuperação judicial. Na esteira dos diplomas anteriores, o documento previu a possibilidade de elaboração de protocolos *ad hocs* pelos envolvidos.

Com base nessa proposta, foi emitido, em 2014, um esboço com as alterações sugeridas, que restou aprovado pelo Parlamento Europeu em maio de 2015, conduzindo, portanto, ao novo (ou revisado) Regulamento Europeu relativo aos Processos de Insolvência: o Regulamento (UE) 2015/848⁴⁰⁶. O instrumento, porém, só será aplicável a partir de 2017⁴⁰⁷, revogando o regulamento anterior e suas alterações sucessivas. Semelhantemente ao seu predecessor, o diploma novamente concentra-se em matérias como jurisdição, lei aplicável à insolvência, reconhecimento e execução de decisões estrangeiras na matéria.

Primeiro ponto a se ressaltar é que o regulamento revisado ampliou o espectro de aplicação⁴⁰⁸, passando a abarcar mais fortemente os meios de soerguimento da atividade empresária do devedor, nos moldes sugeridos não só pelos especialistas sobre o tema, bem como pelas propostas acima apresentadas⁴⁰⁹. Nesse sentido, Pietro Franzina, analisando as

⁴⁰⁵ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A recuperação judicial de Grupos Societários Multinacionais...**, pp. 146-147.

⁴⁰⁶ Relembra-se que base jurídica de aprovação da proposta encontra lastro no art. 81, n.º 2, a, c e f, do Tratado sobre Funcionamento da União Europeia. O diploma, portanto, é vinculante aos Estados europeus, semelhantemente ao instrumento anterior.

⁴⁰⁷ Contudo, o registro de insolvências europeu, que será visto adiante neste tópico, só será implementado no ano de 2021, em razão de seu alto custo.

⁴⁰⁸ Art. 1º do Regulamento (UE) 2015/848: “O presente regulamento é aplicável aos processos coletivos públicos de insolvência, com fundamento na lei do domínio da insolvência e nos quais, para efeitos de recuperação, ajustamento da dívida, reorganização ou liquidação: a) O devedor é total ou parcialmente privado dos seus bens e é nomeado um administrador da insolvência; b) Os bens e negócios do devedor ficam submetidos ao controle ou à fiscalização por um órgão jurisdicional; ou c) Uma suspensão temporária de ações executivas singulares é ordenada por um órgão jurisdicional ou por força da lei, a fim de permitir a realização de negociações entre o devedor e os seus credores, desde que o processo no qual é ordenada a suspensão preveja medidas adequadas para proteger o interesse coletivo dos credores e, caso não seja obtido acordo, seja preliminar relativamente a um dos processos a que se referem as alíneas a) ou b)”.

⁴⁰⁹ Juristas portugueses apontam que o regulamento veio à tona meio a uma cultura de revitalização de sociedades empresárias no âmbito europeu: “O Regulamento (UE) 2015/848 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, relativo aos processos de insolvência, revogou o Regulamento (CE) n.º 1346/2000 do Conselho. Com esta revisão, pretendeu-se não só assegurar uma maior eficácia aos processos de insolvência que produzem efeitos transfronteiriços, mas também contribuir para um *cultura de segunda oportunidade*. Procura-se assim a melhoria do funcionamento do mercado interno e da sua resiliência durante as crises económicas, preservando

inovações, aponta que:

Opening the EIR [European Insolvency Regulation] to collective rescue and restructuring proceedings, to proceedings which leave the debtor fully or partially in control of its assets and affairs and to proceedings providing for a debt discharge or a debt adjustment in relation to consumers and self-employed persons as well as to interim proceedings, means that the appointment of a “liquidator” and the debtor’s divestment are no more grounds of the EIR’s applicability.

The difference between “all-creditors-including” and “not-all-creditors-including” proceedings has been implicitly upheld. However, Recital 14 clarifies that proceedings not including all the creditors should be proceedings aimed at rescuing the debtor, while those leading to a definitive cessation of the debtor’s activities or to the liquidation of the debtor’s assets should include all the creditors.⁴¹⁰

Desse modo, o Anexo A do Regulamento, responsável por listar os procedimentos sob seu âmbito de aplicação, inclui uma série de novos processos locais, tal como o Acordo de Reestruturação (*accordi di ristrutturazione*) italiano e a homologação de acordos de refinanciamento (*procedimento de homologación de acuerdos de refinanciación*) espanhol. Além disso, como se vê na citação acima, também foram contemplados no conceito de insolvência alguns procedimentos relativos aos consumidores, tal como, por exemplo, o finlandês (*yksityishenkilön velkajärjestely e skuldsanering för privatpersoner*). Houve, ademais, mudança de nomenclatura, optando por gestor de falência (*insolvency practitioner*) ao invés de liquidante (*liquidator*), em prol do intuito de revitalização da sociedade e da ampliação dos poderes do administrador judicial.

Os casos *Eurofood* e *Interedil* influenciaram fortemente as discussões na Europa, sendo um dos fatores que levou a importantes inovações no âmbito do conflito de jurisdições. Nos moldes do novo Regulamento, o centro de interesses principais é “o local em que o devedor exerce habitualmente a administração dos seus interesses de forma habitual e cognoscível por terceiros”, sendo preservada a presunção de que tal lugar é o local da sede estatutária da sociedade⁴¹¹. Porém, houve estipulação expressa de que a transferência dessa sede para outro lugar nos três meses anteriores ao pedido de abertura do procedimento importaria no

postos de trabalho, promovendo a recuperação económica e o crescimento sustentável. Foi assim relançado o espírito empresarial na Europa, propugnando por uma Estratégia e por um plano de ação ao empreendedorismo até 2020. TRAVASSOS, Armando. **Insolvência versus Recuperação**: Como o SIREVE deixou de ser alternativa ao PER. *Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito na especialidade de Ciências Jurídicas Processuais na Universidade Autónoma de Lisboa*, 2016. Pp. 36-37.

⁴¹⁰ FRANZINA, Pietro. **The new European Insolvency Regulation**. *University of Bari*, 2015. Disponível em: <<http://conflictoflaws.net/2015/the-new-european-insolvency-regulation/>>. Acesso em: 14 out. 2016, pp. 1-2.

⁴¹¹ Art. 3º, 1, do Regulamento (UE) 2015/848: “Os órgãos jurisdicionais do Estado-Membro em cujo território está situado o centro dos interesses principais do devedor são competentes para abrir o processo de insolvência (‘processo principal de insolvência’). O centro dos interesses principais é o local em que o devedor exerce habitualmente a administração dos seus interesses de forma habitual e cognoscível por terceiros. No caso de sociedades e pessoas coletivas, presume-se, até prova em contrário, que o centro dos interesses principais é o local da respectiva sede estatutária. Esta presunção só é aplicável se a sede estatutária não tiver sido transferida para outro Estado-Membro nos três meses anteriores ao pedido de abertura do processo de insolvência [...]”.

afastamento dessa presunção, desencorajando, portanto, a ocorrência de *forum shopping*⁴¹². Em relação às pessoas singulares que exerçam atividades comerciais ou profissionais independentes, a presunção do centro de interesses principais é o local onde exerce a atividade principal, feita a mesma ressalva acerca da transferência. Para aquelas que não exercem tais atividades (ex: consumidores), é o lugar de sua residência habitual, que também poderá ser afastada em caso de transferência, nesta hipótese de seis meses anteriores ao ajuizamento da demanda.

Outra inovação em matéria de jurisdição é a estipulação de que cabe ao órgão jurisdicional ao qual se dirige o pedido de abertura de um procedimento de insolvência verificar se possui ou não competência⁴¹³. Em matéria de leis aplicáveis, o Regulamento (UE) 2015/848 buscou novamente conciliar a competência com a norma a reger o caso⁴¹⁴, recebendo elogio por parte de alguns especialistas⁴¹⁵. Houve um fortalecimento do administrador do processo principal, prevendo que, além do processo secundário naturalmente ficar limitado aos bens locais⁴¹⁶, deve respeitar os objetivos almejados no principal, ademais de preservar os interesses dos credores locais. Assim, ao receber o pedido de abertura de um procedimento secundário pelo administrador do principal, poderá a Corte, caso entenda necessário e com o objetivo de proteger os interesses dos credores nacionais, recusar-se ou adiar a abertura do procedimento. Na hipótese de pedido de abertura pelos credores, aponta Pietro Franzina:

When ruling on a request for opening brought by local creditors, the court of the establishment should give the main insolvency practitioner the opportunity to be heard before deciding (Article 38). The main insolvency practitioner will have the opportunity to apply for refusal or postponement of the opening of secondary proceedings, while the court of the establishment will be in a position to be aware of any rescue or

⁴¹² CANECO, Joseph A. **Insolvency Law and Attempts to Prevent Abuse...**, p. 28.

⁴¹³ “An interesting addition in Regulation 2015/848 is the mandated examination of jurisdiction in Article 4. Article 4(1) mandates the national courts to examine its own jurisdiction in a case upon the request for the opening of any proceedings. This apparently is to alleviate the prior concerns with the dueling jurisdictions and the binding effects that any judgments will have if conflicting. Also, this is designed to lead to a clearer application of the doctrines governing COMI, considering that now even without a challenge to jurisdiction, the court upon its own motion will examine the basis for jurisdiction at the beginning of any case before the official opening of any proceeding in the member state”. *Idem*, p. 27.

⁴¹⁴ Art. 7º, 1, do Regulamento (UE) 2015/848: “Salvo estipulação em contrário do presente regulamento, a lei aplicável e aos seus efeitos é a lei do Estado-Membro em cujo território é aberto o processo”. Conferir também art. 34 do regulamento, sobre lei aplicável ao procedimento secundário.

⁴¹⁵ “The rules concerning the applicable law are also important. Regulation 2015/848 seeks to synchronize jurisdiction and applicable law, with the result that – as a general rule – the Italian court applies Italian law, the German court applies German law, and so on. Though this choice of policy seems to be the most reasonable, this is not always the case. Suppose that the court of Cologne has opened insolvency proceedings against a German company, and suppose again that a creditor of that company has secured its claim by means of an English floating charge. Which law will allow that creditor to enforce that security? Will it be German law, which does not “know” floating charges? Will it be English law, which has no connection with the German proceeding? Are they both applicable? And, if yes, how and to what extent?”. MANGANO, Renato. **A new European Regulation on Insolvency Proceedings**. Abril, 2016. Disponível em: <<http://blog.oup.com/2016/04/new-european-regulations-law/>>. Acesso em: 14 out. 2016.

⁴¹⁶ Art. 34 do Regulamento (UE) 2015/848: “[...] Os efeitos do processo secundário de insolvência limitam-se aos bens do devedor situados no território do Estado-Membro em que o processo tiver sido aberto”.

reorganization options explored by the main insolvency practitioner, so as to properly assess the consequences of the opening. Based on these and other elements, the court may refuse the opening or opt for proceedings not involving the winding-up of the debtor. This differs from the current regime, which allows for the alternative proceedings option only for territorial proceedings, *i.e.* prior to the opening of main proceedings.⁴¹⁷

Ainda no intuito de proteger os credores locais, estipula o Regulamento que o administrador judicial do processo principal pode evitar a abertura de um secundário, dando, em relação aos bens locais, garantia de que, ao distribuir bens ou receitas provenientes de sua liquidação, “respeitará os direitos de distribuição e os privilégios creditórios consignados na lei nacional que assistiriam aos credores se o processo secundário de insolvência fosse aberto nesse Estado-Membro”⁴¹⁸. Dessa forma, busca-se diluir as preocupações de violação de seus interesses a créditos privilegiados na forma da *lex concursus*. Os meios de cooperação entre os administradores de ambos os procedimentos foram estendidos, podendo se dar em qualquer Corte⁴¹⁹ e por qualquer forma, além de estar expressamente prevista a possibilidade de elaboração de acordos ou protocolos *ad hocs*⁴²⁰.

Em relação ao problema à cooperação entre países europeus e outros fora do bloco regional, deve-se destacar que o Regulamento (EU) 2015/848, em seu considerando de número 48, propõe o recurso às orientações relevantes da LMIT, que poderão ser utilizadas, por exemplo, para suavizar essa questão. A propósito, o referido considerando examina muito bem a importância da cooperação e os poderes conferidos ao administrador judicial do procedimento principal, de modo que impõe sua citação, *in verbis*:

O processo principal e os processos secundários de insolvência podem contribuir para a administração eficaz da massa insolvente do devedor ou para a liquidação efetiva da totalidade dos bens se houver uma cooperação adequada entre todos os atores em cause em todos os processos paralelos. Uma cooperação adequada implica a cooperação estreita entre os diversos administradores da insolvência e os órgãos jurisdicionais em causa através, nomeadamente, de um suficiente intercâmbio de informações. Para assegurar o papel dominante do processo principal de insolvência, deverão ser atribuídas ao administrador da insolvência desse processo várias possibilidades de intervenção nos processos de insolvência secundários simultaneamente pendentes. Em especial, o administrador da insolvência poderá propor um plano de recuperação ou um concordata, ou requerer a suspensão da liquidação dos bens no processo secundário de insolvência. No âmbito da sua cooperação, os administradores da insolvência e os órgãos jurisdicionais deverão ter em conta as boas práticas de cooperação em casos de insolvência transfronteiriça, resultantes dos princípios e orientações em matéria de

⁴¹⁷ FRANZINA, Pietro. **The new European Insolvency...**, p. 3.

⁴¹⁸ Art. 36, 1, do Regulamento (UE) 2015/848.

⁴¹⁹ Art. 43 do Regulamento (UE) 2015/848.

⁴²⁰ Art. 41 do Regulamento (UE) 2015/848: “O administrador da insolvência do processo principal de insolvência e o administrador ou os administradores da insolvência dos processos secundários de insolvência relativos ao mesmo devedor cooperam entre si, na medida em que essa cooperação não seja incompatível com as normas aplicáveis aos respectivos processos. Essa cooperação pode assumir qualquer forma, incluindo a celebração de acordos ou protocolos”.

comunicação e cooperação adotados por organizações europeias e internacionais que atuem no domínio da lei em matéria de insolvência, em especial as orientações relevantes da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (CNUDCI).⁴²¹

O Regulamento (UE) 2015/848 trouxe novas disposições acerca do tratamento da insolvência no âmbito dos grupos societários, introduzindo o capítulo V sobre esse tema. Inicialmente, exige-se que todos os administradores dos membros integrantes de um determinado grupo de sociedade cumpram com seus deveres de cooperação e comunicação quando forem abertos mais de um procedimento contra o mesmo devedor⁴²². Novidade importante é a faculdade de se requerer a abertura de um “processo de coordenação de grupo”, podendo ser solicitado a qualquer Corte competente para o processo de algum membro do grupo pelo administrador⁴²³. Em razão do respeito à personalidade jurídica das sociedades envolvidas, a participação dos outros administradores nesse procedimento do grupo é voluntária.

Na hipótese de abertura de um processo para o grupo, a Corte pode nomear, caso entenda necessário, um único administrador da insolvência para todos os processos em questão, socorrendo-se das medidas de coordenação previstas nos arts. 71-72 do regulamento. Inclusive, o novo instrumento prevê a figura do coordenador (*coordinator*)⁴²⁴, que será a pessoa elegível para agir na qualidade de administrador da insolvência do grupo, não podendo ser nenhum dos administradores nomeados individualmente para qualquer sociedade agrupada, nem ter quaisquer “conflitos de interesse relativamente aos membros do grupo, aos seus credores e aos administradores da insolvência nomeados para qualquer membro do grupo”⁴²⁵. Esse procedimento poderá ser aberto caso a Corte entenda que nesse local está situado o centro de interesses principais do grupo⁴²⁶. Trata-se de medida interessante, em razão de sua natureza voluntária, consegue preservar a personalidade jurídica autônoma de cada sociedade agrupada, sem impossibilitar a cooperação para aqueles casos onde haja integração do grupo, especialmente em atenção aos intuitos de soerguimento da atividade empresária constante no novo Regulamento.

Importante novidade do ponto de vista prático é a criação de um registro de insolvências,

⁴²¹ Considerando n.º 48 do Regulamento (UE) 2015/848.

⁴²² Art. 56 do Regulamento (UE) 2015/848.

⁴²³ Art. 61 do Regulamento (UE) 2015/848.

⁴²⁴ Ao coordenador do grupo, compete, *v.g.*, formular recomendações para a tramitação coordenada dos processos, ser ouvido e participar em qualquer dos procedimentos abertos, bem como mediar os litígios que surjam entre administradores da insolvência de membros do grupo.

⁴²⁵ Art. 71, 2, do Regulamento (UE) 2015/848.

⁴²⁶ Considerando n.º 53 do Regulamento (UE) 2015/848: “A introdução de regras sobre o processo de insolvência de grupos de sociedades não deverá limitar a possibilidade de um órgão jurisdicional abrir processo de insolvência relativamente a várias sociedades pertencentes ao mesmo grupo numa única jurisdição, se considerar que o centro dos interesses principais destas sociedades se situa num único Estado-Membro [...]”.

de modo a facilitar o acesso à informação. O art. 25 do Regulamento (UE) 2015/848 exige que cada Estado europeu crie e mantenha em seu território um ou mais “registros em que sejam publicadas informações sobre os processos de insolvência”, disponibilizando as informações tão logo seja aberto processo em seio nacional. Dentre essas informações, podem-se destacar: data de abertura do processo de insolvência; órgão jurisdicional que o abriu; natureza do procedimento aberto, dentre outros⁴²⁷. Novamente a medida visa preservar o direito dos credores e prevenir a abertura de processos paralelos desnecessários. Contudo, considerando a ampliação do escopo do Regulamento e a possibilidade de insolvência para pessoas que não exercem atividade comercial ou profissional independente, prevê-se um sistema de proteção de dados pessoais:

Os Estados-Membros deverão igualmente poder não incluir nos seus registros de insolvências informações relativas a pessoas singulares que não exerçam uma atividade comercial ou profissional independente. Nesse caso, os Estados-Membros deverão assegurar que as informações relevantes são prestadas mediante o envio de uma comunicação a cada credor e que os créditos dos credores que não tenham recebido as informações não são afetados pelo processo de insolvência.⁴²⁸

Em assunto de lei aplicável e *lex concursus*, além de manter o intuito já analisado de conciliar a competência a norma aplicável nos assuntos inerentes à insolvência, a reforma trouxe apenas algumas pequenas mudanças, mantendo os regramentos já utilizados. Como exemplo, estipula o Regulamento, em seu art. 11, 1, que os efeitos da insolvência nos contratos que disponham sobre direito de aquisição e usufruto de bem imóvel, serão regidos pela lei do local do Estado em cujo território esteja situado o bem, haja vista que não é assunto inerente à falência ou recuperação do devedor. Porém, complementa:

Artigo 11, 2. O órgão jurisdicional que tiver aberto o processo de insolvência principal é competente para aprovar a resolução ou modificação dos contratos referidos no presente artigo se: a) A lei do Estado-Membro aplicável a tais contratos exigir que os mesmos só possam ser objeto de resolução ou modificação com a aprovação do órgão jurisdicional que tiver aberto o processo de insolvência; e b) Não tiver sido aberto um processo de insolvência nesse Estado-Membro.

O artigo 18, por sua vez, cuida dos efeitos da insolvência sobre arbitragens pendentes, estipulando que tal situação será regida exclusivamente pela lei do Estado em que a referida ação esteja pendente ou em que o Tribunal Arbitral tenha sua sede (*the law of the seat of the arbitration*).

O Regulamento (UE) 2015/848 buscou internalizar as propostas mais relevantes sobre o tema, mantendo estipulações do diploma anterior, tendo conseguido fazer isso com relativo

⁴²⁷ Art. 24, 2, do Regulamento (UE) 2015/848.

⁴²⁸ Considerando n.º 80 do Regulamento (UE) 2015/848.

sucesso. Exemplo disso foi sua nova ótica voltada à recuperação de sociedades, a possibilidade de abertura de um único procedimento voltado aos grupos societários, sem engessar uma regra geral para essa hipótese, a melhoria nos meios de cooperação entre órgãos e autoridades envolvidas, dentre outras medidas. Ainda assim, vislumbra-se juristas que acentuam o fato de que o revitalizado regulamento é mais um documento intencional do que de fato uma solução prática para o complicado e intrigante assunto da insolvência transnacional:

Regulation 2015/848 is an aspirational piece of legislation rather than a practical one. Insolvency law has a tortured history on the European Union. It took decades of dialogue and failed attempts to even approach a comprehensive E.U. insolvency regime. In truth, what eventually went into effect, Regulation 1346/2000 wasn't even that—it was a set of rules and expectations for national courts to apply their own substantive laws to cross-border insolvent debtors, often as they were placed in liquidation, receivership, or some kind of administration. The regulation was a large step forward in that it attempted to set a standard for the location of “main proceedings”, which would and bind courts and parties alike through the judgments and orders of the court there. And using the concept of a debtor’s COMI, it would fix the jurisdiction for the main proceedings so that the regulation would not tolerate the abuse of forum shopping by debtors. However, clearly the old regulation left quite a bit of open space as to where a debtor could choose to resolve its insolvency issues and the CJEU [Court of Justice of the European Union] did little to clarify in the cases noted except to demand objective and ascertainable proof of administration somewhere else other than the member state in which the debtor had its registered office. While this is a start, this does little to add certainty to debtors and creditors alike in a complex and diverse internal market when they are in court for insolvency.⁴²⁹

Em relação à indústria do petróleo no Brasil, a importância do novo Regulamento europeu se fundamenta na mesma premissa em relação ao anterior. Isto é, considerando que os grupos petrolíferos brasileiros optam por constituir subsidiárias em território europeu, sem filiais e ativos físicos no Brasil, suas disposições passarão a ser bastante importantes quando se tornarem aplicáveis na Europa e surgirem, em solo nacional, eventuais falências ou recuperações judiciais que envolvam tais conglomerados. As novas estipulações sobre os grupos econômicos e o intento de soerguimento da atividade do devedor presente no instrumento certamente auxiliarão os juristas, nem que seja apenas para ser levado em consideração a título comparativo de ordenamentos.

3.7 Outros instrumentos relevantes

Além dos instrumentos apresentados nos itens anteriores, que destacaram maior

⁴²⁹ CANECO, Joseph A. *Insolvency Law and Attempts to Prevent Abuse...*, pp. 28-29.

relevância no cenário jurídico internacional, convém ainda mencionar outros documentos que também contribuíram para o tratamento dos efeitos da insolvência transnacional no panorama contemporâneo. O primeiro é o Acordo para Insolvência Transfronteiriça (*Cross-Border Insolvency Concordat*), proposto pela *International Bar Association* (IBA) em 1996. Diferentemente da LMIT, o diploma não foi elaborado com o intuito de propor uma internalização no ordenamento jurídico local dos Estados, mas para servir de auxílio na solução de casos de insolvência transfronteiriça por intermédio de dez princípios adaptáveis ao caso concreto. A flexibilidade é justificada pela dificuldade que a IBA teve de propor instrumentos mais rígidos sobre a matéria.

Os princípios do Acordo podem ser invocados tanto em um processo universalista, acompanhado ou não de procedimentos secundários, ou em processos territorialistas espalhados ao redor do globo, nos moldes do sistema do territorialismo cooperativo (*cooperative territoriality*) proposto pelo professor Lynn M. LoPucki. Inobstante tal situação, é possível vislumbrar uma tendência universalista do instrumento ao se analisar seu princípio 1, no sentido de que, na hipótese de uma insolvência onde o devedor possua conexões transfronteiriças (*cross border connections*), deve haver apenas uma única jurisdição com responsabilidade primária para coordenar todos os procedimentos relativos a esse mesmo devedor. Nos comentários do diploma sobre esse princípio, encontram-se argumentos invocando o melhor controle dos bens envolvidos no processo e da proteção justa dos credores:

In most cases, an enterprise will have its nerve centre and many of its assets in one country. In the usual circumstance that country is the most appropriate forum for the administrative centre of its insolvency. Having a primary administrative forum presents the possibility of many benefits enhancing control of assets, increasing business values, and ensuring fair treatment of creditors. Predictability of the ‘natural’ administrative forum will also be most supportive of international commerce.⁴³⁰

O Acordo também propõe o fortalecimento da cooperação entre os procedimentos de insolvência, mediante incentivo à comunicação de troca de informações entre as partes envolvidas, a distribuição adequada dos valores e sua transferência entre processos principais e locais, o pagamento de credores preferenciais, bem como a aprovação de planos de recuperação das sociedades envolvidas no procedimento de insolvência. Um ponto importante é que o instrumento fortalece a possibilidade de elaboração de acordos *ad hocs* de cooperação, especialmente em decorrência de sua flexibilidade. Jamie Altman exemplifica a adoção de um

⁴³⁰ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **IBA Cross-Border Insolvency Concordat and Rationales**. Disponível em: < <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:mo0rLtE9IYMJ:www.ibanet.org/Document/Default.aspx%3FDocumentUId%3D2d55e76f-cab1-493d-b0a9-4b4b967b353f+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 09 out. 2016, p. 9.

desses acordos ao examinar o caso *In re Everfresh*:

For example, in *In re Everfresh*, a protocol based on the Concordat was effective because it allowed the parties to specify early in the proceedings how a wide range of matters would be dealt with by courts in Canada and the United States. The *Everfresh* protocol specifically addressed choice of law, choice of forum, claims resolution, and avoidance action issues, among other issues. *In re Everfresh* provides a demonstration of why a protocol based on a statutory model, like the Concordat, is especially useful. The creators of the Concordat carefully considered situations which may arise in an international insolvency, and used those situations as a guiding principle in creating a highly detailed statutory system. Basing a protocol on a preexisting model statute allows protocols to be created more efficiently, because creators do not have to “reinvent the wheel”.⁴³¹

Após esse diploma, os trabalhos da IBA acabaram sendo suplantados pela LMIT; todavia, o próprio Guia de Práticas deste último instrumento ressaltou que, ainda que a *Concordat* tenha sido mais atuante nos acordos celebrados perante as jurisdições do Canadá e Estados Unidos, em várias ocasiões, os EUA “también han concertado acuerdos de insolvencia transfronteriza basados en el Concordat con cada uno de los siguientes países: Israel, Las Bahamas, Las Islas Caimán, Inglaterra, Las Bermudas y Suiza”⁴³². Sendo assim, certamente revela-se um instrumento útil no auxílio dos casos que envolvam a insolvência transfronteiriça.

Saindo desse âmbito, citam-se agora os trabalhos elaborados pelo Instituto de Direito Americano (*American Law Institute - ALI*), que, entre 1993 e 2000, conduziu o Projeto sobre Insolvência Transnacional (*Transnational Insolvency Project*), sob relatoria do professor Jay L. Westbrook por parte dos EUA. O objetivo da iniciativa era providenciar uma base mais sólida para cooperação entre Estados integrantes do Acordo de Livre Comércio da América do Norte (*North American Free Trade Agreement - NAFTA*), entre os Estados Unidos da América, Canadá e México. A fase I do projeto consistiu em elaborar um relatório sobre as normas falimentares e recuperacionais desses três países ao passo que a fase II, concluída em maio de 2000, culminou na aprovação de princípios para serem utilizados nas hipóteses de insolvência transnacional. Em razão de seu relator, evidentemente os princípios possuíam um lastro no sistema do universalismo modificado (*modified universalism*)⁴³³.

Desse modo, os princípios da ALI reproduzem praticamente as estipulações de outros instrumentos semelhantes, vistos acima, que possuem lastro no universalismo modificado, tal como: induzir a cooperação entre magistrados, a maximização dos ativos do devedor, propor

⁴³¹ ALTMAN, Jamie. *A Test Case in International Bankruptcy* ..., p. 478.

⁴³² UNCITRAL. *Guía de Práticas sobre Cooperación*..., p. 12.

⁴³³ “‘Modified Universalism’, as proposed in the American Law Institute Transnational Insolvency Project, is the best answer because its pragmatic flexibility provides the best fit with the problem presented by the current patchwork of laws in the global market, and because it will foster the smoothest and fastest transition to true universalism”. WESTBROOK, Jay Lawrence. *A Global Solution*..., p. 2278.

bases para atuação correta dos administradores, distribuição de valores, vedação a discriminação entre credores, dentre outros⁴³⁴. Além disso, é prevista a possibilidade de instalações de processos principais e secundários, com base no centro de interesses principais⁴³⁵, havendo ainda a possibilidade de, no âmbito dos grupos societários, as subsidiárias se submeterem aos procedimentos da sociedade-mãe, caso haja coordenação entre elas a ponto de viabilizar a consideração do grupo como um conjunto⁴³⁶.

Igualmente, foi prevista a hipótese de recuperação judicial, tendo o instrumento abordado, principiologicamente, alguns pontos que restaram não abordados em diplomas anteriores. Por fim, além da elaboração de um relatório sobre as normas dos Estados, houve a sugestão de algumas reformas internas, destacando-se especialmente estipulação que vinculasse extraterritorialmente os credores ao plano de recuperação aprovado no processo principal, mesmo que, nos secundários, não fossem preenchidos os requisitos para seu cumprimento, vedada evidentemente a discriminação contra credores⁴³⁷. Ademais, o projeto da ALI contém anexos, dentre os quais se destaca as Diretrizes Aplicáveis para Comunicações Corte-a-Corte em Casos Transfronteiriços (*Guidelines Applicable to Court-to-Court Communications in Cross-Border Cases - 2000/2001*), constituído por orientações aplicáveis às comunicações entre Cortes judiciais:

These Guidelines in their original form were included in Appendix B of the ALI NAFTA Principles and represent procedural suggestions for increasing communications between courts and between insolvency administrators in cross-border insolvency cases. They have been revised in the light of subsequent developments in relation to this important form of cross-border cooperation that have been strongly influenced by the original Guidelines themselves.⁴³⁸

Esses princípios foram também bastante invocados na elaboração de acordos *ad hocs* entre as partes envolvidas na insolvência, especialmente no âmbito do Estados Unidos e Canadá, inclusive no caso *Lehman Brothers*. Após passar por uma revisão para consolidar seu princípios e sofrer várias traduções para diferentes idiomas, com o escopo de expandir sua aplicação para fora do âmbito do Acordo de Livre Comércio da América do Norte, a nomenclatura do documento foi alterada para Diretrizes Globais para Comunicações Corte-a-

⁴³⁴ AMERICAN LAW INSTITUTE. **Transnational Insolvency: Cooperation Among the NAFTA Countries: Principles of Cooperation Among the NAFTA Countries** (2003) (adopted in 2000). Pp. 23-31.

⁴³⁵ *Idem*, pp. 111-112.

⁴³⁶ *Idem*, p. 78.

⁴³⁷ *Idem*, pp. 96-97.

⁴³⁸ AMERICAN LAW INSTITUTE; INTERNATIONAL INSOLVENCY INSTITUTE. **Transnational Insolvency: Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases. Report to ALI** (March, 30, 2012). Disponível em: <https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/alireportmarch_0.pdf>. Acesso em: 10 out. 2016, p. 40.

Corte em Casos de Insolvência Internacional (*Global Guidelines for Court-to-Court Communications in International Insolvency Cases*). Esse intuito expansionista levou também à elaboração, em 2012, dos Princípios Globais para Cooperação em Casos de Insolvência Internacional (*Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases*), empreendimento conjunto entre a ALI e o Instituto de Insolvência Internacional (*International Insolvency Institute - III*). O projeto contou com a participação de especialistas, dentre eles os professores Ian Fletcher e Bob Wessels, culminando em 37 princípios e 18 diretrizes para a cooperação judiciária global, que, embora constituindo documento independente dos princípios anteriores, reproduziu basicamente suas estipulações, agora com uma finalidade de viés global:

The main goal of The American Law Institute and the International Insolvency Institute is for the Global Principles to provide a standard statement of principles for application on a global basis in international insolvency cases. As in the ALI NAFTA Principles, a ‘principle’ is a statement of value serving as a guide for behavior in cross-border insolvency cases. While the Global Principles are linked to the ALI NAFTA Principles, the present Report is to be regarded as an independent text. [...] it is hoped that, as embodied in the final text, the Global Principles possess persuasiveness, as they are supported by a large global consensus, and will obtain the approbation of governmental authorities, domestic and international organizations, practitioner, and (most importantly) courts in their search for suitable solutions and their approach to the conduct of international insolvency matters in the future.⁴³⁹

Neste capítulo foi apresentado o tratamento da insolvência transfronteiriça no direito estrangeiro, convencional, clássico e contemporâneo, e europeu. Como se viu, ainda que haja algumas diferenças entre os instrumentos apresentados no cenário hodierno, pode-se notar o estabelecimento de algumas regras consolidadas internacionalmente. Inicialmente, destaca-se a previsibilidade de um sistema universalista mitigado, em que coexistem um processo principal e outros secundários, estes restritos aos bens locais. Para definir a competência do procedimento principal, recorre-se ao centro de interesses principais, coincidindo a jurisdição com a lei aplicável apenas em relação às questões inerentes à falência⁴⁴⁰. Além disso, vislumbram-se uma série de estipulações que visam melhorar a comunicação entre Cortes, administradores e partes envolvidas, e uma forte preocupação em garantir extraterritorialmente os direitos dos credores, lastreado pelo princípio do *par conditio creditorum*, com destaque para o âmbito europeu após a aprovação do Regulamento (UE) 2015/848.

Ainda que a LMIT e o antigo regulamento europeu não tenham vislumbrado, inicialmente, algumas questões, como o tratamento dos grupos societários, reformas

⁴³⁹ AMERICAN LAW INSTITUTE; INTERNATIONAL INSOLVENCY INSTITUTE. **Transnational Insolvency: Global Principles...**, p. 50.

⁴⁴⁰ “Vale lembrar que a lei local não será aplicada a não ser para as questões inerentes à falência. Os créditos são regidos pela lei que lhes for aplicável segundo as regras de conexão locais”. TIBURCIO, Carmen. **Efeitos extraterritoriais...**, p. 203.

posteriores, guias interpretativos, o Regulamento (UE) 2015/848 e outros documentos passam a tratar do assunto. Tais documentos normativos conduzem na direção de que, nas hipóteses em que houver um vínculo muito grande entre as sociedades agrupadas, pode ocorrer a união delas em um único procedimento de insolvência, tendo como critério de competência o centro de interesses principais da atividade empresária ou do grupo, abreviado, por vezes, como ECOMI. Por fim, contemporaneamente, passa a ser comum a inclusão de estipulações voltadas para fortalecer a recuperação judicial de sociedades com vistas ao soerguimento da empresa.

4. O TRATAMENTO JURÍDICO DA INSOLVÊNCIA TRANSFRONTEIRIÇA (FALIMENTAR E RECUPERACIONAL) NO BRASIL

Neste capítulo serão estudados os elementos do direito falimentar brasileiro, tanto em relação aos aspectos gerais da matéria quanto aos voltados especificamente para os efeitos transfronteiriços da insolvência. Inicialmente, serão examinados os diplomas históricos para compreender a evolução legislativa do país para, em seguida, perscrutar os diplomas legais que atualmente se encontram em vigor. Ao longo do capítulo será demonstrado como o país passou da condição de ser um dos primeiros a prever estipulações sobre a insolvência transnacional para um dos poucos dos tempos hodiernos a ter um vácuo normativo sobre o tema em pleno mundo globalizado do século XXI.

No âmbito dos diplomas falimentares/recuperacionais contemporâneos, serão analisadas as peculiaridades dos três institutos previstos no ordenamento brasileiro para lidar com a crise da sociedade empresária: a falência, recuperação judicial e recuperação extrajudicial. Nesse diapasão, serão examinadas as legitimidades ativa e passiva para cada instituto, aspectos processuais pertinentes, ordem de classificação de créditos, bem como outros assuntos que sejam necessários para a melhor compreensão do tema objeto deste trabalho. Com especial atenção, serão estudados o Código de Processo Civil de 2015, com suas novidades em relação à cooperação jurídica internacional, bem como o Projeto de Lei do Senado nº 487/2013, que busca internalizar algumas das estipulações da LMIT no Brasil.

4.1 Período colonial e início do Império, até a promulgação do Código Comercial

Durante todo o período colonial, o Brasil valeu-se da teia normativa portuguesa. Em 22 de abril de 1500, data em que o país foi oficialmente descoberto pelo colonizador português, encontrava-se vigendo em Portugal, desde 1446, as denominadas Ordenações Afonsinas, que, inobstante estivessem predominadas pelos princípios do direito romano, reproduziam os elementos do direito estatutário italiano para regular a falência nos poucos dispositivos existentes sobre a matéria, uma vez que ela era integrante do direito criminal a época⁴⁴¹. Desse

⁴⁴¹ LACERDA, José Candido Sampaio de. **Manual de Direito Falimentar**. 14 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 45.

modo, o diploma legislativo português conferia ao devedor tratamento bastante rigoroso.

Futuramente, advieram as chamadas Ordenações Manuelinas (1512 a 1521) e, por último, as Ordenações Filipinas. A sanção das Ordenações Filipinas pelo rei Filipe I, de Portugal e Espanha, ocorreu em 1595, mas só foi definitivamente mandada observar após a sua impressão em 1603, quando já reinava Filipe II. Ao fim da União Ibérica, em 1640, o “Código Filipino” foi confirmado para continuar vigendo em Portugal por D. João IV.

À época de sua promulgação, as Ordenações Filipinas já eram consideradas um diploma antiquado, visto que era mera atualização das normas anteriores, detentoras de características feudais⁴⁴². Os traços criminais do devedor permaneceram nítidos como se pode observar através da leitura de trecho do Livro V, título LXVI, das Ordenações Filipinas:

Por quanto alguns Mercadores quebrão de seus tratos, levantando-se com mercadoria que lhes forão fiadas, ou dinheiro que tomarão a cambio, e se absentão, e escondem suas fazendas, de maneira que dellas se não póde ter noticia, e outros poem seus credits em cabeça alhea, e para alegarem perda fazem carregações fingidas. Querendo nós prover, como taes enganos, e roubos, e outros semelhantes se não fação, ordenamos, e mandamos, que os Mercadores, e Cambiadores, ou seus Feitores [...] sejam havidos por publicos ladrões, roubadores, e castigados com as mesmas penas, que por nossas Ordenações, e Direito Civil os ladrões públicos, se castigão, e percão a nobreza, e liberdades que tiverem para não haverem pena vil.⁴⁴³

As Ordenações Filipinas foram modificadas pelo Alvará de 13 de novembro de 1756, que, conforme bem destaca Jozé Cândido Sampaio de Lacerda, serviu de modelo à Terceira Parte do Código Comercial Brasileiro de 1850⁴⁴⁴. Em 1823, já após a proclamação da independência do país, a Assembleia Geral Constituinte legislativa do Império decretou:

As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quaes o Brazil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que Sua Magestade Fidelissima, actual Rei de Portugal, e Algarves, se ausentou desta Côrte; e todas as que foram promulgadas daquela data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcantara, como Regente do Brazil, em quanto Reino, e como Imperador Constitucional dele, desde que se erigiu em Imperio, ficam em inteiro vigor na parte, em que não tiverem sido revogadas, par por ellas se regularem os negócios do interior deste Imperio, **emquanto se não organizar um novo Codigo**, ou não forem especialmente alteradas.⁴⁴⁵ [grifos.nossos]

Posteriormente, o Imperador Pedro I, por Carta de Lei de 20 de outubro de 1823,

⁴⁴² FONSECA, Ricardo Marcelo. **A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX**. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. v. 44, n. 0 (2006), p. 63. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/9415/6507>>. Acesso em 25.06.2016.

⁴⁴³ Almejando a preservação do sentido original dos documentos históricos citados, este trabalho optou por transcrevê-los conforme a própria redação de seu tempo. Optou-se, ainda, pela não aposição de *sic* nesses trechos, uma vez que a redação da época divergia bastante da atual, o que levaria a uma poluição do texto e, consequentemente, a uma dificuldade de leitura.

⁴⁴⁴ LACERDA, Jozé Candido Sampaio de. **Manual...** p. 45.

⁴⁴⁵ Cf. <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/publicacoes/doimperio>>. Acesso em 28.12.2015.

mandou executar o referido Decreto. No ano seguinte, a Constituição de 1824, atenta à necessária provisoriedade do dispositivo supracitado, estipulou em seu art. 179, inciso XVIII, que se deveria organizar “quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade”⁴⁴⁶. Considerando que o Código Comercial brasileiro (Lei nº 556) foi promulgado tão somente em 25 de junho de 1850, durante todo esse período o país, ainda que independente, permaneceu aplicando a emaranhada legislação colonial portuguesa.

Saliente-se, ademais, que não era novidade a aplicação também de leis estrangeiras não portuguesas em solo brasileiro, situação corriqueira antes e após a proclamação da independência. Isso porque o ordenamento português permitia o uso do direito romano, do direito canônico, da *Glosa* de Acúrsio e das *Opiniões* de Bártolo, dentre outros, para suprir lacunas de sua legislação. A situação era tão normal que levou ao Marquês de Pombal editar a Lei de 18 de agosto de 1769, chamada de Lei da Boa Razão, com vistas a suprimir os abusos cometidos:

De fato, a lei de 18 de agosto de 1769 – alcunhada de “Lei da Boa Razão” –, amplamente ancorada num ambiente cultural iluminista e jusnaturalista, buscava basicamente impor novos critérios de interpretação e integração das lacunas na lei. O seu primeiro cuidado é precisamente o de reprimir o abuso, até então vulgarizado, de recorrer aos textos de direito romano ou a textos doutrinários em desprezo a disposições expressas do direito nacional português. Desse modo, tornava-se proibido o uso nas decisões judiciais de textos romanos ou invocar a autoridade de algum escritor quando houve disposição em contrário nas Ordenações, nos usos do reino ou nas leis pátrias. Somente nos casos de lacunas é que se poderia recorrer aos textos romanos. É de se frisar, porém, que ainda assim o direito romano, como ‘direito subsidiário’, não poderia ser utilizado em si mesmo, mas sim, por meio da ‘*recta ratio*’ dos jusnaturalistas, a ‘boa razão’.⁴⁴⁷

4.2 O Código Comercial de 1850 e os Decretos nº 6.982/1878 e nº 917/1890

Em 25 de junho de 1850, após ser formada uma comissão parlamentar composta por Eusébio de Queiroz, José Clemente Pereira, Caetano Alberto Soares, José Thomas Nabuco de Araújo, Francisco Ignácio de Carvalho Moreira e Irineu Evangelista de Souza, foi promulgado o Código Comercial brasileiro. O diploma dedicou à falência sua Parte Terceira, intitulado-a “Das quebras”. Veja-se como a doutrina conceituava o instituto na época:

Fallimento he expressão contraria ao *Credito*, e *abonação mercantil*; e supõe falta de fundos, *mudança de estado*, isto he, alteração na fortuna, e reputação do *Commerciante*,

⁴⁴⁶ Inobstante essa prescrição constitucional, o Código Criminal só foi promulgado em 1830; o Comercial, como se verá, em 1850, e o Civil, tão somente em 1916, já em plena República.

⁴⁴⁷ FONSECA, Ricardo Marcelo. **A cultura jurídica...**, p. 63-64.

constituindo-se no descredito, e impossibilitado de satisfazer as suas obrigações.⁴⁴⁸

Mesmo optando o Código Comercial pelo termo quebra, também era corrente o uso dos termos bancarrota e falência. A palavra falência se origina do latim *fallere*, que significa faltar, enganar⁴⁴⁹. Nesse diapasão, Antônio Bento de Faria, em histórica obra sobre o Código Comercial, apontou que o termo exprimia “a falta calculada ás obrigações, o engano nos contractos, a illusão nas expectativas, a falsidade nas promessas”⁴⁵⁰. Para José Xavier Carvalho de Mendonça, similarmemente, falência significava enganar, descumprir o prometido, se omitir na observância de um dever, isto é, falhar no cumprimento exato de uma obrigação⁴⁵¹. Já o termo bancarrota deriva da expressão *banco rotto* (banco quebrado)⁴⁵². Elucidou o autor à época:

A technica jurídica aceitou em seu vocabulário a palavra *fallencia* para designar o estado do commerciante que deixou de fazer frente a seus compromissos, que cessa os seus pagamentos, ou melhor que se, acha impossibilitado de satisfazer as suas obrigações.

Quebra parece ser a verdadeira palavra portugueza para enunciar esse estado; encontramol-a empregada desde as Ordenações e muito antes da entrada do termo *fallencia* nos monumentos legislativos. Hoje, porém, são synonymas, e aquella vae sendo abandonada e substituida por esta.

Bancarrota não expressão que fosse adoptada em nosso direito. No Francez, Belga, Italiano e outros é reservada á *fallencia* em que se prova *culpa* ou *fraude* do devedor.⁴⁵³

Em sentido semelhante, posicionou-se Antonio Bento de Faria:

Na antiga legislação portugueza (Ord. L. 5 Tit. 66), *quebra* – era propriamente bancarrota, *fallencia* com fraude ou culpa (Magalhães. Codigo Portuguez das fallencias annotado, pag. 24).

Hoje, porém, *quebra* e *fallencia* são sinonimos, sendo que o ultimo destes termos é, em geral, consagrado para designar a insolvencia do commerciante de boa ou de má fé.

Não obstante, porém, ainda alguns Códigos adoptão a expressão *bancarrota* para designar a *fallencia* acompanhada de culpa ou fraude do devedor. Cods. Commerciaes: Francez arts. 284 e seguintes; Italiano art. 856 e seguintes; Belga art. 573; Roumaico

⁴⁴⁸ CAYRU, José da Silva Lisboa, Visconde de. **Principios de direito mercantil e leis da Marinha, divididos em sete tratados elementares, contendo a respectiva legislação patria, e indicando as fontes originaes dos regulamentos marítimos das principaes praças da Europa.** Tomo II, 6 ed. Rio de Janeiro: Typographia Academica, 1874, p. 867.

⁴⁴⁹ FARIA, Antonio Bento de. **Codigo Commercial Brasileiro, annotado de accordo com a doutrina, a legislação e a jurisprudência nacional e estrangeira, e os princípios e regras do direito civil, seguido do Regulamento n. 737 de 1850, igualmente annotado, de um Indice alfabético e de um appendice contendo todas as leis commerciaes em vigor e que lhe são referentes.** Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos editor, 1903, p. 545.

⁴⁵⁰ *Ibidem*.

⁴⁵¹ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Das fallencias e dos meios preventivos de sua declaração: Decr. N. 917, de 24 de outubro de 1890, estudo theorico-pratico.** v. I. São Paulo: Typogbaphia Brasil de Carlos GerKE & Cia, 1899. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1205508881174218181901.pdf>>. Acesso em 25.06.2016, p. 39.

⁴⁵² DE LUCCA, Newton. **Arts. 1 ao 4.** In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (Orgs.). **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas.** V. I - *Disposições Preliminares e Institutos comuns à Recuperação Judicial e à Falência – Artigos 1 até 46.* Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 14.

⁴⁵³ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Das fallencias...**, p. 40.

art. 869 e seguintes.⁴⁵⁴

O art. 798 do Código Comercial estipulou que a falência poderia ser casual, com culpa ou fraudulenta. Tal preocupação do legislador demonstra uma inicial diminuição do excessivo rigor que se destinava ao falido no país. A caracterização da falência nesse período se dava com a cessação de pagamentos (art. 797) e rito do processo falimentar foi estabelecido pelo Decreto nº 738 de 1850.

Veja-se lição de Jozé Cândido Sampaio de Lacerda sobre as principais críticas ao tratamento conferido pelo Código Comercial à falência:

Alegava-se, contra o sistema do Código Comercial, ser ele lento, complicado, dispendioso, prejudicando, a um tempo, credores e devedores; além disso dava maior importância à apuração da responsabilidade comercial da falência, pois só com a ultimação do processo da quebra e qualificação da falência é que se iniciava a liquidação da massa. Por outro lado a aceitação da concordata dependendo da maioria de credores em número e que representassem pelo menos dois terços dos créditos sujeitos aos efeitos da concordata (art. 847, 3ª al.) constituía obstáculo à obtenção desse favor.

Foi o que sucedeu com Mauá, que não pôde obter concordata em virtude de possuir três mil credores espalhados pelo Brasil. Diante disso Mauá apresentou à Câmara uma representação, obtendo o Dec. nº 3.065 de 6.5.1882, que estabeleceu, para ser sólida a concordata, ser bastante fosse concedida pela maioria dos credores que comparecessem, contanto que essa maioria representasse dois terços do valor de todos os créditos sujeitos aos seus efeitos, facilitando ainda a representação dos credores por procuradores, prepostos, feitores, gerentes ou representantes legais.⁴⁵⁵

Releva, ainda, destacar que o Código Comercial optou pela adoção do critério domiciliar para determinar a competência do juízo comercial e falimentar, mantendo a tradição que prevalecia no país. A codificação, contudo, não precisou seu conceito. A eleição do critério domiciliar pode ser vislumbrada, por exemplo, mediante a leitura de seu artigo 805:

Todo o comerciante que tiver cessado os seus pagamentos é obrigado, no preciso termo de três dias, a apresentar na Secretaria do Tribunal do Comércio do seu domicílio uma declaração datada, e assinada por ele ou seu procurador, em que exponha as causas do seu falimento, e o estado da sua casa; ajuntando o balanço exato do seu ativo e passivo (art. 10 n. 4), com os documentos probatórios ou instrutivos que achar a bem. Esta declaração, de cuja apresentação o Secretário do Tribunal deverá certificar o dia e a hora, e da qual se dará contrafé ao apresentante, fará menção nominativa de todos os sócios solidários, com designação do domicílio de cada um, quando a quebra disser respeito a sociedade coletiva (arts. 311, 316 e 811).

Após o Código Comercial, advieram algumas tentativas de mudanças legislativas frustradas e outras normas de emergência, tal como a Lei nº 1.083/1860, que estipulou sobre falências de bancos de circulação, porém nenhuma relevante ao objeto do presente trabalho, razão pela qual não serão aqui expostas. Importa ressaltar apenas que, até esta data, não havia

⁴⁵⁴ FARIA, Antonio Bento de. **Código Commercial Brasileiro...**, p. 546.

⁴⁵⁵ LACERDA, Jozé Candido Sampaio de. **Manual...** p. 46.

qualquer previsão dos aspectos transnacionais da falência no Brasil.

Em 27 de julho de 1878 a situação se altera com a edição do Decreto nº 6.982/1878, primeiro diploma a tratar do elemento transnacional do direito falimentar brasileiro. Em razão dessa norma, a doutrina aponta que o Brasil foi precursor no tratamento do assunto, uma vez que, na Itália, por exemplo, começavam ainda os primeiros trabalhos para unificar a falência⁴⁵⁶. Cabe sublinhar que suas disposições 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.

O art. 14 do Decreto nº 6.982/1878 estipulou que seria exequível no Brasil a sentença estrangeira que declarasse a falência de comerciante domiciliado no país que a proferiu, preservando, portanto, o critério domiciliar já adotado no Código Comercial. Tais 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 estrangeira, após a homologação, produziria os efeitos inerentes à sentença brasileira. Desse modo, a sentença falimentar estrangeira 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 regra 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: “[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 executoria pelo - cumpra-se [...]”. 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.

⁴⁵⁶ VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado, em base histórica e comparativa...**, pp. 40-41.

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 efeitos 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.

Vê-se, portanto, o estabelecimento de uma importante linha divisória. Duas eram as possibilidades: i) a decretação de falência do comerciante estrangeiro, sem domicílio no país, porém detentor de estabelecimento distinto situado no Brasil, hipótese em que estaria inserida na competência do juiz nacional; e b) decretação de falência do comerciante estrangeiro, sem domicílio e estabelecimento distinto no país, perante jurisdição competente no exterior, que teria seus efeitos surtidos em território nacional após a homologação do julgado, por não ser competente o juiz brasileiro para decretar sua falência.

Posteriormente à proclamação da República, adveio o Decreto nº 917/1890, idealizado por Carlos de Carvalho, que revogou inteiramente as disposições sobre as quebras do Código Comercial contidas na Parte Terceira (arts. 797 a 906) e inovou no tratamento de seus aspectos transfronteiriços. Com a sua edição, o estado de falência foi ampliado, passando a ser caracterizado, alternativamente, por atos e fatos tipificados na lei (atos de falência, como, por exemplo, a realização de pagamentos mediante meios “ruinosos e fraudulentos” - art. 1º, §1º, a), e pela impontualidade no pagamento de obrigações mercantis líquidas e certas, no seu vencimento, conforme dispunham as hipóteses do seu art. 2º. Foram, ainda, previstos como meios preventivos à falência: a moratória, o acordo extrajudicial, a cessão de bens e a concordata preventiva.

A norma fez referência, em seu art. 4º, ao conceito de *principal estabelecimento* do comerciante: a “fallencia será declarada pelo juiz commercial em cuja jurisdição o devedor tiver seu principal estabelecimento ou casa filial de outra situada fóra do Brazil, si não operar por conta e sob a responsabilidade do estabelecimento principal (art. 91)”. Sobre o conceito de principal estabelecimento, lecionou a doutrina da época:

Principal estabelecimento é o lugar onde o commerciante, sob firma individual ou social, tem o seu domicilio ou sede commercial, conforme a inscrição do registro de firmas (Dec. n. 916, art. 11); onde centralisa a sua actividade e influencia económica, onde todas as suas operações recebem o impulso director, onde saca, endossa e acceta letras; onde, enfim, se acham reunidos normal e permanentemente todos os elementos

constitutivos do seu credito. É, em resumo, o logar da sede da vida activa, o logar onde reside o *governo* dos negócios do devedor.

Pouco importa que o devedor tenha em outro logar deposito de mercadorias, ou mesmo fabricas que manufacturem os produtos que mais tarde alimentem o gyro commercial. Também indifferente é que cada uma de suas succursaes prospere, ou pelo menos não tenha faltado ao pagamento da divida mercantil. No *estabelecimento principal* é que existe o thermometro do credito do commerciante, pois ahi estão absorvidos todos os seus negócios, e o patrimonio do devedor é único e indivisível, constituindo em qualquer logar em que esteja a garantia com um de seus credores.⁴⁵⁷

O tratamento da falência transfronteiriça veio em seus artigos 91 a 106, inseridos no Título IX: “Das Fallencias Declaradas Fóra da Republica”. Complementando a disposição do art. 4º, 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). Por outro lado, em seu artigo 92, fez a ressalva da situação oposta: “Tendo o fallido dous ou mais estabelecimentos independentes em diversos paizes, serão competentes os tribunales dos respectivos domicilios”.

Portanto, se a *casa filial*, termo empregado pelo art. 4º, operasse no Brasil por conta e responsabilidade próprias, aqui seria considerado seu principal estabelecimento, razão pela qual seria atraída a competência do juiz pátrio⁴⁵⁸. Diversamente, não sendo competente o juiz brasileiro, mantinha-se o sistema anterior, de modo que a decretação da quebra deveria ocorrer no exterior para só então submeter-se ao procedimento homologatório nacional: “Serão exequiveis no Brazil, haja ou não reciprocidade legislativa ou diplomatica, mediante as formalidades do decreto n. 6982 de 27 de julho de 1878, as sentenças estrangeiras que abrirem fallencia a negociantes que tenham domicilio no paiz onde foram proferidas” (Art. 93). Em seu art. 94, o Decreto nº 917/1890 ressaltou que, uma vez homologadas, as decisões estrangeiras surtiriam os mesmos efeitos inerentes às sentenças de declaração de falência nacionais, salvo as exceções previstas expressamente em lei.

O critério do principal estabelecimento do devedor ressalta a importância da delimitação do conceito de nacionalidade da pessoa jurídica. Isso porque a caracterização do estabelecimento principal como sendo o local onde o comerciante centralizava e administrava sua atividade econômica, confunde-se com a noção de sede social efetiva, isto é, o local onde se situam os órgãos que verdadeiramente dirigem a atividade do comerciante. Com base nesses

⁴⁵⁷ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Das fallencias...**, p. 92.

⁴⁵⁸ Nesse sentido, veja-se posição de José Xavier Carvalho de Mendonça: “O estrangeiro negociando no Brazil pode ser declarado fallido. A casa filial de outra situada no estrangeiro, operando por conta e responsabilidade próprias, é o *principal estabelecimento* no Brazil, e pode ser declarada falida pelo juiz commercial em cuja jurisdição tiver domicilio. Se, porém, a filial opera por conta e sob a responsabilidade do estabelecimento principal situado no estrangeiro, a fallencia somente pode ser declarada pelo tribunal do domicilio deste estabelecimento”. MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Das fallencias...**, p. 93.

conceitos, é possível reconhecer que, em determinadas hipóteses teria o magistrado pátrio competência para submeter à sua jurisdição comerciante autenticamente estrangeiro, como, por exemplo, no caso da filial brasileira que atuasse no Brasil por conta e reponsabilidade do titular do estabelecimento principal situado no exterior. Explica-se: adotando-se o critério da constituição no âmbito da nacionalidade, poder-se-ia sustentar que a filial que opera por conta própria no Brasil, por ser estabelecimento autônomo sem personalidade jurídica própria, teria a nacionalidade de sua matriz, constituída no exterior. Porém, por força da noção de principal estabelecimento da lei brasileira, estaria inobstante submetida à jurisdição nacional.

Além disso, deve-se destacar que a adoção da fórmula do principal estabelecimento nem sempre se confunde com a sede estatutária ou contratual da sociedade empresária devedora, isto é, aquela sede mencionada no ato constitutivo, nem o maior estabelecimento físico ou administrativo que possui. Principal estabelecimento, agora nos dizeres da doutrina contemporânea, “é aquele em que se encontra concentrado o maior volume de negócios da empresa; é o mais importante *do ponto de vista econômico*”⁴⁵⁹. Evidentemente, poderá coincidir com a sede estatutária ou o maior estabelecimento empresário, mas não é necessário. A *raison d'être* dessa norma é o fato de que o juiz do local do principal estabelecimento estará provavelmente mais próximo dos bens, da contabilidade e dos credores da massa falida, facilitando a condução do processo falimentar.

Voltando à análise do Decreto nº 917/1890, em seu 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 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 tribunales 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, ainda, disposição sobre a lei aplicável à falência no art. 101, prescrevendo que a classificação de créditos seria regulada pela lei local.

⁴⁵⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. V. 3 – *Contratos, Falência e Recuperação de Empresas*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 273. Complementando-se essa conceituação, veja-se orientação do STJ a respeito do conceito: “Competência. Falência. Foro do estabelecimento principal do devedor. I – A competência para o processo e julgamento do pedido de falência é do Juízo onde o devedor tem o seu principal estabelecimento, e este ‘é o local onde a atividade se mantém centralizada’, não sendo, de outra parte, ‘aquele que os estatutos conferem o título principal, mas o que forma o corpo vivo, o centro vital das principais atividades do devedor’ (CC nº 21.896 – MG, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo). II – Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de direito da 8ª Vara Cível de São Paulo – SP, suscitado”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Conflito de Competência 27.835-DF**, Segunda Seção, Ministro Relator Antônio de Pádua Ribeiro, julgado em 14.03.2001 e publicado em 09.04.2001, Dj. pg. 328)

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 restrições⁴⁶⁰. 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”⁴⁶¹. Chama-se isso de *vis atractiva* do juízo da falência.

Ato contínuo, advieram a Lei nº 859/1902 e Lei nº 2.024/1908, culminando na elaboração do Decreto nº 5.746/1929. O art. 7º da Lei nº 2.024/1908, mantendo a tradição do Decreto nº 917/1890, estipulou que: “É competente para declarar a fallencia o juiz do commercio, em cuja jurisdição o devedor tem o seu principal estabelecimento ou casa filial de outra situada fóra do Brazil”. Tal norma foi mantida pelo art. 7º do Decreto nº 5.746/1929, bem como pela futura redação dada ao dispositivo pelo Decreto-Lei nº 5.023/1942. Como leciona Haroldo Valladão, as normas posteriores ao ano de 1900 optaram por manter os princípios e preceitos anteriores com algumas alterações:

Perduraram aqueles princípios na Lei 8.509 [sic], 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.⁴⁶²

Em 13 de agosto de 1929, por intermédio do Decreto nº 18.871, o Brasil internalizou as disposições do Código Bustamante, passando o diploma a auxiliar os juristas pátrios no complexo tema da insolvência transfronteiriça, em conjunto com as disposições legais internas do Brasil existentes no período, conforme examinado no presente tópico.

4.3 O tratamento da matéria nas codificações processuais e a Lei de Introdução ao Código Civil de 1942 (atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)

⁴⁶⁰ VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado, em base histórica e comparativa...*, p. 41.

⁴⁶¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial...*, v. 3 – *Contratos, Falência e Recuperação de Empresas*, p. 274.

⁴⁶² VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado, em base histórica e comparativa...*, p. 41.

Em 1939, os aspectos transnacionais da falência receberam tratamento na seara processual, visto que foram regulados pelo Código de Processo Civil desse ano (Decreto-Lei nº 1.608), previstos na parte referente à homologação de sentença estrangeira, entre os artigos 787 e 789. O art. 787, *caput*, do CPC/39 dispôs semelhante ao que já fazia o art. 15 do Decreto nº 6.982/1878, prevendo os efeitos inerentes às sentenças de falência brasileiras para aquelas proferidas no exterior e homologadas pela justiça brasileira. Nos três incisos do dispositivo, o CPC estabeleceu algumas restrições, como a possibilidade dos administradores requererem medidas conservatórias dos direitos da massa independente 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 forem devidamente citados.

Também em 1939, houve publicação de anteprojeto apresentado por Trajano de Miranda Valverde, que não logrou o sucesso aguardado. Ato contínuo, em 4 de setembro de 1942, adveio a Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42 - LICC)⁴⁶³, não prevendo qualquer estipulação específica para lidar com a falência transnacional. Com efeito, a LICC (atual LINDB) trouxe apenas 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 não seriam elas suficientes para lidar com as complexas questões trazidas pela matéria.

Em continuidade, em 21 de outubro de 1943, Alexandre Marcondes Filho, então Ministro da Justiça, ofereceu novo anteprojeto, elaborado por uma comissão composta por Filadelfo Azevedo, Hahnemann Guimarães, Noé Azevedo, Joaquim Canuto Mendes de Almeida, Silvio Marcondes e Luís Lopes Coelho, vindo a transformar-se no Decreto-Lei nº 7.661/1945. O novo Decreto, em seu art. 7º, manteve o critério do principal estabelecimento do comerciante, porém, considerando que os aspectos transfronteiriços da falência foram tratados pelo CPC/1939, optou a lei falimentar por não adentrar no assunto. O art. 156 do Decreto-Lei

⁴⁶³ Originalmente, denominada Lei de Introdução ao Código Civil. A alteração do nome se deu pela Lei nº 12.376 de 2010.

nº 7.661/45 atribuiu a mesma competência do principal estabelecimento para a concessão de concordata preventiva.

Conforme ensina Jozé Cândido Sampaio de Lacerda, o Decreto-Lei nº 7.661/1945 apresentou alguns elementos de ruptura em relação ao regime anterior:

Trouxe a lei algumas inovações, sendo que algumas delas já figuravam no anteprojeto de Miranda Valverde. Dentre tais novidades, a lei eliminou a figura do liquidatário, escolhido que era pela maioria dos credores, e bem assim a concessão da concordata preventiva não mais ficou na dependência dos credores. Evitou, com isso, as célebres cabalas com os pagamentos extra-autos e cessões de créditos. Por outro lado instaurou também a marcha paralela do processo falimentar com o criminal, na hipótese de crime falimentar, constituindo essa providência medida salutar, fornecendo desde logo índices para o tratamento severo ou tolerante do falido na esfera civil, como salientou Filadelfo Azevedo, para quem a repressão penal em falência só poderá ser proveitosa no momento em que o chicote está quente. Depois de queimado, vem o desânimo, o desinteresse, o lançamento em lucros e perdas e o pobre curador fica a bracejar inutilmente, lutando com as fraudes sem apoio de ninguém e quando consegue algo já foram os prazos ultrapassados e o *habeas corpus* liberará os raros falidos que não souberam fugir à pronúncia ou à condenação.⁴⁶⁴

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869), adveio uma situação inédita. O apelidado Código Buzaid, como costumeiro e natural, revogou o diploma processual anterior sem tratar, contudo, dos aspectos transfronteiriços da falência. Desse modo, o assunto foi suprimido completamente do direito positivo brasileiro, sendo relegado para o Regimento do Supremo Tribunal Federal⁴⁶⁵, que não elaborou qualquer estipulação sobre a matéria. Tal situação levou Haroldo Valladão a tecer duras críticas ao novo diploma processual e ao vazio normativo criado após sua edição:

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.⁴⁶⁶

O Decreto-Lei nº 7.661/1945, após longa tramitação no Congresso Nacional, foi substituído pela Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, atual diploma regulador da falência no Brasil. 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

⁴⁶⁴ LACERDA, Jozé Candido Sampaio de. **Manual...** p. 47.

⁴⁶⁵ 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”.

⁴⁶⁶ VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado, em base histórica e comparativa...**, p. 41.

tenha sede fora do Brasil”.

Foram aqui analisados os principais aspectos históricos do tratamento da falência e seus efeitos transfronteiriços no Brasil. A Lei nº 11.101/05 será analisada com mais detalhes nos itens 4.4 e 4.5, voltados, respectivamente, aos aspectos gerais do direito falimentar e recuperacional contemporâneo, trazendo ainda alguns elementos adicionais do Decreto-Lei nº 7.661/1945 e suas principais diferenças com o regramento atual.

Considerando que as históricas legislações brasileiras trataram a insolvência transfronteiriça de modo similar às convenções clássicas, examinadas no tópico 3.1 do capítulo anterior, faz-se as mesmas ressalvas lá feitas sobre as repercussões dessas regras no setor do petróleo e gás natural (ex: aplicação da lei da situação da coisa para garantias reais da indústria, tal como a hipoteca sobre eventual embarcação-plataforma). Repisa-se, por fim, que o Código Bustamante permanece em vigor, permitindo, portanto, que o jurista pátrio recorra a seus termos nas hipóteses de omissão da lei nacional, de modo que possa dar a melhor solução possível para o caso que se dedica.

4.4 Aspectos gerais do direito falimentar brasileiro hodierno

A Lei nº 11.101/05 adota três mecanismos para lidar com a crise da sociedade empresária: a falência, a recuperação judicial e a recuperação extrajudicial. Desse modo, a lei modificou a estrutura do anterior Decreto-Lei nº 7.661/1945, afastando sua visão eminentemente liquidatária em prol do intuito de preservação da atividade empresarial. Todos os três institutos citados terão suas principais características analisadas no presente capítulo.

Inicialmente, mister destacar três importantes princípios que norteiam a aplicação da Lei nº 11.101/05. O primeiro que se destaca é o chamado princípio da maximização dos ativos do falido. Como se sabe, a garantia dos credores é o patrimônio do devedor, de modo que a otimização dos bens do falido é medida que interessa a todos envolvidos no procedimento concursal⁴⁶⁷. Este princípio pode ser extraído mediante leitura do art. 75 da Lei nº 11.101/05:

⁴⁶⁷ Malgrado a presença do princípio da otimização dos ativos e de dispositivos dele decorrentes (v. g. arts. 139 e 140 da Lei n. 11.101/2005), verifica-se seu afastamento no parágrafo segundo do art. 142. Esse dispositivo autoriza a alienação dos bens da massa falida, por qualquer modalidade de alienação judicial, pelo maior valor oferecido, ainda que inferior ao de avaliação. Note-se que a norma não tem qualquer ressalva quanto à recusa de oferta por preço vil ou bastante inferior ao de avaliação. Assim, como os credores do falido se sub-rogam no produto da alienação do ativo (art. 141, I), quanto menor for o valor obtido com o produto da alienação, piores serão as

Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa.

O princípio da maximização dos ativos pode ser interpretado conjuntamente com o da preservação da empresa, este último utilizado no âmbito da recuperação judicial e extrajudicial do empresário/sociedade empresária. Para este segundo princípio, o sucesso da atividade empresarial não interessa apenas aos sócios, acionistas e empresários individuais, mas a sociedade como um todo, em decorrência da movimentação da economia, criação de empregos, inovações tecnológicas, dentre outros fatores. Assim, o ordenamento brasileiro deve procurar sempre preservar essa atividade, levando ao encerramento apenas que naquelas hipóteses em que não há mais solução vislumbrável. Seu teor pode ser extraído do art. 47:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Inobstante se reconheça o novo viés recuperacional da nova legislação falimentar, faz-se mister destacar que a jurisprudência acentua que o princípio da preservação da empresa já estava presente implicitamente no regime anterior. Veja-se, por exemplo, notícia do informativo de nº 397 do eg. STJ, posicionando-se nesse sentido:

FALÊNCIA. VALOR INSIGNIFICANTE.

Mesmo ao tempo do DL n. 7.661/1945, já se encontrava presente o princípio da preservação da empresa, incrustado claramente na posterior Lei n. 11.101/2005. Assim, mesmo omisso o referido DL quanto ao valor do pedido, não é razoável nem se coaduna com sua sistemática a possibilidade de valores insignificantes provocarem a quebra da empresa, pois isso nada mais é do que preservar a unidade produtiva em detrimento de satisfazer uma dívida. Precedente citado: REsp 870.509-SP. AgRg no Ag 1.022.464-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 2/6/2009.

Mister salientar que, tanto o princípio da maximização dos ativos quanto da preservação da empresa podem ser resumidos no conceito de conservação da empresa, que deve servir de norte ao tema:

Os dois princípios, em verdade, poderiam ser resumidos em um único e maior princípio de todo o direito empresarial: a conservação da empresa. Para bem entender o que é o princípio da conservação, vale destacar que a organização empresarial passa a ser vista em nosso ordenamento como um feixe de contratos em que se equilibram os interesses conflitantes de empregados, fornecedores, sócios, credores e, em última instância, dos próprios clientes.

condições de pagamento no processo. Em síntese: a maximização dos ativos é uma “falácia”, pois a lei estimula a “depreciação” e não a “valorização” dos bens e da empresa. O arrematante não está obrigado sequer a considerar a ausência de sucessão em relação aos bens e direitos arrematados, podendo oferecer qualquer valor. Ademais, há outra contradição na lei: se o credor do falido quiser adjudicar ou adquirir bens da massa terá que ser respeitado o valor de avaliação (art. 111), mas esse mesmo valor não é considerado nas arrematações por terceiros.

Assim, a organização empresarial deixa de ser vista como mera criatura, feita à imagem e semelhança do empresário, para ser encarada como um complexo de múltiplos interesses. A atividade empresarial não pode se desviar de sua função social, ou seja, não deve ser exercida pelo empresário em seu exclusivo interesse. Por isso, sancionam-se atos lesivos aos interesses de credores, consumidores e da sociedade. Ora, na medida em que pode favorecer a pluralidade de agentes que com ela se relacionam, a organização empresarial torna-se um bem em si mesma, devendo ser conservada.⁴⁶⁸

Outro importante princípio já destacado anteriormente neste trabalho é o do *par conditio creditorum*, segundo o qual todos os credores devem ser tratados com igualdade, desde que dentro de suas classes, pré-determinadas pela legislação local (art. 83 da Lei nº 11.101/05), e excetuados os denominados credores extraconcursais. Esse princípio, como já visto, é uma das principais bases do sistema universalista, haja vista a necessidade de tratar semelhantemente tanto credores estrangeiros quanto nacionais.

4.4.1 Legitimidade ativa e passiva para postular falência

No atual sistema falimentar brasileiro, a legitimidade ativa para requerer a falência é: i) do próprio devedor, em modalidade denominada de autofalência; ii) do cônjuge sobrevivente ou herdeiro do devedor ou inventariante, na chamada falência *post mortem*; iii) do cotista ou acionista do devedor na forma da lei ou ato constitutivo da sociedade⁴⁶⁹; e, por fim, iv) de qualquer de seus credores, conforme estipula o art. 97 da Lei nº 11.101/05. Sobre a modalidade da autofalência, discute-se se configura uma faculdade ou um dever do devedor, baseando-se no instituto do *deepening insolvency* (aprofundamento da insolvência) do direito norte-americano⁴⁷⁰, que apregoa a responsabilidade da sociedade e administradores pelo prolongamento de uma situação gravosa. Sobre o tema, veja-se lição de Fábio Ulhoa Coelho:

A lei falimentar impõe ao próprio devedor a obrigação de requerer a *autofalência*, quando estiver insolvente e considerar que não atende aos requisitos para pleitear a

⁴⁶⁸ ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Arts. 70 a 74**. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (Orgs.). **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. V. III – *Da falência – Artigos 75 até 160*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 43.

⁴⁶⁹ Advirta-se que não é obrigatório que o contrato ou estatuto da sociedade empresária estipule as condições para que o sócio/acionista requeira a falência. Assim, diante da omissão no instrumento contratual, o sócio fica adstrito às condições previstas na Lei nº 11.101/2005 para o requerimento de falência, diante da ausência de norma específica na legislação societária sobre o assunto, seja no Código Civil seja na Lei nº 6.404/76.

⁴⁷⁰ Esse debate já foi inclusive objeto de uma lição no Estado de Delaware/EUA, tendo prevalecido a orientação de que se constitui uma faculdade do devedor: “Delaware law imposes no absolute obligation on the board of a company that is unable to pay its bills to cease operations and to liquidate. Even when the company is insolvent, the board may pursue, in good faith, strategies to maximize the value of the firm.” (*Trenwick America Litigation Trust v. Ernst & Young, L. L. P.*, 906 A. 2d 168, 204 [Del. CH. 2006]).

recuperação judicial (LF, arts. 105/107). Trata-se, porém, de obrigação desprovida de sanção. Nenhum devedor, por isso, costuma requerer a autofalência como manda a lei, e, mesmo assim, não sofre punição nem enfrenta qualquer consequência. O requerimento da autofalência deve ser entendido, assim, como recomendação ao empresário insolvente que não reúne as condições para obter em juízo a reorganização de sua empresa.⁴⁷¹

Importante debate sobre a legitimidade da Fazenda Pública para postular falência se instaurou na doutrina pátria na vigência do Decreto-Lei nº 7.661/45. Enquanto parte da doutrina entendeu não ser cabível⁴⁷², outra divergiu⁴⁷³. A questão surgiu em decorrência da vinculação que possui a Fazenda Pública em relação ao procedimento de exigência de créditos públicos, que deve ocorrer em necessária conformidade com a Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80). Parece prevalecer na jurisprudência a orientação acerca da ilegitimidade ativa da Fazenda Pública, conforme se vê no informativo de nº 389 do eg. STJ:

FALÊNCIA. APRESENTAÇÃO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

Os arts. 187 do CTN e 29 da Lei n. 6.830/1980 não representam óbice à habilitação de créditos tributários no concurso de credores da falência; tratam, na verdade, de prerrogativa da entidade pública em poder optar entre o pagamento do crédito pelo rito da execução fiscal ou mediante habilitação. Escolhendo um rito, ocorre a renúncia da utilização do outro, não se admitindo uma dúplice garantia. **O fato de permitir a habilitação do crédito tributário em processo de falência não significa admitir o requerimento de quebra por parte da Fazenda Pública.** No caso, busca-se o pagamento de créditos da União representados por onze inscrições em dívida ativa que, em sua maioria, não foram objeto de execução fiscal em razão de seu valor. Diante dessa circunstância, seria desarrazoado exigir que a Fazenda Nacional extraísse as competentes CDAs e promovesse as respectivas execuções fiscais para cobrar valores que, por razões de política fiscal, não são ajuizáveis (Lei n. 10.522/2002, art. 20), ainda mais quando o processo já se encontra na fase de prestação de contas pelo síndico. Nesse contexto, a Turma determinou o retorno dos autos ao Tribunal de origem para verificação da suficiência e validade da documentação acostada pela Procuradoria da Fazenda Nacional a fim de fazer prova de seu pretenso crédito. Precedentes citados:

⁴⁷¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial...**, V. 3 – *Contratos, Falência e Recuperação de Empresas*, p. 271.

⁴⁷² “De nossa parte, estranhamos o interesse que possa ter a Fazenda Pública no requerimento de falência do devedor por tributos. Segundo Código Tributário Nacional, os créditos fiscais não estão sujeitos ao processo concursal, e a declaração da falência não obsta o ajuizamento do executivo fiscal, hoje de processamento comum. A Fazenda Pública falece ao nosso entender legítimo interesse econômico e moral para postular a declaração de falência de seu devedor. A ação pretendida pela Fazenda Pública tem, isso sim, nítido sentido de coação moral, dadas as repercussões que o pedido de falência tem em relação à empresas solventes”. REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, v. 1, p. 95.

⁴⁷³ “O credor que requerer a falência está pedindo ‘ipso facto’ o reconhecimento da insolvência do devedor, da qual a impontualidade constitui mero sinal exterior, como de resto os demais fatos arrolados no art. 2º da lei. Ora, no procedimento da ação de falência por impontualidade, dado que o sinal exterior da insolvência consiste num inadimplemento, o legislador abre ao réu a possibilidade de elidir a presunção de insolvência decorrente do protesto, pelo depósito, no prazo de defesa, ‘da quantia correspondente ao crédito reclamado’ (art. 11, par. 2º), o que não suprime a instância, mas converte o pedido inicial em ação propriamente executiva. A expressão ‘crédito reclamado’ é significativa: o interesse do credor é unicamente a satisfação do seu crédito, seja qual for a via judicial que acabar prevalecendo, falencial ou executiva. O legislador brasileiro, muito mais realista nessa matéria que o estrangeiro, reconhece claramente que a ação de falência é exercida no interesse próprio do autor. Por conseguinte, a ação de falência com base na impontualidade é também uma forma judicial de cobrança de dívidas, cobrança que tomará a forma de execução singular, se o réu fizer o depósito elisivo, ou redundará em execução coletiva, se a insolvência do devedor vier a ser a final e reconhecida”. COMPARATO, Fábio Konder. **Falência – Legitimidade da Fazenda pública para requerê-la**. *Revista dos Tribunais*, nº 442/48-54. São Paulo, p. 52.

REsp 402.254-RJ, DJe 30/6/2008; REsp 988.468-RS, DJ 29/11/2007; REsp 185.838-SP, DJ 12/11/2001, e REsp 287.824-MG, DJ 20/2/2006. REsp 1.103.405-MG, **Rel. Min. Castro Meira, julgado em 2/4/2009**. (g.n.)

Semelhantermente, a jurisprudência vem se posicionando também pela ilegitimidade ativa do Ministério Público, por não lhe reconhecer o interesse em requerer o encerramento das atividades empresárias, justamente por ser considerado contrário ao interesse público e função social da empresa e prioridade a sua preservação:

I - Não ofende o Art. 535 do CPC o acórdão que, apesar de rejeitar embargos declaratórios, examina todas as questões postas pelo embargante.

II - **A Súmula 99, ao declarar a legitimidade do Ministério Público para recorrer nos processos em que oficia como fiscal da lei, refere-se estritamente à defesa de interesses indisponíveis. Não alcança, pois, a concordata, onde se envolvem apenas interesses disponíveis do comerciante e de seus credores quirografários.**

III - No moderno Direito falimentar, o interesse social preponderante é manter a empresa em atividade (L. 11.101/05, Art. 1º). **Por isso o Ministério Público carece de interesse para pleitear a desconstituição da concordata.**

IV - “O despacho que manda processar a concordata é irrecorrível.” (3ª Turma - REsp 125126/Menezes Direito)

V - A teor da Lei 11.101/05 (Art. 192), os processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início de sua vigência, continuarão sob regência do Dec-Lei 7.661, de 21 de junho de 1945.

VI - § 1º Ao vedar a concessão de concordata suspensiva nos processos de falência em curso, o § 1º do Art. 192 parece entrar em conflito com seu caput, afastando dos velhos falidos a regência da lei antiga e retirando-lhes o direito à concordata suspensiva. Fosse esse o sentido do § 1º, ele seria inconstitucional, porque atentaria contra os princípios da igualdade e do direito adquirido, reduzindo os velhos falidos a situação inferior à dos novos (que contam com a possibilidade de recuperação judicial).

VII - O conflito, entretanto, é aparente. Em substância, o § 1º consagra norma autônoma, desvinculada do caput. O preceito nele contido determina que, enquanto as falências decretadas antes da Lei nova regem-se integralmente pela lei velha; as novas falências – em curso, mas não decretadas antes do estatuto novo – são insuscetíveis de resultar em concordata. (g.n.)⁴⁷⁴

Há que se ressaltar que o ordenamento nacional não prevê qualquer impedimento do credor domiciliado no estrangeiro postular a falência do devedor na justiça brasileira, exigindo-se tão somente que este preste caução (art. 97, § 2º, da Lei nº 11.101/05). Veja-se lição de Sergio Campinho:

O credor domiciliado no exterior não fica impedido de requerer a falência do devedor no Brasil. Porém, se lhe exige que preste caução relativa às despesas processuais e ao pagamento da indenização por dolo no requerimento que possa vir a ser condenado pelo julgamento de improcedência de seu pedido, nos termos do artigo 101, da Lei de Recuperação e Falência. A caução se impõe, ainda que o requerente possua bens imóveis no Brasil, suficientes ao respectivo pagamento [...]. O §2º, do artigo 97, da Lei nº 11.101/2005, ao exigir a caução, não cogita de semelhante exceção, prevalecendo, assim, os seus termos, por ser regra especial.

A caução pode ser prestada nos próprios autos do processo pré-falencial, não sendo

⁴⁷⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 971.215**, Terceira Turma, Ministro Relator Humberto Gomes de Barros, julgado em 21.08.2007 e publicado no DJ de 15.10.2007, p. 268.

necessária medida cautelar específica para o desiderato.⁴⁷⁵

Questão interessante que se coloca é se pode a sociedade controladora, no caso de um grupo econômico, requerer a falência de suas controladas, tema importantíssimo para a insolvência transfronteiriça em geral, uma vez que é bastante recorrente a expansão da atividade econômica para o exterior mediante a instalação de subsidiárias em outros países.

No âmbito do Direito do Petróleo, tal importância se destaca ainda mais, em virtude da natural atuação transfronteiriça dos agentes econômicos desse setor. Em atenção aos interesses estratégicos do país hospedeiro, é comum que haja exigência de constituição de sociedades autônomas detentora de sua nacionalidade. Veja, por exemplo, hipótese do art. 39, IV e parágrafo único, da Lei nº 9.478/97, que, no caso de licitante vitorioso para celebração do contrato de exploração e produção de Petróleo, exige que seja constituída sociedade autônoma, com sede e administração no Brasil, isto é, detentora de nacionalidade brasileira (critério da incorporação cumulado com sede social efetiva).

Como já restou destacado, não se coloca maiores dúvidas sobre a legitimidade para pleitear a falência ou recuperação no âmbito das filiais, haja vista que, compondo uma única sociedade, deve a matriz, centro de decisões, requerer a autofalência de suas filiais. Por outro lado, no caso da controladora, a personalidade jurídica própria e a autonomia subjetiva das subsidiárias gera maiores obstáculos para solucionar a questão. Como debatido no capítulo anterior, os diplomas internacionais vêm tratando desse tema. Guias interpretativos da LMIT e o novo Regulamento (UE) 2015/848 permitem que estejam presentes, em um procedimento principal de insolvência, uma ou mais subsidiárias estrangeiras quando a integração do grupo assim permitir e exigir.

No Brasil, ainda não há a adoção de instrumentos dessa natureza. Sendo assim, faz-se necessário pensar o assunto com mais cautela, inobstante não pareça ser uma questão estratégica para as sociedades, diferentemente do que ocorre na recuperação judicial. Deve-se ter em mente que, mesmo sendo a subsidiária outra pessoa jurídica, distinta da controladora e detentora de personalidade jurídica própria, a sinergia dos grupos econômicos, onde muitas vezes as controladas são meros instrumentos de consecução dos objetivos daquela, existindo tão somente para expedir títulos de dívida e fazer a captação de receitas no exterior, impõe uma interpretação teleológica da Lei nº 11.101/05. A principiologia do moderno direito falimentar mundial, que busca proteger os ativos dos credores que agiram de boa-fé, reforça esse

⁴⁷⁵ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa...**, p. 295.

entendimento. Veja-se posição de Paulo Fernando Campana Filho a respeito do assunto:

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 adoção de uma interpretação ampla dos dispositivos da Lei nº 11.101/05, sem uma necessária reforma legislativa: bastaria se considerar que o estabelecimento principal do grupo corresponde ao estabelecimento principal da sociedade-mãe brasileira. Essa interpretação foi largamente utilizada para a abertura de processos de recuperação conjunta de grupos societários nacionais, e seria lógico que se estendesse também aos grupos internacionais.

Em princípio, o processo de recuperação dos grupos deveria considerar as sociedades agrupadas como entidades com personalidades jurídicas distintas e patrimônios autônomos, em observância às normas societárias brasileiras. Entretanto, em determinadas situações, desde que justificado pelas circunstâncias do caso, seria possível considerar as sociedades agrupadas como uma massa patrimonial única.⁴⁷⁶

Com fulcro nessa interpretação teleológica da lei falimentar brasileira, é possível advogar pela possibilidade de a controladora requerer a falência de sua controlada. Assim, amparando-se nesse embasamento, mister examinar alguns regramentos locais. A Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/76), ao regular as competências da Assembleia-Geral, prevê, no inciso IX, que cabe ao órgão “autorizar os administradores a confessar falência e pedir concordata [atual recuperação judicial]”. Desse modo, desde que autorizada pela assembleia, a controladora pode pleitear a falência de suas controladas. Se a controlada figurasse na condição de subsidiária integral, a faculdade permaneceria, haja vista que não se faria necessária a constituição de Assembleia-Geral. O Código Civil, em sentido semelhante, dispõe, no art. 1.071, que depende da deliberação dos sócios o pedido de concordata da sociedade (inciso VIII). Ainda que não preveja a lei civil a figura da falência, o art. 1.071, VI, também inclui a hipótese de incorporação, fusão, dissolução da sociedade e a cessão do estado de liquidez. Considerando que a falência é hipótese de dissolução da sociedade⁴⁷⁷, estaria incluída na faculdade do inciso VI.

Pode-se afirmar, ademais, que tal faculdade, com base em interpretação teleológica, encontra-se inserida na autofalência, nos moldes dos arts. 97, I, c/c 105 da Lei nº 11.101/05. Ressalva-se, ainda, situação em que a subsidiária é credora da controladora, que permitiria a aplicação do art. 97, IV, da norma falimentar. Nesse sentido, a sociedade estrangeira controlada por sociedade brasileira teria legitimidade para postular a falência da controladora, ainda que tal situação não esteja vislumbrada nos tratados e convenções assumidos pelo país. Com base

⁴⁷⁶ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais...**, p. 204.

⁴⁷⁷ Veja o que dispõe o art. 1.044 do Código Civil/2002: “A sociedade se dissolve de pleno direito por qualquer das causas enumeradas no art. 1.033 e, se empresária, também pela declaração da falência”.

nesse entendimento, pode-se afirmar também que não haveria ofensa à soberania de outros países a submissão à jurisdição brasileira de sociedades estrangeiras controladas por brasileiras, ainda que sem filiais no Brasil, uma vez que o cenário internacional caminha em prol do sistema universalista mitigado em matéria de insolvência transnacional, como visto no capítulo 3. Deve-se recordar que, submetendo-se à jurisdição brasileira, cabe ao magistrado aplicar a norma pátria para os temas inerentes à insolvência, porém recorrer às regras de conexão do direito internacional privado para encontrar a lei aplicável a outros assuntos, como, por exemplo, para verificar a validade de um crédito.

Em relação à legitimidade passiva, estão sujeitos ao instituto apenas os devedores que exercem atividade econômica na forma empresarial, nos moldes que estipula o art. 1º da Lei nº 11.101/05: “Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor”. Desse modo, associações beneficentes, fundações, funcionários públicos, dentre outros sujeitos que não exerçam profissionalmente atividade econômica organizada não podem se utilizar do instituto falimentar⁴⁷⁸. Repisa-se que esse traço é peculiar do ordenamento brasileiro, visto que, conforme já informado no introito do capítulo 2, outros países, como Portugal, permitem a sujeição de sociedades civis a processos falimentares⁴⁷⁹.

Há de se ressaltar, contudo, que nem todos os empresários estão sujeitos ao regime da Lei nº 11.101/05. O artigo 2º da norma falimentar elenca expressamente algumas entidades que estão excluídas de seu regime, *in verbis*:

Art. 2º Esta Lei não se aplica a:

- I – empresa pública e sociedade de economia mista;
- II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à

⁴⁷⁸ “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 nenhuma 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 de direito, mesmo que estejam com dificuldades para honrar suas dívidas não se submete, 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...**, V. 3 – *Contratos, Falência e Recuperação de Empresas*, pp. 259-260.

⁴⁷⁹ Art. 2º, 1, d, do Código da insolvência e da Recuperação de Empresas Português (Decreto-Lei nº 53/2004): “Podem ser objecto de processo de insolvência: [...] d) as sociedades civis;”.

saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

Em relação ao inciso I, a justificativa da exclusão é que estas sociedades são controladas diretamente ou indiretamente por pessoas jurídicas de direito público, não constituindo interesse público a ocorrência de suas falências. Assim, na hipótese de insolvência de entes da administração pública indireta, é facultado aos credores demandar diretamente seus créditos contra a pessoa jurídica de direito público controladora⁴⁸⁰. Essa exclusão é bastante criticada, destacando-se, por exemplo, seguinte crítica de Newton de Lucca:

É incontestável que tanto a empresa pública como a sociedade de economia mista e as outras estatais - desde que todas sejam exercentes de atividade econômica - deveriam sujeitar-se à falência, tal como ocorre com o direito obrigacional das empresas privadas [...] Assim, parece indubitável que a legislação ordinária realmente vem errando ao impedir a falência da sociedade de economia mista. Esta deve, sim, se exercente de atividade econômica, poder falir como qualquer empresa privada. Também as outras duas espécies de empresas estatais, isto é, as empresas públicas e as que apenas são controladas pelo Poder Público, sem que assumam a qualificação de públicas ou de mistas, desde que exploradoras de atividade econômica, deveriam igualmente submeter-se ao regime falimentar das empresas privadas.

O mesmo não deve ser afirmado se, no entanto, se trata de sociedade de economia mista (ou de empresa pública ou mesmo dessa terceira espécie do gênero estatal a que me referi acima) que, em vez do exercício de atividade econômica, simplesmente presta um determinado serviço público.⁴⁸¹

Contudo, parece prevalecer na jurisprudência orientação no sentido da ilegitimidade passiva das sociedades empresárias estatais, independentemente de seu objeto ou do fato de se constituir como sociedade de economia mista ou pública. Veja-se *in verbis*:

APELAÇÃO. Requerimento de falência. Instituto Vital Brazil. Sociedade de Economia Mista. Regime jurídico diverso do das sociedades anônimas exclusivamente privadas. Dissolução apenas mediante lei autorizadora, por simetria à sua constituição. Impossibilidade jurídica do pedido falimentar. Extinção do processo em julgamento do mérito. Sentença cuja confirmação se impõe. Desprovimento do apelo. (g.n.)⁴⁸²

Outra hipótese de exclusão da falência se refere às câmaras ou prestadoras de serviços de compensação e de liquidação financeira. A Lei nº 11.101/05, em seu art. 194, trouxe estipulação expressa sobre essas entidades, dispondo que, nesses casos, o regime de liquidação deve ser regido em conformidade com o que prevê os regulamentos aprovados pelo Banco Central (Bacen):

Art. 194. O produto da realização das garantias prestadas pelo participante das câmaras

⁴⁸⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial...**, V. 3 – *Contratos, Falência e Recuperação de Empresas*, p. 260.

⁴⁸¹ DE LUCCA, Newton. **Arts. 1 ao 4**. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (Orgs.). **Comentários à Nova Lei de Falência...** V. I - - *Disposições Preliminares e Institutos comuns...*, p. 62.

⁴⁸² ESTADO DO RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça do. **Apelação Cível nº 2006.001.00228**, 12ª Câmara Cível, Rel. Des. Roberto Felinto, julgado em 01.08.2006 e publicado em 21.09.2006.

ou prestadores de serviços de compensação e de liquidação financeira submetidos aos regimes de que trata esta Lei, assim como os títulos, valores mobiliários e quaisquer outros de seus ativos objetos de compensação ou liquidação serão destinados à liquidação das obrigações assumidas no âmbito das câmaras ou prestadoras de serviços.

As entidades fechadas de previdência complementar também estão excluídas do regime da Lei nº 11.101/05, estando sujeitas unicamente à liquidação extrajudicial, nos moldes da Lei Complementar nº 109/01, conforme dispõe seu art. 47: “As entidades fechadas não poderão solicitar concordata e não estão sujeitas a falência, mas somente a liquidação extrajudicial”. Desse modo, seus credores não podem requerer a decretação de sua falência, podendo tão somente executar o crédito que titula, através da penhora de bens da devedora⁴⁸³.

A ressalva a ser feita é que a exclusão absoluta ocorre apenas para as entidades fechadas, isto é, aquelas acessíveis apenas a empregados ou servidores de determinado ente, e não às abertas, cujos planos são acessíveis a todos. Desse modo, as entidades fechadas não podem se submeter ao regime falimentar da Lei nº 11.101/05 em hipótese alguma. Já as abertas, por sua vez, estão excluídas apenas relativamente do bojo da lei, semelhantemente ao que ocorre com as sociedades seguradoras. É o que dispõe o artigo 73 da Lei Complementar nº 109/01: “As entidades abertas serão reguladas também, no que couber, pela legislação aplicável às sociedades seguradoras”. As sociedades seguradoras se submetem ao procedimento específico de execução concursal denominado “liquidação extrajudicial”, decretado pela Superintendência de Seguros Privados (Susep) e executado por liquidante nomeado por esse órgão, conforme dispõe o Decreto-Lei nº 73/1966:

Art. 26. As sociedades seguradoras não poderão requerer concordata e não estão sujeitas à falência, salvo, neste último caso, se decretada a liquidação extrajudicial, o ativo não for suficiente para o pagamento de pelo menos a metade dos credores quirografários, ou quando houver fundados indícios da ocorrência de crime falimentar.

Como se vê no dispositivo, caso o ativo não seja suficiente para o pagamento de pelo menos a metade dos credores quirografários ou se houver indício de crime falimentar, as seguradoras passam a ficar sujeita ao regime falimentar da Lei nº 11.101/05, razão pela qual se diz que sua exclusão é parcial. Ressalva-se tão somente que o pedido de falência não pode vir de outros sujeitos que não o liquidante nomeado pela Susep.

Em relação à exclusão relativa, pode-se ainda citar o caso dos planos privados de assistência à saúde, cooperativas de créditos e instituições financeiras. Sobre os primeiros, veja-se lição de Fábio Ulhoa Coelho:

⁴⁸³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial...**, V. 3 – *Contratos, Falência e Recuperação de Empresas*, p. 261.

As operadoras de planos privados de assistência à saúde sujeitam-se à falência quando, no curso da liquidação extrajudicial decretada pela ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar, verifica-se que o ativo da massa liquidanda não é suficiente para pagar mais da metade dos créditos quirografários, as despesas administrativas e operacionais inerentes ao regular processamento da liquidação extrajudicial ou se houver fundados indícios de crime falimentar (Lei n. 9.656/98, art. 23 e Med. Prov. 2.177-44/01).⁴⁸⁴

No que se refere às cooperativas de crédito e instituições financeiras, previsão expressa do art. 2º, II, da Lei nº 11.101/05, impõe-se uma interpretação conjunta com o que dispõe também o art. 197, *in verbis*:

Art. 197. Enquanto não forem aprovadas as respectivas leis específicas, esta Lei aplica-se subsidiariamente, no que couber, aos regimes previstos no Decreto-Lei no 73, de 21 de novembro de 1966, na Lei no 6.024, de 13 de março de 1974, no Decreto-Lei no 2.321, de 25 de fevereiro de 1987, e na Lei no 9.514, de 20 de novembro de 1997.

Essa remissão permite que sejam aplicados a essas entidades dos artigos 1º, 12, d, e 21, b, da Lei nº 6.024/1974:

Art. 1º As instituições financeiras privadas e as públicas não federais, assim como as cooperativas de crédito, estão sujeitas, nos termos desta Lei, à intervenção ou à liquidação extrajudicial, em ambos os casos efetuada e decretada pelo Banco Central do Brasil, sem prejuízo do disposto nos artigos 137 e 138 do Decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, ou à falência, nos termos da legislação vigente.

Art. 12. À vista do relatório ou da proposta do interventor, o Banco Central do Brasil poderá: (...) d) autorizar o interventor a requerer a falência da entidade, quando o seu ativo não for suficiente para cobrir sequer metade do valor dos créditos quirografários, ou quando julgada inconveniente a liquidação extrajudicial, ou quando a complexidade dos negócios da instituição ou, a gravidade dos fatos apurados aconselharem a medida.

Art. 21. A vista do relatório ou da proposta previstos no artigo 11, apresentados pelo liquidante na conformidade do artigo anterior o Banco Central do Brasil poderá autorizá-lo a: (...) b) requerer a falência da entidade, quando o seu ativo não for suficiente para cobrir pelo menos a metade do valor dos créditos quirografários, ou quando houver fundados indícios de crimes falimentares.

Desse modo, embora o art. art. 2º, II, da Lei nº 11.101/05 disponha expressamente sobre a vedação da decretação de falência da cooperativa de crédito e instituições financeiras, a Lei nº 6.024/1974 autoriza que o interventor ou o liquidante solicite autorização ao Banco Central do Brasil para confessar sua falência, nas hipóteses de: o ativo não ser suficiente para cobrir a metade do valor dos créditos quirografários; for julgada inconveniente a liquidação extrajudicial; houver indícios de crimes falimentares; ou, por fim, quando a complexidade dos negócios da instituição ou a gravidade dos fatos apurados aconselhem a medida.

Na mesma situação anterior, encontram-se: as sociedades empresárias arrendadoras dedicadas à exploração de *leasing*, por força da Resolução nº 2.309/1996 do Bacen⁴⁸⁵; as

⁴⁸⁴ *Idem*, p. 262.

⁴⁸⁵ Art. 4º da Resolução nº 2.309/1996 do Bacen: “As sociedades de arrendamento mercantil devem adotar a forma jurídica de sociedades anônimas e a elas se aplicam, no que couber, as mesmas condições estabelecidas para o funcionamento de instituições financeiras na Lei nº. 4.595, de 31.12.64, e legislação posterior relativa ao Sistema

administradoras de consórcios de bens duráveis, fundos mútuos e outras atividades assemelhadas, por força da Lei nº 5.768/1971⁴⁸⁶; e as sociedades de capitalização, em razão do Decreto-Lei nº 261/1967⁴⁸⁷, estas últimas fiscalizadas pela Susep⁴⁸⁸.

Ponto importante para a insolvência transfronteiriça é quando se indaga sobre como deve o magistrado brasileiro agir em situações nas quais já houve a decretação da falência em procedimento de insolvência no exterior em situações vedadas no Brasil, tal como a hipótese de uma entidade civil. A questão é complexa. Para debate-la adequadamente faz-se necessário antes delimitar alguns contornos do tratamento da ordem pública. Ensina Carmen Tibúrcio que há três gradações do instituto:

A doutrina distingue, dentro do conceito de ordem pública, gradações que autorizam falar-se de ordem pública de primeiro, segundo e terceiro graus. De forma simples, é de **primeiro grau** a ordem pública de âmbito fundamentalmente interno, isto é, as regras de conexão e princípios do ordenamento jurídico nacional, considerados imperativos e que não podem ser afastados pelas partes. Vale dizer, no plano interno, a ordem pública se confunde com o conceito de leis imperativas. A ordem pública de **segundo grau** é extraída do direito internacional privado e é aquela que impede a aplicação de leis, atos e decisões estrangeiras contrários a princípios fundamentais no plano interno. O **terceiro grau** de ordem pública descreve um conjunto de princípios aplicáveis, sobretudo, às relações internacionais, que traduzem os interesses da comunidade mundial e situam-se acima dos sistemas jurídicos internos de cada país.⁴⁸⁹

Quanto mais alto o grau da ordem pública, mais deve-se aplicar o princípio da proximidade. Explica-se: sendo ordem pública de primeiro grau, seu conceito é interpretado mais rigidamente que a de segundo grau, haja vista que nessa hipótese a situação jurídica já ocorreu no exterior e apenas requer o reconhecimento de seus efeitos no ordenamento jurídico do foro. A questão de decretação de falência no âmbito transnacional situa-se em uma zona cinzenta da ordem pública, a depender de seu tratamento. Caso se entenda que as subsidiárias instaladas no Brasil devem-se submeter a processo falimentar local independentemente de sua controladora no exterior, tem-se hipótese de ordem pública de primeiro grau. Por outro lado, submetendo-se as subsidiárias ao processo principal no exterior, local de sua controladora, tem-

Financeiro Nacional, devendo constar obrigatoriamente de sua denominação social a expressão "Arrendamento Mercantil."

⁴⁸⁶ Art 10 da Lei nº 5.768/1971: "O Banco Central do Brasil poderá intervir nas empresas autorizadas a realizar as operações a que se refere o artigo 7º, e decretar sua liquidação extrajudicial na forma e condições previstas na legislação especial aplicável às entidades financeiras."

⁴⁸⁷ Art. 4º do Decreto-Lei nº 261/1967: "As sociedades de capitalização estão sujeitas a disposições idênticas às estabelecidas nos seguintes artigos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, e, quando fôr o caso, seus incisos, alíneas e parágrafos: 7º, 25 a 31, 74 a 77, 84, 87 a 111, 113, 114, 116 a 121."

⁴⁸⁸ "Também é *parcial* a exclusão dessas sociedades empresárias e entidades, porque podem falir nas mesmas hipóteses que a lei estabelece para os bancos, ou seja, como qualquer outro empresário enquanto exercem regularmente suas atividades ou, a pedido do agente nomeado pelo Banco Central ou pela Susep, quando verificada a intervenção ou liquidação extrajudicial". COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial...**, V. 3 – *Contratos, Falência e Recuperação de Empresas*, p. 263.

⁴⁸⁹ CARMEN, Tiburcio; BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional...**, p. 491.

se a abertura no Brasil de processo secundário e o conseqüente reconhecimento de efeitos no país da decretação da “falência do grupo” ocorrida alhures, configurando hipótese de ordem pública de segundo grau.

Em tese, poder-se-ia advogar que o reconhecimento de falência para sociedades não empresárias seria mero reconhecimento de direito adquirido no exterior, com base em lei ali aplicada, estando tal situação em consonância com os princípios da cortesia e proximidade. A ideia, contudo, não merece prosperar. O primeiro óbice é o fato de que o Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 1.052, estipulou que, até “a edição de lei específica, as execuções contra devedor insolvente, em curso ou que venham a ser propostas, permanecem reguladas pelo Livro II, Título IV, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973”. Nota-se que a recente norma optou por manter a distinção do tratamento da insolvência civil e da falência no Brasil, esta última regida pela Lei nº 11.101/05. Portanto, a decretação de falência fora dos moldes permitidos pela norma falimentar nacional constitui violação à ordem pública, tanto de primeiro quanto de segundo grau, por violar valores fundamentais do Estado brasileiro, haja vista que o legislador pátrio optou por manter o sistema restritivo do sujeito ativo da falência no atual diploma processual.

Além disso, essa impossibilidade ganha reforço quando se recorre ao direito comparado. Como visto no capítulo 3, o tratamento convencional contemporâneo da insolvência transfronteiriça, representado principalmente pela LMIT e o Regulamento (UE) 2015/848, dispõe que, para os assuntos inerentes à falência, dentre eles o reconhecimento do estado de falido, deve-se coincidir os elementos competência e lei aplicável. Contudo, na hipótese de haver um procedimento secundário, deve-se respeitar a lei falimentar local. Assim, mesmo na hipótese de haver subsidiárias no país, dependentes da controladora submetida a processo principal no exterior, deve-se abrir processo secundário no Brasil, que respeitará os ditames da Lei nº 11.101/05.

Ademais, a decretação da falência de sociedades não autorizadas pela lei brasileira acabaria por configurar uma autorização velada do *forum shopping*. Sabendo a entidade brasileira que não teria direito ao regime falimentar pela lei nacional faria uma alteração de sua estrutura, de modo que pudesse se socorrer da lei estrangeira para fraudar a norma brasileira. Ainda que essa situação dificilmente ocorresse em uma falência, haja vista que não seria estratégico para a entidade, certamente ocorreria na recuperação judicial, instituto que cria mecanismos para falcitar o soerguimento da atividade, conforme será visto no tópico 4.5.

Examinou-se, no capítulo 3, que, na delimitação do conceito de centro de interesses principais, tenta-se diminuir a ocorrência de manipulação do devedor com intuito de ajuizar a

demanda em jurisdição mais favorável a seus interesses, em detrimento dos credores. Exemplo dessa situação é a exigência prevista desde o Regulamento (CE) 1346/2000, no Considerando de nº 13º, invocando a fórmula do reconhecimento do centro de interesses por parte dos credores, elemento consolidado também na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. Sendo assim, o magistrado brasileiro deve evitar situações que autorizem a ocorrência de *forum shopping*.

Portanto, em decorrência dos regramentos e principiologia da lei falimentar brasileira e dos princípios decorrentes do *status quo* da insolvência transfronteiriça no cenário internacional, prevalece a posição de que não se faz possível o reconhecimento do estado de falência de entidades em desrespeito às regras da Lei nº 11.101/05, tal como na hipótese de sociedade civil, sob pena de afronta à ordem pública brasileira e autorização indireta do *forum shopping*, com conseqüente fraude à lei pátria⁴⁹⁰.

4.4.2 As causas determinantes do pedido de falência

Analisadas as legitimidades ativa e passiva para requerer a falência, impõe-se agora o breve exame das causas determinantes da falência, previstas no art. 94 da Lei nº 11.101/05. A primeira delas é a impontualidade do devedor, prevista no art. 94, I. Esse dispositivo determina que será decretada a falência do devedor que “sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência”.

É necessário que não haja uma relevante razão de direito para a impontualidade, pois havendo, o art. 96 da Lei nº 11.101/05 permite que o devedor a invoque como defesa. Como exemplo, cita-se o caso da cessação das atividades empresariais do devedor há mais de dois

⁴⁹⁰ Jacob Dolinger define a fraude à lei, acentuando que há divergência quando à aproximação dela com o conceito de *forum shopping*: “Dá-se fraude à lei no DIP quando o agente, artificialmente, altera o elemento de conexão que indicaria a lei aplicável. Por exemplo: se em matéria de estatuto pessoal, um indivíduo promover, por ato intencional e programado, a mudança de sua nacionalidade ou do seu domicílio, com o propósito de colocar-se sob a incidência de uma lei diversa da que lhe seria originalmente aplicável, visando fugir a uma proibição desta, ou a uma incompetência por ela determinada, terá agido em fraude à lei. [...] O ‘*forum shopping*’ tem relevância no estudo da fraude à lei, pois às vezes as partes se evadem da aplicação de sua lei sem mudar de nacionalidade, sem trocar seu domicílio, mas simplesmente recorrendo ao Judiciário de outro país [...]. Francescakis classifica estas hipóteses de fraude indireta à lei aplicável. A doutrina francesa não é pacífica a esse respeito”. *Idem*, pp. 489 e 492.

anos antes do pedido de falência (art. 96, VIII). A prova da impontualidade será o protesto especial do título, nos termos do art. 94, § 3º.

Em atenção ao princípio da preservação da empresa, a norma falimentar, em seu art. 95, permite que o devedor pleiteie a recuperação judicial no prazo da contestação (10 dias), podendo ainda cumula-lo com a contestação material dos pedidos, sob outros fundamentos. No entanto, uma vez decretada a falência, o ordenamento brasileiro não mais permite a recuperação judicial (art. 48, I, da Lei nº 11.101), realizando, portanto, nítida diferenciação entre esses procedimentos. Trata-se de outra peculiaridade da legislação nacional. Saliente-se que tal situação passou a ocorrer tão somente após o advento da Lei nº 11.101/05, uma vez que, no regime do Decreto-Lei nº 7.661/1945, era possível ao devedor postular concordata suspensiva, abrindo-lhe a possibilidade de evitar a liquidação na falência e retomar o exercício de sua atividade.

Como já adiantado no introito do capítulo 2, outros ordenamentos não preveem processos distintos bem delimitados para os casos de insolvência. É a situação da Alemanha, onde a norma *Das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen* (ESUG) alterou o diploma regulador das insolvências nesse país (*Insolvenzordnung – InsO*), prescrevendo um processo único e uniforme, culminando na liquidação dos bens do devedor ou em um acordo alcançado no âmbito de um plano de insolvência, podendo conduzir à continuidade da atividade empresária⁴⁹¹.

A segunda causa da falência é a execução frustrada, prevista no art. 94, II, da Lei nº 11.101/05: “Art. 94. Será decretada a falência do devedor que: [...] II – executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal”. Como depende de três atos do devedor (não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes), a doutrina reconhece a necessidade da tríplice omissão cumulativa, de modo que, ocorrendo algum desses atos, não resta configurada a hipótese de execução frustrada:

Por fim, é necessário que o devedor se mantenha inerte durante a fase de execução, sem pagar, depositar em juízo o valor do crédito, ou nomear à penhora bens suficientes. Note-se que, havendo nomeação à penhora, no prazo legal, caso a avaliação judicial posteriormente revele que os bens são insuficientes à satisfação do crédito, não se pode automaticamente requerer a falência. É preciso antes conceder prazo ao devedor para que reforce a garantia, pois a finalidade da nova Lei de Falências é justamente a preservação da empresa. Pela mesma razão, se o credor recusou a nomeação de bens, tal fato não legitima o pedido de falência.⁴⁹²

⁴⁹¹ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais...**, p. 60.

⁴⁹² PARENTONI, Leonardo Netto. **Arts. 94 a 97. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (Orgs.). Comentários à Nova Lei de Falência...** V. III - *Da falência...*, p. 163.

A terceira e última causa da falência ocorre quando o devedor comete os chamados atos de falência, que são ações que induzem à presunção do seu estado de insolvência patrimonial. Esses atos estão expressamente previstos no artigo 94, inciso III, da Lei nº 11.101/05:

III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial:

- a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos;
- b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não;
- c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo;
- d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor;
- e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo;
- f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento;
- g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial.⁴⁹³

Como se vê, tais hipóteses tende a colocar em risco o direito dos credores, exibindo a preocupação do legislador com o esvaziamento patrimonial e com os indícios de fraude do devedor. Em razão dessa situação, a doutrina defende que, nessa hipótese, não cabe o chamado depósito elisivo⁴⁹⁴. Veja-se conceituação do presente instituto nas palavras de Sergio Campinho:

Nos requerimentos baseados nos incisos I e II do artigo 94, faculta a lei ao devedor, no prazo de sua defesa, depositar o valor correspondente ao total do crédito constante, respectivamente, do título ou dos títulos executivos que arrimam o pedido, ou daquele cobrado na ação de execução não garantida pelo devedor. [...] Realizado o depósito, a falência não mais será decretada, eis que elidida a presunção de insolvabilidade do devedor. O depósito aqui tratado não é feito em pagamento, mas como prova de que o devedor não se encontra insolvente. Permite, assim, que promova sua defesa, afastando o fantasma da decretação de sua quebra, caso não tenha sucesso no acolhimento de suas razões pelo juiz. Nessas condições, o credor receberá o valor depositado em pagamento de seu crédito.⁴⁹⁵

4.4.3 Competência, classificação de créditos e algumas questões processuais.

⁴⁹³ A rigor não se trata de um ato de falência em sentido próprio, pois o devedor não está dilapidando seu patrimônio ou praticando atos lesivos ao direito de seus credores. O cerne da conduta decorre da impontualidade no cumprimento do plano de recuperação, independentemente da causa que lhe seja subjacente.

⁴⁹⁴ “Ao contrário do que ocorre em relação aos incisos I e II do art. 94, o inciso III não admite a realização de depósito elisivo (art. 98, parágrafo único), porque as condutas descritas no mencionado inciso, de regra, não podem ser quantificadas em termos pecuniários, de modo a se definir, objetivamente, qual o valor a ser depositado. Como definir o valor do depósito, por exemplo, na situação em que o devedor ‘ausenta-se sem deixar representante habilitado’?”. *Idem*, p. 164.

⁴⁹⁵ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa...**, pp. 302-303.

A competência do juízo falimentar foi prevista no artigo 3º da Lei nº 11.101/05, que assim dispôs: “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”. Nota-se a utilização do conceito de principal estabelecimento do devedor, demonstrando a opção do legislador nacional em manter a tradição que já vinha se repetindo nas legislações anteriores.

O dispositivo, *a priori*, trata de uma questão de competência interna, porém nada impede que seja ele 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”, este último termo 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. Contudo, esse dispositivo por si só é insuficiente para regular situações envolvendo subsidiárias estrangeiras, falência e recuperação judicial de grupos societários, reconhecimento de processos secundários de insolvência e muitas outras complexidades da matéria. A insuficiência se justifica justamente pelo fato de o dispositivo ter sido elaborado 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. Paulo Fernando Campana Filho sustenta que é possível a realização de uma interpretação ampla do dispositivo, semelhantemente à criação do conceito de *centro de interesses principais do devedor* no âmbito europeu, com vistas a permitir a sua aplicação aos casos que envolvam grupos societários multinacionais⁴⁹⁶.

Além do art. 3º da Lei nº 11.101/05, outros dispositivos foram previstos para regular a competência interna da insolvência. O Decreto-Lei nº 7.661/1945, em seu art. 156, estipulava que o devedor poderia evitar a declaração de falência, caso requeresse ao juiz competente para decretá-la a concessão de concordata preventiva. Essa norma, no entanto, não precisou ser reproduzida na Lei nº 11.101/05, visto que o art. 3º, *caput*, incluiu o instituto da recuperação judicial em substituição à antiga concordata preventiva. Por outro lado, as exceções dos

⁴⁹⁶ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A recuperação judicial de Grupos Societários Multinacionais...**, p. 204.

parágrafos do art. 7º da lei anterior⁴⁹⁷ foram parcialmente aproveitadas e reformuladas, passando a constar no art. 76 da nova lei *in verbis*:

Art. 76. O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo.

Complementa 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).⁴⁹⁸

Inobstante estejam previstas tais exceções, certo é que a Lei nº 11.101/05 adota os princípios da unidade e universalidade, estabelecendo a *vis attractiva* do juízo falimentar e recuperacional⁴⁹⁹. Considerando, ademais, que o Código Bustamante ainda permanece em vigor no Brasil, nada impede seja esse diploma invocado (exemplo: art. 328, bem como arts. 414 e ss. do *codex*), em futuro caso de insolvência transnacional, para complementar as estipulações da Lei nº 11.101/05, naquilo em que for omissa ou incompleta, especialmente no que se refere aos aspectos transfronteiriços da insolvência.

Verificada alguma das causas da falência, a quebra do devedor será decretada por sentença, nos moldes do art. 99 da Lei nº 11.101/05. Discute-se sobre a natureza desse ato, uma vez é dotado de características mistas. Com efeito, o estado de insolvência é anterior à sentença (efeito declaratório do ato), porém, por outro lado, o estado de falido é instaurado apenas após sua prolação (efeito constitutivo do ato). Portanto, tendo em vista o seu caráter híbrido, Sergio Campinho manifestou-se no sentido de que a sentença que decreta a falência possui

⁴⁹⁷ Art. 7º É competente para declarar a falência o juiz em cuja jurisdição o devedor tem o seu principal estabelecimento ou casa filial de outra situada fora do Brasil. 1º A falência dos comerciantes ambulantes e empresários de espetáculos públicos pode ser declarada pelo juiz do lugar onde sejam encontrados. 2º O juízo da falência é indivisível e competente para tôdas as ações e reclamações sôbre bens, interêsses e negócios da massa falida, as quais serão processadas na forma determinada nesta lei. 3º Não prevalecerá o disposto no parágrafo anterior para as ações, não reguladas nesta lei, em que a massa falida seja autora ou litisconsorte.

⁴⁹⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial...**, V. 3 – *Contratos, Falência e Recuperação de Empresas*, p. 276.

⁴⁹⁹ “Prescreve o artigo 76 da Lei nº 11.101/2005, em sua parte inicial, que ‘o juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido’, e o complementa o artigo 115, do mesmo diploma, enunciando a regra segundo a qual ‘a decretação da falência sujeita todos os credores’, que somente poderão exercer seus direitos sobre os bens do devedor na forma estabelecida na respectiva lei. No primeiro regramento se tem presente o princípio da unidade ou da indivisibilidade do juízo da falência; no segundo se visualiza o da universalidade. São os princípios informadores, que devem estar presentes em qualquer procedimento concursal, sem os quais não se consegue atingir os seus fins.” CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa...**, pp. 315.

simultaneamente natureza declaratória e constitutiva:

Nutrimos o entendimento de que não há, na verdade, base científica para sustentar a prevalência da carga declaratória ou da carga constitutiva do ato judicial. Deve a sentença apresentar-se com equilíbrio entre o caráter declaratório e o constitutivo que lhe são inerentes. Ao reconhecer o preexistente estado de fato da insolvência emerge a sua qualidade marcadamente declaratória. Sem esse reconhecimento não há estado de falência. Daí não se pode desprezar o seu forte tempero declaratório. Impende seja insolvência judicialmente reconhecida e declarada por sentença para que tenha irrompido o estado de falência. Diante dessa declaração, constitui-se, instaura-se, um novo estado jurídico, com previsão e regulação legal, que se impõe *erga omnes*, a partir do qual se terá uma efetiva mutação não só em relação à pessoa do empresário, mas também em relação a seus bens, contratos e credores. Por isso, ressalta-se, igualmente, a sua qualidade constitutiva. Participa, pois, a sentença dessas duas categorias.⁵⁰⁰

Em que pese o posicionamento acima, a orientação em prol do caráter constitutivo da sentença se manifesta predominantemente na doutrina especializada a posição defendida por Fabio Ulhoa Coelho⁵⁰¹.

Ademais, considerando que o art. 100 da Lei nº 11.101/05 dispõe que “[d]a decisão que decreta a falência cabe agravo, e da sentença que julga a improcedência do pedido cabe apelação”, também se debateu se o ato seria, de fato, uma sentença ou ostentaria a natureza de decisão interlocutória. Certo é que o ato do art. 99 encerra a chamada fase pré-falencial, dando início à fase executiva do processo, momento em que irá se instaurar o concurso de credores para efetuar a distribuição dos bens que compõe o ativo de devedor. Desse modo, a previsão do recurso de agravo deu-se por essa razão, não descaracterizando a natureza de sentença do ato do juiz, especialmente em razão de sua enorme gravidade e marco para os importantíssimos efeitos previstos dele decorrentes⁵⁰², dentre eles a nomeação do administrador judicial (art. 99, IX) e a fixação do termo legal da falência (art. 99, II).

No que se refere ao processo falimentar propriamente dito, em razão dos limites deste estudo, resta apenas realizar uma rápida abordagem do procedimento de verificação e classificação dos créditos. A Lei nº 11.101/05 inovou no tema também, pois no regime anterior, após a decretação da quebra, dava-se início à fase informativa do processo falimentar (apuração

⁵⁰⁰ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa...**, pp. 311-312.

⁵⁰¹ “Dentro desse contexto, pode-se concluir que, apesar do nome de que fez uso o legislador, a *sentença declaratória da falência*, pressuposto inafastável da instauração do processo de execução concursal da sociedade empresária devedora, tem caráter *constitutivo*. Esse é o entendimento predominante na doutrina (Fazzio Jr.: 1999:126/127)”. COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial...**, V. 3 – *Contratos, Falência e Recuperação de Empresas*, p. 280.

⁵⁰² “A modalidade recursal [agravo] se justifica [...], justo porque a decisão em apreço, na medida em que impõe o fim do processo pré-falencial inaugura um outro processo, o de falência propriamente dito, com a produção de imediatos efeitos decorrentes da nova condição jurídica do devedor, efeitos esses de ordem pessoal, patrimonial e em relação a seus credores. Daí se justificar o recurso de agravo, eis que da decisão surge um novo processo, embora nos mesmos autos, recheado de procedimentos a serem logo implementados”. CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa...**, p. 313.

das massas ativa e passiva), não sendo permitida a liquidação dos bens da sociedade falida antes da apresentação do relatório do síndico, uma vez que era facultada ao falido o pedido de concordata suspensiva. Atualmente, também há a fase informativa, porém sem óbice à liquidação dos bens, independentemente de conclusão do quadro de credores, de acordo com a demanda que se impuser, tornando a falência um processo de execução coletiva irreversível.

Antes de iniciar o pagamento dos créditos dos credores da sociedade falida, deve o administrador judicial pagar os credores da massa, isto é, os chamados créditos extraconcursais, listados no art. 84. Nessa categoria estão incluídos os créditos relacionados à administração da falência e atos praticados pelo devedor durante a recuperação judicial em caso de convalidação dessa em falência. Sobre o primeiro grupo e sua razão de ser, leciona Fábio Ulhoa Coelho:

Com a decretação da falência e a instauração do concurso de credores, os bens da sociedade falida são arrecadados e devem ser administrados com vistas à otimização do produto de sua futura venda judicial. Por essa razão a administração da falência, no interesse da comunidade dos credores, deve ser profissional. A profissionalização pressupõe que o administrador judicial e todos os prestadores de serviços e colaboradores (contador, leiloeiro, advogado e outros) devem ficar satisfeitos com suas remunerações. Estas, em outros termos, devem ser compatíveis com o valor de mercado do trabalho profissional despendido para a massa. Se o administrador judicial, por exemplo, não for pago a contento pelas inúmeras e complexas tarefas que a lei lhe impõe, dificilmente lhe dará a dedicação necessária. E é normal e humano que assim seja. Ninguém está minimamente obrigado a gastar tempo e energia em atividades não remuneradas de forma satisfatória. Assim também deve ser, por outro lado, em relação aos terceiros contratados pelo administrador judicial para a prestação de serviços à massa. [...] A profissionalização da administração da massa é do interesse da comunidade dos credores.⁵⁰³

Após pagos os créditos concursais, o administrador judicial irá pagar os credores da sociedade falida, na ordem prescrita pela norma falimentar. A classificação dos créditos está prevista no art. 83 da Lei nº 11.101/05, conforme se verifica *in verbis*:

Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

- I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho;
- II - créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado;
- III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias;
- IV – créditos com privilégio especial, a saber:
 - a) os previstos no art. 964 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002;
 - b) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei;
 - c) aqueles a cujos titulares a lei confira o direito de retenção sobre a coisa dada em garantia;
 - d) aqueles em favor dos microempreendedores individuais e das microempresas e empresas de pequeno porte de que trata a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.
- V – créditos com privilégio geral, a saber:

⁵⁰³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial...**, V. 3 – *Contratos, Falência e Recuperação de Empresas*, p. 373.

- a) os previstos no art. 965 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002;
 - b) os previstos no parágrafo único do art. 67 desta Lei;
 - c) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei;
- VI – créditos quirografários, a saber:
- a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo;
 - b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento;
 - c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do caput deste artigo;
- VII – as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias;
- VIII – créditos subordinados, a saber:
- a) os assim previstos em lei ou em contrato;
 - b) os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício.

A classificação dos créditos é assunto de extrema importância para a insolvência transnacional, isto porque, ao se debater sobre um tratamento igualitário aos credores, está se discutindo, indiretamente, qual deve ser a lei utilizada para ordenar os créditos devidos, evitando a discriminação entre credores nacionais e estrangeiros. Trata-se aqui de análise a ser feita não apenas em relação à competência de determinada justiça para julgar o feito transfronteiriço, mas da lei aplicável para reger o mérito do processo, em conformidade com as regras de conexão do foro. Relembre-se lição de Carmen Tiburcio acerca da divisão da lei aplicável, no sentido de que, para os assuntos inerentes à falência (direito de preferência, divisão do patrimônio do devedor, período suspeito, incapacidade do falido, etc.), a lei aplicável será aquela da jurisdição competente (lei material do foro). Para os outros assuntos, deve-se recorrer às regras de conexão de direito internacional privado para encontrá-la⁵⁰⁴.

Após pagos os credores da falida, se ainda houver saldo, cabe ao administrador judicial o pagamento dos sócios e acionistas da sociedade, proporcionalmente à participação no capital social. Feito o último pagamento ou exauridos os recursos da massa, o administrador judicial apresenta, no prazo de 30 dias (art. 154), sua prestação de contas, que será processada e julgada em autos apartados. Após, deverá ser juntado aos autos, no prazo de 10 dias (art. 155), seu relatório final, informando o valor do ativo, o do produto de sua realização, assim como o do passivo e o dos pagamentos feitos aos credores. Por fim, não havendo mais pendências, o juiz profere a sentença de encerramento da falência, que desafia, por sua vez, o recurso de apelação (art. 154, §6º). Pode ocorrer também a reabilitação civil ou penal dos envolvidos na chamada fase pós-falimentar.

⁵⁰⁴ TIBURCIO, Carmen. **Efeitos extraterritoriais...**, p. 204.

4.5 Aspectos gerais da recuperação judicial

Cabe agora destacar alguns traços da recuperação judicial. Inicialmente, ressalta-se que a recuperação judicial é instituto criado pela Lei nº 11.101/05, em substituição à ineficiente concordata preventiva prevista desde o Decreto nº 917/1890 até o Decreto-Lei nº 7.661/1945⁵⁰⁵, sendo, portanto, o atual meio pelo qual o empresário possui a chance de se recuperar de sua crise econômico-financeira. Sobre sua natureza jurídica, como já adiantado no capítulo I deste estudo, paira dúvidas na doutrina. A recuperação judicial é um processo judicial, porém com múltiplas peculiaridades, conduzindo a duas correntes doutrinárias. 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.⁵⁰⁶

Já para Sérgio Campinho:

[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 fim do processo de recuperação judicial deve ser único para todos, pois a relação processual que se estabelece é única.⁵⁰⁷

Vê-se que Jorge Lobo não reconhece a recuperação como instituto eminentemente de direito privado, isto é, como acordo celebrado entre os credores e nem mesmo como processo, optando, diversamente, por uma posição intermediária entre o direito público e privado. Segundo essa orientação, a recuperação judicial está inserida no Direito Econômico,

⁵⁰⁵ “[N]o regime por ele estabelecido [decreto-lei 7.661, de 1945], o juiz deveria conceder, caso os requisitos estabelecidos pela lei fossem cumpridos, um prazo alongado para o pagamento ou a redução proporcional do valor das dívidas. Como os credores mais não tinham direito a deliberar sobre a concordata, a própria lei fixou limites para o alongamento do prazo e para o desconto dos valores: dois anos para o pagamento integral das dívidas ou o pagamento da metade delas à vista. A Lei 11.101, de 2005, editada para regular o direito falimentar brasileiro, substituindo o Decreto-Lei 9.661 de 1945, restabeleceu, no país, os acordos entre credores e devedor, com a tônica da preservação da atividade empresarial. O instituto da concordata, cujo conceito foi deturpado no imaginário brasileiro ao longo das seis décadas em que deixou de significar ‘acordo’, não sobreviveu à reforma legislativa; houve, entretanto, a previsão de quatro processos judiciais distintos, todos possibilitando, de uma forma ou de outra, a continuidade das atividades da empresa”. CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais...**, pp. 78-79.

⁵⁰⁶ 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.

⁵⁰⁷ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa...**, pp. 12-13.

prestigiando a eficiência técnica da decisão em face da própria noção de justiça, não impedindo, portanto, que eventual credor saia insatisfeito em algumas hipóteses em prol dos objetivos 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. Diz-se contrato “judicial” porque a pactuação com os credores se dá em juízo. Ademais, possui eficácia novativa, pois, concedida a recuperação judicial com base no plano aprovado, as obrigações que até então existiam até a data do pedido passam a assumir doravante novos moldes, respeitada a exceção do art. 49, §1º, da Lei nº 11.101/05 e a desconstituição em caso de convalidação em falência (art. 61, § 2º).

4.5.1 Legitimidade ativa e passiva da recuperação judicial, créditos abrangidos e algumas questões processuais

Sobre a legitimidade ativa para requerer o benefício, como regra geral, cabe ao empresário ou a sociedade empresária que se encontra em crise econômico-financeira, porém a norma falimentar, em seu art. 48, parágrafo único, prevê hipótese expressa de exceção ao dispor que a “recuperação judicial também poderá ser requerida [alternativamente] pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, ou inventariante [em caso de espólio de empresário individual] ou pelo sócio remanescente [tratando-se de sociedade empresária temporariamente unipessoal]”. De qualquer forma, os credores e o Ministério Público não podem solicitar a medida. Discute-se, novamente, a questão dos grupos econômicos e a possibilidade de uma controladora requerer a recuperação judicial de suas controladas.

Na recuperação judicial, o tema torna-se ainda mais importante. Isso porque, nesse âmbito, diferentemente da falência, a legitimidade ativa da controladora é questão de crucial importância, pois, se não houver a inclusão de suas controladas no plano de recuperação, muito provavelmente restará infrutífera sua tentativa de soerguimento da atividade empresarial transnacional, sendo, portanto, de interesse do empresário / sociedade empresária. Pelos mesmos motivos analisados acima, isto é, a sinergia dos grupos econômicos e principiologia do moderno direito falimentar mundial, bem como amparado pelo rumo dos atuais diplomas internacionais sobre insolvência (ex: guias interpretativos da LMIT e Regulamento (UE) 2015/848), perfilha-se do entendimento de que deve ser realizada uma interpretação teleológica da Lei nº 11.101/05, inserindo-se a legitimidade da controladora para requerer a recuperação

judicial das controladas na faculdade prevista pelo art. 48. Saliente-se, inclusive, que se tais fundamentos servem no âmbito da falência, não haveria razão para não os utilizar na recuperação judicial.

Além disso, de modo a facilitar a realização dessa interpretação teleológica, pode-se interpretar a lei nacional da seguinte forma: seja pelo art. 1.071, VIII, do Código Civil, seja pelo art. 122, IX, da Lei nº 6.404/76, pode ocorrer deliberação dos sócios ou da Assembleia-Geral da sociedade anônima autorizando o pedido de recuperação judicial⁵⁰⁸. Sendo subsidiária integral, a inexistência de assembleia faz com que o pedido de recuperação possa ser feito sem consulta ao órgão. Estipula a norma, ainda, que em “caso de urgência, a confissão de falência ou o pedido de concordata poderá ser formulado pelos administradores, com a concordância do acionista controlador, se houver, convocando-se imediatamente a assembleia-geral, para manifestar-se sobre a matéria”. (art. 122, parágrafo único, da Lei nº 6.404/76)⁵⁰⁹.

Como se verá no próximo capítulo, a jurisprudência pátria caminha no sentido de consolidar esse entendimento, amparando-se pela possibilidade de completar as lacunas da lei mediante recurso aos princípios gerais do direito, costumes e equidade. A análise se dá caso a caso, entendendo-se que quanto maior interligação houver na estrutura do grupo, ainda que as sociedades estrangeiras não possuam filiais ou ativos físicos no Brasil, maior será a possibilidade de que a interpretação ampliativa da Lei nº 11.101/05 e a principiologia da recuperação judicial, amparada pela tendência mundial, autorizem a submissão de sociedades estrangeiras à jurisdição pátria, mesmo que sejam elaborados planos de recuperação distintos para cada sociedade agrupada.

Portanto, conclui-se que deve o magistrado brasileiro deve realizar uma análise casuísta, inclusive na hipótese de deferimento de recuperação judicial em procedimentos de insolvência estrangeiros que não estejam abarcados pela legislação brasileira (ex: ordenamento português e possibilidade de recuperação judicial de entidades civis), buscando especialmente adentrar na intrincada integração do grupo societário analisado *in casu*. Percebendo que a integração é forte e que muitas sociedades, por exemplo, existem apenas para emitir títulos de dívida e fazer captação de receitas no exterior, deve-se permitir a união de tais sociedades em um único procedimento recuperacional. Sobre a lei aplicável, novamente deve recorrer a lei do foro (brasileira) para os assuntos inerentes à falência e às regras de conexão do direito internacional

⁵⁰⁸ Ambos os dispositivos invocados utilizam a expressão “concordata”. Como cediço, o regime de concordata não existe mais no Brasil, sendo substituído pela recuperação judicial.

⁵⁰⁹ O código civil estipula em sentido semelhante. Confirma-se disposição contida no art. 1.071, §4º: “No caso do inciso VIII do artigo antecedente, os administradores, se houver urgência e com autorização de titulares de mais da metade do capital social, podem requerer concordata preventiva”.

privado para encontrar a norma mais apta para reger os outros assuntos, em respeito aos princípios da proximidade, maximização de ativos, preservação da empresa e *par conditio creditorum*.

Em razão de sua maior atratividade para o empresário / sociedade empresária, importa mais ainda sustentar que não se faz possível o deferimento do processamento da recuperação judicial para entidades que não detenham a legitimidade para o instituto, nos moldes da lei brasileira (ex: sociedade civil ou sociedade que já teve sua falência decretada em juízo). Portanto, no caso de reconhecimento de que o centro de interesses principais do grupo esteja em um país estrangeiro e estando as subsidiárias brasileiras sujeitas a processo secundário de insolvência no Brasil, o *status quo* da insolvência a nível mundial indica que deve ser aplicada a lei brasileira para verificar a legitimidade dessas controladas, visto tratar de assunto inerente à insolvência. Entender diferente disso seria fraudar a lei nacional, violar a ordem pública, tanto de primeiro quanto segundo grau, e autorizar a ocorrência de *forum shopping*, conforme acentuado no tópico 4.4.1.

A outro giro, no que se refere aos créditos que podem ser abrangidos pelo plano, estipula o art. 49 da Lei nº 11.101/05 que só estão sujeitas à recuperação judicial os créditos existentes na data do pedido, vencidos ou vincendos. O dispositivo, contudo, em seu §3º, prevê exceções à regra do *caput, in verbis*:

Art. 49. [...]

§3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

Feito o pedido de recuperação judicial e estando em termos a documentação exigida para a instrução da exordial (art. 51), o magistrado encarregado do feito irá proferir o despacho de processamento da recuperação judicial, que não se confunde com a decisão de concessão do benefício⁵¹⁰. No primeiro ato, o juiz simplesmente analisa a legitimidade ativa da parte

⁵¹⁰ “[N]ão se confunde o despacho que determina o processamento da recuperação judicial com a decisão concessiva do benefício. Esta última será proferida depois, na conclusão da fase deliberativa, caso confirmada a viabilidade da empresa em crise. Aquele, embora produza já os efeitos de suspensão das ações e execuções, contra a requerente, tão só inaugura a fase de deliberação com a constituição dos órgãos específicos da recuperação judicial”. COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial...**, V. 3 – *Contratos, Falência e Recuperação de Empresas*, p. 434.

requerente e se a instrução do feito obedeceu aos ditames da lei, ao passo que, no segundo, confirma a viabilidade da sociedade em crise, após a fase deliberativa da recuperação judicial.

O despacho de processamento possui diversos efeitos, sendo um de seus principais a suspensão de todas as ações e execuções em face do devedor, excetas aquelas que demandarem o pagamento de quantia ilíquida (art. 6º, *caput* e §1º, e 52, II), pelo prazo de 180 dias, improrrogáveis (art. 6º, §4º). Não poderia ser diferente disso, visto que não seria possível ao devedor se reerguer da crise em que se encontra tendo que arcar com diversas penhoras ou outros atos de constrição judicial em feitos espalhados por diversas comarcas. O prosseguimento da ação em que se pleiteia o pagamento de quantia ilícita se justifica, pois apenas visa determinar o *quantum debeatur*, não conduzindo a eventuais atos constritivos sobre o patrimônio do devedor. No âmbito transnacional, esse efeito, se analisado à luz do universalismo, seja puro ou mitigado, pode suspender também as ações que estejam em curso nos foros estrangeiros.

É também no momento do deferimento do processamento que o magistrado nomeia o administrador judicial (art. 52, I). Questão importante do ordenamento brasileiro que se deve destacar é que não há, nos moldes da atual lei falimentar, regra geral de vedação à permanência dos administradores da sociedade devedora na gestão de suas atividades ao longo do período que perdurar a recuperação judicial, tendência esta adotada nos sistemas legais de países como Estados Unidos, Alemanha, França e Itália⁵¹¹.

Deferido o processamento, inicia-se a fase deliberativa da recuperação judicial, momento em que será apresentado o plano de recuperação, no prazo de 60 dias após a publicação da decisão de processamento da recuperação judicial (art. 52), e se formará, se necessário, a assembleia geral de credores para deliberação⁵¹², que poderá aprovar (art. 58), modificar (art. 56, § 3º) ou rejeitar (art. 56, § 3º) o plano, facultando a lei também a instauração do comitê de credores para fiscalização e supervisão caso necessário (art. 27).

O plano deve ser elaborado de forma clara, facilitando aos credores a compreensão das

⁵¹¹ “Os administradores podem, entretanto, ser substituídos em algumas hipóteses. De forma geral, não há limitação nos poderes de gestão; entretanto, o devedor não pode alienar bens do ativo permanente enquanto a empresa estiver em recuperação judicial, salvo se houver autorização do juiz ou supervisão expressa no plano aprovado. A lei faculta aos credores, em deliberação tomada em assembleia-geral, a organização de um comitê, com a participação de um representante de cada classe, com funções de fiscalização e de supervisão. Apesar disso, os comitês não se formaram com a frequência esperada, talvez em razão do regime de responsabilidade dos seus membros”. CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A recuperação judicial de Grupos Societários Multinacionais...**, p. 80 e nota de rodapé nº 391.

⁵¹² Os credores serão divididos em quatro classes para a deliberação: i) titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho; ii) titulares de créditos com garantia real; iii) titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados; e, por fim, iv) titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte (art. 41 da Lei nº 11.101/05).

medidas que serão tomadas para tentar soerguer a atividade empresarial do recuperando. A lei, em seu art. 50, prevê algumas dos possíveis meios que pode o devedor lançar mão, porém destaca a doutrina que este rol não é cogente:

O dispositivo tem clara intenção de orientar o devedor para demonstrar à coletividade como pretende dar eficácia ao plano, de modo que todos compreendam, com clareza, os atos que serão praticados e, desse modo, possam votar, com precisão as formas de recuperação, de acordo com o art. 50, não contam com nenhum tipo de regra cogente, devendo cada devedor, analisando sua situação econômica e financeira, cotejada com o seu mercado, verificar a melhor estrutura para seu reerguimento. Assim, o rol do art. 50 é meramente exemplificativo e merecedor de elogio, devendo ser afastado qualquer argumento sobre a sua taxatividade, ressaltando a expressão utilizada no art. 50, "dentre outros". Deverá acompanhar o plano de recuperação um resumo do que foi disposto no seu bojo, assim facilitando não só a análise do seu conteúdo, mas também a publicação do edital (art. 50, § 1º).⁵¹³

Aprovado o plano pelos credores e atestada a viabilidade da sociedade ou empresário recuperando, o juiz profere decisão concessiva da recuperação judicial, que obriga a todos os credores sujeitos ao plano, mesmo os que manifestaram oposição aos seus termos. Tal efeito vinculante ocorrerá caso seja respeitado o quorum de aprovação previsto no art. 45 ou, alternativamente, se o juiz conceder a recuperação judicial com base no 58, § 1º, da Lei nº 11.101/05⁵¹⁴:

Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembléia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei. § 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa:

I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes;

II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas;

III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei.

§ 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

A concessão da recuperação malgrado a reprovação do plano por uma das classes de

⁵¹³ GUIMARÃES, Márcio Souza. **Arts. 53 ao 59**. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (Orgs.). **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. V. II – *Recuperação Judicial – Artigos 47 até 74*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 104-105.

⁵¹⁴ “Em princípio, todos os credores anteriores ao pedido de recuperação judicial estão sujeitos aos efeitos do plano de recuperação aprovado em juízo. Mesmo os que se haviam opostos ao plano e votado por sua rejeição devem curvar-se à decisão judicial respaldada na maioria dos credores. Não tem outra alternativa. Se no plano aprovado em juízo é prevista a substituição de determinada garantia real por outra de menor valor, o credor atingido simplesmente não tem meios para se opor ao mérito dessa medida, por mais que considere seus interesses injustamente sacrificados”. COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial...**, V. 3 – *Contratos, Falência e Recuperação de Empresas*, pp. 441-442.

credores (ou duas, caso todas elas estejam representadas na assembleia), com fulcro no ordenamento jurídico norte americano, recebe a denominação de *cram down*. Note-se que o § 2º do dispositivo analisado exige o tratamento paritário dos credores, em atenção ao *par conditio creditorum*.

Após a concessão da recuperação judicial, dá-se início a fase executiva do processo, em que será dado cumprimento ao plano aprovado. Essa fase pode ter fim de duas maneiras: (i) com o encerramento do processo pelo cumprimento de todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação, permanecendo, se for o caso, o devedor obrigado a lhe dar cumprimento, mas sem a fiscalização do administrador judicial e, se houver, do Comitê de Credores; (ii) pela convolação da recuperação em falência em razão de deliberação da assembleia de credores ou inadimplemento de obrigação durante o período de 2 anos⁵¹⁵. Registre-se novamente que, uma vez decretada a falência, não mais resta a alternativa ao devedor de soerguer sua atividade.

4.5.2 Procedimento específico às microempresas e empresas de pequeno porte e a recuperação extrajudicial

Por fim, um último aspecto que resta ressaltar acerca da recuperação judicial é que a Lei nº 11.101/05, no art. 70 e ss., previu um procedimento específico às microempresas e empresas de pequeno porte, em razão do tratamento privilegiado que essas entidades gozam no direito empresarial brasileiro pela Lei Complementar nº 123/2006. Esse procedimento, inicialmente, não era considerado condizente com essa situação, uma vez que abrangia tão somente os créditos quirografários, frustrando as expectativas do recuperando, que dificilmente conseguiria soerguer sua atividade sem envolver créditos de outras naturezas. Ocorre que, após o advento da Lei Complementar nº 147/14, o art. 71, I, passou a poder ser incluído no plano: “todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, excetuados os decorrentes de repasse de recursos oficiais, os fiscais e os previstos nos §§ 3º e 4º do art. 49”. Esses últimos créditos mencionados são aqueles que não se sujeitam à recuperação judicial, como, por exemplo, do proprietário fiduciário de bens móveis e imóveis.

Nesse procedimento especial, a lei falimentar em seu art. 72 estipula que, na hipótese

⁵¹⁵ Cf. art. 73 I e IV, da Lei da nº 11.101/2005.

do plano respeitar os limites de valor e prazo estabelecido para o parcelamento proposto pelo devedor, deve o magistrado conceder a recuperação judicial, sem necessidade de convocação prévia da assembleia-geral de credores. Contudo, se mais da metade dos credores de qualquer uma das classes de créditos abrangidas pelo plano de recuperação apresentar objeções, não restará alternativa ao juiz senão decretar a falência do microempresário ou empresário de pequeno porte (art. 72, parágrafo único), gerando, portanto, certa insegurança ao procedimento. A maior insegurança é a ausência de razões para ser acatada a objeção do credor, fomentando manifestações contrárias emulativas e abusivas, com o fito precípua de promover a ruína do devedor. O juiz deve ter um papel proativo para analisar a relevância da objeção, louvando-se no art. 47 e não no desejo individualista do credor.

Além da recuperação judicial, a Lei nº 11.101/05 previu ainda outro procedimento, em que o devedor, primeiramente, realiza acordo com alguns de seus credores visando a reestruturação de suas dívidas para, após, submetê-lo à homologação judicial. Em razão desse acordo pré-aprovado, fora do âmbito do judiciário, optou o legislador por nomear esse processo de recuperação extrajudicial⁵¹⁶. A doutrina se manifesta afirmando que o legislador previu, na verdade, duas modalidades de homologação nesse procedimento, uma vinculando apenas os credores que aderiram ao plano e outra abrangendo também os credores dissidentes. Veja lição de Paulo Fernando Campana Filho, *in verbis*:

A lei prevê, na verdade, duas modalidades de homologação desse acordo, chamado de plano de recuperação extrajudicial. Na primeira delas, o devedor requer a homologação judicial do plano firmado pelos credores a ele aderentes. As vantagens dessa homologação sobre a celebração de acordos privados entre credores e devedores (e não submetidos ao crivo do juiz) seriam a de conferir ao plano uma chancela judicial, reconhecendo a ausência de vícios e nulidades e a de torna-lo título executivo judicial. Essa modalidade de recuperação judicial foi chamada de ‘convencional’ ou ‘facultativa’ por Vera Helena de Mello Franco e Rachel Sztajn, por atingirem somente os credores que com ela concordarem, não vinculando terceiros, e de ‘meramente homologatória’ por Luiz Fernando Valente de Paiva. [...] A segunda modalidade é o pedido de homologação judicial de um plano com as assinaturas dos titulares de ao menos 60% computados por valor, do total dos créditos de uma determinada classe ou grupo de credores de mesma natureza e sujeitos a semelhantes condições de pagamento (art. 163, *caput* e §1º). Com a homologação judicial, o plano se torna obrigatório para todos os credores por ele abrangidos (art. 163, §1º). Essa modalidade de recuperação extrajudicial foi chamada de ‘obrigatória’ por Vera Helena de Mello Franco e Rachel Sztajn, e de ‘impositiva’ por Luiz Fernando Valente de Paiva, por vincular credores dissidentes.⁵¹⁷

⁵¹⁶ Saliente-se que essa nomenclatura é criticada por ser considerada atécnica. De fato, a elaboração do plano ocorre fora do âmbito do judiciário, porém seus efeitos legais completos (ex: possuir força de título executivo judicial) passam a surtir apenas após o processo homologatório perante o magistrado, razão pela qual não se pode dizer que se trata de hipótese propriamente extrajudicial.

⁵¹⁷ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A recuperação judicial de Grupos Societários Multinacionais...**, nota de rodapé nº 408, p. 82.

Em sentido contrário, Mauro Rodrigues Penteado, com razão, defende que é necessária a homologação judicial para se configurar o estado de recuperação extrajudicial, tanto na hipótese de o plano ser assinado por todos os credores (primeira modalidade, art. 162) quanto o documento ser assinado por maioria de 3/5 de cada classe (segunda modalidade – art. 163), “[n]essas duas modalidades, tratadas unitariamente no art. 164, embora de espécies diversas, como ‘plano de recuperação extrajudicial previsto nos arts. 162 e 163’, a intervenção judicial é acentuada e extensiva.”⁵¹⁸ Prossegue ao autor:

Vale dizer que recuperação somente será efetivamente “extrajudicial” na hipótese, pouco provável e até inimaginável, por ora, na prática, de não ser apresentado pedido de homologação do plano, em juízo – o que pouco ou nada interessará aos seus credores, que, sem essa intervenção do Judiciário deixarão de contar com o poderoso instrumento que a lei lhes coloca à disposição, ou seja, a equiparação da sentença de homologação do plano a título executivo judicial (art. 161, § 6.º).

Na verdade a Lei 11.101/2005 contempla duas outras – e as principais – modalidades de recuperação “extrajudicial”, ambas com relevantíssima intervenção judicial, cujos planos, de caráter privado, excluem os créditos tributários, trabalhistas e os de que tratam os arts. 49, § 3.º e 86, inc. II (art. 161, § 1.º). [...]

A primeira delas se dá quando o Plano não obriga a todos os credores, e é celebrado com credores suficientes para permitir a solução da crise econômico-financeira do devedor, nela havendo intervenção do juízo universal para homologar o plano, mediante sentença que constituirá título executivo “judicial” (art. 161, § 6.º). [...]

Nessa espécie de recuperação extrajudicial a intervenção do Judiciário é de suma importância, pois a sua homologação constituirá título executivo judicial, nos termos do art. 475-N, inc. III do CPC. [...]

A outra modalidade de recuperação extrajudicial, contemplada no Capítulo VI, vincula todos os credores, (art. 163, caput e § 1.º)⁵¹⁹.

Pelo exposto, conclui-se que, embora o legislador brasileiro tenha sido precursor ao tratar dos aspectos transfronteiriços da falência, ainda no Império, 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 sobre o tema. O Código Bustamante, inobstante ainda esteja em vigor, tem aplicabilidade duramente questionada e não possui disposições adequadas para regular os complexos assuntos de uma insolvência transnacional com eficiência. Desse modo, quando o judiciário nacional se depara com a matéria, sente a necessidade de recorrer a outras fontes do direito que não a lei positiva para melhor solucionar o caso a ele submetido.

4.6 O Código de Processo Civil de 2015

⁵¹⁸ PENTEADO, Mauro Rodrigues. In SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antonio Sergio A. de Moraes (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Lei 11.101/2005**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 86-87.

⁵¹⁹ Idem, p. 87.

Além desses diplomas analisados, em 18 de março de 2016, entrou em vigor o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15). A novel lei trouxe uma série de modificações, dentre elas a revitalização da matéria de competência internacional⁵²⁰, 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 está em consonância com o hodierno intento cooperativo entre as nações. Nesse contexto, tratou da cooperação internacional nos artigos 26 e 27. Semelhantemente a 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.

Inicialmente, deve-se destacar que o CPC positivou o princípio da subsidiariedade de suas normas perante tratados internacionais ao dispor, em seu art. 13, que a “jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte”. Nota-se, assim, que o diploma buscou fortalecer o cumprimento dos acordos assumidos pelo Estado brasileiro, especialmente aqueles que buscam fortalecer garantias processuais fundamentais. O princípio da subsidiariedade aplica-se ao diploma como um todo, abarcando, evidentemente, a matéria de jurisdição internacional e cooperação jurídica internacional.

No art. 26, o diploma prevê a base principiológica da cooperação jurídica internacional, bem como estipula que sua regência será em conformidade com os tratados de que o Brasil faça parte, seguindo a diretriz do princípio da subsidiariedade. Adiante, o art. 27 cuida do objeto da cooperação jurídica 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 rogatória⁵²¹. O novel código buscou

⁵²⁰ Uma das principais inovações no tratamento da matéria foi a inclusão de permissivo legal para a eleição de foro, que teve seus efeitos negativos tratados 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”. Os efeitos positivos, por sua vez, foram tratados no art. 22, III, do CPC/2015. Além disso, pode-se citar que foram incluídas normas protetivas à credores alimentícios e consumidores, autorizando a competência concorrente da jurisdição brasileira (cf. art. 22, I e II).

⁵²¹ 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).

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:

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”⁵²². Há uma real preocupação com a eficácia do fenômeno da cooperação, que tradicionalmente não era alvo de atenção pelo Brasil⁵²³.

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.

Retornando ao tema da insolvência transnacional no Brasil, surgem alguns questionamentos acerca da matéria quando se depara com as estipulações genéricas do CPC/2015. Uma primeira indagação seria se a cooperação jurídica internacional poderia estender os limites da jurisdição brasileira quando realizada com base em tratado. Para responder a essa indagação é necessário antes analisar o termo jurisdição. No âmbito do direito internacional público, seu conceito se confunde com o de soberania, permitindo que o Estado dite as normas dentro de seu território e exerça os atos coercitivos necessários para preservar sua efetividade. Do ponto de vista da competência, assume um viés territorialista nos modelos de Westefália, bem examinado por Cedric Ryngaert:

When delimiting competences, the law of jurisdiction has mainly relied on the territorial dimension of sovereignty when devising permissive and prohibitive rules: a State’s jurisdictional assertions that pertain to acts carried out in its territory are in principle lawful, while assertions that pertain to acts done outside its territory are suspect, and even presumptively unlawful. This emphasis on territoriality is a reflection of the persistent Westphalian bent of the international legal order: a system of territorially delimited nation States that have full and exclusive sovereignty over their own territory, and no sovereignty over other States’ territory. The centrality of

⁵²² Para leitura da mensagem de veto integral, consulte <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm>. Acesso em 21.03.16.

⁵²³ TIBURCIO, Carmem; BARROSO, Luís Roberto. **Direito constitucional...** p. 522.

territoriality in the law of jurisdiction need however not be a logical necessity.⁵²⁴

Alex Mills, didaticamente, separa a jurisdição em três modalidades: i) *jurisdiction to prescribe*, que autoriza o Estado a elaborar normas genéricas para reger a vida de seu povo; ii) *jurisdiction to adjudicate*, que autoriza o julgamento de lides, isto é, a aplicação da lei elaborada aos casos concretos da vida; e, por fim, iii) *jurisdiction to enforce*, permitindo o recurso a atos constritivos para fazer prevalecer a eficácia de suas normas e julgados⁵²⁵. Além disso Carmen Tibúrcio divide ainda os conceitos de jurisdição e competência, assumindo que o segundo pressupõe o primeiro:

A jurisdição constitui atributo de todo membro do Poder Judiciário, estabelecendo a faculdade genérica de aplicar a lei ao caso concreto, solucionando o conflito de interesses. Já a competência é um atributo específico, que significa a faculdade de julgar uma causa determinada. Assim, a competência pressupõe a jurisdição, pois só é competente para julgar determinada causa aquele que já tem jurisdição – o atributo genérico – sem que se tenha a competência para julgar uma determinada questão.⁵²⁶

Vê-se assim que a jurisdição constitui uma das faces da soberania dos entes estatais que, como sabido, são detentores de igualdade formal perante a sociedade internacional. Justamente por essa posição isonômica no cenário global, pode o Estado, em atenção ao princípio da *pacta sunt servanda*, obrigar-se e se desobrigar em acordos internacionais, sujeitando-se às consequências da responsabilidade civil internacional nas hipóteses em que causar danos a outros entes soberanos. Eventuais tratados e convenções sobre competência internacional nada mais são do que uma tentativa de criar parâmetros de atuação da jurisdição de determinado Estado⁵²⁷, visando possibilitar uma convivência pacífica entre os membros de Direito Internacional em um cenário onde, progressivamente, aumenta a movimentação de capitais e pessoas através das fronteiras, gerando, conseqüentemente, grande número de lides com de elementos de estraneidade⁵²⁸. Nesse sentido, estipulou corretamente o CPC/2015, no sentido de

⁵²⁴ RYNGAERT, Cedric. **The Concept of Jurisdiction in International Law**. *Utrecht University*. Disponível em: <<https://unijuris.sites.uu.nl/wp-content/uploads/sites/9/2014/12/The-Concept-of-Jurisdiction-in-International-Law.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2016, pp. 1-2.

⁵²⁵ MILLS, Alex. **Rethinking Jurisdiction in International Law**. *British Yearbook of International Law*, 187, 2014. Disponível em: <<http://bybil.oxfordjournals.org/content/early/2014/09/13/bybil.bru003>>. Acesso em: 31 out. 2016, pp. 01-18.

⁵²⁶ DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional privado...**, p. 559.

⁵²⁷ Como exemplo de convenção sobre competência internacional, cita-se a Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional de 1999: “A Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Internacional, celebrada em Montreal, em 1999, que substitui a Convenção de Varsóvia de 1929, dispõe que a ação indenizatória para danos decorrentes de extravio de bagagem poderá ser ajuizada no domicílio do transportador, na sede da empresa ou onde possua estabelecimento, onde o contrato de transporte foi celebrado, ou ainda no lugar do destino. Caso resulte em morte ou lesão no passageiro, além dessas alternativas, a ação pode ser ajuizada em sua residência habitual, entre outras alternativas”. *Idem*, p. 569.

⁵²⁸ Termo utilizado no direito internacional privado, elemento de estraneidade é aquele componente presente na demanda e estranho ao ordenamento jurídico do foro que a vincula, pelo menos, a mais de um ordenamento jurídico. Como exemplo, pode-se citar os seguintes: domicílio da parte, nacionalidade das pessoas (físicas e

que seus regramentos (lei processual interna) devem prevalecer apenas na hipótese de não haver normas em sentido contrário previstas em acordos internacionais (art. 13).

Portanto, não há qualquer problema em se estender os limites da jurisdição brasileira para além dos casos que estejam previstos nos regramentos internos do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que, ainda que o CPC não preveja expressamente hipótese de cooperação em relação à insolvência transfronteiriça, um tratado poderia incluí-la sem causar qualquer violação à ordem pública ou soberania nacional. Poder-se-ia, por outro lado, prever um problema na situação de restrição (não ampliação) dos limites de atuação do juiz pátrio⁵²⁹. Contudo, ainda assim defende-se que, pelo poder do Estado de se obrigar no cenário internacional e pelo princípio da subsidiariedade previsto no art. 13 do CPC, não haveria qualquer óbice em relação a isso. Destaca-se, ainda, que a ampliação dos limites da jurisdição brasileira pode estar em consonância com o princípio da proximidade, pois pode ocorrer no intuito de submeter a lide ao juízo que mais lhe seja adequado.

A conclusão tecida no parágrafo anterior influencia também os casos em que a autoridade brasileira se considere exclusivamente competente para julgar determinada matéria. As regras de competência, de fato, possuem maior rigidez, servindo inclusive de justificativa para que determinada sentença estrangeira não seja homologada no país caso a matéria esteja inserida dentro da competência absoluta do juiz brasileiro⁵³⁰. Assim, por exemplo, mesmo em situações de divórcio litigioso no exterior com partilha de bens imóveis no país, é possível recurso ao artigo 216-A, § 2º, do Regimento Interno do STJ, incluído pela Emenda Regimental nº 18/14⁵³¹ (antigo art. 4º, § 2º, da Resolução nº 09/05⁵³²), para reconhecer a homologação quanto aos efeitos pessoais da decisão, mas não quanto aos patrimoniais, a fim de proteger a

jurídicas) envolvidas, o local da celebração do contrato, dentre outros. Reconhecido o elemento do estraneidade na hipótese em tela, deve-se recorrer às regras de conexão para encontrar o direito aplicável para reger o mérito da demanda.

⁵²⁹ Para ilustrar tal problemática, veja-se quando analisada perante o princípio da autonomia da vontade, consubstanciado na cláusula de eleição de foro: “[A]dmitir a jurisdição doméstica em casos não previstos na lei não acarreta, em princípio, uma grande dificuldade teórica, pois se pode argumentar que a jurisdição preexiste, já que decorre da soberania estatal, não sendo, pois, criada pelas normas sobre competência internacional. Dessa forma, a autonomia da vontade não criaria a jurisdição – o que, de fato, seria impossível –, e sim determinaria o seu exercício em hipótese não enumerada na lei. Contrariamente, [...], admitir a eleição de foro estrangeiro para hipótese prevista na legislação local significa afastar do Estado o exercício de sua própria função jurisdicional, quando haveria, em princípio, um interesse do mesmo em exercê-la”. *Idem*, p. 570.

⁵³⁰ O CPC/2015 inclusive veda expressamente a possibilidade de eleição exclusiva de foro estrangeiro nas hipóteses de competência absoluta da jurisdição brasileira: “art. 25 [...] §1º Não se aplica o disposto no caput às hipóteses de competência internacional exclusiva previstas neste Capítulo”.

⁵³¹ “Art. 216-A. É atribuição do Presidente do Tribunal homologar sentença estrangeira, ressalvado o disposto no art. 216-K. [...] §2º As sentenças estrangeiras poderão ser homologadas parcialmente.”

⁵³² “Art. 4º A sentença estrangeira não terá eficácia no Brasil sem a prévia homologação pelo Superior Tribunal de Justiça ou por seu Presidente. [...] §2º As decisões estrangeiras podem ser homologadas parcialmente”. A Resolução nº 09 de 2005 do STJ foi revogada pela Emenda Regimental nº 18, de 17 de dezembro de 2014.

regra de competência exclusiva da autoridade brasileira para decidir sobre ações relativas a imóveis no país⁵³³. Essa hipótese, contudo, permite exceção via tratados sobre a matéria. Não seria diferente, portanto, no caso da derrogação analisada no âmbito da insolvência transnacional, novamente amparando-se nos princípios contemporâneos do Direito Internacional Privado, com especial ênfase no da proximidade, e na subsidiariedade das normas locais processuais em relação aos tratados e convenções internacionais assumidos pela República Federativa do Brasil. Logo, pode o Estado brasileiro, via tratado ou convenção internacional específica, derogar uma norma que estipule sobre competência exclusiva da autoridade nacional.

Outra interessante questão surge no âmbito do processo homologatório de sentenças estrangeiras. Na hipótese de um juiz estrangeiro submeter à sua jurisdição sociedade brasileira controlada por sociedade estrangeira ou filial brasileira de matriz estrangeira, em eventual lide falimentar, indaga-se se a decisão proferida teria que se sujeitar ou não ao procedimento homologatório em território nacional e, se tal procedimento poderia ser dispensado com base nos acordos internacionais. As Constituições de 1946⁵³⁴, 1967⁵³⁵, 1969⁵³⁶ e 1988⁵³⁷, esta última em sua redação original, estipulavam que competia ao STF a homologação *das* sentenças estrangeiras, ao passo que o novo texto incorporado pela Emenda Constitucional nº 45/2004⁵³⁸, além de alterar a competência para o STJ, determinou, tal qual nas Cartas de 1934⁵³⁹ e 1937⁵⁴⁰, que compete a esse Tribunal a homologação *de* sentenças estrangeiras. Essa alteração textual, apesar de *prima facie* ser considerada de pouca importância, trouxe novos debates ao tratamento da questão:

Essa diferença, que pode parecer mera questão de estilo, traz importantes consequências: a doutrina majoritária baseia-se na redação original do dispositivo (CF 1988), para concluir que todas as sentenças estrangeiras precisam ser homologadas, inadmitindo a possibilidade de qualquer tipo de sentença ser dispensada desse

⁵³³ Art. 23, I, do CPC/2015.

⁵³⁴ “Art. 101. Ao Supremo Tribunal Federal compete: I – Processar e julgar originariamente: [...] g) a extradição dos criminosos, requisitada por Estados estrangeiros e a homologação **das** sentenças estrangeiras;” (grifo nosso)

⁵³⁵ “Art. 114. Compete ao Supremo Tribunal Federal: I – Processar e julgar originariamente: [...] g) a extradição requisitada por Estado estrangeiro e a homologação **das** sentenças estrangeiras;” (grifo nosso)

⁵³⁶ “Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal: I – Processar e julgar originariamente: [...] g) a extradição requisitada por Estado estrangeiro e a homologação **das** sentenças estrangeiras;” (grifo nosso)

⁵³⁷ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – Processar e julgar, originariamente: [...] h) a homologação **das** sentenças estrangeiras e a concessão do exequatur às cartas rogatórias, que podem ser conferidas pelo regimento interno a seu Presidente;” (grifo nosso)

⁵³⁸ “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I – Processar e julgar originariamente: [...] i) a homologação **de** sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias;” (grifo nosso)

⁵³⁹ “Art. 76. À Corte Suprema compete: 1) Processar e julgar originariamente: [...] g) a extradição de criminosos, requisitada por outras nações, e a homologação **de** sentenças estrangeiras” (grifo nosso)

⁵⁴⁰ “Art. 101. Ao Supremo Tribunal Federal compete: I – Processar e julgar originariamente: (...) f) a extradição dos criminosos, requisitada por outras nações, e a homologação **de** sentenças estrangeiras;” (grifo nosso)

procedimento por lei ordinária.

A questão desperta muitas polêmicas na doutrina e jurisprudência brasileiras.⁵⁴¹

A LINDB, no texto original, exigia a homologação tão somente para execução de sentenças, excepcionando, no parágrafo único do art. 15, as sentenças meramente declaratórias do estado das pessoas. Contudo, tal parágrafo foi revogado pela Lei nº 12.036/2009. Em atenção a essa alteração normativa, bem como à evolução legislativa no Brasil e à inclinação da jurisprudência, assevera Carmen Tibúrcio que, “na atual sistemática, conforme entendimento da doutrina majoritária e jurisprudência, a homologação constitui pressuposto tanto para o reconhecimento quanto para a execução de uma sentença estrangeira”⁵⁴². Contudo, a autora destaca o artigo 13 da Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar de 1989, concluída em Montevidéu, ratificada pelo Brasil em 11 de julho de 1997 e promulgada pelo Decreto nº 2.428 de 17 de dezembro de 1997, determinando que sentenças de alimentos proferidas em países igualmente ratificantes do instrumento não precisam se submeter à homologação, podendo ser diretamente levadas a juízo de primeira instância para execução⁵⁴³.

A existência dessa convenção internacional, que seria aplicável em decorrência do critério da especialidade, em conjunto com a alteração textual da EC 45/04, leva à conclusão que, com efeito, seria possível “admitir outras exceções à regra da homologação, previstas em lei ou tratados”⁵⁴⁴. Já no âmbito europeu, por exemplo, diplomas internacionais como a Convenção de Bruxelas de 1968, relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial, permitem o reconhecimento de pleno direito às decisões proferidas por um juiz em todos Estado-Parte.

Em razão do exposto, responde-se à indagação apresentada indicando que, de fato, o processo homologatório em território nacional constitui pressuposto para que a sentença estrangeira de insolvência possa surtir efeitos em território nacional, seja em relação a filial brasileira ou a sociedade brasileira controlada por outra sociedade no exterior, porém o procedimento homologatório pode também ser dispensado via tratado ou convenção internacional, não só pelas razões apresentadas, como novamente pela possibilidade de o Estado se obrigar e desobrigar no cenário internacional e o princípio da subsidiariedade positivado no art. 13 do Código de Processo Civil.

⁵⁴¹ TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional...**, p. 547.

⁵⁴² *Idem*, p. 548.

⁵⁴³ “Art. 13. A verificação dos requisitos acima indicados caberá diretamente ao juiz a quem corresponda conhecer da execução, o qual atuará de forma sumária, com audiência da parte obrigada, mediante citação pessoal e com vista do Ministério Público, sem examinar o fundo da questão. Quando a decisão for apelável, o recurso não suspenderá as medidas cautelares, nem a cobrança de execução que estiverem em vigor.”

⁵⁴⁴ TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional...**, p. 550.

Na hipótese inversa, isto é, se decisão proferida no processo brasileiro, sobre filial ou sociedade estrangeira, estaria ou não sujeita ao processo homologatório do país da sede ou constituição, a situação dependeria do que dispõe o direito interno ou convencional desse último Estado. Ressalte-se, contudo, que os atuais diplomas sobre insolvência transnacionais, especialmente a LMIT e o Regulamento (UE) 2015/848, caminham rumo à facilitação no reconhecimento de efeitos das decisões estrangeiras de insolvência, situação essa que vem sendo reproduzida pela jurisprudência nacional, como se verá no próximo capítulo.

Releva destacar, ainda, um último ponto interessante acerca da insolvência transnacional no âmbito no Código de Processo Civil. O art. 21, III, repetindo redação do art. 88, III, do diploma processual anterior, possui uma redação aberta à amplas interpretações ao estipular que compete à jurisdição processar e julgar ações em que “o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil”. Desse modo, poder-se-ia, com base no dispositivo, postular a inclusão de sociedades estrangeiras sem filiais no país, mas controladas por sociedades brasileiras, no processo perante o judiciário nacional sob a justificativa de que há um “fato ocorrido no Brasil”? Além disso, poderia também tal hipótese estar inserida em uma cláusula de eleição de foro, nos moldes do art. 22, III, do CPC/2015, seguindo tendência do sistema do Contratualismo (*Contractualism*), elaborado pelo professor Robert K. Rasmussen?

Admitindo-se que é possível a inclusão de subsidiárias estrangeiras nos processos falimentar e recuperacional, com base na sinergia do grupo econômico e a principiologia do direito falimentar contemporâneo, o que naturalmente afastaria a alegação de eventual violação à ordem pública brasileira, seria perfeitamente possível postular a inclusão de sociedades estrangeiras sem filiais no país, mas controladas por sociedades brasileiras, no processo perante o judiciário nacional sob a justificativa de que houve um “fato ocorrido no Brasil”, seja no âmbito da falência seja na recuperação judicial ou extrajudicial. Afinal, não há qualquer estipulação pelo ordenamento pátrio de que as transações comerciais e societárias realizadas entre as sociedades estrangeiras e nacionais não seriam consideradas fatos ocorridos no país. Trata-se apenas de um dos elementos autorizados da competência do juiz brasileiro.

No tocante a cláusula de eleição de foro, a questão é mais complexa. Primeiramente, deve-se salientar que a cláusula só pode ocorrer nas hipóteses em que não forem previstas como competência exclusiva da jurisdição brasileira (art. 25, §1º, do CPC/2015). O diploma processual não prevê em nenhum momento que é de competência absoluta do juiz brasileiro julgar processos de insolvência em que a sociedade, detentora de personalidade jurídica própria, esteja situada no país, porém a dúvida poderia surgir mediante aplicação do art. 3º da Lei nº 11.101/05, bem como regras e princípios do direito societário brasileiro. Novamente, seria

possível recorrer à análise casuísta da sinergia do grupo analisado e à principiologia do direito falimentar contemporâneo, com amparo nos diplomas hodiernos de insolvência, pelo menos na condição de fonte suplementar de direito internacional, para concluir que a união de subsidiárias em um único procedimento seria possível, de modo que afastaria tal situação da competência exclusiva do juiz brasileiro, autorizando, portanto, a elaboração da cláusula de eleição de foro.

Ocorre que tal situação possivelmente abriria margem para a ocorrência de *forum shopping*, conduzindo a diversas violações de direitos creditícios. Considerando que a LMIT e o regulamento europeu, dentre outros instrumentos, vêm travando intensa luta contra a mobilidade fraudatória de bens para frustrar direitos dos credores, florescendo intensa jurisprudência sobre o centro de interesses principais no âmbito de Cortes locais e do TJUE, a autorização de elaboração de cláusula de foro na hipótese de insolvência sob a lei brasileira teria que ser tratada *cum grano salis*.

A insolvência é tema de interesse público e envolve diversos interesses estratégicos do país, fato que muito provavelmente levaria ao seu não reconhecimento pelos Tribunais brasileiros. Além disso, seria extremamente difícil analisar os efeitos da cláusula sobre os credores, que não participariam em sua elaboração e, em muitos casos, não teriam as informações necessárias para formação de seu pleno conhecimento. Sendo assim, pelo menos no estado atual do tratamento da matéria no Brasil, não se vislumbra possibilidade de aplicação desse elemento do modelo do professor Robert K. Rasmussen no ordenamento pátrio⁵⁴⁵.

Analisados esses pontos, ainda que o Código de Processo Civil de 2015, semelhantemente ao que fez a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, não tenha previsto normas específicas para o caso da insolvência transfronteiriça, suas estipulações gerais quanto ao aspecto da jurisdição e competência internacional, bem como da cooperação jurídica internacional, auxiliam os advogados e magistrados brasileiros diante da omissão legislativa no

⁵⁴⁵ Veja-se posicionamento de Paulo F. Campana Filho sobre o assunto, trazendo ainda colaborações doutrinárias adicionais ao contratualismo dos professores Sefa Franken e Horst Eidenmüller: “Sefa Franken, professora da Universidade de Tilburg, discute a possibilidade de implantação de um modelo que permita a livre escolha, pelos devedores, do regime de insolvência que lhes seria aplicável. Na sua formulação, os contratos sociais e estatutos das sociedades poderiam prever o direito aplicável à sua situação de insolvência; e, no silêncio, seria aplicável a lei do país que rege a sua organização [...]. Já o alemão Horst Eidenmüller, professor da Universidade de Munique, baseado no direito de liberdade de estabelecimento vigente no espaço europeu, advoga que os devedores tenham uma flexibilidade limitada – e não plena – para escolher a disciplina jurídica aplicável à organização de sua estrutura societária e também à sua insolvência [...] As diversas críticas feitas ao contratualismo podem ser endereçadas aos modelos desenvolvidos por Franken e Eidenmüller. Os mutuantes teriam que analisar os contratos sociais e estatutos das sociedades, bem como o sistema falimentar do país escolhido, para avaliar o risco do crédito. Além disso, os credores involuntários – como aqueles cujos créditos decorrem de indenizações – não teriam condições de negociar previamente com os devedores a escolha do direito falimentar aplicável. Em virtude dessas deficiências, os modelos baseados no contratualismo não produziram os melhores resultados”. CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais...**, pp. 196-197.

país, trazendo à baila interessantes indagações.

4.7 O Projeto de Código Comercial em tramitação no Senado (Projeto de Lei nº 487/2013)

Saliente-se que, em 11 de novembro de 2013, comissão formada no Senado Federal apresentou a redação final do projeto do novo Código Comercial brasileiro (Projeto de Lei do Senado nº 487/2013), submetendo-o à apreciação dos senadores⁵⁴⁶.

Para Fabio Ulhoa Coelho, que atuou na condição de relator-geral da comissão de juristas, aponta que o projeto tem por objetivo “aumentar a segurança jurídica nas relações empresariais, modernizar e simplificar o regime contábil, atualizar a Lei de Falências, fortalecer a autorregulação e melhorar o ambiente de negócios no Brasil”⁵⁴⁷.

Sobre o assunto da insolvência, Márcio Souza Guimarães destacou que o “anteprojeto segue as diretrizes da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL) de cooperação internacional das jurisdições dos países, em casos envolvendo empresas que atuam em mais de um país”⁵⁴⁸. A pretensão, portanto, é fortalecer o papel dos credores nos processos de falência e recuperação judicial, mediante adoção das diretrizes das modernas legislações, como as normas dos Estados Unidos e União Europeia, para melhor solucionar lides que envolvam sociedades empresárias da atuação transnacional. Nesse sentido, a matéria veio regulada no Título IV do documento original, sob os seguintes termos: “Da falência e da recuperação judicial transnacionais”, dividindo-se em dois capítulos. O primeiro trata sobre a falência e o segundo sobre a recuperação judicial.

Com base nesses objetivos, mesmo se tratando de um diploma de direito empresarial, o Projeto do Código Comercial possui importantes normas relacionadas à cooperação jurídica internacional, estando em consonância com as disposições e filosofia do novo Código de Processo Civil. Mesmo antes do Título IV, já se vislumbram normas voltadas à matéria. Vê-se, por exemplo, o artigo 36, *in verbis*:

Art. 36. Os juízos brasileiros devem cooperar diretamente com os juízos falimentares estrangeiros, na forma deste Código e da lei, quando a crise da empresa tiver repercussão transacional, com vistas aos seguintes objetivos:

⁵⁴⁶ Importa destacar que também se registra o Projeto de Lei nº 1.572/2011, oriundo da Câmara dos Deputados, também voltado para instituir um novo Código Comercial.

⁵⁴⁷ Matéria publicada no Site do Senado Federal. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/11/18/juristas-concluem-anteprojeto-do-novo-codigo-comercial>>. Acesso em: 18 jul. 2016.

⁵⁴⁸ *Ibidem*.

- I – aumentar a segurança jurídica na exploração de empresas e na realização de investimentos no Brasil;
 - II – eficiência na tramitação dos processos de falência e recuperação judicial transnacionais;
 - III – justa proteção dos direitos dos credores e do devedor;
 - IV – maximização do valor dos bens do devedor; e
 - V – facilitação da recuperação da empresa em crise.
- § 1º. As disposições constantes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil é parte prevalecem, em caso de conflito, sobre as deste Código referentes à cooperação judiciária internacional.
- § 2º. A interpretação das disposições deste Código referentes à cooperação judiciária com juízos falimentares estrangeiros deve levar em conta sua origem em modelo legislativo internacional e a importância da uniformidade em sua aplicação no plano transnacional.

Percebe-se que os objetivos de maior segurança jurídica, eficiência e proteção dos direitos dos credores e devedores, dentre outros destacados pelos elaboradores do diploma, foram positivados nesse dispositivo. Ponto importante a se destacar é a previsão do §1º do art. 36, prevendo o princípio da subsidiariedade, na esteira do art. 13 do CPC/2015, de modo que as disposições específicas previstas em tratados ou convenções internacionais devem prevalecer frente às normas internas, recorrendo-se a elas apenas em caso de ausência das primeiras. Já o §2º do mesmo artigo, por sua vez, ao exigir que se leve em conta o modelo legislativo internacional e a uniformidade do tratamento da matéria, ressalta a importância do direito comparado, que, cada vez mais, se torna ferramenta útil e necessária ao operador do direito.

Nos moldes do Projeto, a autoridade ou órgão administrativo com competência para liquidar sociedades em crise segundo a lei estrangeira estão equiparados ao juízo falimentar⁵⁴⁹, estando previstas diversas formas de cooperação entre as entidades, como, por exemplo, a indicação de funcionário ou agente auxiliar da justiça para facilitar o contato entre as autoridades e a troca de informações, ainda que sigilosas⁵⁵⁰. O projeto chancela, ainda, a possibilidade de o administrador judicial brasileiro celebrar com o órgão similar estrangeiro um acordo ou protocolo para definir e otimizar a operacionalização das medidas de cooperação⁵⁵¹, isto é, os protocolos *ad hocs*, semelhantemente ao que costuma ocorrer nos países de *common law*, exigindo-se, contudo, sua aprovação pelos juízes falimentares nacional e estrangeiro⁵⁵².

Nota-se que o Projeto é lastreado pelos princípios da celeridade, informalidade e eficiência. É o que se percebe, por exemplo, da leitura do art. 1.063, que dispensa a exigência de cartas rogatórias, intermediação de órgão diplomático e consularização para as solicitações e comunicações referentes à cooperação judiciária em matéria falimentar, devendo o

⁵⁴⁹ Art. 1059, parágrafo único, do Projeto de Lei nº 487/2013.

⁵⁵⁰ Art. 1060, I e II, do Projeto de Lei nº 487/2013.

⁵⁵¹ Art. 1060, §1º, do Projeto de Lei nº 487/2013.

⁵⁵² Art. 1060, §2º, do Projeto de Lei nº 487/2013.

magistrado, em caso de dúvida, “investigar, pelos meios mais ágeis de que dispuser, a origem e autenticidade da comunicação ou solicitação, pedindo prova do solicitante apenas quando infrutíferas ou inconclusas as diligências adotadas”⁵⁵³, priorizando a “utilização de mensagens eletrônicas, telefone e videoconferência, em suas comunicações com o juiz estrangeiro”⁵⁵⁴. Em relação ao papel do Ministério Público, sua participação na insolvência transnacional se mantém imprescindível, nos moldes do art. 1.064 do Projeto.

Como costumeiro no âmbito da cooperação jurídica internacional, o Projeto possui estipulação expressa no sentido de que, havendo violação à ordem pública, denominada de ‘política pública’ pela lei, não poderá o juiz brasileiro atender à solicitação provinda do exterior⁵⁵⁵. Exemplo que se pode vislumbrar de uma violação dessa natureza seria a norma estrangeira não garantir o conteúdo mínimo do *par conditio creditorum*. A interpretação da ordem pública deve ser feita restritivamente, semelhantemente ao entendimento que possui o STJ em relação ao requisito da citação para homologação de sentença estrangeira (art. 15, b, da LINDB; art. 216-D, II, do Regimento Interno do STJ; e art. 963, II, do CPC/2015).

Entente a alta Corte que a citação deve ser aferida em conformidade com a lei estrangeira, desde que respeitado conteúdo mínimo do princípio do devido processo legal⁵⁵⁶. Visando dar maior concretude a essa ideia, continua o Projeto em seu art. 1.068: “A solicitação do juízo falimentar estrangeiro só poderá ser atendida se não prejudicar os direitos dos credores domiciliados ou sediados no Brasil, titulares de créditos sujeitos à lei brasileira”. Vê-se, portanto, a acentuado intuito de fortalecimento dos credores.

O Projeto separa a Seção III para elencar o direito dos credores transnacionais, conceituados como aqueles domiciliados no exterior e sujeitos à lei estrangeira⁵⁵⁷. Demonstrada a ‘repercussão transnacional’ do caso, pode o credor transnacional requerer a falência do devedor no Brasil independente de caução⁵⁵⁸. Ocorre que o Projeto não prevê qualquer conceituação para ‘repercussão transnacional’, de modo que estará sujeito à interpretação do magistrado em cada caso concreto, podendo gerar certa insegurança jurídica não só aos credores como ao próprio devedor. Uma vez habilitado, o credor transnacional receberá comunicação

⁵⁵³ Art. 1063, §1º, do Projeto de Lei nº 487/2013.

⁵⁵⁴ Art. 1063, §2º, do Projeto de Lei nº 487/2013.

⁵⁵⁵ Art. 1067 do Projeto de Lei nº 487/2013.

⁵⁵⁶ Destaca a e. Corte: “A alegada ausência de comprovação de citação válida nos autos principais deve ser examinada *cum grano salis*. Por tratar-se de instituto de direito processual encontra-se inserida no âmbito da jurisdição e da soberania de cada país, circunstância que impõe a observância da legislação interna, não sendo possível impor as regras da legislação brasileira para ato praticado fora do país”. BRASIL, STJ, Informativo 508. Processo SEC nº 5.268-EX, Rel. Min. Castro Meira, Julgada em 7.11.2012. Precedentes: SEC 3.341-EX, DJe 29.06.2012, e SEC 4.730-EX, DJe 28.06.2012.

⁵⁵⁷ Art. 1070, *caput*, do Projeto de Lei nº 487/2013.

⁵⁵⁸ Art. 1070, I, do Projeto de Lei nº 487/2013.

individual de todos os atos relevantes do processo⁵⁵⁹. Além disso, o Projeto possui uma norma específica voltada à classificação de créditos, estipulando que o ‘credor transnacional’ será pago após os quirografários, antes das multas contratuais e penas pecuniárias, em concurso com os demais titulares do crédito sujeito à lei estrangeira⁵⁶⁰.

Na esteira do que dispõe a LMIT e o regulamento europeu, o Projeto prevê duas classes de processos: o principal e o subsidiário (secundário). Será principal “quando os interesses mais relevantes do devedor, sob o aspecto econômico ou patrimonial, estiveram centralizados no país em que o processo tem curso”⁵⁶¹. Percebe-se aqui noção semelhante ao conceito de centro de interesses principais, utilizado nas normas estrangeiras e internacionais. Já o processo subsidiário é conceituado à exclusão do primeiro, isto é, ostentará tal natureza quando não for considerado principal⁵⁶². O processo principal deve centralizar as informações relevantes do caso, como, por exemplo, o valor arrecadado com a venda de bens, bem como os créditos admitidos e sua classificação, impondo aos subsidiários que prestem tais informações a ele⁵⁶³.

Em contrapartida à norma que prevê regra voltada à classificação de créditos (art. 1.070, III), o art. 1.072, §2º, III dispõe que constitui informação relevante a “classificação, segundo a lei nacional, dos credores não domiciliados ou sediados no país titulares de crédito sujeito à lei estrangeira”, autorizando, indiretamente, que o ordenamento estrangeiro possua norma de conteúdo similar ao brasileiro, sem gerar *prima facie* ofensa aos credores residentes ou domiciliados no Brasil.

Visando evitar prejuízos aos credores nacionais e estrangeiros, o Projeto dispõe, ainda, que nenhum ativo, bem ou recurso remanescente da liquidação será entregue ao falido se ainda houver passivo não satisfeito em qualquer outra jurisdição, independente do fato de ser processo principal ou subsidiário⁵⁶⁴. Os recursos remanescentes após a satisfação dos credores de um processo devem ser transferidos para o administrador de outro, onde ainda haja crédito a receber.

Também na esteira do que dispõem os diplomas internacionais e estrangeiros, o Projeto permite ao juízo falimentar estrangeiro ou credor habilitado em processo falimentar estrangeiro formular pedido de reconhecimento deste ao juízo nacional⁵⁶⁵. Diante desse pedido, o

⁵⁵⁹ Art. 1071 do Projeto de Lei nº 487/2013.

⁵⁶⁰ Art. 1070, III, do Projeto de Lei nº 487/2013.

⁵⁶¹ Art. 1072, I, do Projeto de Lei nº 487/2013.

⁵⁶² Art. 1072, II, do Projeto de Lei nº 487/2013.

⁵⁶³ Art. 1072, §1º e §2º, do Projeto de Lei nº 487/2013.

⁵⁶⁴ Art. 1073 do Projeto de Lei nº 487/2013.

⁵⁶⁵ Art. 1074, *caput* e §2º, do Projeto de Lei nº 487/2013.

magistrado brasileiro deve adotar as medidas cautelares que entender necessárias⁵⁶⁶, encaminhar o pedido ao Ministério Público para manifestação⁵⁶⁷, ouvir o administrador judicial ou Comitê de Credores, caso exista, se já houver falência decretada no Brasil⁵⁶⁸. Ato contínuo, o magistrado deverá classificar o processo estrangeiro como principal ou subsidiário⁵⁶⁹, nada lhe impedindo que, à vista de novos fatos ou argumentos, no futuro altere a classificação do processo transnacional brasileiro ou estrangeiro⁵⁷⁰.

O reconhecimento do processo falimentar estrangeiro, principal ou subsidiário, acarreta a suspensão das execuções individuais em curso no Brasil, caso o devedor ainda não esteja falido aqui⁵⁷¹. Questão importante é que, nesse caso, o Projeto destaca expressamente que o pedido de declaração de falência, seja pelo Ministério Público ou credor interessado, não exige a presença dos requisitos do art. 94 da lei falimentar brasileira⁵⁷², isto é, a impontualidade, execução frustrada ou atos de falência. Reconhecida a legitimidade do procedimento estrangeiro que decretou a falência, mister reconhecer seus efeitos no Brasil, salvo se o devedor não possuir bens ou direitos no território brasileiro, hipótese em que não poderá o juiz nacional decretar sua falência⁵⁷³.

Finalmente, no âmbito da recuperação judicial transnacional, dispõe o Projeto que devem ser aplicadas as mesmas estipulações que regem a falência, desde que sofram as adaptações cabíveis e “que a administração da empresa em crise esteja sob intervenção do juízo recuperacional, brasileiro ou estrangeiro, segundo a lei aplicável”⁵⁷⁴. Vê-se que o Projeto em comento visa colocar um fim ao vácuo normativo que atualmente vive o Brasil sobre a matéria, promovendo a segurança jurídica, eficiência, paridade entre credores, tomando como lastro não só estipulações de ordenamentos estrangeiros (*Chapter 15* do ordenamento norte-americano), bem como diplomas internacionais (LMIT e o Regulamento (CE) nº 1346/2000, revitalizado pelo Regulamento (UE) 2015/848).

⁵⁶⁶ Art. 1075, I, do Projeto de Lei nº 487/2013.

⁵⁶⁷ Art. 1075, II, do Projeto de Lei nº 487/2013.

⁵⁶⁸ Art. 1075, III, do Projeto de Lei nº 487/2013.

⁵⁶⁹ Art. 1076, *caput*, do Projeto de Lei nº 487/2013.

⁵⁷⁰ Art. 1078, II, do Projeto de Lei nº 487/2013.

⁵⁷¹ Art. 1077, *caput*, do Projeto de Lei nº 487/2013.

⁵⁷² Art. 1077, §1º, do Projeto de Lei nº 487/2013.

⁵⁷³ Art. 1077, §2º, do Projeto de Lei nº 487/2013.

⁵⁷⁴ Art. 1080 do Projeto de Lei nº 487/2013.

5. ESTUDO DE CASO: A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO GRUPO OGX VIS-À-VIS A INSOLVÊNCIA TRANSFRONTEIRIÇA E SUAS REPERCUSSÕES NA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO

Ao longo deste trabalho, foram examinados os diversos aspectos da insolvência transfronteiriça, perpassando tanto pelo seu tratamento convencional, clássico e contemporâneo, bem como por seus aspectos peculiares no ordenamento jurídico brasileiro (falimentar e recuperacional), procurando sempre contextualizá-la no setor do petróleo e gás natural. Passa-se agora ao exame do caso OGX, responsável por ser um paradigma na jurisprudência brasileira sobre o assunto. Como é cediço, o mencionado grupo econômico desenvolveu uma extensa campanha exploratória privada no ramo do petróleo e gás natural, de modo que seu caso repercute também em assuntos desse setor.

A análise do caso OGX será realizada de forma dividida. Primeiramente, serão perscrutados todos os atos processuais que discutiram a possibilidade de inclusão das subsidiárias estrangeiras em planos de recuperação judicial sob jurisdição do juiz pátrio, em todas as instâncias brasileiras. Nesse exame, também se estudará o legado deixado pela jurisprudência do caso, que surtiu suas consequências em outro participante da indústria: o grupo Sete Brasil. Por fim, em segundo lugar, serão avaliadas as repercussões da insolvência transfronteiriça no setor do petróleo e gás natural, amparando-se no caso OGX, porém indo além nas hipóteses criadas, com o objetivo de criar proposições que visem conferir lastro ao operador do direito em futuros casos da indústria.

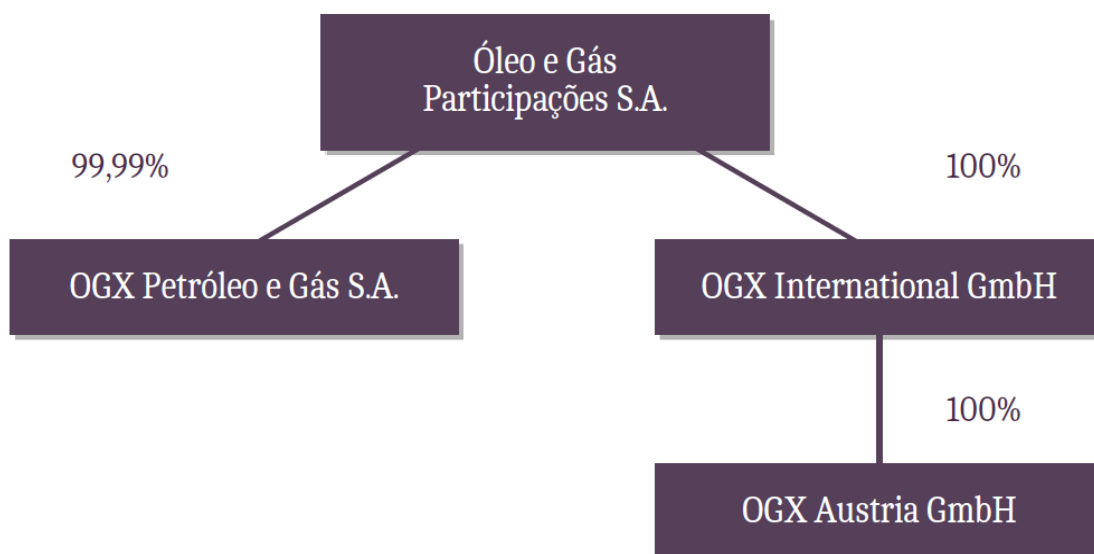
5.1 O caso OGX: a questão das subsidiárias estrangeiras

Em outubro de 2013, a sociedade empresária OGX Petróleo e Gás Participações S.A. e suas controladas (OGX Petróleo e Gás S.A., OGX International GmbH e OGX Austria GmbH⁵⁷⁵) ajuizaram pedido de recuperação judicial perante a justiça estadual da Comarca da

⁵⁷⁵ A sigla GmbH atrelada ao nome de sociedades austríacas indica o tipo societário por elas adotado, significando *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*. O tipo societário GmbH é equivalente, no Brasil, ao tipo sociedade limitada. Sendo assim, para efeitos de equiparação, onde o jurista brasileiro lê a sigla GmbH pode substituí-la pela sigla Ltda., para melhor compreensão do assunto trabalhado.

Capital do Estado do Rio de Janeiro, que veio a ser distribuído para a 4ª Vara Empresarial. Em sua exordial, as autoras pleiteavam o deferimento da recuperação judicial para todas as sociedades integrantes do grupo empresarial, duas delas (OGX Petróleo e Gás Participações S.A. e OGX Petróleo e Gás S.A.) constituídas no Brasil e duas (OGX International GmbH e OGX Austria GmbH) com sede na Áustria. Devido ao porte econômico do grupo, o feito reacendeu debate no Brasil 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 presença de litisconsórcio necessário foi justificada pela parte autora com base na estrutura e sinergia do grupo econômico. A OGX Petróleo e Gás Participações S.A., sociedade *holding* não operacional, exercia efetivo controle sobre a OGX Petróleo e Gás S.A., sendo detentora de 99,99% de seu capital. Essa segunda sociedade era operacional, tendo por objeto a exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil. Por outro lado, a OGX Petróleo e Gás Participações S.A. também controlava a OGX International GmbH, sendo titular de 100% de seu capital, tornando-a sua subsidiária integral. Esta sociedade era controladora de outra, a OGX Austria GmbH, também detendo 100% do capital desta última. Desse modo, a cadeia societária era estruturada da seguinte forma⁵⁷⁶:



As duas sociedades estrangeiras não exerciam qualquer atividade operacional autônoma, sendo meros veículos da controladora para emissão de dívidas (*bonds*) e recebimento de receitas no exterior, almejando o financiamento para as atividades do grupo societário empreendidas em território brasileiro, razão pela qual se alegou que OGX Petróleo e Gás

⁵⁷⁶ Organograma retirado do seguinte artigo: CAMPANHA FILHO, Paulo Fernando. **O Caso OGX e a questão do ajuizamento de recuperação judicial de sociedades estrangeiras no Brasil**. *Revista Comercialista*, ano 4, v. 13, 2014, p. 29.

Participações S.A figurava na condição de garantidora e devedora solidária das dívidas assumidas por elas. Salientou-se, ainda, que todas as decisões eram tomadas pela sociedade controladora, tornando certo que o principal estabelecimento (art. 3º da Lei nº 11.101/05) do grupo ou o centro de seus principais interesses estava situado na sede da sociedade brasileira, isto é, na cidade do Rio de Janeiro.

É interessante observar que antes do pedido de recuperação da OGX, registrou-se pedido semelhante para outros grupos, porém sem que houvesse litígio judicial a respeito da questão⁵⁷⁷. No caso em tela, por sua vez, a resistência veio já no parecer emitido pelo Ministério Público, atuante em primeira instância, que se posicionou pelo indeferimento do pedido em relação às sociedades estrangeiras. O *parquet* destacou como ponto central da questão a necessidade de resposta à seguinte indagação: “É possível ao Poder Judiciário Brasileiro processar a recuperação judicial de uma sociedade empresária domiciliada no exterior e submetida à legislação estrangeira, que sequer possui ativo físico ou mesmo filial, agência ou sucursal em território brasileiro?”⁵⁷⁸.

Desenvolvendo a questão, o Ministério Público encontrou um primeiro óbice jurídico-legal, amparando-se na ausência de previsão legal do ordenamento brasileiro que autorizasse esse extravasamento da jurisdição brasileira para analisar e julgar obrigações contraídas no exterior, por uma sociedade estrangeira, perante credores estrangeiros e cujo cumprimento devesse igualmente ocorrer no exterior. Além disso, destacou a presença de um segundo obstáculo, de natureza jurídico-econômica, tendo em vista que um precedente dessa ordem, em sua visão, geraria forte insegurança jurídica em razão do grande número de sociedades empresárias brasileiras que buscam financiamento internacional mediante mecanismos semelhantes ao grupo OGX.

Seguindo na fundamentação, destaca o *parquet* o domicílio das sociedades estrangeiras e das credoras delas está situado no exterior, bem como que a obrigação foi constituída e, a princípio, cumprida em território estrangeiro, constando ainda opção das partes pela aplicação da lei estrangeira e eleição do foro de Nova Iorque como competente para a questão. Do ponto de vista da boa-fé, entendeu o MP que as partes estavam agindo em verdadeiro *venire contra*

⁵⁷⁷ “Embora outros grupos societários tenham incluído sociedades estrangeiras nos seus pedidos de recuperação judicial (como Aralco e OAS, por exemplo) e extrajudicial (como Lupatech), somente no caso OGX houve [...] litígio judicial a respeito da questão”. *Ibidem*. Deve-se registrar que o presente estudo, em razão de seu recorte, optou por centrar-se nos casos mais voltadas à indústria do petróleo e gás natural, como OGX e Sete Brasil. Contudo, para efeitos de registro, saliente-se que o caso OAS foi distribuído à 1ª Vara de Falência e Recuperações Judiciais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sendo deferido o processamento da recuperação judicial das sociedades agrupadas nacionais e estrangeiras (OAS Investments GmbH).

⁵⁷⁸ Parecer emitido pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nos autos do processo nº 0377620-56.2013.8.19.0001, fl. 133.

*factum proprium*⁵⁷⁹. Isso porque:

[A]o optarem pela constituição dessas sociedades na Áustria, é porque não queriam estar submetidas à legislação brasileira, sobretudo fiscal! E agora, no momento de dificuldade, não nos parece legítimo às requerentes pretender a guarida do Poder Judiciário Brasileiro e das leis Brasileiras, antes relegados por opção própria. Trata-se da aplicação do princípio do *venire contra factum proprium*, corolário dos atos próprios, cuja fonte primária é o princípio da boa-fé objetiva, positivado no artigo 422 do Código Civil Brasileiro. [...] Resumindo o ponto. O grupo OGX criou duas sociedades empresariais no exterior; emitiu títulos por estas sociedades no exterior; se comprometeu a honrar esses títulos no exterior; elegeu como foro competente para dirimir eventuais controvérsias local no exterior; recolheu eventuais tributos referentes a essas obrigações no exterior; mas suplica a aplicação da jurisdição brasileira para reestruturar tais operações.⁵⁸⁰

Por fim, o Ministério Público invocou o argumento da personalidade jurídica própria das sociedades situadas no exterior (subsidiárias) e a impossibilidade do poder judiciário determinar medidas em relação aos bens lá situados, realizando uma interpretação restritiva do art. 3º da Lei nº 11.101/05. Entendeu, portanto, o representante ministerial que prevalece no Brasil o sistema da territorialidade e, nesse sentido, opinou pelo indeferimento do processamento da recuperação judicial para as duas sociedades estrangeiras (OGX International GmbH e OGX Austria GmbH), com a exclusão do polo ativo da demanda, e pelo deferimento do pedido em relação às sociedades brasileiras (OGX Petróleo e Gás Participações S.A e OGX Petróleo e Gás S.A), desde que juntassem determinados documentos que entendeu faltantes.

Ato contínuo, no despacho de processamento da recuperação judicial, novamente não logrou êxito o pleito da requerente. Na fundamentação, o magistrado de primeira instância reconheceu que era fato econômico inquestionável o vínculo entre as sociedades estrangeiras e nacionais, porém destacou que isso, por si, não constituía elemento jurídico necessário para admissão da recuperação judicial das primeiras. Isso porque as sociedades estrangeiras poderiam ser beneficiar da blindagem legal inerente à recuperação, sem ser possível, no entanto, terem sua falência decretada caso descumprissem o plano de recuperação judicial. Ademais, os credores poderiam ficar sujeitos a condições de pagamento de outro país, sob legislação diversa da qual as obrigações foram contraídas.

Também se lastreou pela autonomia e personalidade jurídica própria das sociedades

⁵⁷⁹ Para definição do instituto, veja *in verbis*: “A teoria dos atos próprios, ou a proibição de venire contra factum proprium protege uma parte contra aquela que pretenda exercer uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente. Depois de criar uma certa expectativa, em razão de conduta seguramente indicativa de determinado comportamento futuro, há quebra dos princípios da lealdade e de confiança se vier a ser praticado ato contrário ao previsto, com surpresa e prejuízo à contraparte”. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **A Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. Rio de Janeiro: AIDE, 1991, p. 54.

⁵⁸⁰ Parecer emitido pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nos autos do processo nº 0377620-56.2013.8.19.0001, fls. 136-137.

estrangeiras (subsidiárias), destacando que a desconsideração da personalidade jurídica só seria admissível em algumas hipóteses, tal como o abuso de poder, o que não se fez presente no caso em tela⁵⁸¹. Sendo assim, o juiz brasileiro não estaria autorizado a conferir tratamento para as sociedades estrangeiras como se fossem meras filiais das brasileiras, sem deter autonomia subjetiva, visto que, desse modo, configuraria aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica por via oblíqua, descaracterizando direitos e obrigações contraídos sob a égide do ordenamento jurídico estrangeiro.

O magistrado, em sua motivação, também destacou que o direito nacional não pode estender sua proteção a sociedades de outras nacionalidades, sob pena de afronta à soberania dos outros Estados. Foi acentuado que não se deve confundir harmonização de processos falimentares de sociedades que possuem ativos localizados em diferentes jurisdições, nos moldes do *Chapter 15* da legislação norte-americana, com julgamento de uma recuperação judicial de sociedades estrangeiras autônomas sem previsão legal nesse sentido. Vê-se que o juízo se centrou em uma interpretação restritiva do *Chapter 15* e, indiretamente, da LMIT, internalizada pelo ordenamento norte-americano, uma vez que, do âmbito dela, excluiu a figura dos grupos societários.

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, tendo em vista que constituía foro de eleição dos negócios jurídicos pactuados com os credores das sociedades estrangeiras, como já salientado pelo Ministério Público. Veja-se a análise feita sobre os aspectos dessa cooperação, *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 respeito 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

⁵⁸¹ É interessante observar que o juiz fundamentou sua posição em prol da autonomia das subsidiárias na jurisprudência do STJ. Veja-se o precedente citado: “[...] Assinala-se, ainda, que a formação de grupos econômicos, prevista na Lei de Sociedades Anônimas, dá-se mediante combinação de recursos ou esforços das sociedades envolvidas, tanto por desiderato viabilizar a realização dos respectivos objetos, ou a participação em atividades ou empreendimento comuns. Em qualquer circunstância, entretanto, cada empresa conservará autonomamente sua personalidade e seu patrimônio, nos termos do artigo 266, do referido diploma legal. Tal autonomia, como assinalado, ganha relevância no bojo de uma recuperação judicial. Nessa ordem de ideias, a responsabilização do grupo econômico por débito assumido por um de seus integrantes demanda previsão legal específica, tal como na legislação trabalhista e tributária, ou, mesmo, na civil, no caso de fraude, hipótese, inequivocamente, diversa da tratada nos autos [...]. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental na Medida Cautelar Nº 20.733 – GO**. Relator Ministro Marco Buzzi. Julgado em 22.03.2013.

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 precípua 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.⁵⁸²

É interessante observar que, ainda que o *parquet* tenha apontado inicialmente (e de certa forma seja essa a posição seguida no juízo de primeira instância) a previsibilidade de cooperação com eventual Corte norte-americana, essa denominada “harmonização de processos falimentares de sociedades”, não se aproxima do sistema territorialista, mas do universalismo mitigado, com exemplo do sistema do universalismo modificado (*modified universalism*) do professor Jay L. Westbrook. Inclusive, destaca-se que os EUA, com lastro na sua legislação local, pode reconhecer o procedimento de insolvência brasileiro como principal. Portanto, é possível sustentar que, mesmo diante de uma posição em prol de uma interpretação restritiva da legislação brasileira e da jurisdição do tribunal pátrio, vislumbra-se alguns elementos universalistas presentes, representados pela possibilidade de diálogo entre mais de um procedimento de insolvência, sendo um deles apontado como principal. Ato contínuo, o magistrado deferiu o processamento da recuperação judicial tão somente em relação às sociedades brasileiras (OGX Petróleo e Gás Participações S.A. e OGX Petróleo e Gás S.A.), tendo registrado que foram juntados pela autora os documentos faltantes exigidos pelo MP.

É interessante observar que o parecer do Ministério Público e a decisão de primeira instância não apontaram que, tendo em vista serem as duas sociedades estrangeiras austríacas, eventual procedimento na Áustria estaria vinculado ao regramento europeu de insolvência transfronteiriça, nos termos do artigo 1º, n.º 1, e artigo 2º, alíneas a) e c), complementados pelos Anexos A e B, do Regulamento (CE) 1346/2000. Na época do caso, o Regulamento (UE) 2015/848 ainda não havia revitalizado o anterior, de modo que, mesmo se fosse efetuada uma análise do sistema europeu, não seria possível reconhecer, pelo texto puro do instrumento, a possibilidade de união de sociedades autônomas em um único procedimento de insolvência. Seguem abaixo as disposições do Regulamento (CE) 1346/2000, que incluem eventuais procedimentos austríacos de insolvência no âmbito do diploma ora referido:

⁵⁸² Despacho de processamento da recuperação judicial, extraído dos autos do processo nº 0377620-56.2013.8.19.0001, fls. 239-240.

Artigo 1.º

Âmbito de aplicação

1. O presente regulamento é aplicável aos processos colectivos em matéria de insolvência do devedor que determinem a inibição parcial ou total desse devedor da administração de bens e a designação de um síndico.

Artigo 2.º

Definições

Para efeitos do presente regulamento, são aplicáveis as seguintes definições:

a) ‘Processos de insolvência’, os processos colectivos a que se refere o n.º 1 do artigo 1.º A lista destes processos consta do anexo A.

[...]

c) ‘Processos de liquidação’, um processo de insolvência na acepção da alínea a) que determina a liquidação dos bens do devedor, incluindo os casos em que o processo for encerrado através de concordata ou de qualquer outra medida que ponha fim à situação de insolvência, ou em virtude da insuficiência do activo. A lista deste processos consta do anexo B.

ANEXO A

Processos de insolvência a que se refere a alínea a) do artigo 2.º

[...]

ÖSTERREICH

- Das Konkursverfahren
- Das Ausgleichsverfahren

ANEXO B

Processos de liquidação a que se refere a alínea c) do artigo 2.º

[...]

ÖSTERREICH

- Das Konkursverfahren

Ocorre que o Brasil não é país membro da União Europeia, de modo que teria dificuldade de se fazer valer das disposições do Regulamento, em razão do obstáculo de sua aplicação para outros países que não europeus. Contudo, a parte requerente juntou aos autos parecer do professor e jurista Paul Oberhammer, da Universidade de Viena, demonstrando⁵⁸³ que a lei interna da Áustria autoriza o reconhecimento de procedimentos de insolvência quando instaurados no âmbito de Estados não-Membros da União Europeia, caso estejam cumpridos os requisitos locais exigidos:

Australian law provides for two different sources of law governing the recognition of foreign insolvency proceedings. On the one hand, the recognition of proceedings against a debtor having its centre of main interest (hereinafter referred to as the “COMI”) in a member state of the European Union (excluding Denmark) is governed by the European Insolvency Regulation. On the other hand, the recognition of foreign insolvency proceedings outside the scope of the European Insolvency Regulation – i.e., of proceedings where the debtor has its COMI in a non-European Union member state – is governed by the provisions of section 240 et seq of the Austrian “Insolvenzordnung” (Insolvency Code; hereinafter referred to as “IO”). [...] Section 240 para 1 of the IO provides for the following preconditions for the recognition of foreign insolvency proceedings in Austria: According to this provisions, foreign insolvency proceedings have to be recognized in Austria if (1.) the debtor’s COMI is located in the state where such proceedings were opened and (2.) the main feature of the foreign proceedings are

⁵⁸³ Saliente-se que a juntada de parecer de juristas no exterior é uma das formas de comprovação da vigência e teor do direito estrangeiro, nos moldes do que dispõe o art. 409 do Código Bustamante: “A parte que invoque a aplicação do direito de qualquer Estado contractante em um dos outros, ou della divirja, poderá justificar o texto legal, sua vigência e sentido mediante certidão, devidamente legalizada, de dois advogados em exercício no país de cuja legislação se trate”.

comparable with Australian insolvency proceedings, and that, in particular, Australian creditors are entitled in equal treatment with creditors' domicile in the foreign state where such proceedings were opened.⁵⁸⁴

Analisando o caso, o professor Paul Oberhammer concluiu que o centro de principal interesse das duas sociedades austríacas estava localizado no Brasil, o que autorizaria o reconhecimento do procedimento de insolvência aberto em solo pátrio como principal. Ademais, a recuperação judicial, nos moldes da Lei nº 11.101/05, possuía uma série de semelhanças com o equivalente na Áustria (*Sanierungsverfahren*)⁵⁸⁵, estando, portanto, em conformidade com as prescrições da legislação local⁵⁸⁶. Logo, do ponto de vista do direito estrangeiro, não haveria maiores óbices para ocorrência da cooperação jurídica no âmbito da insolvência, ainda que se pudesse reconhecer dificuldade de união das sociedades autônomas em um único procedimento transnacional.

Irresignadas com o despacho de processamento, a requerente interpôs agravo de instrumento em face da r. decisão, recurso este remetido à 4ª Câmara Cível para apreciação. Em decisão monocrática, o desembargador Reinaldo Pinto Alberto Filho, semelhantemente ao magistrado de 1ª instância, 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, ainda, a personalidade própria e autonomia patrimonial dessas sociedades, em decorrência da teoria da personificação, e que não havia autorização legal no ordenamento brasileiro que permitisse o extravasamento da jurisdição brasileira além dos limites territoriais no âmbito da recuperação judicial de sociedades. Nas palavras do desembargador, autorizar os efeitos extraterritoriais *in casu* seria fazer com que o julgador atuasse como verdadeiro legislador positivo, o que é vedado pelo princípio da separação dos poderes, positivado na Constituição Federal (art. 2º). Em razão disso, monocraticamente, negou provimento ao recurso.

Contudo, uma terceira sociedade interessada (Acciona Infraestrutura S/A) interpôs

⁵⁸⁴ Parecer emitido pelo professor Paul Oberhammer, extraído dos autos do processo nº 0377620-56.2013.8.19.0001, fls. 2057-2058.

⁵⁸⁵ Registre-se que o procedimento austríaco *sanierungsverfahren* objetiva o soerguimento da sociedade empresária, de modo que, pelo aspecto mais restrito, já comentado em capítulo anterior, do Regulamento (CE) 1346/2000, não estava previsto expressamente nos anexos do documento. Com a revitalização pelo Regulamento (UE) 2015/848, em prol das medidas de recuperação da atividade empresária, tal procedimento foi incluso expressamente no Anexo A em conjunto com outros: “ÖSTERREICH – Das Konkursverfahren (Insolvenzverfahren); – Das Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung (Insolvenzverfahren); – Das Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung (Insolvenzverfahren); – Das Schuldenregulierungsverfahren; – Das Abschöpfungsverfahren; – Das Ausgleichsverfahren.”

⁵⁸⁶ Parecer emitido pelo professor Paul Oberhammer, extraído dos autos do processo nº 0377620-56.2013.8.19.0001, fls. 2058-2062.

agravo de instrumento nos autos de outro pedido de recuperação judicial (grupo OSX⁵⁸⁷), formulado por sociedades distintas e distribuído por dependência ao caso em análise. Ocorre que este recurso foi livremente distribuído para a Décima Quarta Câmara Cível, que preferiu despacho inaugural anteriormente à decisão monocrática acima analisada. Desse modo, a Décima Quarta Câmara ficou preventa, nos termos do art. 106 do CPC/73⁵⁸⁸, o que levou ao cancelamento da decisão acima analisada, submetendo os autos da OGX a novo julgamento. Veja-se trecho da decisão em que o desembargador Reinaldo Pinto Alberto Filho declina sua competência:

[F]oi proferida a R. Decisão desta Relatoria, às fls. 37/52, **NA DATA DE ONTEM**, negando seguimento ao Agravo de Instrumento, haja vista sua manifesta improcedência, autorizando a aplicação do *caput* do artigo 557 do Estatuto Processual Civil.

Ocorre que, os ilustres Patronos das Agravantes, NA DATA DE HOJE (28/11/2013), às 15 h e 19 min. (fl. 54), apresentam petição de fls. 54/59, noticiando a existência de outro Recurso Instrumental, interposto por Empresa Terceira Interessada (Acciona Infraestructuras S/A), nos autos do Pedido de Recuperação Judicial nº 0392571-55.2013.8.19.0001, formulado pelo Grupo de Sociedades OSX BRASIL S/A, OSX CONSTRUÇÃO NAVAL S/A e OSX SERVIÇOS OPERACIONAIS LTDA., **distribuído à Egrégia Décima Quarta Câmara Cível sob a Relatoria do Eminente Desembargador Gilberto Guarino.** (fls. 63/80)

Neste diapasão, impende elucidar que a Recuperação Judicial acima mencionada foi distribuída por dependência ao feito n.º 0377620-56.2013.8.19.0001 (fls. 60/62), apresentado pelo Conglomerado Econômico formado pelas Empresas OGX PETRÓLEO E GÁS PARTICIPAÇÕES S/A, OGX PETRÓLEO E GÁS S/A, OGX INTERNACIONAL GMBH e OGX ÁUSTRIA GMBH HSBC CTVM S/A.

Assim, compulsando todo o processado verifica-se que o Agravo de Instrumento n.º 0064637-04.2013.8.19.0000, foi livremente distribuído à Egrégia Décima Quarta Câmara Cível, em 27/11/2013, às 12h e 08 min. (fl. 82), enquanto o presente Recurso (0064658-77.2013.8.19.0000) foi designando a esta Relatoria, na mesma data (27/11/2013), porém às 13h e 30 min. (fl. 87).

Ademais, **no primeiro Agravo, o Eminente Desembargador Gilberto Guarino, proferiu R. Despacho inaugural, no dia 27/11/2013, às 16h 26 min. (fl. 89), enquanto este Relator prolatou sua R. Decisão Monocrática, às 18h e 05 min., razão**

⁵⁸⁷ Em relação ao assunto, cumpre destacar que se discutiu na jurisprudência fluminense a dependência do caso OGX com o caso OSX. Esse último foi distribuído para a 3ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro (processo nº: 0392571-55.2013.8.19.0001), envolvendo o pedido de recuperação de três sociedades do grupo OSX: OSX Brasil S.A. e OSX Construção Naval, ambas sociedades por ações com sede na cidade do Rio de Janeiro, bem como OSX Serviços Operacionais Ltda., sociedade limitada também com sede no Rio de Janeiro. Como se vê, todas as sociedades são consideradas brasileiras pelos critérios de nacionalidade adotados, conforme visto no capítulo 1 desta dissertação, detendo atuação e ativos físicos no território nacional. Com o processamento da recuperação judicial, cada sociedade agrupada envolvida apresentou plano de recuperação separadamente. Saliente-se, contudo, que o grupo também era composto sociedades estrangeiras, porém essas não foram incluídas na recuperação judicial em trâmite no referido Juízo.

⁵⁸⁸ Com intuito de contextualizar o caso examinado aos regramentos do Código de Processo Civil de 2015, cita-se lição de José Miguel Garcia Medina: “O CPC/73 previa dois critérios para a definição do juízo preventivo: em se tratando de ações ajuizadas perante juízos com a mesma competência territorial, o juízo preventivo seria aquele que despachou em primeiro lugar (art. 106 do CPC/1973); se de competência territorial diversa, aquele em que antes ocorra a citação (art. 219 do CPC/1973; cf. STJ, CC 1.395/SP, 2ª Seção, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). O CPC/2015 prevê uma única regra para ambas as hipóteses, mais simples, ao dispor que o registro ou a distribuição da petição inicial torna preventivo o juízo (art. 59 do CPC/2015). Algo parecido já se previa, p. ex., no art. 6º, §8º, da Lei 11.101/2005”. MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 132.

pela qual deve ser reconhecida a prevenção daquela Relatoria, consoante ao preceituado no artigo 106 do Código de Processo Civil [...].⁵⁸⁹

Ato contínuo, a Décima Quarta Câmara Cível deferiu o efeito suspensivo ativo ao recurso, ante a urgência do caso, e remeteu os autos para o Ministério Público de 2ª instância para que emitisse parecer.

Em seu parecer, o *parquet* posicionou-se em respaldo às decisões anteriores denegatórias do processamento da recuperação judicial no que se refere às sociedades estrangeiras. Reconheceu o órgão a impossibilidade de submeter à recuperação brasileira sociedades domiciliadas no exterior e submetidas à legislação austríaca, sem qualquer ativo ou filial no Brasil, salientando novamente que, ao optarem as requerentes pela emissão de *bonds* no exterior, deveriam arcar com as consequências de tal ato, sob pena de configurar *venire contra factum proprium*. Outra conduta controversa, destacou o Ministério Público, seria a tentativa de preservar a autonomia patrimonial das sociedades quando da sua criação, mas buscar desconsiderá-la no momento da elaboração do plano de recuperação, em choque ao disposto no art. 3º da Lei nº 11.101/05.

Mesmo sendo invocado pelas requerentes o argumento de que o art. 88, III, do CPC/73 serviria de fundamento a sua pretensão, tendo em vista que o processo decorreria de fato ocorrido ou de ato praticado no território brasileiro (atual art. 21, III, do CPC/15), o Ministério Público não analisou detidamente a questão, optando por se posicionar contra o pleito autoral pelas razões acima elencadas. Portanto, concluiu o *parquet*:

Não pretendemos com isso afirmar a perfeita adequação da legislação pátria ao cenário globalizado da economia atual. Entretanto, não cabe ao Poder Judiciário legislar no caso concreto, não possuindo sequer instrumentos capazes de conferir eficácia a seus comandos além das fronteiras de sua jurisdição. Diante do acima exposto, opinamos pelo desprovimento do recurso.⁵⁹⁰

Retornando os autos à Décima Quarta Câmara Cível, o relator desembargador Gilberto Guarino, no julgamento de mérito, destacou que o presente caso deve ser analisado a partir da premissa de preservação das sociedades (art. 47 da Lei nº 11.101/05), que constituíam o mais extenso grupo econômico brasileiro voltado para exploração de petróleo e gás, com importantes impactos no desenvolvimento econômico e social do Brasil, gerando inúmeros empregos, razão pela qual impossibilitaria que a questão fosse julgada tão somente sob o ângulo da omissão legislativa pátria. Reconheceu, ademais, que as sociedades estrangeiras excluídas na decisão de

⁵⁸⁹ Trecho extraído dos autos do processo nº 0064658-77.2013.8.19.0000, fls. 90-91.

⁵⁹⁰ Parecer do Ministério Público, exarado pela Sra. Procuradora de Justiça Rosa Maria Parise Galvão, extraído dos autos do processo nº 0064658-77.2013.8.19.0000, fls. 232-233.

primeira instância operavam 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 atuavam em prol de uma única empresa, tendo a figura da *holding* respaldo legal no Brasil (art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.404/76)⁵⁹¹.

Em decorrência de tal situação, o relator entendeu ser cabível albergar os credores nacionais e estrangeiros em um mecanismo 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. Afastou, portanto, os argumentos da autonomia patrimonial das sociedades no âmbito da recuperação judicial:

Têm-se, portanto, sociedades empresária estrangeiras que se erigem em estrutura de financiamento de sua controladora nacional, formando um grupo econômico único, em prol de uma única atividade empresarial, o que não é nada incomum na era contemporânea, de globalização de mercados, mais ainda quando se pondera a própria atividade explorada, que intensifica as relações jurídicas transfronteiriças. Obviamente, não possuem elas filiais, sucursais, nem agências no território nacional, porquanto, como já dito, são subsidiárias da sociedade brasileira que é, na realidade, a responsável pelo pagamento dos títulos de dívida (*bonds*) emitidos no exterior.⁵⁹²

O relator reforçou o argumento ao reconhecer que não havia qualquer credor do grupo OGX que se posicionasse contra a recuperação judicial conjunta, bem como pelo ato de que a legislação austríaca admitia o reconhecimento dos efeitos do respectivo procedimento estrangeiro quando o centro de interesses principais do devedor se encontrasse no mesmo Estado estrangeiro, hipótese que ocorreu no presente caso, conforme atestado em parecer acima analisado. Apontou, ainda, a necessidade de recurso à equidade⁵⁹³ quando a lei for omissa (art. 5º da LINDB), a fim de adequar o direito às necessidades da realidade concreta, mediante uma solução dinâmica e atual à controvérsia, além da analogia, costumes e princípios gerais do

⁵⁹¹ “Art. 2º. Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes. [...] § 3º. A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais”.

⁵⁹² Trecho extraído dos autos do processo nº 0064658-77.2013.8.19.0000, fls. 253.

⁵⁹³ Para demonstrar como se dá o uso da equidade, o relator recorreu à lição de Maria Helena Diniz: “Desempenha, ainda, a equidade função de grande importância na *interpretação das normas*. Nessa função interpretativa, a equidade pode significar: 1) o predomínio da finalidade da lei sobre sua letra; ou 2) a preferência, dentre as várias interpretações possíveis de uma norma, pela mais benigna e humana. Ambas as significações não precisam ser autorizadas legalmente. [...] Pela equidade ponderam-se, compreendem-se e estimam-se os resultados práticos que a aplicação da norma produziria em determinadas situações fáticas. Se o resultado prático concorda com as valorações que inspiraram a norma, em que se funda, tal norma deve ser aplicada. Se, ao contrário, a norma aplicável a um caso singular produzir efeitos que viriam a contradizer as valorações, conforme as quais se modela a ordem jurídica, então, indubitavelmente, tal norma não deve ser aplicada ao caso concreto”. DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Interpretada**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 158-159. Trecho extraído dos autos do processo nº 0064658-77.2013.8.19.0000, fls. 255.

direito (art. 4º da LINDB). Como o intuito da recuperação é salvaguardar a empresa (e não apenas a sociedade), o interesse social impõe ao magistrado que fornecesse uma solução dinâmica e atual à controvérsia posta sob seu crivo.

O relator, contudo, registrou que a legislação de insolvência brasileira precisava de uma reforma, a fim de que passasse a tratar do complexo tema da insolvência transnacional adequadamente. Em razão desses fundamentos analisados, opinou pelo provimento do agravo de instrumento, com o processamento da recuperação judicial para todas as sociedades incluídas na demanda, inclusive as estrangeiras, ainda que não tenha examinado o argumento da parte autora em relação ao art. 88, III, do CPC/73. A Décima Quarta Câmara Cível, por unanimidade, seguiu o voto do relator, revogando a decisão interlocutória de primeira instância anteriormente exarada. Portanto, as requerentes, após sucessivas derrotas, finalmente tiveram seu pleito atendido, merecendo destaque, no entanto, que fora efetuada uma verdadeira análise econômica do direito pelo Tribunal, com o escopo de permitir a solução alcançada.

Nota-se que a decisão de segunda instância esteve fortemente imbuída de ativismo judicial *em grau máximo*, ou seja, quando o magistrado ou colegiado posiciona-se pela aplicação/não aplicação de dispositivo vedado/autorizado pelo ordenamento ou, como no caso OGX, desconsidera limitações fundamentais existentes na legislação, para admitir sua aplicação além desses limites, sob a justificativa que a legislação “precisava de uma reforma”.

Deve-se salientar, ainda, que seria importante o exame do artigo 88, III, do CPC/73 (atual art. 21, III, do CPC/2015), por ser norma voltada à regulamentação da jurisdição do magistrado pátrio, matéria esta vital para a seara do direito internacional. Em razão disso, deve-se ressaltar a posição defendida no item 4.6 do capítulo anterior. Pela análise pura do dispositivo, seria perfeitamente plausível postular a inclusão de sociedades estrangeiras sem filiais no país, mas controladas por brasileiras, no processo perante o judiciário nacional, sob a justificativa de que houve um “fato ocorrido no Brasil”, seja no âmbito da falência seja na recuperação judicial ou extrajudicial. Afinal, não há qualquer estipulação pelo ordenamento pátrio de que as transações comerciais e societárias realizadas entre as sociedades estrangeiras e nacionais não seriam consideradas fatos ocorridos no país. Trata-se apenas de um dos elementos autorizados da competência do juiz brasileiro. Contudo, para tal conclusão, seria necessário antes entender que a admissão dessas sociedades estrangeiras não feriria a ordem pública nacional e a principiologia do direito falimentar brasileiro, orientação que foi adotada pela Décima Quarta Câmara Civil.

Em face do acórdão prolatado, o Ministério Público opôs Embargos de Declaração, amparando-se semelhantemente nos argumentos da autonomia patrimonial de cada sociedade,

não tendo as estrangeiras qualquer ativo físico ou filial no Brasil, em uma interpretação restritiva do art. 3º da Lei nº 11.101/05, de modo que não autorizava o recurso ao conceito de principal estabelecimento do grupo, mas de cada sociedade individualmente considerada (matéria de competência absoluta da jurisdição brasileira, nos moldes do art. 12 da LINDB), no fundamento extraído do *venire contra factum proprium* e, finalmente, no espírito da Lei nº 11.101/05 (arts. 47 e 51), que, segundo o órgão, não permitiria a conclusão que chegou a Décima Quarta Câmara Cível. Os aclaratórios ministeriais foram conhecidos, porém desprovidos, uma vez que a Câmara entendeu que seu manejo se deu tão somente por irresignação do *Parquet* com o resultado do julgamento mencionado, não sendo esse o meio adequado para tal escopo. Reconheceu, entretanto, o intuito de prequestionamento dos embargos e destacou que o *decisum* anterior significou um marco importante para o tema no Brasil:

Se não bastasse, cumpre registrar que o procedimento de recuperação judicial do GRUPO OGX foi deferido aos 13/6/2014, tendo sido publicada a referida decisão aos 26/4/2014, razão pela qual qualquer decisão contrária ao que já foi julgado consubstanciaria absurdo retrocesso no procedimento recuperatório, com ofensa aos princípios da celeridade razoável e da efetividade processual, bem como da preservação da empresa, de sua função social e do estímulo à atividade econômica (art. 47 da Lei n.º 11.101/2005).

O voto abriu jurisprudência até então inexistente em nosso País, no que procurou, com longa e encorpada fundamentação, fugir a entendimento literal e arcaico, que ignora a realidade mundial dos negócios transnacionais, em benefício à empresa fundamentalmente brasileira.

Tudo bem ponderado, voto no sentido de, conhecendo do recurso, negar-lhe provimento.⁵⁹⁴

Reconhecido o intuito de prequestionamento dos aclaratórios, o Ministério Público interpôs Recurso Especial em face do julgado de segunda instância. Dentre os dispositivos invocados como violados, os pertinentes ao tema desta dissertação foram os artigos 3º e 47 da Lei nº 11.101/05, o 422 do Código Civil e o art. 12 da LINDB, não tendo feito alusão ao art. 88, III, do CPC/73.

No âmbito do art. 3º da Lei nº 11.101/05, o órgão salientou que houve uma dupla violação ao seu teor. Primeiramente, pois a Câmara não reconheceu que o juízo de primeira instância era competente para processar e julgar o pedido de recuperação judicial das sociedades que possuam seu principal estabelecimento no Rio de Janeiro, haja vista que as sociedades austríacas não possuem nenhum estabelecimento nem ativos físicos em território nacional. Já a segunda violação, por sua vez, teria se dado pelo fato que o acórdão ignorou que o dispositivo não permite o extravasamento da jurisdição brasileira para alcançar sede ou filiais existentes

⁵⁹⁴ Trecho extraído dos autos do processo nº 0064658-77.2013.8.19.0000, fls. 317.

fora do Brasil, ainda que pertençam a sociedades que atuem no país. Para fortalecer esse argumento, o *parquet* invocou o argumento da autonomia patrimonial das sociedades estrangeiras, citando, ainda, lição do professor Sérgio Campinho sobre o sistema da territorialidade:

Deflui do preceito o “sistema da territorialidade” como critério ou princípio para inspirar a regra de competência. Limitam-se os efeitos da falência ou da recuperação ao próprio país, reconhecendo-se a supremacia da Justiça Nacional para conhecer das matérias. A filia, agência ou sucursal da matriz estrangeira, situada no Brasil, fica considerada como um estabelecimento físico autônomo, com administração própria. Os efeitos da declaração da falência, por exemplo, serão produzidos tão somente em relação aos bens dos empresários alienígenas situados no Brasil, não envolvendo a matriz situada no exterior. Consoante anotava Nelson Abrão, a matéria deve ser enfocada no âmbito do Direito Internacional Privado, posto trata-se de empresários que desenvolvem atividades em vários países – as denominadas empresas transnacionais. Mas, enquanto não vigorar convenção internacional a respeito, continuam a prevalecer as soluções locais, como se verifica no art. 3º em questão.⁵⁹⁵

No que se refere ao artigo 12 da LINDB, o Ministério Público alega que o juízo de 1ª instância carece de jurisdição para julgar o caso, uma vez que as sociedades austríacas possuem domicílio no exterior, bem como pelo fato de que a obrigação foi constituída no exterior e que também deverá ser lá cumprida, optando as partes expressamente pela aplicação da legislação estrangeira e elegendo o foro de Nova Iorque como único competente para a demanda. Já em relação ao art. 422 do Código Civil, por sua vez, o órgão fundamentou que o acordão violou o princípio da boa-fé ao autorizar que o requerente agisse em conduta contraditória, por optar a constituir sociedades no exterior e lá recolher eventuais tributos referentes a suas obrigações e, no momento da dificuldade, recorrer aos procedimentos de recuperação de sociedades em foro brasileiro, nos moldes da lei local, caracterizando-se, portanto, *venire contra factum proprium*. O *parquet* buscou, inclusive, afastar a alegação de que não houve resistência por parte dos credores:

Pouco importa, em suma, que os credores pátrios não se manifestem contrariamente ao ingresso no processo de recuperação judicial OGX INTERNATIONAL GMBH E A OGX ÁUSTRIA GMBH CTVM S/A., ainda assim, o Magistrado não pode infirmar a sua função jurisdicional, porquanto, o mesmo não é mero chancelador ou homologador da vontade das partes.

O magistrado no processo da recuperação judicial tem o dever jurídico de intervir, *si et in quantum*, visualizar a ausência de boa-fé e, com isso, impedindo que o pedido de recuperação judicial seja um mecanismo para a consecução de fins ilícitos, ou seja, um embute, que proporciona o emprego de um expediente tortuoso pelo Devedor (Grupo OGX) para, simplesmente, “ganhar tempo” até a efetiva decretação da falência.⁵⁹⁶

⁵⁹⁵ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa...**, pp. 40-41 *apud* Recurso Especial interposto pelo Ministério Público, nos autos do processo nº 0064658-77.2013.8.19.0000, fls. 449.

⁵⁹⁶ Recurso Especial interposto pelo Ministério Público, nos autos do processo nº 0064658-77.2013.8.19.0000, fls. 452.

Por fim, sobre o art. 47 da Lei nº 11.101/05, salientou o órgão que o princípio da preservação da empresa não pode ser utilizado para embasar decisões que incluam sociedades empresárias estrangeiras, sem filiais e ativos físicos no território nacional, no processo de recuperação judicial brasileiro, visto que não foi esse o objetivo do legislador pátrio. Para o *parquet*, o escopo almejado com a lei foi salvaguardar as sociedades nacionais, entendidas como aquelas que desenvolvem sua atividade em território nacional, gerando empregos e recolhendo tributos no Brasil, em estímulo à economia pátria, não sendo nenhum desses atos feitos pelas sociedades austríacas. Em razão do exposto, pugnou o Ministério Público pela reforma do Acórdão recorrido.

O recurso especial interposto não foi admitido pela Terceira-Vice Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sob o fundamento de que o exame das razões recursais exigiriam análise e interpretação de cláusula contratual, o que atrai a incidência do verbete de nº 5 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça⁵⁹⁷, além de que também revelam a pretensão do Ministério Público de, por via transversa, revisar matéria de fato, apreciada e julgada com base nas provas produzidas nos autos, esbarrando no óbice do verbete de nº 7 da Súmula do STJ⁵⁹⁸. Em agravo, o *parquet* argumentou que ambos os verbetes eram inaplicáveis ao caso em tela. Sobre a Súmula 5, alegou que o recurso não visava interpretar cláusula contratual, mas definir a incidência das regras do CPC no que tange à competência do magistrado brasileiro. Sobre a Súmula 7, sustentou que o recurso não tratava de matéria de fato, mas que se cingia à interpretação e alcance das normas alegadas, na tentativa de demonstrar a inviabilidade do deferimento do processamento da recuperação judicial para sociedades estrangeiras que não possuam filiais e ativos físicos no país, sendo, portanto, questão eminentemente de direito, almejando a valoração jurídica de fatos incontroversos. Pelo exposto, postulou o conhecimento do recurso e remessa ao STJ.

Recebido o agravo, a Terceira Vice-Presidência do TJRJ autoriza seu prosseguimento, intimando a requerente para oferecer sua resposta em contrarrazões. A peça da requerente merece destaque, pois traz à tona um importante fator: a parte autora destacou que, ao longo do litígio em 2ª instância, o Grupo OGX prosseguiu com a implementação da recuperação judicial para todas as sociedades envolvidas, culminando com a elaboração dos respectivos planos de recuperação judicial das sociedades. A recorrida também rebateu os argumentos suscitados pelo

⁵⁹⁷ Verbetes nº 5 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: “A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial”.

⁵⁹⁸ Verbetes nº 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

Ministério Público, alegando que esse fez uma interpretação literal restrita da lei, que a integração do grupo exigia tal tratamento, bem como reforçou a tendência mundial em adotar o universalismo para os casos de insolvência transfronteiriça, especialmente no âmbito recuperacional. Aduziu a recorrida que os planos foram submetidos à apreciação dos credores e, para aqueles que ofereceram objeções, essas foram submetidas à deliberação da assembleia de credores. Desse modo, caso houvesse reforma da decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial, constituiria, na visão da requerente, inimaginável retrocesso aos envolvidos, com consequências desastrosas. Vê-se implicitamente que a recorrida pretende, caso sejam acolhidos os argumentos invocados pelo MP, a aplicação pelo STJ da teoria do fato consumado, como foi feito no julgamento do Recurso Especial nº 1.004.910/RJ, apreciado pela Quarta Turma em 2008.⁵⁹⁹

A requerente destacou, ainda, que os planos foram aprovados com percentuais superiores a 90% do total dos créditos submetidos à recuperação judicial, sendo devidamente homologados pelo juízo da recuperação e confirmados em segunda instância. A proposta consistiu em oferecer aos credores que não optassem por um pagamento à vista de até R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), limitados ao valor do crédito, terem sua dívida concursal convertida em capital social da OGX Petróleo & Gás S.A., que abriria seu capital para tornar as ações emitidas títulos livremente negociáveis na bolsa de valores, transferindo o controle para as mãos dos credores. Em razão disso, toda a dívida concursal do grupo foi convertida em ações.

Por fim, alegam também que o julgamento do caso resultaria em análise de elementos fáticos e interpretação de cláusulas contratuais, esbarrando, portanto, no óbice das Súmulas de nº 5 e 7, já citadas. Remetidos ao STJ os autos foram conclusos ao ministro Raul Araújo, aguardando até a presente data o posicionamento da Quarta Turma da alta Corte acerca do intrincado tema. O Ministério Público Federal ofertou seu parecer, contudo ressaltou que, em virtude de se tratar de recurso especial interposto pelo *parquet* estadual, não poderia o órgão federal tomar outra providência senão a de reportar-se aos termos do parecer emitido em segunda instância⁶⁰⁰.

⁵⁹⁹ No julgamento do Recurso Especial nº 1.004.910/RJ o STJ considerou que não poderia extinguir o processo de recuperação judicial de associação, mesmo carecendo essa pessoa jurídica de legitimidade ativa no processo de recuperação, em razão do avançado estado do processo, com plano de recuperação aprovado e em execução. Embora a Corte tenha considerado que as associações não podem requerer recuperação judicial, desprezou a Lei n. 11.101/2005 e o sistema restritivo do direito falimentar e recuperacional e considerou válida a concessão da recuperação, a despeito da decisão contrária de segunda instância.

⁶⁰⁰ O Ministério Público Federal invocou, como lastro para sua atuação, a orientação adotada pelo STJ no informativo de nº 427, *in verbis*: “Em questão de ordem referente ao pedido do MP de retirar processo de pauta de julgamento para ter vista dos autos como *custos legis*, a Turma, preliminarmente, indeferiu o pedido em razão da unicidade institucional do MP. Logo, atuando o *parquet* como parte litigante, não haveria necessidade de ele se manifestar mais uma vez no processo. Anotou-se a existência de precedente da Primeira Seção em que o MP

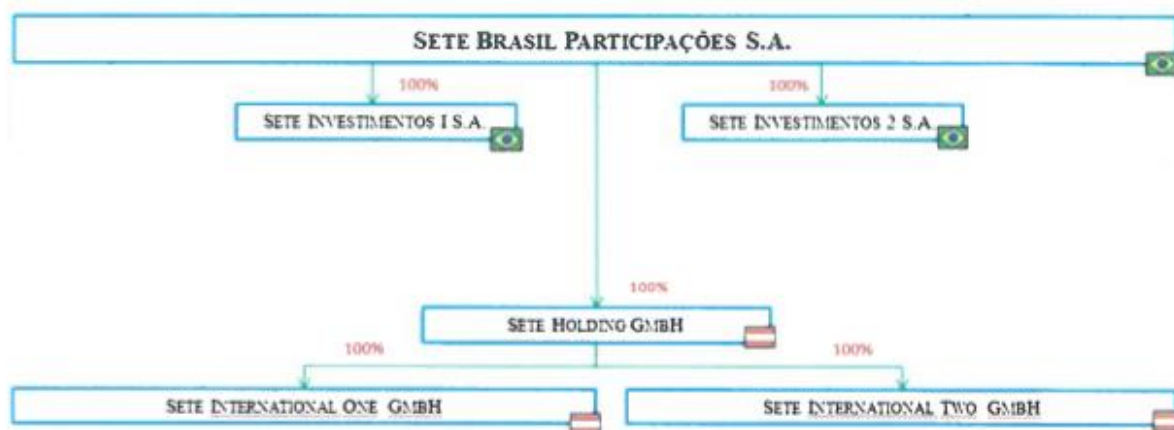
5.2 O legado da OGX em matéria de insolvência transnacional: o caso Sete Brasil

Como se viu, o caso OGX inaugurou um importante debate na jurisprudência pátria acerca da insolvência transnacional, fazendo com que os desembargadores envolvidos tivessem que se socorrer de outras fontes do direito, em detrimento da Lei nº 11.101/2005, a fim de que pudessem chegar à conclusão que prevaleceu, pelo menos até que o Superior Tribunal de Justiça se manifeste no caso. Ainda que feita sob uma análise econômica, o entendimento foi de que seria necessária uma interpretação “mais ampla” da Lei nº 11.101/05, no sentido de reconhecer a competência do juiz brasileiro para processar e julgar a recuperação judicial de sociedades estrangeiras, sem filiais ou ativos físicos no Brasil, quando a integração do grupo econômico assim exigir. Foram afastadas questões como a autonomia e personalidade jurídica própria das sociedades para permitir tal situação, mas exigiu-se a elaboração de planos de recuperação distintos para cada sociedade integrante do grupo. Enquanto a comunidade jurídica aguarda posição do STJ, outro caso semelhante foi posto sob o crivo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Em abril de 2016, a sociedade empresária Sete Brasil Participações S.A. e suas subsidiárias (Sete Investimentos I S.A., Sete Investimentos II S.A., Sete Holding GmbH, Sete International One GmbH e Sete International Two GmbH) ajuizaram pedido de recuperação judicial perante a Justiça Estadual da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, que veio a ser distribuído para a 3ª Vara Empresarial. A sociedade Sete Brasil Participações S.A. possui 100% do capital das sociedades Sete Investimentos I S.A., Sete Investimentos II S.A. e Sete Holding GmbH, sendo que está última possui 100% do capital das sociedades Sete International One GmbH e Sete International Two GmbH. As últimas três sociedades foram constituídas na Áustria e registradas perante a Corte Comercial competente deste país, sendo regidas em conformidade com a lei austríaca. Sendo assim, a cadeia societária é estruturada da seguinte forma⁶⁰¹:

desejava fazer sustentação oral e se manifestar como *custos legis*. Naquela ocasião, observou-se que o MP é uno e, mesmo quando é parte, não deixa de ser *custos legis*, pois sempre defende a lei. Precedente citado: MS 14.041-DF, DJe 27/10/2009. QO no REsp 1.115.370-SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, em 16/3/2010 (ver Informativo n. 406)”.

⁶⁰¹ Imagem baseada no organograma presente na exordial do processo nº 0142307-13.2016.8.19.0001, à fl. 11. Foram retiradas as sociedades que não estavam presentes no polo ativo da demanda.



Semelhantemente ao caso OGX, a requerente alegou que o principal estabelecimento do grupo estaria situado no Rio de Janeiro, pelo fato de que nesta cidade encontra-se a sede da Petróleo Brasileiro S.A (Petrobras), companhia com a qual a devedora celebrou todos os contratos relevantes do Grupo Sete Brasil e onde ocorrem as negociações entre as partes, bem como se encontram a grande maioria de seus empregados e se localizam os elementos essenciais à existência do estabelecimento. As sociedades estrangeiras não exercem qualquer atividade operacional autônoma fora do país, sendo novamente meros veículos para emissão de títulos e otimização de eventual estrutura de garantias na contratação de financiamentos, o que caracterizaria o litisconsórcio necessário e autorizaria a competência e efetividade do juízo universal brasileiro, segundo a autora. Por fim, alegou-se a orientação adotada Décima Quarta Câmara Civil do TJRJ no caso OGX e reiterou-se na peça exordial os argumentos em prol do universalismo utilizados naquela demanda.

Enviados os autos ao Ministério Público para elaboração de parecer, posicionou-se o *parquet* igualmente pelo indeferimento do pleito autoral. Em suas fundamentações, o órgão invoca outra vez a autonomia das sociedades estrangeiras, que impediriam sua consolidação em um único procedimento de recuperação judicial, ajuizado perante o magistrado pátrio, destacando que tal situação inclusive poderia levar a uma situação absurda, ao facultar a submissão à jurisdição brasileira das mais de trinta sub-holdings, sociedades de investimentos e sociedades de propósito específico espalhadas não só pela Áustria como pela Holanda também, “acarretando o mais completo descrédito internacional à autoridade judiciária do Brasil que passaria a se arrogar um poder sem limite territorial, incontrolável e político sobre os estados soberanos”⁶⁰². Sobre a jurisprudência invocada, destacou o Ministério Público que

⁶⁰² Parecer emitido pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nos autos do processo nº 0142307-13.2016.8.19.0001, fl. 1.494.

não houve consolidação pelos Tribunais superiores e que urge de reorientação em razão dos argumentos expostos.

Também foi invocado pelo Ministério Público o fato de que nenhuma das sociedades estrangeiras possui filial ou ativos físicos em território pátrio, sendo certo que todas as obrigações assumidas junto aos investidores, fornecedores e demais contratantes foram pactuadas para cumprimento no exterior. Ponto interessante do parecer é a análise pelo Ministério Público de algumas divergências da legislação societária brasileira e austríaca, como se vê no seguinte trecho, *in verbis*:

Vale anotar que muitas são as dessemelhanças entre o ordenamento jurídico brasileiro e o austríaco, a começar pela própria regra societária da Áustria que admite a sociedade por cotas de responsabilidade limitada com um único cotista-pessoa jurídica, como é o caso das 4ª, 5ª e 6ª litisconsortes. No Brasil, isso não seria admitido pois as EIRELI – Empresa Individual de Responsabilidade Limitada somente pode ser constituída por pessoa física.

As subsidiárias integrais, constituídas por único sócio pessoa jurídica, impõe necessariamente a adoção do modelo societário da companhia, conforme dispõe o artigo 251 da Lei de Sociedades Anônimas, nunca o uso do modelo da sociedade limitada.

Vê-se, portanto, que os pontos de confronto entre as legislações dos Estados Soberanos envolvidos na discussão já começam no nascedouro do modelo societário, antes mesmo de qualquer análise do pedido recuperatório propriamente dito que é o objeto final da causa em exame.⁶⁰³

Desse modo, conclui o órgão que não pode a autoridade judiciária brasileira pretender aplicar direito de outro Estado soberano ao processo nacional de recuperação judicial. Por outro lado, é vedado ao juiz pátrio aplicar a lei brasileira à sociedade regulada pelo direito do país onde foi constituída e desenvolve suas atividades, hipótese essa diversa das empresas binacionais⁶⁰⁴, criadas por força de tratado internacional. Para elas, diferentemente, se permite que uma mesma sociedade tenha mais de uma nacionalidade para amplos efeitos, como, por exemplo, o fiscal, permitindo acesso a crédito interno de cada Estado soberano. Não se encontrou no parecer emitido pelo Ministério Público de primeira instância argumento no sentido do *venire contra factum proprium*, invocado várias vezes pelo ente ministerial no caso

⁶⁰³ *Idem*, fls. 1.496.

⁶⁰⁴ Sobre conceituação do instituto, veja-se lição de Leonardo M. Régnier: “Temos que nos últimos anos verificou-se um importante intercâmbio de operações comerciais (tanto no mundo como no Mercosul e, dentro deste, principalmente entre o Brasil e Argentina), com acentuado crescimento de negócios envolvendo pequenas, médias e grandes empresas dos dois países. [...] Para isso, sem dúvida, poderia ter contribuído de forma mais marcante uma nova modalidade de constituição societária, que é a empresa binacional. Digo *poderia ter contribuído* posto que ainda é pouco – ou quase nada – conhecida pelo mundo empresarial. Conceituar esse instituto não é tarefa singular, contudo pode-se dizer, com relativa segurança, que empresa binacional é aquela cuja personalidade jurídica foi conferida ou reconhecida simultaneamente por dois países, em consequência de um tratado internacional ratificado por ambos ordenamentos internos. Do ponto de vista econômico, também não seria errado afirmar que empresa binacional é aquela cuja participação no capital social está concentrada majoritariamente com investidores nacionais de dois países”. RÉGNIER, Leonardo Medeiros. **Nacionalidade das sociedades...**, pp. 171-172.

OGX. Em razão dos fundamentos expostos, o *parquet* posicionou-se contrariamente ao deferimento do processamento da recuperação judicial para as sociedades estrangeiras.

Retornando os autos ao juízo, passou-se à análise da possibilidade de deferimento do processamento da recuperação para as sociedades envolvidas. Em sua decisão, destacou o magistrado que, ainda que tivesse ciência de que existem precedentes judiciais no sentido de admitir a recuperação judicial de grupo empresarial transnacional perante a jurisdição brasileira, seu posicionamento era positivista, alinhado ao que defendeu o Ministério Público. Desse modo, considerando que a Lei nº 11.101/05 não regula nem prevê a faculdade de processamento da recuperação judicial para sociedades estrangeiras de grupos econômicos, bem como pelo fato de que o ordenamento jurídico brasileiro não dispõe nem mesmo de princípios balizadores da matéria, não seria possível incluir as sociedades estrangeiras.

Outro argumento invocado pelo magistrado foi que o país não faz parte de nenhum dos diplomas internacionais contemporâneos de tratamento da insolvência transnacional nem internalizou a LMIT, detendo, portanto, quadro de absoluto vácuo normativo sobre o tema. Invocou o argumento de que autorizar a recuperação nesse caso seria o mesmo que permitir ao Poder Judiciário legislar, afrontando a separação de poderes. No âmbito do precedente, analisou a divergência jurisprudencial ocorrida no caso OGX:

Cabe ressaltar que no procedimento recuperacional do grupo OGX citado pelas requerentes, o juízo de 1º grau, Ilustre Magistrado Dr. Gilberto Clovis Farias Matos, hoje Desembargador desta Corte, indeferiu o pedido de litisconsorte ativo das empresas estrangeiras do Grupo OGX acolhendo a mesma tese, ressaltando, ainda, que o eventual deferimento do pedido afrontaria o Princípio da Personalidade Jurídica atribuída a cada uma das empresas.

Por fim, é oportuno transcrever ementa do v. acórdão proferido pelo Exmo. Des. Reinaldo P. Alberto Filho, perante a 4ª Câmara Cível do T.J.R.J., lavrado em 27/11/2013, que foi reconsiderado pela 14ª Câmara Cível do T.J.R.J., por ter sido este órgão colegiado considerado o competente, pelo critério da prevenção, para apreciar os recursos provenientes da recuperação judicial do grupo OGX, pelo qual também acolhe o entendimento deste magistrado.⁶⁰⁵

Sendo assim, o magistrado transcreveu o mencionado trecho para demonstrar que a divergência jurisprudencial também se instaurou no âmbito da segunda instância, tendo prevalecido a tese a favor do grupo OGX tão somente por questão processual de prevenção, o que demonstra forte insegurança jurídica sobre o tema. Em razão dos fundamentos expostos, decidiu o magistrado em indeferir o processamento da recuperação judicial para as três sociedades estrangeiras do grupo Sete Brasil. Após devidamente interpostos recursos de agravo de instrumento tanto pela requerente quanto por terceiro interessado (Itaú Unibanco S.A.), em

⁶⁰⁵ Decisão de deferimento do processamento de recuperação judicial, retirada dos autos do processo nº 0142307-13.2016.8.19.0001, fls. 1501-1502.

decorrência de sua condição de credor de uma das subsidiárias estrangeiras (Sete International I GmbH), os autos foram remetidos ao Ministério Público de atuação na segunda instância, a fim de que proferisse seu parecer.

Aqui a situação se alterou. O *parquet* estadual, que vinha se posicionando contrariamente ao processamento da recuperação judicial para sociedades estrangeiras sob a jurisdição brasileira, modificou seu entendimento, passando a sustentar a possibilidade de tal feito⁶⁰⁶. O Procurador de Justiça iniciou seu parecer reconhecendo que, com efeito, o Brasil não é signatários dos documentos internacionais recentes sobre insolvência transnacional nem fez a internalização da LMIT sobre o tema. Não obstante, o membro do *parquet* se posicionou no sentido de que uma interpretação restritiva do art. 3º da Lei nº 11.101/05, conduzindo ao sistema territorialista, bem como entender que a inclusão de sociedades estrangeiras no procedimento brasileira afrontaria a soberania austríaca, são teses que não mais resistem no atual quadro do ordenamento jurídico brasileiro. Destacou que as sociedades estrangeiras são veículos de captação de recursos no exterior para financiamento das atividades do grupo no Brasil, país em que está sediado e que exerce suas atividades. Assim, do ponto de vista pragmático, seria recomendável o processamento conjunto da recuperação, sob pena de frustrar o soerguimento econômico do grupo.

Ponto interessante do parecer é quando o Ministério Público invoca dois dispositivos autorizadores de competência concorrente da jurisdição brasileira: os arts. 21, II, e 22, III, do CPC/2015. O primeiro afirma que compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar ações em que no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação (antigo art. 88, II, do CPC/73) ao passo que o segundo dispõe sobre os efeitos positivos da eleição de foro no Brasil, este último introduzido pelo novo diploma processual. Não foi citado o art. 21, III, do CPC/15, autorizador da jurisdição brasileira na hipótese de fato ocorrido ou ato praticado no país (antigo art. 88, III,

⁶⁰⁶ Registre-se que a alteração de entendimento do Ministério Público também se fez presente no caso OI, que não será analisado detidamente nesse estudo em razão de seu recorte aos casos voltados para a indústria petrolífera. Nesse caso, ainda em primeira instância, o *parquet* se posicionou a favor da inclusão das sociedades estrangeiras: “A posição do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro já é por demais conhecida quanto à negativa de processamento de pedidos de recuperação judicial para sociedades estrangeiras, sob o fundamento de ausência de jurisdição para tanto. Com efeito, nos processos de recuperação judicial da OGX, OSX e Sete Brasil, assim se posicionou o MPRJ. Entretanto, esse membro do *Parquet* tem se dedicado ao estudo da matéria em tela, tendo sido designado relator parcial do capítulo “Da Falência Transnacional”, no projeto do Código Comercial, na qualidade de integrante da comissão de juristas do Senado Federal, bem como de vice-presidente da comissão de juristas da Câmara dos Deputados, podendo verificar que o presente caso é diferente. [...] A lei modelo da UNCITRAL ainda não foi adotada pelo ordenamento positivo brasileiro, mas diante da lacuna da lei, as normas dispostas na lei de introdução às normas do direito brasileiro (D.L. n. 4.657/42), acertam, nos arts. 4º e 5º, que diante da lacuna da lei, o caso será apreciado de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, atendendo os fins sociais e às exigências do bem comum”. Parecer emitido pelo Ministério Público, retirado dos autos do processo nº 0203711-65.2016.8.19.0001, fls. 89448-89450. Note que o parecer se refere expressamente aos casos OGX, OSX e Sete Brasil.

do CPC/73). Em razão desses dispositivos, entendeu o *parquet* que pode ocorrer a inclusão das sociedades estrangeiras, tendo em vista de que o grupo empresarial é sediado no país e que o plano de recuperação será aqui cumprido. Pelo argumento utilizado, percebe-se que igualmente seria possível fundamentar tal situação sob o art. 21, III, do CPC/15.

Sobre eventual ofensa à soberania austríaca, destacou o órgão:

Além do mais, não há que se cogitar em qualquer afronta à soberania da Áustria, tendo em vista o que preconiza o artigo 24 do NCPC, no sentido de que “*a ação proposta perante tribunal estrangeiro não induz litispendência e não obsta e que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhes são conexas, ressalvadas as disposições em contrário de tratados internacionais e acordos bilaterais em vigor no Brasil*”. Na verdade, a jurisdição brasileira não conflitaria com a estrangeira nem mesmo potencialmente, pois a sua incidência, como não poderia ser diferente, se limita aos bens sediados em território nacional, assim como aos créditos sujeitos à recuperação judicial aqui no Brasil.

Semelhante celeuma jurídica já foi enfrentada por esta colenda Corte de Justiça, por ocasião do processamento do pedido de recuperação Judicial do Grupo OGX, cujo provimento final emitido pela Décima Quarta Câmara Cível foi pela admissibilidade do processamento da recuperação das sociedades constituídas no estrangeiro, especificamente na Áustria.⁶⁰⁷

Em razão dos fundamentos invocados, o Ministério Público alterou seu entendimento e se posicionou a favor da submissão das sociedades estrangeiras à jurisdição pátria. Monocraticamente, o desembargador Carlos Eduardo Moreira da Silva, relator do agravo, reconheceu a verossimilhança das alegações recursais, tendo em vista que as sociedades estrangeiras foram criadas com o exclusivo fim de captar recursos no exterior para financiamento das atividades exercidas pelo grupo no Brasil, e o *periculum in mora*, pois a exclusão de tais sociedades poderia resultar na frustração do intento de soergimento do atividade empresarial exercida pelo grupo, razão pela qual deferiu a antecipação dos efeitos da tutela para determinar o processamento da recuperação judicial das sociedades estrangeiras envolvidas no caso.

Ato contínuo, na sede do julgamento definitivo, os desembargadores da Vigésima Segunda Câmara Cível, por unanimidade de votos em acórdão, deram provimento ao recurso, nos termos do relator. Dentre os argumentos apresentados, novamente destacam-se a o valor social da empresa, a sinergia do grupo, a interpretação ampliativa do art. 3º da Lei nº 11.101/05, o recurso à equidade e jurisprudência do caso OGX, bem como aos artigos 21, II, e 22, III, do CPC/2015. Vê-se que o caso OGX deixou um legado em prol da possibilidade de submissão de sociedades estrangeiras sem filiais e ativos físicos no Brasil sob a jurisdição do magistrado brasileiro, que vem se reproduzindo em hipóteses semelhantes⁶⁰⁸.

⁶⁰⁷ Parecer emitido pelo Ministério Público, retirado dos autos do processo nº 0034120-11.2016.8.19.0000, fl. 67.

⁶⁰⁸ Com o intuito de reforçar a afirmação feita, recorre-se novamente ao caso OI. Já em primeira instância, houve o deferimento do processamento de recuperação judicial para todas as sociedades agrupadas, inclusive as

5.3 O caso OGX: repercussões no setor do petróleo e gás natural

Perpassados os aspectos da inclusão das subsidiárias estrangeiras no processo em curso no território nacional, mister agora analisar algumas das questões suscitadas no caso OGX e delas extrair hipóteses da repercussão do tema no setor do petróleo e gás natural. Como evidente, o grupo OGX detinha contatos de concessão com a ANP, com o objetivo de explorar óleo no Brasil. Além disso, como costumeiro na indústria petrolífera, as sociedades instituíram consórcio com outras, almejando viabilizar o exercício das atividades exploratórias. Veja-se, como exemplo, a hipótese do consórcio relativo ao bloco BS-4, em que a OGX atuou em conjunto com a Queiroz Galvão Exploração e Produção S.A na exploração do bloco.

No mês seguinte ao ajuizamento do pedido de recuperação judicial do grupo, reportagem nos veículos de comunicação divulgou o seguinte:

A Queiroz Galvão Exploração e Produção (QGEP) acredita que, caso a OGX se torne inadimplente em relação à parte que lhe cabe investir nos campos de Atlanta e Oliva, na Bacia de Santos, o contrato de concessão com a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) estaria descumprido. [...] Apesar de ser operadora do bloco, a subsidiária do grupo Queiroz Galvão acredita que cada integrante deve arcar com suas obrigações: “Cada concessionário assume individualmente, e proporcionalmente a sua participação, direitos e obrigações previstas na concessão. No caso do bloco BS-4, em se tratando de operações pós-fase de exploração, sua execução tem por premissa a economicidade do projeto”, afirma a companhia no comunicado.⁶⁰⁹

estrangeiras: “A busca por novos mercados, seja para diversificação de atividades ou mesmo somente para capitalização de investimentos, é feita por meio da criação de formas societárias complexas, tais como a criação de holdings, subsidiárias e afiliadas. Muitas das vezes são criadas empresas que se afiliam ou mesmo são criadas para integrarem determinado grupo econômico de ‘fato’, vez que não constituído na forma prevista no art. 265 e seguintes da Lei 6.404/76, mas que, porém, funcionam somente como braços operacionais de sua controladora, sem desenvolverem qualquer atividade empresarial, posto que atuam, basicamente, na captação e gerenciamento de investimentos. É exatamente essa situação apresentada pelas requerentes, no tocante às empresas PORTUGAL TELECOM INTERNATIONAL FINANCE B.V. (‘PTIF’) e OI HOLDING COÖPERATIEF U.A. (‘OI COOP’), pessoas jurídicas de direito privado constituídas de acordo com as Leis da Holanda, com sede em Amsterdam [...]”. Decisão de processamento da recuperação judicial, trecho retirado dos autos do processo nº 0203711-65.2016.8.19.0001, fl. 89501. Veja-se, ainda, conclusão do magistrado invocando a interpretação sistemática do ordenamento e a equidade para solucionar o vazio legal sobre o tema: “Por todo o exposto, com observância na jurisprudência, na interpretação sistemática do ordenamento e na equidade – na sua dupla função de supressão da lacuna legislativa e de auxílio na obtenção do sentido e alcance nas disposições legais para servir à aplicação do direito -, a fim de que seja atendido assim o espírito maior da preservação da atividade empresarial previsto na Lei 11.101/2005, atrelada a perspectiva surgida a partir da aplicação da Cooperação Jurídica Internacional do Direito Brasileiro, DECLARO a legitimidade ativa das subsidiárias estrangeiras formadoras do ‘GRUPO OI’ para formularem o pedido de recuperação judicial no Estado-sede da constituição de sua controladora, este fixado na Capital do Estado do Rio de Janeiro”. *Idem*, fls. 89506-89507.

⁶⁰⁹ ROSTÁS, Renato. **Calote da OGX no bloco BS-4 seria descumprimento do contrato, diz QGEP**. Disponível em: < <http://www.valor.com.br/empresas/3331440/calote-da-ogx-no-bloco-bs-4-seria-descumprimento-do-contrato-diz-qgеп>>. Acesso em: 23 nov. 2016, p. 1.

Com o decurso do tempo, surge nova notícia informando que a subsidiária estrangeira OGX Áustria GmbH assumiu contrato de compra e venda com o grupo Shell, almejando a produção do Sistema de Produção Antecipada do Campo de Atlanta⁶¹⁰. Nesse exemplo dado, surgem alguns pontos para reflexão: i) a relevância dos acordos privados (entre partes) na delimitação das responsabilidades; ii) consequências da insolvência sobre o contrato de concessão; iii) como lidar com a presença de subsidiária estrangeira no tema, cujo plano de recuperação judicial segue processado perante o magistrado pátrio. Com o intuito de se aprofundar no tema, deve-se antes apresentar um panorama geral da regulação no setor petrolífero.

5.3.1 Aspectos regulatórios do setor petrolífero

A partir das últimas décadas, a visão acerca da relação entre Estado e mercado vem sofrendo profundas alterações não só no Brasil, mas no mundo. A crise do chamado Estado do bem-estar social (*Welfare State*) alertou a sociedade internacional que a figura ideal de um governo centralizador, responsável por garantir um elevado padrão mínimo a todos os indivíduos indiscriminadamente, inobstante fosse admirável, trazia uma série de desafios e dificuldades⁶¹¹. Não foram poucos os casos de corrupção, burocratização excessiva do cotidiano, falta de verbas públicas e outros problemas que fizeram com que começassem a surgir críticas ao sistema vigente.

Nesse contexto, foi-se modelando um novo Estado soberano, que lentamente passou a abandonar o papel de protagonista do processo econômico-social para adotar o de regulador dessa atividade. Essa migração foi contornando os desenhos de um incipiente direito da regulação, lastreando-se no impacto que o assunto teve no território norte-americano. Nesse país, símbolo do livre mercado no ocidente, nos finais do século XIX⁶¹², verificou-se o

⁶¹⁰ COSTA, Luciano. **OGX assina contrato para venda de óleo do Campo de Atlanta para a Shell.** *Reuters*. Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/noticias/reuters/2015/10/26/ogx-assina-contrato-para-venda-de-oleo-do-campo-de-atlanta-para-a-shell.htm>>. Acesso em: 23 nov. 2016, p. 1.

⁶¹¹ “Do ponto de vista econômico, há igualmente uma relação disfuncional da cidadania com o Estado: a crença de que os recursos financeiros do Estado saem de lugar nenhum e que, portanto, o Estado pode tudo, devendo ser um provedor paternalista de todas as necessidades”. CARMEN, Tiburcio; BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional...**, p. 564.

⁶¹² “The history books tell us that federal regulation was born with the Interstate Commercial Commission, in 1887. The railroads were viewed as a natural monopoly; the ICC would set rates, providing ample predictable profits to the trusts. History records that the industry initially opposed this regulation, until a U.S. Attorney General advised them that they’d profit more by working with and USING the Commission than by fighting it. This turned

progressivo surgimento de diversas agências reguladoras nas mais diversas áreas da atuação econômica. Acerca do conceito de regulação e a formação desse novo ramo do direito, leciona André Fontes:

A regulação constitui modalidade de *intervenção do Estado na Economia*. Pelo que se depreende de tal assertiva, ela integra o *ordenamento econômico* do Estado, que por sua vez é considerado, juntamente com o *serviço público*, o *poder de polícia*, o *ordenamento social* e o *fomento público*, o próprio conteúdo da função administrativa. Não é uma forma *sui generis* de atividade ou função estatal, mas sim integrada à função preponderantemente exercida pelo Poder Executivo. [...] A especialização dos estudos conduziu à formulação didática de um ramo do Direito apto a concentrar e sistematizar todo esse conhecimento a que se convencionou chamar de *Direito da Regulação*, e que, muito embora tenha por objeto a própria regulação, vem sendo indevidamente conduzido a limitar seus estudos ao órgão regulador e ao seu regime jurídico.⁶¹³

No Brasil, a mudança foi sentida de forma intensa na década de 90 do século XX, onde afloraram emendas constitucionais e alterações na legislação ordinária relevantes, sintetizadas em três ordens por Luís Roberto Barroso: i) a extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro; ii) a flexibilização dos monopólios estatais; e iii) a privatização ou desestatização⁶¹⁴. Sobre a primeira ordem, destaca-se a EC nº 06/95, já citada no capítulo 1, que extinguiu a figura da empresa brasileira de capital nacional e modificou a redação do art. 176, *caput*, da CRFB/88, permitindo que a exploração e produção de recursos minerais e aproveitamento dos potenciais sejam concedidos ou autorizados a sociedades empresárias constituídas sob o manto da lei brasileira, dispensada a exigência de controle de capital nacional.

No que se refere à segunda ordem, menciona-se a EC nº 09/95, que alterou os regramentos do monopólio estatal do petróleo existente, facultando à União a contratação de sociedades privadas para realizar a exploração e produção de jazidas de óleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, bem como o refino e transporte dos produtos e derivados básicos do petróleo⁶¹⁵. Por fim, acerca da terceira ordem, sua implementação se corporificou

out to be true, and has held true in virtually every other regulatory scheme enacted since by Congress. Doubling their money, in the 1930s the railroads lobbied for and got regulation of the trucking industry -- not rationalized in terms of any natural monopoly or market failure, but simply a tit-for-tat, "if you regulate us, you should regulate our competition." The truckers STILL fight back, mutely, with bumper sticks bemoaning the taxes they pay, telling the flea-like passenger cars they swarm around that it is THEY, the truckers, who have paid for this Interstate highway". LEE, Matthew. **A Brief and Selective History of U.S. Regulation**. *Inner City Public Interest Law Center*. Disponível em: <<http://www.innercitypress.org/reghist.html>>. Acesso em: 05 ago. 2016, p.1.

⁶¹³ FONTES, André. Regulação e Petróleo. **Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia (RBDP)**, n. 2, Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ): Rio de Janeiro, 2006, p. 225.

⁶¹⁴ CARMEN, Tiburcio; BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional...**, p. 562.

⁶¹⁵ Redação original do art. 177, V e § 1º, da CRFB/88: "Constituem monopólio da União: [...] V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados; [...] §1º O monopólio previsto neste artigo inclui os riscos e resultados decorrentes das atividades nele mencionadas, sendo vedado à União ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural, ressalvado o disposto no art. 20, § 1º".

no denominado Programa Nacional de Privatização, que, dentre suas medidas, conduziu, no plano federal, à desestatização das sociedades pertencentes ao “setor petroquímico, siderúrgico, metalúrgico, e de fertilizantes, seguindo-se a privatização da infraestrutura, envolvendo a venda de empresa com a concomitante outorga de serviço público”⁶¹⁶.

Sobre a quebra do monopólio, repisa-se que ocorreu tão somente em relação às sociedades que podem desempenhar as atividades de exploração e produção. Em outros termos, a União permanece com o monopólio do setor *upstream*, nos moldes do art. 177 da CRFB/88 em vigor. Porém, com o advento da EC nº 09/95, qualquer sociedade, seja pública ou privada, pode atuar nele após celebração de contrato de exploração e produção com o governo federal. Ocupa destaque em meio ao contexto da época a criação da Agência Nacional do Petróleo (ANP), que passou a ser a gestora desse monopólio em representação à União.

A figura da ANP já estava prevista no art. 7º da Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/97)⁶¹⁷, porém a agência só se corporificou mesmo após a edição do Decreto nº 2.455/98, que dispôs sobre sua estrutura organizacional, atribuições e outros elementos que permitiram a atuação concreta da entidade. Como, no regime anterior, o monopólio era exercido pela sociedade Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras)⁶¹⁸, a ANP, em seus primeiros momentos, recebeu os dados e informações que estavam em posse daquela emblemática estatal e assumiu o gerenciamento dos setores de pesquisa e lavra (*upstream*), bem como refino e distribuição no país (*downstream*). Além disso, a ANP ocupou posição de primordial importância ao elaborar a publicação da minuta do modelo do contrato de concessão a ser adotado no Brasil⁶¹⁹.

Outro importante órgão no plano da política geral da indústria do petróleo é o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), também previsto na lei do petróleo⁶²⁰, porém corporificado tão somente pelo Decreto nº 2.457/98. O CNPE, inicialmente, era responsável pelo “assessoramento do Presidente da República” e “formulação de políticas e diretrizes de energia”⁶²¹, estando, dentre seus objetivos, o aproveitamento racional dos recursos energéticos. Porém, como salienta Marilda Rosado de Sá Ribeiro, após a publicação da Resolução CNPE nº

⁶¹⁶CARMEN, Tiburcio; BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional...**, p. 563-564.

⁶¹⁷Redação original do art. 7º da Lei nº 9.478/97: “Fica instituída a Agência Nacional do Petróleo – ANP, entidade integrante da Administração Federal indireta, submetida ao regime especial, como órgão regulador da indústria do petróleo, vinculado ao Ministério de Minas e Energia”.

⁶¹⁸Art. 2º da Lei nº 2.004/53 (Lei da Criação da Petrobras): “A União exercerá, o monopólio estabelecido no artigo anterior: [...] II – por meio da sociedade por ações Petróleo Brasileiro S.A. e das suas subsidiárias, constituídas na forma da presente lei, como órgãos de execução.”

⁶¹⁹RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo...**, p. 513.

⁶²⁰Art. 2º da Lei nº 9.478/97: “Fica criado o Conselho Nacional de Política Energética – CNPE, vinculado à Presidência da República e presidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, com a atribuição de propor ao Presidente da República políticas nacionais e medidas específicas [...]”

⁶²¹Art. 1º do Decreto nº 2.457/98.

08/03:

[E]ste Conselho passou a exercer efetivamente suas competências no âmbito da indústria do petróleo no Brasil, assumindo grande importância no contexto regulatório petrolífero brasileiro. Por meio da Resolução CNPE nº 08/2003, o CNPE estabeleceu, pela primeira vez, a política de produção de petróleo e gás natural e definiu as diretrizes para a realização de blocos exploratórios. A partir de então, todas as rodadas de Licitações promovidas pela ANP dependeram de autorização do CNPE, expedida mediante resolução, para a aprovação dos blocos a serem ofertados nas licitações, bem como para a realização do certame.⁶²²

Em atenção à soberania plena dos Estados sobre seus recursos naturais, dentre eles o petróleo e gás natural, a exploração e produção, para ser realizada por partes privadas, necessita da elaboração de um instrumento contratual que permita tal situação. A variação de contratos elaborados com o decorrer do tempo levou à configuração de cinco regimes jurídicos distintos: i) a concessão (*license*); ii) o acordo de participação; iii) a partilha de produção (*production sharing*); iv) o acordo de serviço (prestação de serviço); v) a cessão onerosa. Inobstante existam diferenças entre contratos pertencentes ao mesmo regime quando analisados em ordenamentos jurídicos distintos, que costumam adaptá-lo às peculiaridades locais, a presença de alguns traços básicos viabiliza essa separação didática, ainda que haja a divergência acerca dos elementos essenciais de cada modalidade.

Sobre a concessão, é possível classificá-la de duas formas: concessões clássicas e concessões modernas. Nas primeiras, utilizadas inicialmente pela indústria, era normal a concessão de extensas áreas ao particular por longos prazos, como, v.g., sessenta anos, exigindo-se o pagamento de baixos *royalties*⁶²³. Já na segunda situação, percebeu-se situação inversa, isto é, diminuição tanto da extensão da área quanto dos prazos contratuais, elevando, contudo, o valor dos *royalties* cobrados. Nesses contratos, confere-se à sociedade petrolífera o direito de exercer a pesquisa e lavra dos recursos sob a área ofertada, “por um tempo determinado, sob seu próprio risco e, em caso de êxito, o óleo e o gás extraídos são de sua propriedade, bastando que paguem *compensação financeira* ao Estado”⁶²⁴.

⁶²² RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo...**, p. 515.

⁶²³ Sobre o conceito de *royalties*, leciona a literatura especializada: “As fontes históricas, conforme destaca Cassio Oliveira Manoel, indicam que os *royalties* são a forma mais antiga de pagamento de direitos utilizados pelo homem. A origem da palavra vem do inglês *royal*, que significa da realeza ou relativo ao rei; assim, toda exploração mineral existente nos domínios dos reis garantia a estes o direito de exigir uma compensação pela extração realizada, germinando o conceito atual dos *royalties*”. NASCIMENTO, Arthur Bernardo Maia do; BEZERRA, Juliano César Petrovich; FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Participações governamentais nos contratos de concessão de exploração e produção de petróleo e gás natural**. *Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia (RBDP)*, n. 2, Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ): Rio de Janeiro, 2006, p. 126. No Brasil, foi definido pelo ordenamento pátrio como “Compensação financeira devida pelos concessionários de exploração e produção de petróleo ou gás natural [...]” (art. 11 do Decreto nº 2.705/98).

⁶²⁴ OLIVEIRA, Daniel Almeida de. **Pré-sal: O novo marco regulatório das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil**. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/i>

No Brasil, a doutrina pátria conceitua a concessão como contrato administrativo, “pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público ou de obra pública, ou lhe cede o uso de bem público, para que explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais”⁶²⁵. Nesse sentido, a concessão para exploração e produção de petróleo e gás natural não corresponde essencialmente a um serviço público, haja vista que não ocorre a delegação da execução de serviço dessa natureza, mas da possibilidade de exploração de atividade econômica, não pertencente ao rol das funções típicas do poder público de satisfação à sociedade, razão pela qual se configura como uma concessão de exploração de bem público⁶²⁶.

A concessão foi o modelo que predominou no ordenamento brasileiro antes da descoberta do pré-sal e a revisão do marco regulatório⁶²⁷. Dentre as características que assume no sistema pátrio, destacam-se: i) a propriedade do produto da lavra (óleo ou gás prospectado) é do concessionário; ii) pode ser assinado por qualquer sociedade empresária, desde que logre-se vencedora em certame licitatório promovido pela ANP, agência esta que passa a ser a gestora do contrato, conforme Lei nº 9.478/97; iii) prevê o pagamento de compensações financeiras por parte do concessionário (bônus de assinatura, *royalties*, participação especial e pagamento pela ocupação ou retenção da área – art. 45 da Lei nº 9.478/97); iv) por suas características, é usado em hipóteses de alto risco exploratório, isto é, com elevadas chances de não ocorrer a descoberta de recursos que possam sofrer exploração economicamente viável⁶²⁸.

No âmbito do contrato de concessão, a Lei nº 9.478/97 prevê um regime de responsabilidade solidária entre as partes consorciadas em relação ao cumprimento das obrigações decorrentes do instrumento⁶²⁹. Isso porque, sendo a concessão outorgada ao próprio consórcio de sociedades, há uma verdadeira pluralidade de devedores, razão pela qual deve esse grupo se obrigar ao cumprimento da prestação, ainda que o vínculo obrigacional permaneça uno, isto é, apenas entre as devedoras e o credor (União). O assunto ganha relevo quando analisado no âmbito das *joint ventures*, que será tratada adiante, pois é aconselhável que o credor, ao analisar a obrigação solidária dos devedores, também leve em consideração os contornos do relacionamento interno das partes (relações privadas).

d/1437979>. Acesso em: 06 ago. 2016, p. 3.

⁶²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 266.

⁶²⁶ NASCIMENTO, Arthur Bernardo Maia do; BEZERRA, Juliano César Petrovich; FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Participações governamentais...**, p. 113.

⁶²⁷ Arts. 43 e ss. da Lei nº 9.478/97.

⁶²⁸ OLIVEIRA, Daniel Almeida de. **Pré-sal: O novo marco regulatório...**, p. 7.

⁶²⁹ Art. 38 da Lei nº 9.478/97: “Quando permitida a participação de empresas em consórcio, o edital conterà as seguintes exigências: [...] II – indicação da empresa líder, responsável pelo consórcio e pela condução das operações, sem prejuízo da responsabilidade solidária das demais consorciadas”.

O segundo regime possível é o acordo de participação, que geralmente costuma vir atrelado a outro modelo predecessor, razão pela qual pode ser considerado como instrumento adicional. A sua importância se destaca, pois, por se caracterizar como uma associação entre entes econômicos na expectativa de exploração e produção conjunta da área, leva à configuração de uma *joint venture*, normalmente de natureza contratual (*contractual joint venture*), que pode ser imposta pelo ordenamento do Estado hospedeiro, visando, por exemplo, o melhor controle de seus recursos naturais ou a transferência de tecnologia. Nesse regime, portanto, ocorre a divisão entre a sociedade e o Estado dos riscos da operação e dos resultados decorrentes da pesquisa e lavra⁶³⁰.

Outro regime possível é o de partilha de produção, que igualmente visa maior controle sobre a produção de petróleo. Nesse modelo, uma sociedade estatal (*national oil company* – NOC) ou órgão público do Estado hospedeiro oferta à transnacional (*international oil company* – IOC) a exploração e produção de uma determinada área, sob a supervisão de uma comissão operacional. A produção desse campo será partilhada entre os agentes e o Estado atuará com mais intensidade na atividade, diminuindo a necessidade de forte intervenção regulatória e garantindo-lhe óleo e/ou gás *in natura*. Essa parcela que cabe ao Estado pode ser dada em pecúnia, caso assim reste acordado, de modo que faculta à IOC vender o óleo/gás prospectado ou ficar com os recursos e remunerar o Estado em sua proporção, nada impedindo a exigência de compensação financeira e tributação⁶³¹.

No Brasil, foi o modelo de partilha foi adotado para lavra e pesquisa da região do pré-sal e outras áreas consideradas estratégicas, de acordo com a Lei nº 12.351/2010⁶³². O regime exigiu a constituição de consórcio entre a Petrobras e sociedades estrangeiras que eventualmente lograrem êxito em certame licitatório realizado, assegurada a participação mínima da estatal no percentual de 30% (trinta por cento)⁶³³. Registra-se, contudo, a eliminação da regra em razão da alteração promovida pela Lei nº 13.365, de 29 de novembro de 2016, fruto do Projeto de Lei do Senado nº 131/2015. O referido diploma legal alterou a Lei nº 12.351/2010, para facultar à Petrobras o direito de preferência para atuar como operador e possuir participação mínima de 30% (trinta por cento) nos consórcios formados para exploração de

⁶³⁰*Idem*, p. 4.

⁶³¹*Ibidem*.

⁶³²A lei assim define o regime de partilha de produção: “regime de exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluídos no qual o contratado exerce, por sua conta e risco, as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção e, em caso de descoberta comercial, adquire o direito à apropriação do curso em óleo, do volume da produção correspondente aos royalties devidos, bem como de parcela do excedente em óleo, na proporção, condições e prazos estabelecidos em contrato”. (art. 2º, I, da Lei nº 12.351/10).

⁶³³Arts. 10, III, c c/c 20 da Lei nº 12.351/10.

blocos licitados no regime de partilha de produção. Portanto, ficou desobrigada a Petrobras de participar de todos os consórcios de exploração do pré-sal ao facultá-la a escolha de quais campos pretende explorar, extinguindo evidentemente a participação mínima⁶³⁴. Como se vê, trata-se de modificação substancial na atuação da estatal, que trará importantes consequências ao setor.

A outro giro, também precisa estar presente no instrumento contratual a Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. – Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA), criada pela Lei nº 12.304/10, em representação aos interesses diretos da União⁶³⁵.

Esclarece Camila Rocha Cunha Viana que o sistema brasileiro se lastreou, inicialmente, no modelo norueguês, que instituiu duas grandes estatais no setor petrolífero: a *Statoil* e a *Petoro*⁶³⁶. Vê-se, portanto, que a lei albergou as *joint venture* entre sociedades, prevendo, ainda, figura do comitê operacional, responsável pela administração do consórcio e composto por representantes da estatal e demais associados⁶³⁷.

O quarto regime a ser destacado é o acordo de serviço. Nesse modelo, elabora-se instrumento (contrato ordinário de serviços), por meio do qual o Estado contrata a petrolífera, assumindo os riscos totais da operação e, em caso de sucesso, mantém sob sua propriedade todo o óleo e gás prospectado. Há, ainda, a modalidade do contrato de serviço de risco (*risk service contract*), em que os riscos são transferidos à petrolífera, que só receberá em caso de êxito,

⁶³⁴Veja-se trecho da exposição de motivos que constou no projeto original, justificando a mudança do regime: “É inconcebível que um recurso natural de tamanha relevância nacional sofra um retardamento irreparável na sua exploração devido a crises internas da operadora estatal. Nesse sentido, são imprescindíveis as alterações previstas na presente lei com vistas ao reestabelecimento de um modelo que garanta a exploração ininterrupta e maiores possibilidade de ganhos para o Tesouro Nacional. Torna-se imprescindível então a revogação da participação obrigatória da estatal no modelo de exploração de partilhar de produção, bem como da condicionantes de participação mínima da estatal de, ao menos, 30% da exploração e produção de petróleo do pré-sal em cada licitação, disposições constantes da Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010. Tal revogação atende aos interesses nacionais e, portanto, deve ser adotada pelo governo”. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120179>>. Acesso em: 21 nov. 2016, pp. 3-4.

⁶³⁵Art. 2º da Lei nº 12.304/10: A PPSA terá por objeto a gestão dos contratos de partilha de produção celebrados pelo Ministério de Minas e Energia e a gestão dos contratos para a comercialização de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos da União. Parágrafo único. A PPSA não será responsável pela execução, direta ou indireta, das atividades de exploração, desenvolvimento, produção e comercialização de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos.

⁶³⁶“Criada em 1972 por um Decreto Real, a *Statoil* é uma empresa controlada pelo Governo e que participa das concorrências por áreas exploratórias, à semelhança da Petrobras. Já a *Petoro*, empresa de capital integralmente público, é a responsável pelo gerenciamento do portfólio do *State’s direct finance interest* – SDFI, realizando investimentos em parceria com empresas privadas e a *Statoil*, mas sem atuar como operadora. [...] Com efeito, o objetivo da *Petoro* é maximizar as receitas do SDFI. Com parceria nas *joint ventures*, a *Petoro* resguarda os interesses do Estado através da proteção de ativos e criação de valor. A estatal participa das discussões e decisões relativas à exploração, desenvolvimento e operações, além de monitorar a venda de petróleo e gás pela *Statoil*”. VIANA, Camila Rocha Cunha. A evolução do monopólio do petróleo e o novo marco regulatório do pré-sal. **Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia (RBDP)**, n. 2, Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ): Rio de Janeiro, 2006, pp. 176-177.

⁶³⁷Arts. 22 c/c 23 da Lei nº 12.351/10.

evidentemente cobrando uma quantia superior ao instrumento anterior, que poderá ser feito *in natura*, em pecúnia ou em desconto para compra de óleo e/ou gás produzido⁶³⁸. É interessante observar que o regime foi adotado, hibridamente, no Brasil entre aos anos de 1975 e 1988, ainda quando vigente o monopólio do setor *upstream*, momento em que a Petrobras firmava tal instrumento com outras sociedades⁶³⁹.

Por fim, o último modelo a ser destacado é o de cessão onerosa, sistema híbrido adotado no Brasil, que não encontra paralelo em outros países⁶⁴⁰, autorizado atualmente pela Lei nº 12.276/10:

A Lei nº 12.276/2010 autorizou a União a ceder onerosamente à Petrobras, dispensada a licitação, o exercício das atividades de pesquisa e lavra do petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, até o volume de cinco bilhões de barris, em áreas não concedidas do pré-sal (art. 1º). Em contrapartida, a União aumentou a sua participação acionária na Petrobras. Depois de um processo de venda de ações (capitalização) no mercado, em setembro de 2010, a participação total do Estado brasileiro (somando as participações acionárias da União federal, do BNDESPAR, do BNDES, do Fundo de Participação Social e Fundo Soberano) aumentou de menos de 40% para 47,8% do capital social da companhia.⁶⁴¹

Nota-se, portanto, que na cessão onerosa ocorre um afastamento da figura do investidor, centrando-se o regime na realização de transferência das atividades de exploração e produção da administração direta para a indireta. Na forma da lei, a titularidade do óleo e/ou gás prospectado é da Petrobras, devendo o pagamento ser efetivado prioritariamente em títulos da dívida pública monetária federal, precificados a valor de mercado e em conformidade com os regulamentos do Ministério da Fazenda⁶⁴². Sobre o produto da lavra, também serão devidos *royalties*, nos termos do art. 5º da Lei nº 12.276/10. Desse modo, todos os investimentos, custos e riscos do empreendimento nesse modelo são assumidos pela Petrobras, que possuirá como contrapartida tão somente a propriedade originária dos recursos explotados.

Analisados brevemente os principais regimes de exploração e produção de petróleo e gás natural, retorna-se aos órgãos reguladores, destacando algumas de suas atribuições. A ANP destaca-se como um dos entes protagonistas do setor, possuindo uma série de atividades de

⁶³⁸ OLIVEIRA, Daniel Almeida de. **Pré-sal: O novo marco regulatório...**, p. 4.

⁶³⁹ “O hibridismo do Contrato de Risco caracteriza-se não somente pelo fato de ter tomado de empréstimo características de contratos de serviço, mas também, à luz do Direito Brasileiro, pela dificuldade de se caracterizar sua natureza jurídica, como se depreende da análise de Sílvio Neves Baptista, feita ainda com base na exposição de motivos mencionada acima, no sentido de que o Contrato de Risco era um contrato de empreitada com fornecimento de algum material por parte da sociedade empreiteira, sendo a denominada Contrato de Risco uma expressão elíptica de ‘contrato de empreitada com cláusula de risco de preço’”. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo...**, p. 398.

⁶⁴⁰ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo...**, p. 499.

⁶⁴¹ VIANA, Camila Rocha Cunha. **A evolução do monopólio do petróleo...**, p. 175.

⁶⁴² Art. 1º, §§ 1º e 3º, da Lei nº 12.276/10.

suma importância para o cotidiano da indústria. Dentre elas, pode-se sublinhar que a agência é responsável por elaborar editais, promover licitações, celebrar contratos de concessão, fiscalizar a execução desses instrumentos, aprovar planos e projetos de desenvolvimento e produção do concessionário, promover estudos visando à delimitação dos blocos e aprimoramento de tecnologias e saberes da área, inclusive por intermédio de bolsas acadêmicas, elaborar minutas contratuais, tudo isso no seu escopo primordial de implementar a política nacional do petróleo, gás natural e biocombustíveis em todo o território nacional⁶⁴³.

Com o marco regulatório do pré-sal, após o advento das leis nº 12.351/10, nº 12.304/10 e 12.276/10, houve algumas alterações. No regime de cessão onerosa, por exemplo, a agência ficou limitada ao laudo técnico de avaliação do bloco e à regulação e fiscalização das atividades da Petrobras. Fora isso, no contrato de partilha de produção, *v.g.*, a agência permaneceu responsável por promover estudos técnicos, elaborar minutas contratuais e editalícias, promover licitações, regular e fiscalizar atividades realizadas sob o regime, dentre outros (art. 11 da Lei nº 12.351/10). Sobre as rodadas de licitação, da primeira à quarta, a ANP foi a única entidade responsável por conduzir os processos, desde a definição dos blocos até a assinatura do contrato. Da quinta em diante, passou a ser exigida a definição pelo CNPE das políticas e diretrizes para a realização dos certames licitatórios.

Convém agora destacar a figura Ministério de Minas e Energia (MME), que também possui um papel de extrema importância para o setor. Além de ser o órgão responsável por celebrar o contrato de partilha de produção em nome da União (art. 8º da Lei nº 12.351/10), o ministério tem como atribuição propor ao CNPE tanto parâmetros técnicos, tal como a definição do excedente em óleo da União, quanto a definição dos blocos sujeitos ao regime de concessão ou partilha de produção (art. 10, I e II, da Lei nº 12.351/10). Ainda que a ANP tenha suas atribuições, dentre elas a elaboração de minutas de contratos e editais, a agência se sujeita às diretrizes fixadas pelo MME e depende de sua aprovação para as minutas elaboradas (art. 10, IV e V, da Lei nº 12.351/10).

Marilda Rosado de Sá Ribeiro, acentuando a importância do papel do CNPE no setor, destaca:

O Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) tem funções importantes e está fortalecido nesse marco regulatório [pré-sal]. Todas as suas propostas devem ser submetidas ao Presidente da República, o que acentua o caráter político desse órgão. Dentre outras atribuições, destaca-se a de que o CNPE deverá propor ao Presidente: a) o ritmo de contratação dos blocos sob o regime de partilha de produção, observando-se a política energética e o desenvolvimento e a capacidade da indústria nacional para o fornecimento de bens e serviços; b) os blocos que serão destinados à contratação direta

⁶⁴³ Art. 8º da Lei nº 9.478/97 c/c art. 4º do Decreto nº 2.455/98.

com a Petrobras sob o regime de partilha de produção; c) os blocos que serão objeto de leilão para a contratação sobre o regime de partilha de produção.⁶⁴⁴

Em razão de todo exposto, percebe-se que se torna imprescindível o diálogo entre o direito privado e o público no setor petrolífero. A importância que as agências reguladoras vêm assumindo no panorama hodierno, previsões legais de consórcio, dentre outros assuntos, trazem implicações que se estendem desde o estudo e interdisciplinaridade dos ramos jurídicos quanto pela expansão do direito comparado, antes mais restrito aos aspectos privados, para os públicos, vislumbrando-se, inclusive, avançar da matéria na seara direito administrativo.

5.3.2 O consórcio e a responsabilização das sociedades envolvidas

É costumeiro na indústria do petróleo a celebração de acordos privados entre sociedades, de modo a possibilitar uma atuação conjunta para a exploração dos recursos energéticos. No caso OGX, ao longo de sua atuação, vislumbram-se, por exemplo, consórcios com a Exxon Mobil (bloco CE-M-603) e com a Queiroz Galvão (blocos CE-M-601 e BS-4), tendo o assunto repercussão perante a autoridade reguladora. Como adiantando na reportagem supracitada, o inadimplemento da OGX no contrato de concessão relativo ao bloco BS-4, em decorrência do pedido de recuperação judicial, fez suscitar dúvidas quanto à responsabilidade da sociedade consorciada Queiroz Galvão Exploração e Produção S.A, sediada no Brasil. Além disso, citou-se que uma de suas subsidiárias estrangeiras (OGX Áustria GmbH), veículo de captação de receitas no exterior, assumiu futuramente contrato de compra e venda com o grupo Shell.

O contrato BS-4 foi listado no pedido de recuperação judicial como ativo da OGX⁶⁴⁵, indicando que tal situação poderia colaborar para a viabilização da recuperação do grupo, reiterando que o soerguimento da atividade só iria ocorrer, na visão das requerentes, se fossem incluídas no plano de recuperação judicial as subsidiárias austríacas, sob jurisdição do magistrado pátrio. Ou seja, tem-se situação em que o sucesso de exploração de um bloco por uma parte, vencedora de licitação conduzida pela ANP, depende do sucesso da insolvência transfronteiriça. Ademais, indo além do caso OGX, indaga-se sobre como se daria o regime de

⁶⁴⁴ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo...**, p. 520.

⁶⁴⁵ As informações e argumentos desse tópico foram complementados com a valiosa contribuição do parecer exarado pela Professora Doutora Marilda Rosado de Sá Ribeiro no âmbito do caso OGX, gentilmente cedido pela autora para uso com fins acadêmicos.

responsabilização, sob manto do contrato de concessão, na presença de consórcio instituído entre sociedades brasileiras e estrangeiras em regime de insolvência.

A título ilustrativo e inicial para discussão, invoca-se duas cláusulas do contrato de concessão referente ao bloco BS-4, *in verbis*:

2.1 Este Contrato tem por objeto a execução, pelo Concessionário, das Operações especificadas no Anexo II – Programa de Trabalho e Investimento, e qualquer outra atividade adicional de Exploração que o Concessionário possa decidir realizar dentro da Área de Concessão objeto deste contrato, visando a permitir que o Petróleo e Gás Natural sejam produzidos em condições econômicas na Área de Concessão, e no caso de qualquer Descoberta, a Avaliação, o Desenvolvimento e a Produção dos Hidrocarbonetos pertinentes, tudo nos termos aqui definidos.

[...]

28.5 A Cessão no todo ou em parte da Área do Contrato será sempre de uma participação indivisa nos direitos e obrigações do Concessionário, respeitadas a responsabilidade solidária entre o cedente e o cessionário nos termos da Legislação Aplicável.

Da leitura dessas cláusulas, nota-se primeiramente que é permitida a cessão de direitos do contrato de concessão, desde que autorizada pela ANP e respeitada a responsabilidade entre cedente e cessionário. Esse ponto será analisado mais adiante. Além disso, pode-se extrair que a cadeia contratual deve ser coordenada em função de um objetivo amplo, isto é, buscando a viabilidade e continuidade das operações de exploração e produção das reservas de petróleo e gás natural, com a consequente entrada de capital nas atividades da indústria. Tal situação exige da ANP uma postura que transcenda o papel de mero aplicador das leis, sendo necessária uma ampla revisão da missão contemporânea do Estado.

Para realizar tal empreitada, faz-se necessário o reconhecimento das melhores práticas da indústria do petróleo pelo regulador, reforçando a importância do estudo comparativo neste setor. Essa necessidade pode ser extraída de uma interpretação sistemática de dispositivos da Lei nº 9.478/97.

Nos moldes de seu art. 8º, IX, a ANP, dentre suas finalidades, é responsável por fazer cumprir as “boas práticas de conservação e uso racional do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis e de preservação do meio ambiente”. Essa disposição é complementada pelo art. 44, VI, estipulando que o contrato de concessão deve estabelecer que o cessionário está obrigado a “adotar as melhores práticas da indústria internacional no petróleo e obedecer às normas e procedimentos técnicos e científicos pertinentes [...]”. Recorrendo-se, portanto, às melhores práticas internacionais da indústria petrolífera, chega-se à formação das *joint ventures* pelos *players* do petróleo, instituto que merece total atenção para delimitar o papel das partes consorciadas na exploração e produção de óleo e gás.

Examinando-se o termo empregado, tem-se que *joint*, em tradução livre, significa *associação*, algo feito em conjunto. *Venture*, por sua vez, traduz-se como *desafio* ou *risco*. Desse modo, por interpretação semântica, pode-se concluir que *joint venture* expressa uma associação entre entidades pré-existentes, em prol de um negócio, visando unir esforços e mitigar os riscos. Nesse sentido, Nicola Minervini conceitua o instituto como uma associação entre duas sociedades empresárias, objetivando negócios que dificilmente lograriam êxito caso fossem realizados isoladamente por cada membro. Assim, segundo o autor, a *joint venture* seria um contrato celebrado entre partes detentoras de objetivos comuns e vantagens recíprocas, por tempo definido ou indefinido⁶⁴⁶.

O termo, porém, está sujeito a profundos debates acadêmicos e controvérsias que se estendem até os dias atuais, especialmente no que se refere à adaptação aos parâmetros jurídicos existentes⁶⁴⁷. Tendo suas origens no *common law*, debateu-se bastante se a *joint venture* seria uma espécie de *partnership* (sociedade de pessoas). Na Inglaterra, em razão de norma específica sobre os elementos que caracterizam uma sociedade (*Partnership Act* de 1890), firmou-se orientação de que, estando configurada tal condição nos moldes da lei, pode o Tribunal reconhecer-la. Portanto, nesse país, não parece haver o reconhecimento da *joint venture* como instituto jurídico autônomo, inobstante haja posições diversas adotadas em alguns julgados isolados:

There were seemingly inconsistent or otherwise curious decisions in the nineteenth century, but they were explicable as co-tenancies, agencies, or employments, or they were analytically undeveloped. There were also a few problematic decisions near the close of the twentieth century. In 1985, for example, in *Hampton & Sons v. Garrard Smith (Estate Agents) Ltd.*, Dillon L.J. characterized a relationship as “not a partnership, but it is a joint venture raising obligations of good faith”. That statement was isolated and undeveloped, and the judgment was sharply discounted several years later in *Thames Cruises Limited v. George Wheeler Launches Limited*. Another Court of Appeal decision, *Vekaria v. Dabasia*, is of concern because of ambiguity over joint venture status relative to partnership and co-ownership. The Court, however, did appear elliptically to equate the joint venture with partnership: “The same considerations militate against there being such a joint venture as militate against there being a

⁶⁴⁶ MINERVINI, Nicola. **O Exportador**. 4. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2005 *apud* LIMA, Gustavo Barbieri; CARVALHO, Dirceu Tornavoi de. **Joint-venture como estratégia de internacionalização de empresas: um ensaio teórico**. 2013. Disponível em: < http://www.convibra.com.br/2008/artigos/96_0.pdf >. Acesso em: 29 jul. 2016, p. 6. No decorrer da pesquisa, houve acesso à dissertação de mestrado em Economia, de autoria de Diana Pinho, apresentada à Faculdade de Economia do Porto, que definiu o instituto em termos semelhantes: “A definição mais comum deste tipo de estratégia refere-se à celebração de um contrato entre duas ou mais empresas que entre si criam ou não uma nova empresa para explorar determinados tipos de negócios das empresas participantes no contrato, tendo por base a obtenção de lucro”. PINHO, Diana. **Joint Venture – tipificação e teor económico**. Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção de grau de mestre em economia pela Faculdade de Economia do Porto. Disponível em: < https://sigarra.up.pt/fadeup/pt/pub_geral.show_file?pi_gdoc_id=146844 >. Acesso em: 29 jul. 2016, p. 8.

⁶⁴⁷ FLANNIGAN, Robert. **The Legal Status of the Joint Venture**. *Alberta Law Review*. V. 46, pp. 713-739. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1458503>. Acesso em: 29 jul. 2016, p. 713.

partnership”.⁶⁴⁸

Nos Estados Unidos, por sua vez, uma parcela da doutrina realiza a distinção entre os termos *joint venture* e *partnership*, sob o fundamento de que a segunda “contempla a operação de um negócio geral e não de um empreendimento específico, como ocorre com a primeira. Aludem, entretanto, a que ambas são regidas, normalmente, pela lei substantiva das sociedades”⁶⁴⁹. Há, portanto, divisão entre os conceitos. Corroborando este entendimento, conclui Walter Jaeger:

No longer can it be successfully argued that this legal concept [joint venture] is merely a form of partnership, for as the Supreme Court of Delaware has recently said: ‘The widely recognized legal relationship of joint adventure is of modern origin’ [J. Leo Johnson, Inc. v. Carmer, 156 A.2d 499, 502 (Del. 1959)]. In short, the joint venture has become (or in some jurisdictions, is becoming) a distinct form of business organization, a legal relationship.⁶⁵⁰

Em razão de sua complexidade, elucida Marilda Rosado de Sá Ribeiro que a *joint venture* pode, portanto, assumir a forma de uma sociedade (*equity* ou *corporate joint venture*) ou ostentar perfil meramente contratual (*contractual joint venture*)⁶⁵¹. No primeiro caso, considerando que há a criação de um novo ente, este passa a deter personalidade jurídica própria, diversamente do que ocorre na segunda hipótese. Tal situação influencia, inclusive, no tema da nacionalidade. Isso porque, ao possuir personalidade jurídica própria, a *joint venture* pode ostentar nacionalidade brasileira caso opte por registrar o contrato no país e manter sua sede administrativa em território brasileiro. Por outro lado, no caso da *contractual joint venture*, não há que se falar em nacionalidade própria⁶⁵².

Na indústria do petróleo, é comum a utilização do modelo da *joint venture* contratual. Uma primeira razão para tal situação é o fato de que, nessa modalidade, cada uma das sociedades possui direitos diretamente sobre o que é produzido, distintamente do que ocorre

⁶⁴⁸ *Idem*, pp. 716. O autor fornece, ainda, extensa lista de julgados que confirmam a orientação jurisprudencial clássica da Inglaterra: *Saville v. Robertson* (1792), 4 T.R. 720, 100 E.R. 1264 (K.B.); *Gouthwaite v. Duckworth* (1810), 12 East. 421, 104 E.R. 164 (K.B.); *Davidson v. Robertson* (1815), 3 Dow. 218, 3 E.R. 1044; *Tupper v. Haythorne* (1815), Gow. 135, 171 E.R. 863; *Crawshay v. Maule* (1818), 1 Swans. 495, 36 E.R. 479; *Raba v. Ryland* (1819), Gow. 132, 171 E.R. 861 (C.P.); *Reid v. Hollinshead* (1825), 4 B. & C. 867, 107 E.R. 1281 (K.B.); *Russell v. Austwick* (1826), 1 Sim. 52, 57 E.R. 498 (Ch.); *Holderness v. Shackels* (1828), 8 B. & C. 612, 108 E.R. 1170 (K.B.); *McInroy v. Hargrove* (1867), 16 L.T. (N.S.) 509; *Lowe & Sons v. Dixon & Sons* (1885), 16 Q.B.D. 455; *Mann v. D’Arcy*, [1968] 2 All E.R. 172 (Ch.); *Walker West Developments Ltd. v. F J Emmett Ltd.* (1978), 252 EG 1171 (C.A.); *European Strategic Bureau Ltd. v. Technomark Consulting Services Ltd.* (20 June 1995, unreported) (Ch.). (“A joint venture is essentially a partnership for a single venture and the relationship will come to an end (save for the purpose of accounting and winding up) when the venture is accomplished.”).

⁶⁴⁹ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo...**, p. 187.

⁶⁵⁰ JAEGER, Walter H. E. **Partnership of Joint Venture?** *Notre Dame Law Review*. V. 37, 12-1-1961. Disponível em: <<http://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3298&context=ndlr>>. Acesso em: 29 jul. 2016, p. 159.

⁶⁵¹ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo...**, p. 44.

⁶⁵² RÉGNIER, Leonardo Medeiros. **Nacionalidade das sociedades...**, pp. 203-204.

nas *joint ventures* societárias, hipóteses em que o óleo produzido é da sociedade criada, restando aos parceiros apenas direito aos dividendos, se forem declarados pela assembleia geral. Além disso, uma segunda razão é o fato de que o modelo societário não proporciona a flexibilidade exigida para diversificar o portfólio de exploração e produção, ensejando maiores custos para criação de parcerias nas mais distintas áreas submetidas ao contrato de exploração e produção com países hospedeiros.

Analisando o instituto no ordenamento jurídico pátrio, Fábio Ulhoa Coelho conclui que a *joint venture* “pode se exteriorizar, no direito brasileiro, dependendo dos termos em que é estabelecida, por um ou mais negócios jurídicos, como por exemplo *acordo associativo, de acionistas, contrato de sociedade, consórcio etc*”⁶⁵³.

Marilda Rosado de Sá Ribeiro, após amplas pesquisas sobre sua natureza, conclui igualmente pela multiplicidade de estruturas que podem ser adotadas:

A definição de *joint venture* – instrumento comercial complexo – tem alcance limitado, tanto por razões históricas, como pelo fato de poder enquadrar-se na legislação do país de origem ou na do país de sua atuação, caso esta seja de natureza cogente. Assim, sua noção encadeia-se à de outros institutos jurídicos, sem com eles confundir-se. Além disso, a *joint venture* pode dar-se nos diferentes estágios de internacionalização das empresas. A definição abrange, entre outros: consórcios, consórcios de exportação, grupos de *marketing* de exportação, sociedade anônimas ou sociedades limitadas, formadas pela lei do país de atuação, *uniones transitórias de empresas, joint operating agreements* e outros.⁶⁵⁴

Inobstante possam as *joint ventures* assumir distintas estruturas, pode-se destacar que alguns elementos costumam aparecer com mais constância. São eles: a) trata-se de uma união de dois ou mais empreendimentos, podendo ostentar caráter meramente contratual ou conduzir à criação de uma nova sociedade dotada de personalidade jurídica própria; b) pode ser por tempo determinado ou indeterminado; c) necessita de uma finalidade própria, tal como mitigar riscos ou possibilitar a exploração de determinada atividade, dentre outros⁶⁵⁵; d) pode ser criada

⁶⁵³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial...**, v. 2 – *Sociedades*, p. 526.

⁶⁵⁴ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo...**, p. 195.

⁶⁵⁵ Várias são as razões que levam o empreendedor a optar pela *joint venture*. Cita-se aqui pesquisa feita por Maria Elo, na tentativa de entender algumas delas: “The material indicated that these managers considered IJV [international joint venture] to be the right tool for expansion, because it provided the correct configuration and structure for the opportunities they had identified. All the four companies had a long-term strategy in which these decisions needed to fit. The situations were all different. One company (Medium-sized) had no previous experience in the target market, but had social and managerial relationships in the area and had also export experience. A large construction company had no previous activities in the target market, but had a strong international experience it could apply in any market. The two other large companies had various operations in their target market before, but considered IJV to be the instrument that enhances their performance, position, status, market opportunities and results in a way that other expansion instrument could not. There were significant reasons behind, such as the labour costs, market opportunities, access to new market segments and third markets, but also very practical reasons such as the high cost of logistics due to the product size, political connections, access to local business networks and other. The target markets were: China, Australia, Portugal and United Arab Emirates”. ELO, Maria. **International expansion through joint venture: situations and strategies from a network perspective**. 25 *IMP*

em âmbito internacional ou nacional, no último caso estruturando-se de acordo com os moldes jurídicos do ordenamento local; e) almeja a obtenção de lucro.

As *joint ventures* são um importante instrumento para a internacionalização da atividade empresária. Isto porque, por permitir uma associação com outra entidade, geralmente situada no mercado que se almeja atingir, confere ao empresário uma série de vantagens, tais como: ganhar acesso a canais de distribuição, adquirir insumos produzidos localmente, obter protecionismo no país de destino, compartilhar recursos, dentre outras⁶⁵⁶. Em complementação, Maria Elo, com lastro em uma pesquisa realizada com empreendedores, aponta algumas vantagens que a *joint venture* possui em relação a outras modalidades, como, v.g., a criação de subsidiárias:

The managers considered IJV [international joint venture] as the key to the respective new business network due to the fact that it gives a 'face' to the company in the target market other than that of a representative, wholesaler or other. This direct access to customer contacts was a very important decision making factor to three of the cases. Licensing could not provide the same level of long-term control and the expected level of 'smooth operations'. A wholly owned subsidiary could not access the customer and stakeholder networks which were critical in all cases and an acquisition could fail and leave an alternative solution for the existing market players.⁶⁵⁷

No âmbito da indústria do petróleo e gás natural, surgem uma miríade de temas que vão destacar ainda mais a importância do instituto. Primeiramente, deve-se ressaltar que essas operações envolvem grandes riscos, geralmente concentrados nas atividades *upstream*, isto é, naquelas que ocorrem antes do processamento e refinamento dos hidrocarbonetos (as chamadas fases de exploração e produção)⁶⁵⁸. Portanto, um dos primeiros chamativos das *joint ventures* é a mitigação dos vários riscos presentes no setor que ela oferece. Como exemplo desses riscos, cita-se situação de não haver uma descoberta rentável (risco geológico) e as condenações pecuniárias decorrentes de danos causados ao meio ambiente (risco ambiental).

Outro importante fator é que, neste ramo, as sociedades empresárias precisam dialogar com o Estado hospedeiro, que possui uma série de interesses a garantir. A partir de 1950, os países em desenvolvimento passaram a pleitear mais fortemente o reconhecimento do direito à soberania sobre seus recursos minerais.

Conference. Marseille, 2009. Disponível em: <<http://impgroup.org/uploads/papers/7150.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2016.

⁶⁵⁶ LIMA, Gustavo Barbieri; CARVALHO, Dirceu Tornavoi de. **Joint-venture como estratégia de internacionalização...**, p. 7.

⁶⁵⁷ ELO, Maria. **International expansion through joint venture...**, p. 7.

⁶⁵⁸ SUDA, Khairul Azizan; RANI, Nazatul Shima Abdul; RAHMAN, Hamzah Abdul; CHEN, Wang. **A Review on Risks and Project Risks Management: Oil and Gas Industry.** *International Journal of Scientific & Engineering Research*. v. 6, 2015, disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/281502138_A_Review_on_Risks_and_Project_Risks_Management_Oil_and_Gas_Industry>. Acesso em: 01 ago. 2016, p 938.

A Assembleia Geral das Nações Unidas editou alguns instrumentos normativos sobre a matéria, cabendo aqui destacar a Resolução nº 3.556/1980, que reconheceu, como meta fundamental, a soberania plena dos países sobre seus recursos naturais⁶⁵⁹. Atualmente, tal princípio encontra-se consolidado no direito internacional⁶⁶⁰. Em decorrência dessa situação, tem o Estado o poder-dever de garantir os interesses locais em eventual tratativa com uma transnacional petrolífera, tais como a proteção ao meio ambiente, a implementação de melhorias locais para gerações futuras, entre outras. O petróleo é um recurso não renovável, sendo preciso assegurar uma parcela dos lucros da exploração para investimento em seu território, dentre outros. Nesse contexto, a *joint venture* constitui uma excelente escolha para essas parcerias, pois representam:

a viabilidade de um paradigma que pode ser adotado pelos diversos atores, com o devido equacionamento de todos os interesses envolvidos e das vias de cooperação. De um lado, está o próprio relacionamento entre as empresas privadas que optam por uma aliança estratégica, ao invés da competição predatória. De outro, estão os Estados, que adotam mecanismos para viabilizar estas associações e monitorar o desenvolvimento das eventuais questões que envolvem o interesse público. Anteriormente, já se podia vislumbrar uma forma de cooperação na participação pelo Estado – diretamente, ou através de seus entes econômicos –, nos contratos de exploração e produção, respeitadas as peculiaridades e o modelo consagrado pelo ordenamento jurídico pertinente.⁶⁶¹

Nota-se, portanto, que a *joint venture* configura-se como um importante instrumento que visa promover cooperação entre os envolvidos, aprimorando tentativas anteriores nesse sentido. Ademais, destaca-se o fato de que muitos dos Estados que possuem expressivas reservas de petróleo e gás natural em seu território são considerados países em desenvolvimento, não possuindo a tecnologia necessária para explorar eficientemente tais recursos. Nesse contexto, a *joint venture* viabiliza uma associação entre a transnacional petrolífera e o Estado hospedeiro, geralmente representado por uma sociedade estatal elegida para figurar no contrato de produção e exploração celebrado, permitindo a transferência de tecnologia e a capacitação dos profissionais locais.

Além desse instrumento, ocupa também destaque no âmbito do setor petrolífero a *joint*

⁶⁵⁹ “Nesse percurso, outro edito importante foi a Resolução 3171/73 da AGNU, que concorreu para o estabelecimento da Nova Ordem Econômica Internacional – NOEI, consolidada pela Resolução 3281/74 dessa mesma Assembleia. A Resolução 3171 deu fundamento jurídico para que os Estados pudessem controlar as atividades atinentes à propriedade, posse e exploração de seus recursos naturais. Anos depois, a Resolução 3556/80 da AGNU proclamou que a soberania plena dos Estados sobre seus recursos naturais e suas atividades econômicas era uma das metas fundamentais da NOEI, vez que o desenvolvimento exige um controle contínuo e eficaz por parte dos países sobre os recursos que lhe pertencem”. FERREIRA, Lier Pires. **O Diálogo entre o Direito do Petróleo e o Direito do Desenvolvimento**. *Revista da Escola de Guerra Naval*. nº 16. Rio de Janeiro. 2010, pp. 70-71.

⁶⁶⁰ *Idem*, p. 71.

⁶⁶¹ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo...**, p. 54.

development of common reservoirs, celebrada entre Estados soberanos. Havendo um reservatório que ultrapasse as fronteiras de um único país, torna-se necessária a articulação de um acordo entre os vizinhos, de modo a viabilizar a exploração, desenvolvimento e produção eficiente do campo para todos os envolvidos. Isto porque, se um dos Estados iniciar a exploração antes do outro, alterará as características físicas do reservatório (ex: nível de pressão), podendo prejudicar a qualidade e extração do óleo e gás pelo outro país⁶⁶². Nesse sentido, assentou-se posicionamento de que a exploração feita de maneira que prejudique o outro Estado ofende sua soberania, configurando ilícito internacional⁶⁶³.

Dessa situação, extrai-se o instituto da unitização, assim conceituado por Marilda Rosado de Sá Ribeiro e Juliana Cardoso de Lima:

A unitization, que traduzimos como unitização, é a operação coordenada de todas ou amplas partes de um reservatório de óleo e gás pelos proprietários das áreas ou detentores de direitos quanto aos blocos situados sobre o reservatório. A literatura especializada considera que esses acordos de cooperação muito frequentemente são a única solução para se conseguir a recuperação máxima de um campo petrolífero através de operações eficientes e de baixo custo.

Berne Taverne vê o acordo de unitização como uma forma especial de *joint venture*, na qual detentores de direitos em relação a um reservatório contínuo que se estende sob os limites das diversas áreas concedidas irão explorá-los de forma coordenada.⁶⁶⁴

Inobstante não seja pacífica a caracterização da unitização como forma especial de *joint venture*, certo é que esses instrumentos possuem um sentido jusfilosófico em comum, que é a valorização do princípio da cooperação, seja entre sociedades empresárias seja entre Estados soberanos, em prol de benefícios comuns que dificilmente seriam atingidos caso cada parte optasse por agir individualmente. Em razão disso, são temas de suma importância para o setor do petróleo e gás natural, que, como já adiantado, envolve uma série de riscos e investimentos vultosos.

Com as considerações acima sobre a *joint ventures*, chega-se à primeira conclusão. O instituto quando analisado sob o ordenamento jurídico pátrio encontra algumas modalidades semelhantes, dentre elas o consórcio previsto na Lei nº 9.478/97 (modalidade de *joint venture* contratual, haja vista que o consórcio não é detentor de personalidade jurídica própria). Portanto, para analisar essa figura, recorda-se que a ANP deve levar em consideração as

⁶⁶² Deve-se registrar que esse problema não se restringe ao âmbito internacional, haja vista que pode ocorrer em blocos concedidos na área de um mesmo Estado, também configurando, portanto, a unitização.

⁶⁶³ “Analisando-se a questão por outro prisma, pode-se dizer que a exploração em um dos lados de uma fronteira, que danifique o reservatório, diminua a capacidade do outro Estado de explorá-lo ou reduza os recursos no subsolo no outro lado da fronteira, constitui uma violação dos direitos soberanos do Estado, cujos recursos sejam assim reduzidos”. LIMA, Juliana Cardoso de; RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Unitização e Desafios. **Revista Brasileira de Direito de Petróleo, Gás e Energia (RBDP)**, v.3, UERJ. Rio de Janeiro: Saberes editora, 2006, p. 17.

⁶⁶⁴ *Idem*, p. 15.

melhores práticas da indústria do petróleo e gás, não sendo vedado, portanto, o recurso à doutrina subjacente às *joint ventures*, em seus aspectos internos e internacionais, especialmente com foco no princípio da cooperação. No ramo da indústria, além dos contratos celebrados com a União, representada pela ANP (ex: contrato de concessão), existem também os instrumentos privados delimitadores da atuação das partes e instituidores das *joint ventures*. Em razão dos argumentos expostos, tais contratos privados igualmente precisam ser levados em conta pela ANP na análise dos casos sob sua égide⁶⁶⁵. Um desses instrumentos contratuais é o denominado de *joint operating agreements* (JOA).

Os JOAs são a principal modalidade que auxilia na materialização da cooperação entre os *players* do petróleo, surgindo, inicialmente, no ordenamento norte-americano, apenas para regular atividades de exploração e produção de petróleo em terra (*on shore*). Após, com o avançar da tecnologia e crescimento da exploração no mar (*offshore*), os JOAs passaram também a ser aplicados para essas atividades. O sucesso do modelo nos EUA fez com que o instrumento passasse a ser utilizado pela indústria do petróleo em todo o mundo⁶⁶⁶.

Em relação ao propósito dos JOAs, recorre-se à minuta debatida e aprovada pela *Association of International Petroleum Negotiators* (AIPN) em 2012⁶⁶⁷, que, lastreada pelas contribuições de renomados juristas e outros profissionais atuantes no setor petrolífero, assim redigiu cláusula para delimitar o escopo desse importante instrumento contratual:

The purpose of this Agreement [joint operating agreement] is to establish the respective rights and obligations of the Parties concerning operations and activities under the Contract, including the joint exploration, appraisal, development, production of Hydrocarbons (including treatment, storage, and handling of produced Hydrocarbons upstream of the Delivery Point), the determination of Entitlements at the Delivery Point,

⁶⁶⁵Somado a isso, como se verá no tópico seguinte, a agência ainda possui um dever de fiscalização da solvência das sociedades, reforçando esse argumento no âmbito da recuperação judicial.

⁶⁶⁶ ROSA, Alberto Lopes da. **O Joint Operating Agreement sob a ótica dos contratos empresariais**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=134dd796229f80f2>>. Acesso em: 04 ago. 2016, p. 7.

⁶⁶⁷ Merece destacar aqui o sério trabalho efetuado pela AIPN, entidade com sede em Houston e criada em 1982, que, ao longo dos anos, vem contribuindo com importantes minutas contratuais para o setor: “Independente do grau de aceitação da minuta da AIPN, como base universal para negociações, ela foi o resultado de um trabalho sério e abrangente, cujo propósito consistiu em dar o devido dimensionamento a possíveis opções nas diversas cláusulas do JOA, bem como permitir, às partes, a avaliação de seu valor econômico e de seu impacto no restante do mundo. [...] Para as empresas, a participação da AIPN tem se revelado um investimento de bom retorno, quando se compara o número de horas anteriores despendido com negociações, ora encurtadas pelos textos básicos de ampla aceitação”. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo...**, p. 266. Sobre especificamente o modelo de 2012, assevera a literatura estrangeira: “The 2012 JOA is expected to take over as the new international industry standard”. WEBSTER, Sam. **The New AIPN 2012 model form joint operating agreement – what’s new?** Disponível em: <<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b1378bec-a454-4d75-af71-0897d5e83bab>>. Acesso em: 04 ago. 2016. Além da AIPN, outras entidades desenvolveram modelos padrões de contratos da indústria, cabendo aqui ressaltar uma das pioneiras do movimento: a *American Association of Petroleum Landman* (AAPL).

and Decommissioning.⁶⁶⁸

Da leitura da cláusula, pode-se extrair que o JOA costuma estar relacionado à celebração de um contrato de exploração e produção com o Estado hospedeiro, visando à concessão da área, após terem as sociedades logrado êxito em eventual certame licitatório realizado. Enquanto o contrato da concessão delimita os direitos e obrigações do concessionário sobre o bloco explotado, o papel do JOA refere-se mais ao relacionamento entre os parceiros comerciais, “estabelecendo os respectivos direitos e obrigações de cada um deles com relações à operações e atividades em consonância com o previsto no contrato de concessão”⁶⁶⁹. Nesse diapasão, quando uma das partes deixa de honrar seus compromissos com outra, quando devido, configura-se verdadeira hipótese de inadimplemento de obrigação contratual. Nesse sentido, o JOA muitas vezes é interpretado, erroneamente, como um instrumento privado que não interessa ao Estado hospedeiro, salvo quando este decide fazer parte do mencionado contrato, geralmente representado por uma sociedade estatal.

Um dos desafios da elaboração dos JOAs é a conciliação do interesse de sociedades empresariais situadas em diversas partes do globo terrestre. Isso porque as diferentes tradições jurídicas de cada parte podem, muitas vezes, apresentar-se como obstáculo para a concretização do acordo. Como o instrumento originou-se nos EUA, seu lastro jurídico é o *common law*, razão pela qual causou certa estranheza às sociedades da Europa continental, pertencentes à família do *civil law*, quando foram vistos pela primeira vez em negociações com sociedades norte-americanas. E nesse âmbito que se destacou a importância de entidades que buscaram estudar o assunto e elaborar minutas globais, como especial destaque a já citada AIPN.

É comum que nos JOAs esteja prevista a divisão entre partes, elegendo uma para ser o operador e outras para ser não operadores. O operador é aquele que possui atribuições para dirigir e conduzir as *joint operations* (operações conjuntas) e representar a associação (*joint venture*) perante terceiros e o Estado hospedeiro, gerindo negócios e sendo o responsável pela contabilidade, orçamento, contratação de serviços, elaboração de relatórios e outras atividades semelhantes⁶⁷⁰. Além disso, os JOAs preveem também a figura do Comitê Operacional

⁶⁶⁸ Cláusula 3.1.A do *2012 Model International Joint Operating Agreement*, aprovado pela *Association of International Petroleum Negotiators* (AIPN). Disponível em: <<https://www.aipn.org/mcvisitors.aspx>>. Acesso em: 04 ago. 2016.

⁶⁶⁹ ROSA, Alberto Lopes da. *O Joint Operating Agreement...*, p. 7.

⁶⁷⁰ Cláusula 4.2.A do *2012 Model International Joint Operating Agreement*, aprovado pela *Association of International Petroleum Negotiators* (AIPN). Disponível em: <<https://www.aipn.org/mcvisitors.aspx>>. Acesso em: 04 ago. 2016: “Subject to the terms and conditions of this Agreement, Operator shall have all of the rights, functions, and duties of Operator under the Contract, shall have exclusive charge of Joint Operations, and shall conduct all Joint Operations. Operator may employ independent contractors and agents, including Affiliates of

(*operating committee*), geralmente composto por representantes de todas as partes, com atribuição para supervisionar a atuação do operador e as despesas efetuadas com tal atividade⁶⁷¹.

A responsabilidade do operador geralmente é formulada na condução de operações de maneira diligente, eficiente, segura e conforme as boas práticas e princípios de conservação seguidos na indústria do petróleo para situações semelhantes ao caso examinado. É costumeiro a presença de cláusulas nos JOAs, que visam restringir a atuação discricionária do operador. Do ponto de vista da responsabilidade, o operador atua em nome próprio do grupo, assumindo obrigações em benefício de todas as partes do JOA, bem como praticando os atos necessários para consecução dos objetivos perseguidos. O operador não é remunerado simplesmente por esse fato, podendo, porém, realizar pedido de aporte de recursos (*cash call*), baseados na estimativa de gastos a ser despendida para a consecução das operações, conforme um Programa de Trabalho e Orçamento aprovado.

Inobstante haja posição na doutrina, especialmente norte-americana, de que a celebração de um JOA diverge dos conceitos de *joint venture*⁶⁷², quando o tema é trazido para o Brasil, não restam maiores dúvidas sobre o assunto. Isso porque a norma pátria (Lei nº 9.478/97) estipula, em seu art. 38, que deverá o edital de licitação exigir a comprovação da constituição do consórcio (inciso I), quando for permitido, bem como a indicação da sociedade líder, responsável pelas operações, sem prejuízo de responsabilização solidária das demais consorciadas (inciso II). A lei do petróleo demanda, ainda, o registro do instrumento constitutivo do consórcio, a fim de que possa ocorrer a outorga da concessão (inciso V). Com base nesse dispositivo, Alberto Lopes da Rosa aponta a existência de dois instrumentos para reger as *joint ventures* no Brasil:

Assim, verifica-se que existem dois instrumentos de grande importância a reger as *joint ventures* do petróleo no Brasil, quais sejam, (i) o contrato de consórcio, a representar o denominado “consórcio externo”, por ser aquele que é arquivado no respectivo Registro de Empresas Mercantis e, portanto, levado a conhecimento de terceiros e; (ii) o Acordo de Operações Conjuntas que, por outro turno, pode ser denominado “consórcio interno”,

Operator, Non-Operator, or Affiliates of a Non-Operator, in such Joint Operations”. Tal cláusula é seguida pela enumeração detalhada das condutas de responsabilidade do operador.

⁶⁷¹ Cláusula 5.2 do *2012 Model International Joint Operating Agreement*, aprovado pela *Association of International Petroleum Negotiators* (AIPN). Disponível em: <<https://www.aipn.org/mcvisitors.aspx>>. Acesso em: 04 ago. 2016: “The Operating Committee shall have the power and duty to authorize and supervise Joint Operations that are necessary or desirable to fulfill the Contract and properly explore and exploit the Contract Area under this agreement, the Contract, the Laws, and generally accepted practices of the international petroleum industry under similar circumstances; provided that Operating Committee may not compel any Party to exercise, make, or take, or prevent any Party from exercising, making, or taking, any right, decision, or action concerning any matter or proposal under this Agreement, which right, decision or action is reserved or delegated to a Party or the Parties”.

⁶⁷² “A solidariedade e responsabilidade ilimitada são os pontos nodais e a principal razão para que nos modelos padrões de JOA haja expressamente a negação de que tal acordo venha a configurar uma *joint venture*”. ROSA, Alberto Lopes da. *O Joint Operating Agreement...*, p. 10.

pois disciplina única e exclusivamente a relação entre as partes consorciadas, não sendo necessário ser levado a público.⁶⁷³

Vê-se, destarte, que o contrato de consórcio, se arquivado no Registro Público de Empresas Mercantis, a cargo das Juntas Comerciais, constitui documento de caráter mais genérico e público, ao passo que o *joint operating agreement*, por sua vez, acaba figurando como documento entre partes privadas, novamente em decorrência da praxe da indústria internacional (*lex petrolea*).

Considerando que o objetivo primordial do JOA é a exploração e produção de hidrocarbonetos, em conjunto com as sociedades parceiras, tem-se que será um instrumento contratual de longa duração. Em razão disso, torna-se inviável tentar prever todas as situações que podem vir a acontecer no momento de celebração do contrato, razão pela qual é comum a presença de cláusulas mais abertas. Além disso, nota-se que o JOA costuma conter cláusulas de melhores esforços (*best efforts*) em prol da negociação, de modo que incentiva a busca por uma solução amigável para os mais diversos assuntos que aparecerem com o tempo, especialmente naqueles não previstos no momento da celebração do instrumento, não prejudicando, contudo, o direito de recorrer a outros meios de solução de controvérsias, como a arbitragem e mediação⁶⁷⁴.

Deve-se acentuar, com ênfase no vínculo de obrigação existente entre as partes no JOA, que o instrumento possui caráter multilateral, isto é, as partes não nutrem direitos e deveres tão somente entre uma e outra, mas para com todas as envolvidas ao mesmo tempo. É bastante corriqueiro que esteja previsto no JOA um rol de direitos e deveres das partes. Havendo falha dos compromissos previstos nesta lista, estará caracterizado o inadimplemento de obrigação contratual (*default*), sujeitando a parte que deu causa ao ilícito, por exemplo, no Brasil, às penalidades previstas no art. 389 do Código Civil⁶⁷⁵. Além disso, poderão ser invocados os dispositivos sancionatórios do próprio instrumento contratual. A minuta modelo de 2012 da

⁶⁷³ ROSA, Alberto Lopes da. **O Joint Operating Agreement...**, p. 12.

⁶⁷⁴ Cláusula 18.2.B do *2012 Model International Joint Operating Agreement*, aprovado pela *Association of International Petroleum Negotiators* (AIPN). Disponível em: <<https://www.aipn.org/mcvisitors.aspx>>. Acesso em: 04 ago. 2016: “Negotiations. The parties to the Dispute shall seek to resolve any Dispute by negotiations between Senior Executives. A ‘Senior Executive’ means any individual who has authority to negotiate the settlement of the Dispute for a Party. Within thirty (30) Days after the date of the receipt by each party to the Dispute of the Notice of Dispute (which notice shall request negotiations among Senior Executives), the Senior Executives representing the parties to the Dispute shall meet at a mutually acceptable time and place to exchange relevant information in an attempt to resolve the Dispute. [...] Despite the above, any Party may initiate arbitration proceedings under Article 18.2.D or mediation proceedings under Article 18.2.C concerning such Dispute within thirty (30) Days after the date of receipt of the Notice of Dispute”.

⁶⁷⁵ Art. 389 do CC/02: Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

AIPN recebeu uma atenção especial nesse assunto, conforme aponta Sam Webster:

The most significant changes in the 2012 JOA concern the remedies available in the event of a default. The new model form preserves the existing remedies from the 2002 JOA—namely forfeiture, buy-out and enforcement of security—but also introduces a new remedy, the so-called “withering option.” Rather than forcing the defaulting party to forfeit its entire participating interest (which in some jurisdictions may be considered unenforceable), the withering option gives the non-defaulting parties the right, during an approved development plan, to acquire a part of the participating interest in the actual exploitation area to which the default relates. This “withering interest” is calculated by reference to a detailed contractual formula.⁶⁷⁶

Nota-se que a doutrina aponta a possibilidade de rejeição da opção de apreensão de parcela da participação (*withering option*) em algumas jurisdições. No Brasil, contudo, não parece haver maiores obstáculos, em razão do caráter proporcional da medida:

[A] opção de apreensão de parcela da participação (*withering option*) parece oferecer certas vantagens, pois como medida contra o inadimplemento é mais proporcional do que uma perda completa porque é medido em relação à extensão do prejuízo. Portanto, [...] a aplicação da opção de apreensão de parcela da participação, calculada de acordo com fórmula prevista no JOA, encontra aplicabilidade no direito brasileiro. Pois, diferentemente das hipóteses de transferência compulsória da participação, quando a medida pode se mostrar extremamente desproporcional, a caracterizar um enriquecimento sem causa das partes não inadimplentes, e, portanto, ser inaplicável, por contrair expressamente o disposto no art. 884 do Código Civil, *in verbis*: ‘Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários’.⁶⁷⁷

A doutrina estrangeira complementa ao concluir que, inobstante a prevalência das negociações no âmbito da minuta da AIPN, opção de apreensão de parcela da participação, em razão de sua proporcionalidade e benefícios, apresenta-se certamente como opção vantajosa à indústria⁶⁷⁸. Por fim, dentre outros temas que costumam estar regrados nos JOAs, destaca-se: a

⁶⁷⁶ WEBSTER, Sam. **The New AIPN 2012 model...** Disponível em: <<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b1378bec-a454-4d75-af71-0897d5e83bab>>. Acesso em: 04.08.2016. Nesse sentido, veja-se ainda Cláusula 8.3.A.2 do *2012 Model International Joint Operating Agreement*, aprovado pela *Association of International Petroleum Negotiators* (AIPN). Disponível em: <<https://www.aipn.org/mcvisitors.aspx>>. Acesso em: 04 ago. 2016: “If the Defaulting Party has failed to obtain or maintain any Security required of such Party in order to maintain the Contract in full force and effect, the type and amount of the Security the non-defaulting Parties shall post or the funds they shall pay in order to allow Operator, or (if Operator is in default) the notifying Party, to post and maintain such Security. Unless otherwise agreed, the non-defaulting Parties shall satisfy the obligations for which the Defaulting Party is in default in proportion to the ratio that each non-defaulting Party’s Participating Interest bears to the Participating Interests of all non-defaulting Parties”. Para uma análise mais pormenorizada do assunto, consulte: ROSA, Alberto Lopes da. **O Joint Operating Agreement...**, pp. 24-26.

⁶⁷⁷ ROSA, Alberto Lopes da. **O Joint Operating Agreement...**, p. 25.

⁶⁷⁸ “While the new drafting is complex and will likely require the parties to commit greater resources to the JOA negotiations, the withering option does bear certain advantages. As a remedy it is more proportionate than a complete forfeiture because it is measured against the extent of the default, and therefore avoids the enforceability concerns with “disproportionate” remedies. The new remedy also provides continuity by enabling the defaulting party to remain in the rest of the project”. WEBSTER, Sam. **The New AIPN 2012 model...** Disponível em: <<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b1378bec-a454-4d75-af71-0897d5e83bab>>. Acesso em: 04 ago. 2016.

cessão e transferência dos direitos, o relacionamento das partes e impostos, questões referentes à informação, confidencialidade e propriedade industrial, retirada do acordo, dentre outros que sejam importantes para a realização da exploração e produção conjunta das partes⁶⁷⁹.

Finalmente, para se ater à responsabilização das partes envolvidas, deve-se tecer breves comentários sobre a cessão de direitos, uma vez que o instituto permite a inclusão de outras sociedades na cadeia de exploração dos recursos. A indústria do petróleo e gás natural consagrou uma expressão que não encontra perfeito paralelo no direito brasileiro: o chamado *farm out*, caracterizado como um acordo através do qual determinada parte, que possui uma área de exploração (o *farmor*), cede sua participação a outrem, comumente designado *farmee*, em troca da realização de operações de teste e perfuração por este último. Visto por um ângulo amplo, trata-se do instituto da cessão de direitos que permite novas chances de diluição dos riscos financeiros, não realizada no momento em que ocorreu a obtenção da área. Sua importância é latente, pois, em decorrência das complexidades do setor, muitas vezes, uma determinada área deixa de ser atraente para uma sociedade e passa a ser para outra.

No Brasil, o art. 176, § 3º, da Constituição de 1988 dispõe que as autorizações e concessões “não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente”. Vê-se, portanto, que o dispositivo autoriza a cessão a *contrario sensu*, isto é, havendo autorização do poder cedente, não existe impeditivo para sua ocorrência. O art. 176 trata especificamente sobre recursos minerais, porém, considerando que os hidrocarbonetos são recursos dessa natureza, não haveria qualquer óbice em realizar uma interpretação extensiva da norma, a fim de inclui-los na autorização legal do parágrafo 3º. Prova disso é a legislação infraconstitucional, porque a Lei nº 9.478/97 assim dispõe sobre a cessão de direitos do contrato de concessão:

Art. 29. É permitida a transferência do contrato de concessão, preservando-se seu objeto e as condições contratuais, desde que o novo concessionário atenda aos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pela ANP, conforme o previsto no art. 25.

Parágrafo único. A transferência do contrato só poderá ocorrer mediante prévia e expressa autorização da ANP.

Os requisitos técnicos, econômicos e jurídicos serão determinados pelo edital de licitação, elaborado pela ANP. Além dessas autorizações legais, o próprio contrato de exploração de produção de petróleo pode prever a possibilidade de cessão de direitos. Como se examinou, o contrato de concessão relativo à exploração do bloco BS-4 tinha cláusula expressa

⁶⁷⁹ Para um estudo detalhado de cada uma dessas cláusulas e outras semelhantes, cf. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo...**, pp. 253-332.

autorizativa (cláusula 28.5). Registra-se, ainda, que a Lei nº 8.666/93, à semelhança da Carta Magna, permite a cessão de direitos a *contrario sensu*:

Art. 78. Constituem motivos para a rescisão do contrato:

[...]

VI – a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, **não admitidas** no edital e no contrato. [g.n.]

Cumprido examinar a responsabilização das sociedades, nacionais ou estrangeiras, envolvidas em consórcios, após reconhecimento do estado de insolvência de uma das envolvidas, acarretando seu inadimplemento. A operacionalização jurídica das atividades de exploração e produção exigem a celebração de diferentes instrumentos contratuais, que, inobstante possuam diferentes partes e peculiaridades, almejam o mesmo interesse: a consecução das operações. Ainda que, no caso OGX, estivesse prevista a solidariedade entre os parceiros, por exemplo, no âmbito da cessão que ocorreu para a sociedade Queiroz Galvão Exploração e Produção S.A, a ANP precisa analisar os regramentos privados entre partes, evitando fazer mera aplicação rígida da lei. Tal situação se lastreia na obrigação da agência de preservar o interesse público (consecução das operações, visto que traz compensação financeira para o Estado) e levar em consideração as melhores práticas da indústria (intuito cooperativo através de *joint ventures*). Saliente-se ainda que, no âmbito da recuperação judicial, a importância desta análise torna-se mais importante ainda, haja vista que tal procedimento visa o soerguimento da atividade empresarial do devedor, condição ideal para o sucesso do intento exploratório.

A situação pode ficar mais complexa quando, indo além do caso OGX, o consórcio é formado entre sociedades, em que uma delas é controlada por sociedade sediada no exterior e se vê em regime de insolvência em decorrência de processo principal instaurado no âmbito desse país estrangeiro, por lá ser considerado o centro de principais interesses. Nessa hipótese, o procedimento brasileiro eventualmente instaurado seria considerado secundário, restringindo-se aos bens locais. Como se viu, deve-se recorrer à lei brasileira para reger os assuntos inerentes à falência, dentre eles os requisitos necessários para se decretar o estado falimentar ou recuperacional das sociedades aqui sediadas. As sociedades estrangeiras submetidas ao procedimento principal, no entanto, devem respeitar à lei alienígena.

A ANP, nessa hipótese, deveria agir da mesma forma, examinando o instrumento de parceria à luz do contrato de exploração, buscando delimitar as responsabilidades de cada parte. Reconhecido a inadimplência, pela lei brasileira, o crédito está formado e pode ser habilitado tanto no procedimento de insolvência principal quanto o secundário. Para viabilizar essas

situações, está se levando em conta que a jurisprudência pátria permita o universalismo mitigado, ainda que não haja lei autorizativa no Brasil, justamente em decorrência do legado do caso OGX.

Registre-se, por fim, que a ANP pode, por outro lado, reconhecer a solidariedade entre as consorciadas de modo automático e rígido, sem levar em consideração as diretrizes aqui apresentadas, autorizando que as sociedades, posteriormente, busquem reparação em decorrência do inadimplemento contratual entre partes. No Brasil, a demanda estaria albergada pelo artigo 389 do Código Civil de 2002. Na hipótese onde a subsidiária é estrangeira e o centro de interesses principais do grupo é no Brasil (caso OGX), sendo o crédito constituído em solo pátrio, aplica-se tanto para a constituição quanto classificação a lei brasileira (art. 9º da LINDB). Sendo o crédito constituído no exterior, recorre-se às regras de conexão para encontrar a lei aplicável, permanecendo a aplicação da lei brasileira para os assuntos inerentes à falência da sociedade aqui sediada.

A questão do impacto da insolvência transnacional na indústria do petróleo e a responsabilização das sociedades consorciadas é tema complexo, perpassando por questões que envolvem, *v.g.*, as funções que devem ser desempenhadas pela ANP e a força dos instrumentos celebrados entre partes. Para delimitação do tema, precisa-se perpassar pelo novo papel do Estado na economia, a necessidade de interpretação extensiva da ANP em observância ao interesse público, o foco nas medidas de soerguimento da atividade do devedor, bem como a posição da jurisprudência pátria sobre a insolvência com efeitos transfronteiriços enquanto o país não possuir legislação específica que trate com propriedade do assunto.

Contudo, seguindo os contornos apresentados na dissertação (necessidade de a ANP levar em conta as melhores práticas da indústria e os acordos de *joint ventures* especialmente no âmbito da recuperação judicial, coincidir os elementos competência e lei aplicável em matéria de assuntos inerentes à falência, possibilidade de habilitação de créditos tanto no processo principal quanto secundário, dentre outros), o trabalho do operador do direito restará facilitado nesta intrigante matéria. Deve-se sempre ter em mente que o fenômeno da internacionalização da atividade empresária para captação de recursos requer que o Estado hospedeiro se adeque às superestruturas societárias, sem se olvidar de proteger a economia nacional e promover a atração de novos investimentos.

5.3.3 A ANP como fiscalizadora da solvência das partes

A insolvência transnacional traz outro importante debate para o setor do petróleo e gás em relação à atribuição da ANP de fiscalizar a solvência das sociedades empresárias que se habilitam a participar das Rodadas de Licitações⁶⁸⁰. Essa função de fiscalização da agência se evidencia mediante análise das exigências editalícias no tocante à qualificação financeira do licitante, normalmente lhe exigindo demonstração de um patrimônio líquido mínimo necessário para a apresentação de ofertas. Como exemplo, cita-se o edital da 12ª Rodada de Licitações (2013), estipulando que a sociedade ofertante deveria apresentar os seguintes requisitos: i) demonstrações financeiras dos três últimos exercícios sociais; ii) parecer de auditor independente; iii) declarações financeiras e planejamento estratégico; iv) patrimônio líquido mínimo, a depender de sua condição de operador ou não operador.

Este poder/dever da ANP possui embasamento na Lei nº 9.478/97, conforme se vê em seus artigos 37, IV, e 38, III, *in verbis*:

Art. 37. O edital da licitação será acompanhado de minuta básica do respectivo contrato e indicará, obrigatoriamente:

[...]

IV – a relação de documentos exigidos e os critérios a serem seguidos para aferição da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica dos interessados, bem como para o julgamento técnico e econômico-financeiro da proposta.

Art. 38. Quando permitida a participação de empresas em consórcio, o edital conterà as seguintes exigência:

[...]

III – apresentação, por parte de cada uma das empresas consorciadas, dos documentos exigidos para efeito da avaliação da qualificação técnica e econômico-financeira do consórcio.

Por força do artigo 29 da Lei nº 9.478/97, já citado, tais exigências também são extensíveis na hipótese de cessão de direitos de exploração da concessão, desde que preservados o objeto e das condições contratuais e o novo concessionário atenda aos requisitos estabelecidos pela ANP. Desse modo, a agência fiscaliza não só a solvência de uma única sociedade, como do próprio consórcio e também na alteração das partes na cessão, devendo verificar, em cada situação, a real possibilidade da(s) sociedade(s) cumprir(em) com as obrigações contratuais. A título exemplificativo, no contrato BS-4 a OGX Petróleo e Gás Participações S.A. começou a atuar no bloco via instrumento de cessão, situação que demonstra a importância do instituto no

⁶⁸⁰ Evidentemente, ao se falar no dever de fiscalização de solvência por parte da ANP, aponta-se que a atuação da agência se dará tão somente no âmbito administrativo, tendo em vista que a realização de atos voltados ao reconhecimento do estado de insolvência de uma sociedade (ex: decretação da falência ou deferimento da recuperação judicial) no Brasil só pode ser realizado pelo Poder Judiciário. Saliente-se, em complementação, que a ANP não detém legitimidade ativa para requerer a falência de sociedades, salvo se enquadrar-se nas hipóteses autorizativas do art. 97 da Lei nº 11.101/05 (ex: ser credor do devedor, na forma do art. 97, IV, da citada norma falimentar).

presente estudo. Veja-se posição de Marilda Rosado:

A atuação da Agência Reguladora não deve se limitar apenas à fiscalização de condições econômica-financeiras na data da aprovação da cessão ou da habilitação de sociedade empresária em certame licitatório, mas deve ir além, verificando a real possibilidade de a sociedade cumprir com as obrigações contratuais. [...] O primeiro balizamento necessário à postulação de alteração no contrato de concessão é a perquirição da viabilidade de cumprimento de seu objeto, face às condições sociais e econômica que constituem os pilares de sua racionalidade. A Administração Pública não pode ficar insensível aos reclamos legítimos dos investidores.⁶⁸¹

O papel da ANP de fiscalizadora da solvência das sociedades e do consórcio deve se adequar à nova realidade da insolvência. Considerando o caminhar do mundo em prol da insolvência transfronteiriça, exige-se que a agência passe a analisar a solvência das participantes de modo mais amplo, diante da conduta de importantes grupos econômicos do mercado de estabelecerem subsidiárias em outros países, sem filiais ou ativos físicos no Estado da controladora, apenas com objetivo de fazer captação de receitas. Explica-se: como diversas vezes reiterado neste trabalho, o reconhecimento de uma insolvência transnacional no âmbito dos grupos societários faz com que as sociedades submetidas à procedimentos estrangeiros estejam sujeitas à lei alienígena para reconhecimento de seu estado de insolvência, por ser assunto inerente à falência.

Considerando que tais sociedades podem ser partes de consórcios no Brasil, a ANP também deve levar em consideração, ainda que de modo suplementar, o exame da solvência delas, com base em critérios internacionais, nos contratos de exploração e produção de petróleo em território nacional, que devem atuar conjuntamente com os requisitos da lei brasileira. Nesse ponto, há que se fazer uma importante ressalva: considerando-se que a ANP é um ente público da espécie autarquia de natureza especial, deve-se ter em mente que a agência só poderá atuar dentro do que a lei autoriza, em decorrência da aplicação do princípio da legalidade administrativa.

Consoante doutrina de Hely Lopes Meireles:

Na administração pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “*pode fazer assim*”; para o administrador público “*deve fazer assim*”.⁶⁸²

Dessa forma, a ANP está adstrita à atuação naquilo que for autorizado pela lei pátria e

⁶⁸¹ Trecho retirado do parecer da Professora Doutora Marilda Rosado de Sá Ribeiro, exarado no âmbito do caso OGX, p. 44. O parecer foi gentilmente cedido pela autora, para uso com fins acadêmicos. É com base nesse dever da ANP de fiscalização da solvência das sociedades que Marilda Rosado se posiciona em prol da necessidade de exame por parte da agência de acordos privados entre partes (ex: JOAs) no âmbito de uma recuperação judicial (meio de soerguimento da atividade empresarial do devedor) que detenha efeitos transfronteiriços.

⁶⁸² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo. Editora: Malheiros, 2004, p. 88.

também pelos atos administrativos expedidos no exercício de sua competência regulatória. Em virtude do interesse público e de estratégia do setor do petróleo e gás natural, é costumeiro que a agência e o legislador nacional optem por fazer prevalecer a aplicação da norma brasileira para os assuntos da indústria. Como exemplo, citam-se as cláusulas compromissórias⁶⁸³ presente nas 9ª (cláusula 31.5, e⁶⁸⁴) e 10ª (cláusulas 31.5, e⁶⁸⁵) rodadas de licitação (respectivamente, anos de 2007 e 2008), que estipulam a necessidade dos árbitros decidirem o mérito da arbitragem eventualmente instaurada com base nas “leis substantivas brasileiras”⁶⁸⁶. Em razão dessa prescrição, o árbitro não pode usar a *lex petrolea*⁶⁸⁷ como fonte subsidiária para suas decisões. Como asseveram Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Matheus Sousa

⁶⁸³ A utilização de cláusulas compromissórias é recorrente na indústria do petróleo: “A inclusão de cláusulas compromissórias neste tipo de contrato [contratos de exploração de petróleo e gás natural] é prática recorrente na indústria petrolífera mundial. Como explicam Marcelo de Oliveira Mello e Carlos Cesar Borromeu de Andrade, o governo do país onde os recursos naturais situam-se procura, geralmente, submeter as disputas contratuais à jurisdição de suas próprias cortes, ao passo que as companhias de petróleo, visando obter maior segurança jurídica, preferem resolver litígios por arbitragens, em tribunais de Comércio Internacional, a *American Arbitration Association* – AAA e a *London Court of International Arbitration* – LCIA”. ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; RAMALHO, Matheus Sousa. **Reflexões Acerca da Importância de Arbitragem Internacional na Indústria do Petróleo Brasileiro**. In: MENEZES, Wagner (Org.). **Direito Internacional em Expansão**. *Anais do 14º Congresso Brasileiro de Direito Internacional*. Belo Horizonte: Arraes, 2016. v. 8, p. 6.

⁶⁸⁴ Cláusula 31.5 do Contrato de Concessão relativo à nona rodada de licitações (2007): “31.5 Se a qualquer momento uma parte considerar que inexistem condições para uma solução amigável de disputa ou controvérsia a que se refere o parágrafo 31.2, deverá submeter essa disputa ou controvérsia a processo arbitral “ad hoc”, utilizando como parâmetro as regras estabelecidas no Regulamento da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional e em consonância com os seguintes preceitos: [...] (e) Quanto ao mérito, decidirão os árbitros com base nas leis substantivas brasileiras”.

⁶⁸⁵ Cláusula 31.5 do Contrato de Concessão relativo à décima rodada de licitações (2008): “31.5 Se a qualquer momento uma parte considerar que inexistem condições para uma solução amigável de disputa ou controvérsia a que se refere o parágrafo 31.2, deverá submeter essa disputa ou controvérsia a processo arbitral “ad hoc”, utilizando como parâmetro as regras estabelecidas no Regulamento da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional e em consonância com os seguintes preceitos: [...] (e) Quanto ao mérito, decidirão os árbitros com base nas leis substantivas brasileiras”.

⁶⁸⁶ É interessante observar que a exigência também se fez presente no regime da partilha de produção. Nesse sentido, veja-se o que estipulou a cláusula 36.4, g, do contrato relativo à 1ª Licitação de Partilha de Produção (2013): “36.4 Caso, a qualquer momento, uma das Partes ou um dos signatários considere que inexistem condições para uma solução amigável de disputa ou controvérsia, poderá submeter essa disputa ou controvérsia a processo arbitral *ad hoc*, utilizando como parâmetro as regras estabelecidas no Regulamento de Arbitragem (*Arbitration Rules*) da *United Nations Commission on International Trade Law* – UNCITRAL e em consonância com os seguintes preceitos: [...] g) No mérito, os árbitros decidirão com base nas leis substantivas brasileiras”.

⁶⁸⁷ Conforme Clarissa Maria Beatriz Brandão de Carvalho Cardoso Alves, Carlos Augusto Menezes Marinho e João Guilherme da Hora Vassallo, a *lex petrolea* é considerada uma especialização da *lex mercatoria*: “O comércio internacional do petróleo criou uma especialização da *lex mercatoria*, conforme termo já defendido por autoras como Maristela Basso e Marilda Rosado, que é a *lex petrolea*, justificada pela importância do capital do comércio da indústria petrolífera no mundo e nas suas criações técnicas próprias, em cada um dos alicerces da *lex mercatoria*. A *lex petrolea* se revela principalmente nos contratos-tipos e na jurisprudência arbitral. Os contratos-tipos da indústria são reconhecidos internacionalmente tais como o contrato de concessão, o contrato de partilha, o acordo de participação e o contrato de serviço. A arbitragem adotada na indústria do petróleo segue o modelo da cláusula compromissória da AIPN (Association of International Petroleum Negotiators) e possui ampla tradição jurisprudencial [...]. Também são adotadas na indústria do petróleo as práticas profissionais habituais e os usos e costumes da indústria”. ALVES, Clarissa Maria Beatriz Brandão de Carvalho Cardoso; MARINHO, Carlos Augusto Menezes; VASSALLO, João Guilherme da Hora. **Lex Petrolea: O Direito Internacional Privado na Indústria do Petróleo**. 4º *PDPEURO*, 21-24 de outubro de 2007. Disponível em: < http://www.portalabpg.org.br/PDPetro/4/resumos/4PDPETRO_8_2_0143-3.pdf >. Acesso em: 11 dez. 2016, p. 4.

Ramalho, tal restrição desagrada a investidores mais tradicionais:

Ao comentar sobre a escolha da lei aplicável [na arbitragem], Ana Carolina Weber afirma que a legislação aplicável pode ‘ser nacional ou estrangeira, princípios gerais do Direito, usos e costumes, regras internacionais de comércio (*lex mercatória*) [leia-se também *lex petrolea*], equidade’. A não menção a qualquer das melhores práticas internacionais como fonte do direito aplicável à arbitragem, mesmo como *soft law*, é um fator que, definitivamente, incomoda aos investidores estrangeiros mais conservadores, habituados e acostumados a participar de disputas internacionais.⁶⁸⁸

Nota-se, portanto, que a vedação de recurso a *lex petrolea* como fonte subsidiária está em descompasso com as demandas do cenário hodierno, especialmente na indústria petrolífera, cuja internacionalização é fator inerente a essa empresa. Entende-se que o correto seria a utilização das leis substantivas brasileiras para resolver o mérito de eventual arbitragem instaurada, porém facultado recurso às melhores práticas da indústria de forma complementar pelo árbitro.

Transpondo essa orientação para a insolvência transfronteiriça, tem-se a mesma conclusão. A realidade empresarial hodierna exige uma análise mais ampla da solvência de sociedades e consórcios nos contratos de exploração e produção de petróleo em território nacional, e o papel de garante do interesse público exercido pela ANP reforça tal afirmação. O permissivo legal para esta atuação encontra-se no dever de levar em consideração as melhores práticas da indústria (arts. 8º, IX, e 44, VI, da Lei nº 9.478/97) e de preservação do interesse nacional (art. 1º, I, da Lei nº 9.478/97).

Sendo assim, advoga-se pela ampliação da função da ANP⁶⁸⁹. Com efeito, a agência continua vinculada à legalidade administrativa, fazendo a aplicação e interpretação da lei nacional, porém também deve levar em consideração, no âmbito da fiscalização da solvência de sociedades, como fonte complementar, elementos dos sistemas de tratamento dos efeitos transfronteiriços da insolvência, bem como a posição das Cortes internacionais e estrangeiras sobre o assunto, com destaque para o Tribunal de Justiça de União Europeia e a interpretação do *Chapter 15* pelas Cortes norte-americanas, naquilo que tiver pertinência com o caso analisado pela ANP.

⁶⁸⁸ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; RAMALHO, Matheus Sousa. **Reflexões Acerca da Importância de Arbitragem Internacional...**, p. 11.

⁶⁸⁹ Marilda Rosado advoga inclusive por uma flexibilização da legalidade administrativa: “Não há mais lugar para uma visão estrita da legalidade administrativa, mas, ao contrário, deve haver espaço para que o administrador efetivamente contribua para uma visão formadora e criadora de soluções”. Trecho retirado do parecer da Professora Doutora Marilda Rosado de Sá Ribeiro, exarado no âmbito do caso OGX, p. 44.

5.3.4 A validade das garantias constituídas na indústria do petróleo

Por fim, o último ponto de repercussão no setor do petróleo e gás natural que será examinado neste trabalho é em relação à validade das garantias no âmbito da insolvência transfronteiriça. Ainda que o assunto não integre propriamente o núcleo desta pesquisa, não poderia deixar de ser mencionado em virtude de seu vínculo com a insolvência transnacional. Ressalva-se, contudo, que a complexidade do tema gera diversos questionamentos que não serão profundamente examinados, em razão do recorte deste estudo. A análise do assunto será feita com lastro no caso OSX-3⁶⁹⁰.

Em decorrência da existência de um débito orçado em US\$ 27.391.594,01 (vinte e sete milhões, trezentos e noventa e um mil, quinhentos e noventa e quatro dólares e um centavo de dólar norte-americano), houve ajuizamento de execução fundada em título extrajudicial pelo Banco BTG Pactual S.A. – Cayman Branch em face da sociedade devedora holandesa OSX 3 Leasing B.V, sendo constituída hipoteca para garantir o pagamento. Ocorre que, no caso, a OSX-3 Leasing B.V. emitiu *bonds* no mercado de capitais da Noruega, no valor de US\$ 500.000.000,00 (quinhentos milhões de dólares norte-americanos), com o escopo de financiar a aquisição de embarcação (navio-plataforma FPSO⁶⁹¹ OSX-3), títulos esses que foram adquiridos por outros credores, dentre eles a sociedade Nordic Trustee ASA. Após a aquisição e registro da embarcação sob bandeira da Libéria, foi constituída hipoteca em favor desta última sociedade, conferindo, portanto, prioridade sobre o bem financiado. Desse modo, a Nordic Trustee ASA peticionou nos autos, alegando, dentre outros argumentos, a existência de sua garantia real.

Ato contínuo, a 29ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital do Estado de São Paulo indeferiu o pedido de preferência do credor hipotecário Nordic Trustee ASA sobre o produto de eventual arrematação da embarcação penhorada, com lastro na fundamentação de que a hipoteca não se encontrava registrada perante o Tribunal Marítimo brasileiro, mas apenas perante a autoridade marítima liberiana. Interpostos os devidos recursos, o caso foi submetido a julgamento pela 13ª Câmara de Direito Privado do TJSP⁶⁹².

⁶⁹⁰ As informações aqui ventiladas foram retiradas dos autos do processo nº 2153991-40.2015.8.26.0000.

⁶⁹¹ Navio FPSO (sigla em inglês que significa *floating, production, storage and offloading*), é uma embarcação com capacidade de processar, armazenar e escoar a produção de petróleo e/ou gás natural para outras embarcações. Esta unidade flutuante de produção, armazenamento e transferência é utilizada nas atividades de E&P realizadas *offshore* em locais de produção distantes da costa com inviabilidade de ligação por oleodutos ou gasodutos.

⁶⁹² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 13ª Câmara de Direito Privado. **Agravo de Instrumento nº 2153991-40.2015.8.26.0000**. Relator desembargador Nelson Jorge Junior, julgado em 03.02.2016. In DJe de 05.02.2016.

O desembargador relator do recurso Nelson Jorge Junior salientou que a Lei nº 7.652/88, em seu art. 12, exige que o registro de direitos reais e de outros ônus que gravem embarcações brasileiras seja feito no Tribunal Marítimo, sob pena de não deter eficácia perante terceiros. Registra, porém, que não é possível o registro de embarcação de propriedade de sociedade estrangeira (OSX 3 Leasing B.V., constituída e sediada na Holanda) e dos ônus sobre ela incidentes.

Ainda que reconheça essa situação, aponta que a impossibilidade de efetuação do registro não conduz automaticamente à validade da hipoteca registrada perante autoridade marítima cuja bandeira a embarcação arvora (Monróvia/Libéria). Isso porque, para o reconhecimento de ônus reais com efeitos transfronteiriços, segundo o relator, é necessária a existência de acordo entre Estados soberanos nesse sentido, sendo prescindível tanto a existência ou não de vínculo efetivo entre a sociedade proprietária da embarcação e o país cuja bandeira ela ostenta quanto as razões que levaram a proprietária da embarcação a optar por registrá-la dessa forma. Considerando que a Libéria não consta como signatária de nenhum desses acordos (ex: Convenção de Bruxelas para Unificação de Certas Regras relativas aos Privilégios e Hipotecas Marinhas de 1926⁶⁹³ e Código Bustamante) e que não houve comprovação da existência de costume internacional *in casu*⁶⁹⁴, não seria, portanto, reconhecível os efeitos transnacionais da hipoteca.

É interessante observar que esse risco fora devidamente previsto no instrumento instituidor dos *bonds*, conforme cláusula 7.6.15, *in verbis*:

7.6.15. Após um inadimplemento, o Agente Fiduciário pode não conseguir realizar todos ou qualquer uma das garantias.

Pode ser difícil ou impossível para o Agente Fiduciário executar a garantia. Em particular, a execução de hipotecas de navios pode ser complicada. Por exemplo, pode ser difícil localizar um navio sem a assistência de uma agência especialista, ou problemático executar uma hipoteca de navio, pois ela estaria sujeita à lei do local em que o navio está localizado no momento da execução [...].

Tal situação foi levada em consideração pela 13ª Câmara de Direito Privado do TJSP, entendendo que a Nordic Trustee ASA era conhecedora dos riscos envolvidos na operação. Ademais, o relator entendeu inaplicável ao caso o disposto no art. 8, § 1º, da LINDB⁶⁹⁵. Caso

⁶⁹³ Convenção internalizada no Brasil mediante Decreto nº 351/1935.

⁶⁹⁴ “Pois bem, a juntada de pareceres lavrados por juristas estrangeiros, no sentido da admissibilidade da hipoteca liberiana perante seu direito pátrio, não possui o efeito pretendido, de demonstrar a existência de direito consuetudinário, especialmente porque estes invocam seu direito interno, o que nada socorre a agravante, uma vez que a questão é aqui tratada de forma diversa”. Trecho retirado do acórdão proferido nos autos do Agravo de Instrumento nº. 2153991-40.2015.8.26.0000, fl. 1.976.

⁶⁹⁵ “Art. 8º Para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados. §1º Aplicar-se-á a lei do país em que for domiciliado o proprietário, quanto aos bens que ele trouxe ou se destinarem a transporte para outros lugares”.

fosse aplicável, pelo fato da sociedade proprietária da embarcação OSX 3 Leasing B.V. ser constituída e sediada na Holanda, deveria ser aplicada a lei desse país para regular os bens móveis que estejam sendo carregados pelo proprietário ou destinados a transporte para outro lugar (princípio do *mobilia sequuntur personam*). Considerando que a embarcação em exame foi construída em Cingapura e que, quando finalizada, deslocou-se imediatamente para o Brasil, tendo por objetivo aqui permanecer pelo prazo de 20 anos (embarcação-plataforma), não seria bem móvel, portanto inaplicável o dispositivo invocado pela parte. Deve-se registrar, contudo, interessante ressalva que o relator acentua na hipótese de ser aplicável o art. 8º, §1º, da LINDB:

Por fim, em que pese a executada, proprietária do bem penhorado, seja pessoa jurídica autônoma, é inequívoco que, ao menos no momento em que constituída, compunha o grupo empresarial brasileiro OSX, afretando a embarcação de interesse a outra pessoa jurídica do mesmo grupo empresarial, para exploração na costa brasileira, pelo prazo de 20 anos. Assim, ainda que fosse possível a aplicação da lei holandesa, à luz do art. 8, §1º, da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, o que já afastado acima, essa possibilidade deveria ser verificada de forma cautelosa, diante dessas peculiaridades apresentadas pela executada OSX Leasing.⁶⁹⁶

Percebe-se que a sinergia e integração dos grupos econômicos também tem o condão inclusive de relativizar as regras de conexão, tornando aplicável aquela norma que esteja em maior consonância com o princípio da proximidade. Tal situação fortalece a interpretação extensiva da Lei nº 11.101/05 e dos princípios societários, a fim de permitir a união de subsidiárias estrangeiras em processo de insolvência, conduzido e julgado por magistrado brasileiro. Inobstante essa importante ressalva, a 13ª Câmara de Direito Privado do TJSP negou provimento ao agravo de instrumento, não reconhecendo a hipoteca constituída em favor da sociedade Nordic Trustee ASA. Foram interpostos embargos de declaração e, futuramente, recurso especial em face da decisão. O caso aguarda julgamento no STJ.

A hipótese supra, que acontece tanto para embarcações quanto aeronaves, ocorre igualmente na jurisprudência estrangeira. Veja-se o seguinte exemplo:

[...] the OSX-3 decision is comparable to the *Blue Sky One* case, in which English courts applied the *lex situs* to aircraft mortgages, and which sparked the Protocol to the Cape Town Convention regarding Aircraft Equipment. A similar protocol creating international interests on offshore oil assets could be an interesting development from the decision, and is under study by the Comité Maritime International (CMI).⁶⁹⁷

Como bem salientado, seria interessante a criação de um instrumento internacional que

⁶⁹⁶ Trecho retirado do acórdão proferido nos autos do Agravo de Instrumento nº. 2153991-40.2015.8.26.0000, fl. 1.979.

⁶⁹⁷ SANTOS, Maurício Teixeira; BALERONI, Rafael; FALCONE, Vitor. **Foreign Ship Mortgages in Brazil: the OSX-3 Case.** *The Ship Finance Publication of Record, Marine Money International*. v. 32, nº 6, out./nov. 2016. Disponível em: < <http://www.souzacescon.com.br/media/noticias/anexos/en/8410f7e2-46fb-4809-967d-1951553ad8d0.pdf> >. Acesso em: 24 nov. 2016, p. 70.

visasse disciplinar as garantias constituídas sobre ativos da indústria do petróleo. A questão é extremamente importante no âmbito da insolvência transfronteiriça e atinge diretamente a segurança jurídica dos credores, que calculam seus riscos com base na sua eventual posição na classificação de créditos em caso de insolvência. A validade ou não dessa garantia, portanto, é crucial. Em decorrência da globalização, torna-se cada vez mais corriqueiro o reconhecimento (ou não reconhecimento) de garantias reais constituídas sob a égide de ordenamento jurídico estrangeiro.

Não só isso, os Estados Unidos da América lidam com a questão também na seara interna, visto que seus entes federados são dotados de grande autonomia para elaborar suas normas. Registre-se, inclusive, que nesse país alguns entes federados são de origem da *common law* ao passo que outros são da *civil law*, que é o caso do Estado de Lousiana⁶⁹⁸, complicando ainda mais o assunto no país. Para ilustrar essa realidade, recorre-se à lição de William Schultz, Richard Nelson e Robert Thomas:

Difficulty often arises from the fact that oil and gas interests are susceptible to characterization as both real property and personal property. Some states classify interests in oil and gas in place as real property interests and interests in oil and gas severed from the land as personal property. In *In Re Fullop*, the district court affirmed a bankruptcy court holding that a creditor who filled assignments of various oil and gas leases in the real state records of the country in which the wellhead was located had properly perfected its interests in the extracted oil and gas pursuant do U.C.C. Article 9 of the Illinois statutes, thereby complying with the perfection requirements for personal property. As a result, payments made directly to the creditor by the purchasers of the extracted production were not subject to the trustee's "strong arm" powers.⁶⁹⁹

No Brasil, como visto no caso OSX-3, existem algumas convenções esparsas sobre garantias específicas ratificadas pelo país, destacando novamente o Código Bustamante, que segue como fonte auxiliar na ausência de instrumentos mais modernos. Amparando-se nesses documentos, entendeu a Corte local que a constituição da hipoteca marítima em Estado que não seja parte de alguma dessas convenções tornaria impossível seu reconhecimento pela autoridade judiciária brasileira. Aplicou-se, portanto, a *lex rei sitae* para reger a validade da garantia real. Não se vê diplomas contemporâneos voltados para regular o reconhecimento de garantias estrangeiras no âmbito dos ativos de petróleo e gás no mar (*offshore*), novamente gerando certa

⁶⁹⁸ "Questions have been raised as to whether or not the various privileges provided in the Lousiana Civil Code be 'statutory liens' since the Civil Code 'is simply a codification of what elsewhere is the common law'. The better view is that the definition of statutory liens 'should be viewed as contemplating all statutes purporting to give preference to creditor, even the provisions of the Lousiana Civil Code". SCHULTZ, William M.; NELSON, Richard T.; THOMAS, Robert O. **An Update on Some Common Issues Involved in Oil and Gas Bankruptcies: A Primer for The Non-bankruptcy Practitioner.** 39 *Ann. Inst. On Min. L.* 1, 1993. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/louilr46&div=45&id=&page=>>. Acesso em: 25 nov. 2016, p. 19-20.

⁶⁹⁹ *Idem*, p. 22.

insegurança jurídica no tema. Trata-se, portanto, de mais uma importante repercussão da insolvência transnacional na indústria do petróleo.

A internacionalização da atividade do devedor não importa apenas na questão dos efeitos transfronteiriços da falência ou da recuperação judicial, mas também no exame de credores externos que podem se fazer valer de garantias reais constituídas no exterior. Para demonstrar como o assunto vem se tornando corriqueiro, recorre-se novamente a William Schultz, Richard Nelson e Robert Thomas, ilustrando mais um caso que ocorreu nos Estados Unidos, dessa vez posicionando-se pela invalidade da garantia:

Characterization of a creditor's interest under applicable state law was crucial in *In Re George Rodman, Inc.*. In that case, the operator and the debtor (a working interest owner) had signed a model form operating agreement, under the terms of which the debtor had a twenty-two percent interest in the working interest of the unit. The operator attempted to perfect a lien against the debtor's interests pursuant to 42 O.S. 1981 § 144. The court held that the statutory lien provisions by which the operator attempted to perfect its lien was available "only when there is a contract between the owner of the lease and another for furnishing labor or material – not when a contract is for development of common property". The court held that "the parties entered into a contract to develop their common property". As a result, the operator was left with an unsecured claim.⁷⁰⁰

Novamente, reforça-se o papel que o direito comparado vem tendo na indústria do petróleo. O operador progressivamente entra em contato com outros ordenamentos nos mais diversos ramos do direito, *v.g.*, o empresarial (ex: análise da estrutura societária), falimentar (ex: requisitos para o pedido e decretação da falência), civil (ex: constituição de garantias reais), administrativo (ex: examinar os contratos de exploração de petróleo e gás natural), dentre outros. Especificamente, no âmbito das garantias reais, deve a comunidade local se indagar se a permanência de utilização de critérios locais para constituição da garantia, tal como a exigência de registro de hipoteca perante o Tribunal Marítimo no Brasil, como decidiu inicialmente a 29ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital do Estado de São Paulo, ainda permanece pertinente em um cenário cada vez mais globalizado.

Não obstante, no estudo da insolvência transfronteiriça, percebeu-se que os principais instrumentos internacionais da matéria também optam pela aplicação da *lex rei sitae* às garantias reais. Com base nessa situação e atentando à orientação adotada pela jurisprudência brasileira, conclui-se que a validade das garantias permanecem regidas pela referida regra de conexão, podendo inclusive não ter seus efeitos transfronteiriços reconhecidos na hipótese de ausência de tratado nesse sentido. Sugere-se, entretanto, que seja elaborado um instrumento multilateral voltado especificamente para os ativos do setor do petróleo e gás natural, em

⁷⁰⁰ *Idem*, p. 23.

atenção à acentuada internacionalização, complexidade e grande vulto de capital envolvido na indústria, visando promover a segurança jurídica em caso de eventual insolvência transfronteiriça.

CONCLUSÃO

Sem margem para dúvidas, a insolvência transfronteiriça é um tema instigante para o direito internacional, envolvendo uma série de interesses em seu bojo. Do ponto de vista do Estado, nota-se um viés protetivo do interesse nacional, buscando garantir o direito dos credores locais, bem como preservar a aplicação da lei nacional para os assuntos inerentes à falência. Sob o prisma do devedor, especialmente na esfera dos meios preventivos da falência, almeja-se uma otimização da cooperação jurídica entre todas as Cortes competentes para processar e julgar procedimentos de insolvência que envolvam seus bens, de modo a majorar as chances de soerguimento de sua atividade e/ou viabilizar a quitação de seus débitos no encerramento dela. Para os credores, por sua vez, busca-se a prevalência do princípio do *par conditio creditorum*, diluindo a insegurança jurídica diante de eventuais conflitos entre ordenamentos e os riscos existentes em demandas concursais.

A insolvência transfronteiriça, quando se mescla com a indústria do petróleo, internacionalizada por natureza, torna-se ainda mais intrigante, em virtude da complexidade deste setor, que envolve grupos de grande porte econômico e uma maior atuação por parte do Estado na Economia, na condição de regulador das empresas desenvolvidas. O presente estudo buscou sistematizar o tema e contribuir para seu desenvolvimento no Brasil.

Primeiramente, foram analisados alguns institutos jurídicos balizadores da matéria, tais como pessoa e personalidade jurídica, conceito de empresa e sociedade empresária, nacionalidade, dentre outros. Concluiu-se que a atuação das chamadas “empresas transnacionais” se confunde com a figura dos grupos societários de atuação transfronteiriça, que podem se estruturar de diversas formas, cada um deles tendo variados graus de integração entre as sociedades interligadas.

Além disso, registrou-se que o conceito de nacionalidade, que se lastreia no Brasil pelo critério da constituição da sociedade cumulado com o de sua sede social, não se confunde com a percepção de centro de interesses principais do devedor, invocado na maioria dos instrumentos internacionais sobre a matéria. Esse conceito, fluido, presumidamente é o local da sede estatutária do devedor. Contudo, em razão dos riscos de *forum shopping*, a doutrina e os diplomas mais conceituados buscam oferecer outros parâmetros, tal como verificar o lugar de onde provem a real administração dos interesses do devedor, se há habitualidade nesse local e se ele é devidamente reconhecido por terceiros.

Ato contínuo, foram apresentados os sistemas de tratamentos dos efeitos da insolvência

transfronteiriça (universalismo, territorialismo e modelos mistos). Viu-se que as propostas do universalismo modificado (*modified universalism*) e territorialismo cooperativo (*cooperative territoriality*) foram as que mais se destacaram no cenário internacional. Ambas advogam pela coexistência de diversos procedimentos de insolvência.

Não obstante, pelo universalismo modificado, deve ser eleito um procedimento principal, no país da sede do devedor, amparado normalmente pelo critério do centro de interesses principais, ao passo que os outros seriam secundários, restritos aos bens localizados em seu território. Esses últimos devem privilegiar ao máximo a lei do país de abertura do procedimento principal, permitindo, contudo, que o juiz local analise se a decisão estrangeira é justa e adequada, sob pena de não conferir a ela efeitos no foro. Já para o territorialismo cooperativo, os processos falimentares devem ser independentes e paralelos, sem qualquer vínculo de sujeição entre eles. Os órgãos competentes, no entanto, precisam se ajudar mutuamente, em prol da cooperação na insolvência.

São esses sistemas que embasaram principalmente as discussões na comunidade jurídica global, levando a adoção de convenções, tratados e leis modelos sobre o tema. Foi realizada uma sistematização do tratamento convencional clássico, perpassando pelo Projeto de Lima sobre Leis Comerciais no Direito Internacional Privado de 1881, o Tratado de Montevideu sobre Direito Comercial Internacional de 1889, o Tratado de Montevideu sobre Direito Comercial Terrestre de 1940, o Código Bustamante e algumas iniciativas europeias, estas últimas restando infrutíferas. Ainda que com algumas variações entre os instrumentos, pode-se extrair desse período algumas tendências no tratamento dos efeitos transfronteiriços da falência.

Primeiramente, os textos convencionais adotaram como critério de competência o domicílio comercial do falido. O reconhecimento desses efeitos se daria pelo processo homologatório de sentença, podendo haver comunicação entre juízos via carta rogatória. Na hipótese de haver estabelecimentos separados, deveria ocorrer a pluralidade de procedimentos. Optou-se por manter a correlação entre juiz competente e direito aplicável, contrariando as regras de direito internacional privado de separação desses assuntos (*forum e jus*). Como, nesse modelo, o poder judiciário é competente para julgar os bens situados em seu território, aplica-se a eles a *lex rei sitae*, situação que se repete em relação às questões envolvendo direitos reais.

No âmbito do tratamento hodierno da matéria e seu *status quo* no cenário internacional, notou-se que dois diplomas se destacam na comunidade jurídica: a LMIT e o Regulamento (CE) 1346/2000, revitalizado pelo Regulamento (UE) 2015/848. O primeiro documento, por ser uma Lei Modelo, permite maior flexibilização, haja vista que o Estado pode realizar as mudanças que entender necessárias no momento de sua internalização, sendo essa uma das razões de seu

sucesso. O segundo, por sua vez, foi elaborado à luz da supranacionalidade do bloco europeu, de modo que se tornou vinculante aos Estados membros sem ter que passar pelas fases rígidas de aprovação de um tratado, hipótese que foi tentada e fracassada anteriormente, como se ressaltou acima. Dessa fase contemporânea, pode-se extrair também alguns regramentos comuns, dentre eles a divisão entre procedimento principal de insolvência e secundários, nos moldes do universalismo modificado e a previsão de um dever de cooperação entre os órgãos e autoridades envolvidos na insolvência, bem como de respeito a alguns princípios materiais (ex: *par conditio creditorum* e direito de informação).

Busca-se, ademais, a otimização do princípio da celeridade, de modo que se pode observar certa resistência ao sistema de cartas rogatórias. Nesse sentido, concede-se aos representantes estrangeiros e credores o acesso direto às Cortes. O reconhecimento do procedimento estrangeiro pode não ocorrer no caso de violação à ordem pública local. No entanto, uma vez reconhecido, o magistrado local pode adotar qualquer medida apropriada para assegurar os direitos das partes, dentre elas a suspensão de ações e execuções sobre os bens do devedor. Em matéria de lei aplicável, permanecem coincidindo os critérios de competência e lei aplicável para os assuntos inerentes à falência, porém, para outras matérias, recorre-se às regras de conexão para indicar a lei material aplicável.

Fato interessante é que tanto a questão dos grupos corporativos quanto os meios preventivos à decretação da falência não receberam inicialmente profunda atenção dos diplomas. No caso dos grupos, em razão da personalidade jurídica e autonomia subjetiva das sociedades, seria necessário um procedimento próprio para cada uma delas, que deteriam seus respectivos centros de interesses principais. Nos agrupamentos de forte integração, tal situação poderia dificultar o bom caminhar da insolvência. Já no caso dos meios de soerguimento da atividade, notou-se uma posição no sentido de que os procedimentos secundários necessariamente seriam voltados apenas para liquidação.

Ambas situações descritas supra, todavia, sofreram alteração. A elaboração de guias legislativos posteriores e a revitalização do regulamento europeu levaram à criação do critério de centro de principais interesses do grupo, permitindo a união de sociedades em um único procedimento quando a integração assim exigir, bem como uma prevalência em prol dos meios de recuperação da sociedade empresária. Assim, atualmente, os procedimentos secundários podem objetivar tanto o encerramento da atividade do devedor quanto o seu soerguimento.

No Brasil, conclui-se que há uma lacuna sobre tema após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973, que revogou as normas sobre os efeitos transfronteiriços da falência previstos na legislação anterior. Ainda que a LINDB e o Código de Processo Civil tragam

algumas disposições sobre cooperação jurídica internacional, são elas de natureza geral, não estando aptas para lidar com a complexidade do assunto.

A Lei nº 11.101/05 estipula, em seu art. 3º, que o juízo competente para processar e julgar a falência, recuperação judicial e recuperação extrajudicial é o do principal estabelecimento do devedor. Mesmo na tentativa de realizar uma interpretação exaustiva do dispositivo, em virtude de ter sido originalmente voltado para regular uma divisão interna de competência, percebe-se que igualmente não está apto para tratar da insolvência transnacional adequadamente. Registra-se, contudo, a iniciativa de internalização de algumas disposições da LMIT no país pelo Projeto do Código Comercial (Projeto de Lei nº 487/2013), que permanece em tramitação.

No âmbito da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, salientou-se que o processo de recuperação judicial da OGX abriu importante precedente no país sobre o assunto. Decidiu a Décima Quarta Câmara Cível do TJRJ que, nas hipóteses em que a integração do grupo econômico for considerada elevada, torna-se possível a submissão ao magistrado pátrio de subsidiárias estrangeiras, sem ativos físicos e filiais no Brasil, desde que controladas por sociedade brasileira. Para tanto, é necessária a elaboração de distintos planos de recuperação para cada uma delas. Dessa decisão foi interposto recurso especial para o STJ, porém ainda se aguarda a decisão da alta Corte. O legado da OGX repercutiu em outros casos, dentre eles o Sete Brasil. Constatou-se que o Ministério Público Estadual, gradualmente, passou a ficar propenso a tal entendimento; porém, mesmo com esse caminhar, em razão da ausência de uma decisão dos Tribunais superiores, paira ainda certa insegurança jurídica sobre o tema.

Enfatizando o setor do petróleo e gás natural, no último capítulo foram debatidas questões como a validade das garantias instituídas na indústria, sendo reconhecido que o país também carece de instrumentos interacionais para regular o assunto. Conclui-se, inclusive pelo estudo dos diplomas de insolvência transnacional, que se deve adotar a regra de conexão *lex rei sitae* para reger as garantias reais, conduzindo a uma perspectiva territorialista.

Em decorrência disso, observou-se, pelo caso OSX-3, que há posição sustentando a impossibilidade de reconhecimento de garantias constituídas em outras partes do globo na ausência de tratado celebrado entre os Estados nesse sentido. Considerando que a indústria do petróleo é internacionalizada por natureza, tal situação gera novamente insegurança jurídica, acabando por encarecer ainda mais o setor.

No campo da responsabilização das sociedades consorciadas, delimitou-se um novo papel da ANP. Entendeu-se que a agência não pode mais se restringir ao papel de mero

aplicador de leis (aplicação rígida), mas deve atuar como verdadeiro garante do interesse público (visão ampla de sua atuação).

Nesse diapasão, deve-se analisar as melhores práticas da indústria do petróleo, conduzindo à obrigação de adentrar nos instrumentos privados das partes (ex: *joint operating agreement*) para apurar responsabilidade de cada uma, sempre objetivando o sucesso do intento exploratório dos blocos. Em razão disso, essa análise ocupa ainda mais destaque no âmbito da recuperação judicial, haja vista que neste procedimento busca-se o soerguimento da atividade do devedor, medida considerada ideal para o sucesso do intento exploratório.

Tal visão está condizente com a ideia de que uma exploração de sucesso leva a maiores arrecadações por parte do Estado hospedeiro, em razão das compensações financeiras que lhes serão pagas. Observou-se, inclusive, que o dever de fiscalização da solvência das sociedades consorciadas, ainda que não tenha o condão de exigir que a ANP examine detidamente leis substantivas estrangeiras, impõe que a agência expanda seu horizonte para a realidade globalizada, utilizando como fonte subsidiária tais normas.

São essas as conclusões da presente dissertação. Nota-se que a insolvência transfronteiriça é bastante complexa e conduz a diversos entendimentos. Tanto ela quanto o direito do petróleo envolvem assuntos em que estão presentes grande quantidade de capital e grupos corporativos de alto porte econômico. A dinamicidade da atuação econômica impõe ao Direito que dê respostas eficientes em tempo adequado para assuntos tão intrincados. Este estudo buscou contribuir para temática, oferecendo balizamento para os operadores jurídicos no momento em que se depararem com essas intrigantes matérias. Sendo facilitada a atuação do operador, entende-se que a pesquisa cumpriu com sua finalidade.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **A Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. Rio de Janeiro: AIDE, 1991.

AGUIRRE, Cecilia Fresnedo. **La nueva ley uruguaya de concursos y reorganización empresarial: un importante avance en sintonía con los principios internacionales en la materia**. In: ARROYO, Diego P. Fernández; KLOR, Adriana Dreyzin (coords.). **Derecho del Comercio Internacional temas y actualidades – Insolvencia Internacional**. Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, 2009.

ALTMAN, Jamie. **A Test Case in International Bankruptcy Protocols: The Lehman Brothers Insolvency**. 12 *San Diego International Law Journal*. 463 2010-2011. Disponível em: < <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/sdintl12&div=19&id=&page=>>. Acesso em: 19 set. 2016.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. **Desconsideração da Personalidade Jurídica como Instrumento Jurídico de Efetivação da Reparação por Danos Ambientais**. In: XVI Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Belo Horizonte. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2007, pp. 4118-4136. Disponível em: < http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/alexandre_ferreira_de_a_ssumpcao_alves.pdf >. Acesso em: 24 ago. 2016.

_____; RAMALHO, Matheus Sousa. **Reflexões Acerca da Importância de Arbitragem Internacional na Indústria do Petróleo Brasileiro**. In: MENEZES, Wagner (Org.). **Direito Internacional em Expansão**. *Anais do 14º Congresso Brasileiro de Direito Internacional*. Belo Horizonte: Arraes, 2016. v. 8.

ALVEZ, Clarissa Maria Beatriz Brandão de Carvalho Cardoso; MARINHO, Carlos Augusto Menezes; VASSALLO, João Guilherme da Hora. **Lex Petrolea: O Direito Internacional Privado na Indústria do Petróleo**. 4º *PDPETRO*, 21-24 de outubro de 2007. Disponível em: < http://www.portalabpg.org.br/PDPetro/4/resumos/4PDPETRO_8_2_0143-3.pdf >. Acesso em: 11 dez. 2016.

AMARAL, Francisco, **Direito Civil**. *Introdução*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

AMERICAN LAW INSTITUTE. **Transnational Insolvency: Cooperation Among the NAFTA Countries: Principles of Cooperation Among the NAFTA Countries** (2003) (adopted in 2000).

_____; INTERNATIONAL INSOLVENCY INSTITUTE. **Transnational Insolvency: Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases. Report to ALI** (March, 30, 2012). Disponível em: <https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/alireportmarch_0.pdf>. Acesso em: 10 out. 2016.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Arts. 70 a 74. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (Orgs.). Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas. V. III – Da falência – Artigos 75 até 160.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. O Poder Normativo da Agência Nacional de Petróleo (ANP). *In: Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal - IDAF. Ano II, nº 23, junho 2002/2003, p. 966.*

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Comercial: Sociedades Comerciais.** Lisboa, 1993.

ASSOCIATION OF INTERNATIONAL PETROLEUM NEGOTIATORS. **2012 Model International Joint Operating Agreement.** Disponível em: <<https://www.aipn.org/mcvisitors.aspx>>. Acesso em: 04 ago. 2016.

AVOUT, Louis D'. **Sens et portée de la *lex fori concursus*.** *In: ARROYO, Diego P. Fernández; KLOR, Adriana Dreyzin (coords.). Derecho del Comercio Internacional temas y actualidades – Insolvencia Internacional.* Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, 2009.

BATIFFOL, Henri. **Droit International Privé.** 4. ed., n. 192. Paris: L.G.D.J., 1967.

BECKERING, Kevin J. **United States Cross-Border Corporate Insolvency: The Impact of Chapter 15 on Comity and the New Legal Environment.** *Law & Business Review of the American*, v. 14, 2008.

BERENDS, André J. **The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: A**

Comprehensive Overview. *Tulane Journal of International Law and Comparative Law*. v. 6, 1998.

BIERY, Evelyn H.; BOLAND, Jason L.; CORNWELL, John D. **A Look at Transnational Insolvencies and Chapter 15 of the Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005**. *Boston College Law Review*. v. 47, 2005. Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol47/iss1/3/>>. Acesso em: 23 set. 2016.

BOELE-WOELKI, Katharina. **Unifying and Harmonizing Substantive Law and the Role of Conflict of Laws**. *Hague Academy of International Law*, 2010.

BOUTIN, Gilberto. **La insolvencia transfronteriza en el derecho internacional privado uniforme y en el Código Bustamante**. In: ARROYO, Diego P. Fernández; KLOR, Adriana Dreyzin (coords.). **Derecho del Comercio Internacional temas y actualidades – Insolvencia Internacional**. Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, 2009.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental na Medida Cautelar Nº 20.733 – GO**. Relator Ministro Marco Buzzi. Julgado em 22.03.2013 e publicado 19.04.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça, **Conflito de Competência 27.835-DF**, Segunda Seção, Ministro Relator Antônio de Pádua Ribeiro, julgado em 14.03.2001 e publicado em 09.04.2001.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 971.215**, Terceira Turma, Ministro Relator Humberto Gomes de Barros, julgado em 21.08.2007 e publicado no DJ de 15.10.2007.

_____. 3ª Região. Tribunal Regional Federal. Terceira Turma. Mandado de Segurança nº 0005646-56.2001.4.03.6104. Relator Juiz Convocado Rubens Calixto. Julgamento em 18/06/2009. In DJ de 30/06/2009.

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 >. Acesso em 04 mai. 2016.

_____. **International Insolvency Case Venue in the European Union: The Parmalat and Daisytek Controversies**. *Columbia Journal of European Law*. v. 12, n. 429, (2006), Penn State Law Research Paper. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2677718>. Acesso em: 05 out. 2016.

_____. **Revision of the European Union Regulation on Insolvency Proceedings – Recommendations.** *Legal Studies Research Paper*, n. 2, 2014. Disponível em: <https://a1papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2382133>. Acesso em: 09 out. 2016.

BULGARELLI, Waldirio. **Sociedades comerciais**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

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 mai. 2016.

BURTON, Leslie A. **Toward an International Bankruptcy Policy in Europe: Four Decades in Search of a Treaty.** *Annual Survey of International & Comparative Law* (1999). Disponível em: <<http://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1043&context=annlsurvey>>. Acesso em: 05 set. 2016.

BUSTAMANTE Y SIRVEN, Antonio Sanchez de. **Derecho Internacional Privado**. 2 ed. N° 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 mai. 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*, ano 4, v. 13, 2014.

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

_____; GUIMARÃES, Márcio Souza; SANTOS, Paulo Penalva. **A falência transnacional no Projeto do Código Comercial**. Opinião emitida no Consultor Jurídico *Conjur*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-17/falencia-transnacional-projeto-codigo-comercial>>. Acesso em 07.12.2016.

CANECO, Joseph A. **Insolvency Law and Attempts to Prevent Abuse and Forum Shopping in the EU**. *Law School Student Scholarship*, paper 843, 2016. Disponível em: <http://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1839&context=student_scholarship>. Acesso em: 14 out. 2016.

CÁRNIO, Thaís Cíntia. **Contratos Internacionais: teoria e prática**. São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências Reguladoras e Poder Normativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.) **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 75-90.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. V. 4. Tomo II: Artigos 243 a 300. São Paulo: Saraiva.

CASTRO, Amílcar de. **Direito Internacional Privado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CAYRU, José da Silva Lisboa, Visconde de. **Princípios de direito mercantil e leis da Marinha, divididos em sete tratados elementares, contendo a respectiva legislação patria, e indicando as fontes originaes dos regulamentos marítimos das principaes praças da Europa**. Tomo II, 6 ed. Rio de Janeiro: Typographia Academica, 1874.

CHANG, Chan Sup. **Chaebol: The South Korean Conglomerates Business Horizons**. v. March-April, 1988. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S000768138890081X>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. V. 2 – *Sociedades*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. V. 3 – *Contratos, Falência e Recuperação de Empresas*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Preleção em Curso de Especialização em Direito Empresarial da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**, em 30.04.1996 *apud* RÉGNIER, Leonardo Medeiros.

Nacionalidade das sociedades comerciais. Curitiba: Juruá, 2002.

COMISSÃO EUROPEIA. **Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Amending Council Regulation (EC) No 1346/2000 on Insolvency Proceedings.**

Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2012_360>. Acesso em: 09 out. 2016.

COMITÊ DE ASSUNTOS JURÍDICOS DO PARLAMENTO EUROPEU. **Relatório que contém recomendações à Comissão sobre os processos de insolvência no contexto do direito das sociedades da EU (Relatório Lehne).** Disponível em:

<<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2011-0355+0+DOC+XML+V0//PT#title1>>. Acesso em: 09 out. 2016.

COMUNIDADE EUROPEIA, Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Seção) de 02 de Maio de 2006. **Eurofood IFSC Ltd., Processo C-341/04.**

COMPARATO, Fábio Konder. **Falência** – Legitimidade da Fazenda pública para requerê-la. *Revista dos Tribunais*, nº 442/48-54. São Paulo.

_____. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA. **Jénard Report** (1979). Disponível em: <http://aei.pitt.edu/1465/1/commercial_report_jenard_C59_79.pdf>. Acesso em: 05 set. 2016.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (Orgs.). **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas. V. I - Disposições Preliminares e Institutos comuns à Recuperação Judicial e à Falência – Artigos 1 até 46.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas. V. II – Recuperação Judicial – Artigos 47 até 74.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas. V. III – Da falência – Artigos 75 até 160.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

COSTA, Carlos Jorge Sampaio. **O Código de Conduta das Empresas Transnacionais.** Rio de Janeiro: Forense, 1984.

DE LUCCA, Newton. **Arts. 1 ao 4.** In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (Orgs.). **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas.** V. I - *Disposições Preliminares e Institutos comuns à Recuperação Judicial e à Falência – Artigos 1 até 46.* Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 11 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

DÍAZ, Beatriz Campuzano. **La posición del TJCE con respecto a los problemas interpretativos que plantea el reglamento 1346/2000 en materia de insolvencia.** In: ARROYO, Diego P. Fernández; KLOR, Adriana Dreyzin (coords.). **Derecho del Comercio Internacional temas y actualidades – Insolvencia Internacional.** Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada.** 6. ed. atualiz. São Paulo: Saraiva, 2000.

DOLINGER, Jacob. **A Sociedade Anônima Brasileira – Critério determinador de sua Nacionalidade.** *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 23, pp. 65-70. São Paulo: 1976.

_____; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional privado: parte geral e processo internacional.** 12. ed. rev., atualiz. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça do. **Apelação Cível nº 2006.001.00228,** 12ª Câmara Cível.

_____. **Agravo de Instrumento nº 0064658-77.2013.8.19.0000.** 14ª Câmara Cível, relator desembargador Dr. Gilberto Guarino, julgado em 20.02.2014 e publicado em 24.02.2014.

_____. **Agravo de Instrumento nº 0034120-11.2016.8.19.0000.** 22ª Câmara Cível, relator desembargador Dr. Carlos Eduardo Moreira da Silva, julgado em 02.09.2016 e publicado em 06.09.2016.

_____. **Pedido de Recuperação Judicial nº 0203711-65.2016.8.19.0001.** 7ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro, juiz Dr. Fernando Cesar Ferreira Viana, julgado em 29.06.2016 e publicado em 06.07.2016.

ESTADO DE SÃO PAULO, Tribunal de Justiça do. **Agravo de Instrumento nº 2153991-40.2015.8.26.0000**. 13ª Câmara de Direito Privado, relator desembargador Dr. Nelson Jorge Junior, julgado em 03.02.2016 e publicado no dje de 05.02.2016.

FARIA, Antonio Bento de. **Código Commercial Brasileiro, anotado de accordo com a doutrina, a legislação e a jurisprudência nacional e estrangeira, e os princípios e regras do direito civil, seguido do Regulamento n. 737 de 1850, igualmente anotado, de um Índice alfabético e de um appendice contendo todas as leis comerciais em vigor e que lhe são referentes**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos editor, 1903.

FLETCHER, Ian F.. **Conflict of Laws and European Community Law**. North-Holland Publishing Co.: Amsterdam, 1982.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX**. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. v. 44, n. 0 (2006). Disponível em: < <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/9415/6507>>. Acesso em 25.06.2016.

FRANZINA, Pietro. **The new European Insolvency Regulation**. *University of Bari*, 2015. Disponível em: < <http://conflictoflaws.net/2015/the-new-european-insolvency-regulation/>>. Acesso em: 14 out. 2016.

ELO, Maria. **International expansion through joint venture: situations and strategies from a network perspective**. 25 *IMP Conference*. Marseille, 2009. Disponível em: <<http://impgroup.org/uploads/papers/7150.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2016.

ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**. v. 3, 2. ed, atualizada por José da Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

FERREIRA, Lier Pires. **O Diálogo entre o Direito do Petróleo e o Direito do Desenvolvimento**. *Revista da Escola de Guerra Naval*. nº 16. Rio de Janeiro. 2010.

_____; BORGES, Marcos Aurélio dos Santos. **Empresas Estrangeiras e o Direito ao Desenvolvimento: Uma Análise Jurídica da Política de Conteúdo Local no Setor Petrolífero Nacional**. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.). **Direito Internacional dos Investimentos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

FLANNIGAN, Robert. **The Legal Status of the Joint Venture**. *Alberta Law Review*. V. 46, pp. 713-739. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1458503>. Acesso em: 29 jul. 2016.

FLETCHER, Ian F. **Cross-Border Insolvency: Comparative Dimensions**. *The Aberystwyth Papers*, v. 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.

FONTES, André. **Regulação e Petróleo**. *Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia (RBDP)*, n. 2, Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ): Rio de Janeiro, 2006.

GALEN, Robert Van. **The European Insolvency Regulation and Groups of Companies**. Manuscrito não publicado. Disponível em: <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.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. 1, 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GUIMARÃES, Márcio Souza. **Arts. 53 ao 59**. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (Orgs.). **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. V. II – *Recuperação Judicial – Artigos 47 até 74*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

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.

HOPT, Klaus J. **Groups of Companies – A Comparative Study on the Economic, Law and Regulation of Corporate Groups**. *European Corporate Governance Institute (ECGI) – Law Working Paper No. 286/2015*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2560935>. Acesso em: 28 jul. 2016.

IMHOF, Cristiano; REZENDE, Bertha Steckert. **Novo código de processo civil comentado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **IBA Cross-Border Insolvency Concordat and Rationales**. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:mo0rLtE9IYMJ:www.ibanet.org/Document/Default.aspx%3FDocumentUId%3D2d55e76f-cab1-493d-b0a9-4b4b967b353f+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 09 out. 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>. Acesso em 03 mai. 2016.

JAEGER, Walter H. E. **Partnership of Joint Venture?** *Notre Dame Law Review*. V. 37, 12-1-1961. Disponível em: <<http://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3298&context=ndlr>>. Acesso em: 29 jul. 2016.

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

JO, Hee Moon. **Moderno Direito Internacional Privado**. São Paulo: LTR, 2001.

KARAN, Leonel Corrêa. **Multinacionais e Dependência**. Um Desafio à Liberdade. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1980.

KASHIWAGI, Noboru. **The Cross-Border Insolvency Situation in Japan**. *International Insolvency Review*, v. 9, 2000. Disponível em: <[http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/1099-1107\(200024\)9:3%3C205::AID-IIR74%3E3.0.CO;2-5/abstract](http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/1099-1107(200024)9:3%3C205::AID-IIR74%3E3.0.CO;2-5/abstract)>. Acesso em: 23 set. 2016.

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 mar. 2016.

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

LEE, Matthew. **A Brief and Selective History of U.S. Regulation.** *Inner City Public Interest Law Center*. Disponível em: <<http://www.innercitypress.org/reghist.html>>. Acesso em: 05 ago. 2016.

LIMA, Gustavo Barbieri; CARVALHO, Dirceu Tornavoi de. **Joint-venture como estratégia de internacionalização de empresas: um ensaio teórico.** 2013. Disponível em: <http://www.convibra.com.br/2008/artigos/96_0.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2016.

LIMA, Juliana Cardoso de; RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Unitização e Desafios.** *Revista Brasileira de Direito de Petróleo, Gás e Energia*, v.3, UERJ. Rio de Janeiro: Saberes editora, 2006.

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.

_____. **Grupo de Sociedades.** Rio de Janeiro: Forense, 1978.

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 mar. 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 mar. 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>. Acesso em 16 jun. 2016.

_____. **Universalism Unravels.** *American Bankruptcy Law Journal*, junho de 2005. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=732123>. Acesso em 17 mai. 2016.

MAGALHÃES, Átila de Alencar Araripe. **Instituto da Falência Transnacional como Instrumento Garantidor de Segurança Jurídica de Credores.** *Revista de Direito Empresarial (RDEmp)*, ano 13 – n. 21, maio/agosto, 2016.

MANGANO, Renato. **A new European Regulation on Insolvency Proceedings**. Abril, 2016. Disponível em: <<http://blog.oup.com/2016/04/new-european-regulations-law/>>. Acesso em: 14 out. 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.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. **Leçons de droit civil**. v. 1, t. 1; 1973, v. 1, t. 2. Paris: Ed. Montchrestien, 1969.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo. Editora: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Internacional Econômico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Das fallencias e dos meios preventivos de sua declaração: Decr. N. 917, de 24 de outubro de 1890, estudo theorico-pratico**. v. I. São Paulo: Typogbaphia Brasil de Carlos GERKE & Cia, 1899. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1205508881174218181901.pdf>>. Acesso em 25 jun. 2016.

MILLS, Alex. **Rethinking Jurisdiction in International Law**. *British Yearbook of International Law*, 187, 2014. Disponível em: <<http://bybil.oxfordjournals.org/content/early/2014/09/13/bybil.bru003>>. Acesso em: 31 out. 2016.

MINERVINI, Nicola. **O Exportador**. 4. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2005.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo I. 3. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1995.

_____. **Tratado de direito privado**, v. 1, 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954/1956.

- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- MOSS, Gabriel. **Group Insolvency – Choice of Forum and Law: The European Experience Under the Influence of English Pragmatism**. *Brooklyn Journal of International Law*, v. 32, I. 3. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1236&context=bjil>>. Acesso em: 05 out. 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>. Acesso em 02 mai. 2016.
- NAPOLITANO, Carlo José. **A Nacionalidade das Sociedades Empresariais**. Disponível em:<http://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos08/114_A_NACIONALIDADE_DAS_SOCIEDADES_EMPRESARIAIS.pdf>. Acesso em 27 jul. 2016.
- NASCIMENTO, Arthur Bernardo Maia do; BEZERRA, Juliano César Petrovich; FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Participações governamentais nos contratos de concessão de exploração e produção de petróleo e gás natural**. *Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia (RBDP)*, n. 2, Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ): Rio de Janeiro, 2006.
- NIBOYET, Jean-Pierre. **Traité de Droit International Privé Français**. Paris: Recueil Sirey, 1950.
- OLIVEIRA, Daniel Almeida de. **Pré-sal: O novo marco regulatório das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil**. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/1437979>. Acesso em: 06 ago. 2016.
- OMAR, Paul J. **Genesis of the European Initiative in Insolvency Law**. *Int. Insolv. Rev.*, v. 12. 147-170 (2003). Disponível em: <<https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/genesisofeuropainitiativeininsolvencylaw.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2016.
- PARENTONI, Leonardo Netto. **Arts. 94 a 97**. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (Orgs.). **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. V. II – *Recuperação Judicial – Artigos 47 até 74*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PAULS, Manfred. **A nacionalidade e a lei aplicável à pessoa jurídica de direito privado**. Dissertação de mestrado apresentada como requisito parcial para obtenção de grau do Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Social da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp008701.pdf>>. Acesso em 27 jul. 2016.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. In SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antonio Sergio A. de Moraes (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Lei 11.101/2005**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PIÑERO, Laura Carballo. **Procedimientos concursales y competencia judicial internacional: análisis de dos conceptos clave**. In: ARROYO, Diego P. Fernández; KLOR, Adriana Dreyzin (coords.). **Derecho del Comercio Internacional temas y actualidades – Insolvencia Internacional**. Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, 2009.

PINHO, Diana. **Joint Venture** – tipificação e teor económico. Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção de grau de mestre em economia pela Faculdade de Economia do Porto. Disponível em: <https://sigarra.up.pt/fadeup/pt/pub_geral.show_file?pi_gdoc_id=146844>. Acesso em: 29 jul. 2016.

POMPEU, Gina Marcílio; MAGALHÃES, Átila de Alencar Araripe. **Instituto da Falência Internacional como Instrumento Garantidor de Segurança Jurídica dos Credores**. *Revista de Direito Empresarial*, ano 13, n. 2, maio/agosto, Belo Horizonte, 2016.

RAMMELOO, Stephan. **Corporations in Private International Law – A European Perspective**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

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 mai. 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 mai. 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>. Acesso em 16.05.2016.

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

RÉGNIER, Leonardo Medeiros. **Nacionalidade das sociedades comerciais.** Curitiba: Juruá, 2002.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial.** v. 1, 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo.** 3. ed, revista, atualiz. e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ROBINSON, R.D. **The Developing Countries, Development and the Multinational Corporations.** *The American Academy of Political and Social Sciences.* v. 403, 1972.

RODAS, João Grandino. **Sociedade Comercial e Estado.** São Paulo: Saraiva, 1995.

ROSA, Alberto Lopes da. **O Joint Operating Agreement sob a ótica dos contratos empresariais.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=134dd796229f80f2>>. Acesso em: 04 ago. 2016.

ROSS, Cristián Conejero; JIMÉNEZ, Ignacio Larraín. **Insolvencia Transfronteriza en Chile – Novedades y desafíos en su implementación.** In: KLEIN VIEIRA, Luciana; AMARAL JR, Alberto do (Coord.). **El Derecho Internacional Privado y sus desafíos en la actualidad.** Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2016.

RYNGAERT, Cedric. **The Concept of Jurisdiction in International Law.** *Utrecht University.* Disponível em: <<https://unijuris.sites.uu.nl/wp-content/uploads/sites/9/2014/12/The-Concept-of-Jurisdiction-in-International-Law.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2016.

SANTOS, Maurício Teixeira; BALERONI, Rafael; FALCONE, Vitor. **Foreign Ship Mortgages in Brazil: the OSX-3 Case.** *The Ship Finance Publication of Record, Marine Money International.* v. 32, nº 6, outubro/novembro de 2016. Disponível em: <

<http://www.souzacescon.com.br/media/noticias/anexos/en/8410f7e2-46fb-4809-967d-1951553ad8d0.pdf> >. Acesso em: 24 nov. 2016.

SANTOS, Theophilo de Azeredo. **Regime Jurídico das Sociedades Comerciais**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

SCHULTZ, William M.; NELSON, Richard T.; THOMAS, Robert O. **An Update on Some Common Issues Involved in Oil and Gas Bankruptcies: A Primer for The Non-bankruptcy Practitioner**. 39 *Ann. Inst. On Min. L.* 1, 1993. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/louilr46&div=45&id=&page=>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

SCOTTI, Luciana B. **Armonización legislativa en materia de insolvencia internacional de los grupos económicos: ¿una asignatura pendiente en el MERCOSUR?** *Dissertação de mestrado apresentada na Universidade de Buenos Aires para obtenção do título de mestre em Relações Internacionais*. 2005.

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->>. Acesso em: 05 mai. 2016.

SILVA, Américo Luís Martins da. **A ordem constitucional econômica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: Introdução ao direito dos EUA**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOH, Andy. **Chapter 15 of the U.S. Bankruptcy Code: An Invitation to Forum Shopping?** *Norton Journal of Bankruptcy Law and Practice*. v. 16, 2007. Disponível em: <http://www.jonesday.com/files/Publication/e6b380da-bd20-4838-9e5d-661f56195368/Presentation/PublicationAttachment/c131d08e-af23-409b-8591-e69b6c2e83eb/JBLP_v16%235_SOH.pdf>. Acesso em: 19 set. 2016.

SOUTO, Marcos Jurena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002.

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

SUDA, Khairul Azizan; RANI, Nazatul Shima Abdul; RAHMAN, Hamzah Abdul; CHEN, Wang. **A Review on Risks and Project Risks Management: Oil and Gas Industry**. *International Journal of Scientific & Engineering Research*. v. 6, 2015, disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/281502138_A_Review_on_Risks_and_Project_Risks_Management_Oil_and_Gas_Industry>. Acesso em: 01 ago. 2016.

SZTAJN, Raquel. **Teoria Jurídica da Empresa: Atividade Empresária e Mercados**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

TAKAGI, Shinjiro. **Japanese Cross-Border Insolvency Law and Comments on US Chapter 15**. *IBA Conference, SIRC Meeting, Morning Session of September 18, 2006*. Disponível em: <<https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/japanesecrossborderinsolvencylawandcommentsonuschapter15.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2016.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda. **A Nacionalidade e as Sociedades Comerciais no Brasil e no Estrangeiro**. *Revista dos Tribunais* n.º 420, p. 20-37, São Paulo, 1970.

TENÓRIO, Oscar. **Direito Internacional Privado**. v. 2. 11 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976.

TIBURCIO, Carmen. **Caso OGX - Subsidiárias estrangeiras têm processo falimentar próprio**. *Consultor Jurídico (Conjur)*, 2013. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-dez-04/carmen-tiburcio-subsidiarias-estrangeiras-processo-falimentar-proprio> >. Acesso em: 29 nov. 2016.

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

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

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.

TRAVASSOS, Armando. **Insolvência versus Recuperação:** Como o SIREVE deixou de ser alternativa ao PER. *Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito na especialidade de Ciências Jurídicas Processuais na Universidade Autónoma de Lisboa*, 2016.

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 mar. 2016.

UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Seção) de 20 de Outubro de 2011. **Interedil Srl, in liquidation, Processo C-396/09**.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. **Guía de Prácticas sobre Cooperación en la Insolvencia Transfronteriza**. New York, 2010. Disponível em: <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/Practice_Guide_Ebook_spanish.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. **Guide to Enactment and Interpretation of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency**. *U.N. GAOR*, 30ª sess. Doc. A/CN.9/442 (1997). Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/1997-Model-Law-Insol-2013-Guide-Enactment-e.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2016.

_____. **Legislative Guide on Insolvency Law. Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency**, (2010). Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/Leg-Guide-Insol-Part3-ebook-E.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2016.

_____. **UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: The Judicial Perspective**. New York: United Nations, 2012.

VAGTS, Detley F.; DODGE, William S.; KOH, Harold Hongju. **Transnational Business Problems**. *University Casebook Series*. Thomson/Foundation Press, Fourth Edition, 2008.

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 eclesiásticas. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

VIANA, Camila Rocha Cunha. **A evolução do monopólio do petróleo e o novo marco regulatório do pré-sal**. *Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia (RBDP)*, n. 2, Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ): Rio de Janeiro, 2006.

WALD, Arnold. **Curso de direito civil brasileiro**. Introdução e parte geral, v. 1, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

WEBSTER, Sam. **The New AIPN 2012 model form joint operating agreement – what’s new?** Disponível em: <<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b1378bec-a454-4d75-af71-0897d5e83bab>>. Acesso em: 04 ago. 2016.

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/96843359F6790D9FE04400144FAFBA7C>>. Acesso em 19 mai. 2016.

_____. **Revision of the EU Insolvency Regulation: What Type of Facelift?**. Disponível em: <<http://www.eir-reform.eu/uploads/papers/PAPER%205-1.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2016.

_____; 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>. Acesso em 17 mar. 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=>>>. Acesso em 16 mai. 2016.

_____. **Multinational Enterprises in General Default: Chapter 15, the ALI Principles, and the EU Insolvency Regulation**. *American Bankruptcy Law Journal*. V. 76. 2002. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ambank76&div=8&start_page=1&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults>. Acesso em: 16 set.

2016.

_____. **Theory and Pragmatism In Global Insovecies:** 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 mai. 2016.

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