

# INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL: CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA

## *THE INTERNATIONAL INSOLVENCY: CRITERIAS FOR DETERMINING THE COMPETENT COURT*

Vinícius de Carvalho P. Mendonça<sup>1</sup>

**Resumo:** A regulação jurídica dos efeitos gerados pela insolvência transnacional é considerada um aspecto estratégico num contexto de intensificação das relações comerciais em nível global. Em razão disto, este estudo investigou como este fenômeno tem sido tratado no âmbito internacional visando à uniformização de procedimentos que promovam a proteção do titular de um crédito e a reestruturação jurídica e econômica de sociedades empresárias com viabilidade de manutenção de suas atividades no mercado. Ao seu final, constatou-se a existência de três critérios de fixação de competência do juízo falimentar transnacional no âmbito da cooperação jurídica entre países e comunidades regionais.

**Palavras-chave:** Direito Falimentar e Recuperacional - Direito Comercial - Direito Internacional - Empresa Transnacional - Insolvência Transnacional ou Transfronteiriça - Recuperação Judicial e Falência.

**Abstract:** *The Transnational Insolvency is considered a strategic subject in intensifying trade relations at the global level. Therefore, this study investigated how this matter has been treated under international law aiming at the standardization of legal procedure focused on the protection of a credit holder and the legal and economic restructuring of business companies with viability. At its end, it was found three criteria for establishing the jurisdiction of the transnational bankruptcy court in the framework of legal cooperation between countries and regional communities.*

**Keywords:** *Bankruptcy Law - Business Law - International Law - Transnational Enterprise - Cross Border Insolvency - Bankruptcy or Insolvency Law.*

**Sumário:** INTRODUÇÃO – 1 A EMPRESA TRANSNACIONAL – 2 A CRISE DA EMPRESA NO ÂMBITO INTERNACIONAL – 3 DEFINIÇÃO DE FALÊNCIA TRANSNACIONAL – 4 CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO JUÍZO FALIMENTAR TRANSNACIONAL – 4.1 CRITÉRIO UNIVERSAL – 4.2 CRITÉRIO TERRITORIAL – 4.3 CRITÉRIO MISTO – 4.4 CRITÉRIO PREPONDERANTE – CONSIDERAÇÕES FINAIS – REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

---

<sup>1</sup> Advogado, mestrando em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP e autor de artigos jurídicos publicados em revistas especializadas no Brasil e no exterior.

O papel desempenhado pelas grandes sociedades empresárias com atuação transnacional tem revelado a consolidação da sua importância como agentes dotadas da capacidade de influenciar diretamente na criação, na ampliação e na conquista de novos mercados no âmbito internacional.

Esta constatação tem influenciado diretamente na forma de produção e de circulação de riquezas, por meio de técnicas administrativas, estratégias comerciais e metodologias financeiras, cujos impactos são experimentados numa verdadeira reação em cadeia face à interdependência e conexão dos mercados em nível global.

Como, exemplo, podem ser citadas as redes de negócios criadas a partir da celebração de contratos firmados entre empresários (*business to business – B2B*) e com consumidores (*business to consumer – B2C*), as plataformas digitais de negociação instantânea e de fechamento de operações comerciais nas quais são estruturadas bolsas e mercados de valores mobiliários e de futuros, e o rápido e volátil trânsito do fluxo de capitais na busca de ambientes institucionais que propiciem, com maior segurança jurídica e menor custo, um maior retorno lucrativo para o investimento realizado.

Os benefícios decorrentes da intensificação do comércio em nível global são inegáveis e têm contribuído diretamente para o aumento na criação de novas oportunidades de negócios e de investimentos em razão da possibilidade de inserção econômica nas cadeias produtivas criadas para tais fins.

Por outro lado, a ampliação das atividades das corporações empresárias em nível global também trouxe desafios cada vez mais complexos relacionados ao modo de solução jurídica do inadimplemento de obrigações no âmbito das relações comerciais internacionais.

Indubitavelmente, o efeito mais devastador do inadimplemento obrigacional protagonizado por contratantes é o que decorre diretamente do estado falimentar de um deles, isto é, quando constatado que o ativo de uma sociedade empresária – momentaneamente, com a possibilidade da sua recuperação; ou, permanentemente, com a caracterização da sua inviabilidade econômica - é insuficiente para quitar o passivo contraído perante a sua massa de credores.

Lidar e equilibrar os múltiplos interesses de credores – na maior parte das vezes, conflitantes - num processo de recuperação e de falência de uma sociedade empresária, cuja principal atividade se situa no território de um único estado nacional, sob a tutela de um diploma normativo específico, por si só, já se afigura uma tarefa extremamente difícil e desafiadora.

No âmbito da falência transnacional, os problemas se tornam ainda mais complexos e volumosos, haja vista a coexistência de sistemas normativos de estados nacionais dotados de regras autônomas, diferenciadas e concorrentemente aplicáveis à relação jurídica conflituosa.

Ademais, tais sistemas jurídicos soberanos, em grande parte das vezes, não se comunicam e não possuem qualquer liame de harmonização básica entre si que possibilite a maximização dos esforços de cooperação institucional internacional para a tutela dos direitos do credor e, concomitantemente, a preservação da atividade produtiva desenvolvida pela empresa em crise.

Por outro lado, a constatação de tal realidade tem gerado debates cada vez mais proeminentes a respeito da capacidade de os estados nacionais e das comunidades internacionais de apresentarem uma resposta jurídica uniforme à impossibilidade econômica das sociedades empresárias de cumprirem suas obrigações por força da insolvência transnacional.

Nesse cenário de uma complexa convivência de normas no âmbito dos sistemas jurídicos nacionais e comunitários, torna-se relevante analisar quais são os critérios de fixação de competência do juízo falimentar transnacional responsável por dirigir o processo de recuperação e de falência de um grupo econômico com sociedades empresárias constituídas simultaneamente em vários países.

Principalmente, considerando a adoção por alguns países de normas sobre insolvência transnacional no âmbito do direito internacional (exemplos: Lei Modelo sobre Insolvência da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional - UNCITRAL de 1997 e o Regulamento Europeu sobre Insolvência de 2015) e de outros países que não adotam um sistema uniforme para o tratamento da matéria nas relações comerciais mantidas com outros estados e comunidades internacionais.

O Código de Processo Civil brasileiro de 2015 introduziu normas sobre cooperação judiciária internacional no âmbito dos tratados, regulando a observância das garantias ao devido processo legal, à igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros em relação à justiça e à tramitação de processos (artigo 26), todavia, não há na legislação falimentar brasileira em vigor um capítulo específico voltado para o tratamento da insolvência transnacional.

Em razão da especificidade do escopo de investigação, a metodologia empregada neste estudo baseou-se, preponderantemente, na pesquisa doutrinária e jurisprudencial sobre direito comercial, direito internacional e direito falimentar brasileiro e estrangeiro.

## 1 A EMPRESA TRANSNACIONAL

De acordo com Luiz Olavo Baptista, no século XX, a evolução da empresa transnacional esteve diretamente vinculada à transformação das relações políticas, culturais, sociais, econômicas e jurídicas no plano dos estados nacionais no período do pós-Segunda Grande Guerra Mundial.<sup>2</sup>

Em tal época, a partir de um auspicioso plano de ação conjunta projetado por meio de acordos firmados no âmbito internacional dos estados nações e das comunidades incipientemente criadas para tal finalidade, desenvolveram-se as bases necessárias para que o incentivo ao comércio transnacional pudesse se materializar de maneira frutífera em âmbito global.

A equação baseada nos fatores: (i) incentivo político e financeiro fomentado por estados, órgãos e comunidades recém-criados para o intercâmbio de relações privadas e públicas no âmbito internacional (exemplos: Organização das Nações Unidas – ONU, em 1945; Fundo Monetário Internacional – FMI, em 1945; Comunidade Econômica Europeia, em 1957, Organização Mundial do Comércio, em 1995, dentre outros); e, (ii) o desenvolvimento do instrumental técnico necessário para a realização das transações comerciais privadas no âmbito internacional, a um menor custo e com uma maior velocidade (exemplos: meios de comunicação e de transporte), sem dúvida podem ser apontados como os elementos-chave na consecução desse projeto de comércio global.

A ambiência para o desenvolvimento das empresas transnacionais estava diretamente posta numa consciência coletiva de que os benefícios produzidos pelo estágio do avanço científico e tecnológico deveriam ser disseminados mundialmente sem quaisquer barreiras ou fronteiras para os interesses por eles tutelados.

De acordo com Antônio Márcio Guimarães, o comércio internacional sempre se pautou pela vocação de buscar por todos os meios ultrapassar barreiras que se opusessem entre os comerciantes e os seus respectivos clientes no âmbito dos negócios internacionais, as quais em razão de tais inovações passaram a se realizar de uma maneira potencialmente dominante, desconsiderando qualquer óbice natural ou artificial que pudesse afastar os interessados na celebração de negócios.<sup>34</sup>

---

<sup>2</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo. *Empresa transnacional e direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 01-15.

<sup>3</sup> GUIMARÃES, Antônio Márcio. *Tratados internacionais*. São Paulo: Aduaneiras, 2009.

No seio da ideologia liberal e democrática – em meio ao bipolarizado confronto político, tecnológico e militar travado no período da Guerra Fria entre os Estados Unidos da América e a extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (1945-1989) – a propagação de corporações empresárias imbuídas da ideia do livre comércio em âmbito mundial captaram e aguçaram ainda mais o imaginário coletivo da utilização da empresa como instrumento de desenvolvimento transnacional.<sup>5</sup>

Nesse contexto, os conglomerados empresariais internacionais não só encontraram franco espaço para o desenvolvimento de suas atividades, mas, também, se tornaram alvo de atrativos fiscais concedidos por estados nacionais para que pudessem instalar e realizar suas atividades na qualidade de “eldorados de evolução tecnológica, de riquezas e de geração inesgotável de bem-estar social” cuja demanda por sua realização atingiu níveis, sem precedentes, na história da humanidade.

Ao detectarem a monumental capacidade de as sociedades empresárias captarem recursos, produzirem bens e prestarem serviços, gerarem renda, lucro e trabalho, e, inclusive, arrecadação de tributos, os estados nacionais passaram a criar incentivos para que elas se desenvolvessem e pudessem ali coexistir, como forma de garantia do atendimento das necessidades das suas presentes e futuras gerações.

É verdade que em tal época a busca por novos mercados também se caracterizou pela busca de novos ambientes nos quais a legislação produtiva era menos rigorosa em relação aos países de suas sedes nos seus mais diversos aspectos: (i) licenças para instalação e funcionamento com baixo grau de exigências de proteção ambiental; (ii) normas de contratação de mão de obra destituídas de rigorosos padrões garantidores de direitos trabalhistas e com um baixo custo em comparação ao do país das suas sedes; (iii) ampla base de extração de insumos naturais de baixo custo e desvinculados de exigências de realização de investimentos de recuperação em face da degradação ambiental gerada, dentre outros.

Não obstante a tal realidade, as corporações transnacionais atingiram um patamar tão estratégico para o desenvolvimento dos estados nações – muitas vezes, suplantando a própria relevância institucional e financeira destes entes na formulação de políticas públicas determinantes das escolhas relacionadas ao presente e ao futuro dos seus cidadãos - que nem mesmo tais aspectos poderiam inibir a sua expansão em nível global.

---

<sup>4</sup> GUIMARÃES, Antônio Márcio. *Direito do Comércio Internacional*. Notas de aula do mestrado acadêmico em Direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016.

<sup>5</sup> IMMERMANN, Richard H. GOEDDE, Petra (Editores). *The Oxford handbook of the Cold War*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 19-20.

Fabio Nusdeo, ao analisar a própria transformação da dicotomia entre os setores público e privado nos quais inseridos as megaempresas transnacionais, afirma que para John Kenneth Galbraith a distinção a ser realizada modernamente deve ser entre setor de planejamento, abrangendo a área pública e privada composta pelas grandes empresas, e, setor de mercado, na qual se encontram as empresas de menor porte.<sup>6</sup>

A estruturação diferenciada das atividades das grandes empresas fez com que elas se desprendessem das regras típicas de mercado por meio da utilização de métodos de planejamento estratégico que as aproximam das técnicas adotadas pelos estados nacionais influenciando diretamente na fixação das políticas consideradas relevantes para o desenvolvimento econômico dos países e das comunidades regionais nas quais se encontram inseridas.

Sob tal perspectiva, com base nas reflexões de Gilles Lipovetsky, pode-se afirmar que a empresa transnacional se tornou um imperativo categórico da modernidade pós-industrial em constante evolução e transformação visando garantir o seu papel de influência na condução dos anseios e dos desejos de uma sociedade cada vez mais fragmentária e imbuída pela busca de sensações proporcionadas por bens de consumo disponibilizados em âmbito mundial e com acesso facilitado via rede mundial de computadores e mídias digitais.<sup>7</sup>

No limiar do século XXI, a empresa transnacional se tornou um veículo da realização da felicidade da pessoa humana através do manancial de produtos e de serviços por ela disponibilizados no mercado de consumo tanto sob a perspectiva do indivíduo isoladamente considerado quanto de sua consideração como elemento inserido numa categoria difusa de interesses a serem complexamente tutelados pelo direito.

Numa sociedade de hiperconsumo, a aquisição de bens e de serviços disponibilizados no mercado tem servido para satisfazer o indivíduo nas suas necessidades multiplamente intelectuais, físicas e metafísicas, as quais se encontram diretamente conectadas a uma realidade cada vez mais virtual, etérea e descartável, sob o signo de uma felicidade paradoxal.

Diante desse contexto comercial multifacetado e dotado de grande complexidade operacional, importa analisar, afinal, no que consiste a “empresa transnacional”? Como é possível defini-la? Quais são os seus critérios distintivos de outras atividades empresárias desenvolvidas no âmbito dos estados nações?

---

<sup>6</sup> GALBRAITH, John Kenneth. *A era da incerteza*. São Paulo: Pioneira, 1980 *apud* NUSDEO, 2015, p. 179-180.

<sup>7</sup> LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. Trad. Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 21-150.

De acordo com Luiz Olavo Baptista, a empresa transnacional pode ser definida como *um grupo de sociedades empresárias composto por sede, subsidiárias e filiais domiciliadas em países diferentes e constituídas sob as leis do estado nacional no qual exerçam suas respectivas atividades, dotadas de relativa autonomia, com o objetivo da geração de benefícios econômicos conjuntos.*<sup>8</sup>

Nesse contexto, o termo *empresa* deve ser compreendido como a atividade econômica internacional realizada por um grupo de sociedades empresárias sob uma atuação conjunta; e, a adjetivação *transnacional* como o elemento que depreende que essa atuação ocorra simultaneamente em diferentes estados nacionais ou comunidades internacionais.

Segundo a visão de Fábio Konder Comparato, pode-se afirmar que a empresa transnacional é um aspecto decorrente da concepção das grandes empresas voltadas para a criação de macroestruturas corporativas que possibilitem o aporte de vultosos investimentos financeiros em pesquisas e na produção de bens e de serviços tecnologicamente inovadores diretamente vinculados à continuidade das suas atividades e do retorno lucrativo almejado pelos respectivos investidores.<sup>9</sup>

Desse modo, com a consolidação da dissociação entre a propriedade e o poder de controle das grandes empresas transnacionais nos mercados de valores mobiliários mais desenvolvidos, a existência dos grandes conglomerados econômicos passa a ser autogerida pelos seus próprios mecanismos de organização, por vezes dissociados, do ponto de vista jurídico, dos interesses pessoais dos proprietários das frações que integram o seu capital social.<sup>10</sup>

Com base no entendimento de Paula Forgioni, constata-se que a empresa transnacional também se submete a normas próprias construídas a partir dos usos e dos costumes empresariais consolidados no âmbito da prática internacional – plano da autorregulação e de conjuntos normativos uniformizadores desenvolvidos no âmbito privado - responsável pelo sucesso e pelo desenvolvimento de empreendimentos em nível global.<sup>11</sup>

Daí, afirmar-se que a empresa transnacional é fruto e ao mesmo tempo principal agente do que se convencionou chamar de “Nova *Lex Mercatoria*”, por estruturar a sua atuação em nível global como gestora de múltiplos investimentos a partir da autonomia da

---

<sup>8</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo. *Empresa transnacional e direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 17-20.

<sup>9</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-emprêsa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 01-94.

<sup>10</sup> BERLE, Adolf. MEANS, Gardiner. *The modern corporation and private property*. New Brunswick: Transaction Publishers, 1991.

<sup>11</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos comerciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 23-55; 114-118; 131-134.

vontade centrada na constituição de organizações societárias, na celebração de contratos internacionais e na opção pela utilização dos mecanismos de solução de controvérsias para a pacificação dos conflitos privados (exemplos: mediação, arbitragem, etc.).<sup>12</sup>

Múltiplas são as formas sob as quais a empresa transnacional pode se apresentar na realidade dos mercados globais, como, por exemplo, na qualidade de laboratórios de biotecnologia voltados para a produção de medicamentos e de produtos agrícolas geneticamente modificados, de indústrias de fabricação de produtos automotivos e de aeronaves de escala intercontinental ou regional, da exploração de petróleo e dos seus respectivos derivados, do desenvolvimento de sistemas de computadores e de aplicativos de aparelhos eletrônicos portáteis, da prestação de serviços financeiros, securitários e ressecuritários, etc.

Constata-se, portanto, que a principal característica diferenciadora das empresas transnacionais está situada na escala de negócios e de ativos estabelecidos em nível global, afigurando-se como uma corporação cujo DNA encontra-se marcado pelo cosmopolitismo e pela vocação de aproximação de agentes com atuação no âmbito do comércio internacional.

A instalação de subsidiárias, filiais e agências em todo o mundo, a intensificação dos seus negócios por meio de aquisição, fusão e incorporação entre congêneres, a diversificação de investimentos com a sua inserção em ramos inovadores de tecnologia e o incremento do potencial financeiro do seu patrimônio material e imaterial e do lucro distribuído aos seus acionistas fazem com que ela seja única em seu meio de atuação.

Apresentadas as características essenciais da empresa transnacional, importa agora analisar a forma com a qual os efeitos decorrentes do inadimplemento de obrigações comerciais por força da insolvência transnacional tem sido objeto de regulação no plano jurídico internacional.

## **2 A CRISE DA EMPRESA NO ÂMBITO INTERNACIONAL**

Vera Helena de Mello Franco e Rachel Sztajn afirmam que a confiança é um dos pressupostos fundamentais das relações comerciais e sobre as quais se fundam estes tipos de vínculos econômicos e jurídicos ao longo da história da humanidade.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> CRETELLA NETO, José. *Contratos internacionais do comércio*. São Paulo: Letz Total Media Creative Projects, 2016, p. 14-86; 357-382.

<sup>13</sup> FRANCO, Vera Helena de Mello. SZTAJN, Rachel. *Falência e recuperação da empresa em crise*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 01-06.

Com base no entendimento de Charles Fried, é possível afirmar que sem confiança não há promessa, sem promessa não há contrato, sem contrato não há circulação de riquezas nem a maximização do bem-estar social almejado por toda a coletividade através do intercâmbio dos excedentes necessários para a manutenção da vida humana.<sup>14</sup>

Vincenzo Roppo aponta que as operações econômicas adquiriram grande relevância entre as pessoas visando à troca de excedentes por meio da celebração de contratos que se tornaram ao longo da evolução das relações jurídicas o instrumento pelo qual a circulação de riquezas econômicas se tornou viável do ponto de vista jurídico.<sup>15</sup>

Nesse contexto, a regulação dos efeitos da insolvência transnacional trata-se de fenômeno concebido há séculos como forma de resgatar a confiança recíproca quebrada entre contratantes no plano do comércio internacional, cujos primeiros relatos remontam, pelo menos, desde o período da Idade Média, época na qual surgiu o papel moeda e os comerciantes passaram a se aglutinar nas célebres corporações de ofício medievais.

Segundo Tulio Ascarelli, em tal época os grandes comerciantes se tornaram verdadeiros empresários empenhados em múltiplos negócios com intensa atividade econômica no âmbito internacional, estabelecendo relações com particulares, nobres, reinos e, até mesmo, com a Igreja, sob a influência de um nascente capitalismo, até atingir os dias atuais em plena era da globalização.<sup>16</sup>

Não sem motivo que, segundo Silvio Calderon e Jona Israel, considera-se o primeiro caso de falência transnacional o do *Banco Ammanati*, da *República de Pistoia*, na Itália, ocorrido no século XIV (1302), o qual possuía filiais, credores e patrimônio dispersos por toda a Europa Ocidental (exemplos: Alemanha, França, Espanha, etc.), cuja causa atribuiu-se à influência eminentemente política, haja vista as disputas de interesse e os conflitos militares entre as cidades-estados medievais.<sup>1718</sup>

Segundo Mikael Berglund, este caso foi ainda precedido de duas outras grandes quebras contemporâneas protagonizadas pelos *Bancos Buosignori de Sienne* (1298) e

---

<sup>14</sup> FRIED, Charles. *Contract as promise: a theory of contractual obligation*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2015, p. 01-34.

<sup>15</sup> ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milão: Giuffrè, 2011, p. 03-23.

<sup>16</sup> ASCARELLI, Tulio. *Origem do direito comercial*. Capítulo 1 do *Corso de diritto commerciale – introduzione e Teoria dell'Impresa*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1962. Trad. Fábio Konder Comparato. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Nova Série, Ano XXXV, n.º 103, jul.-set. 1996, p. 87-90.

<sup>17</sup> CALDERON, Silvio Xavier Botello. *Falência internacional no Mercosul: proposta para uma solução regional*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 32-33.

<sup>18</sup> ISRAEL, Jona. *European Cross-Border Insolvency Regulation. A study of regulation on insolvency proceedings in the light of a paradigm of co-operation and a comitas europaea*. Antuérpia: Itersentia, 2005, p. 01-02.

*Ricciardi de Lucques* (1300), ambos, também na Itália, derivados de má gestão dos seus administradores.<sup>19</sup>

A relevância da falência do Banco Ammanati demandou, à época, inclusive, a intervenção do Papa Bonifácio VIII, no sentido de assegurar a manutenção de patrimônio suficiente na filial bancária situada em Roma com o intuito de preservar os interesses da Santa Sé e de administrar, nos moldes de um processo de insolvência, os interesses de todos os credores envolvidos na crise.

O Papa Bonifácio VIII editou medidas determinando a proibição da realização de pagamentos e a arrecadação de bens de filias bancárias por toda a Europa, as quais possibilitaram uma forma de organização do levantamento de ativos e de pagamento dos credores habilitados do banco falido.

Modernamente, a confiança no contrato adquire ainda mais relevância no que tange à tutela do crédito concedido aos comerciantes na linha do incentivo à produção e à geração de riquezas para toda a coletividade mediante uma contraprestação financeira matematicamente calculada por instituições bancárias e parceiros comerciais.

O inadimplemento de uma obrigação creditícia por força da falência gera implicações não apenas no âmbito do contrato isoladamente considerado, mas, também, de toda uma massa de credores e de terceiros identificáveis que possuam alguma espécie de relação jurídica com uma sociedade empresária em crise.

Trata-se do que se convencionou chamar no direito de *execução por concurso*, pela qual os direitos postulados pela massa de credores recebem o mesmo tratamento igualitário com base na classe da qual pertençam, haja vista a diversidade de créditos – alguns com maior ou menor relevância social - a serem liquidados pela sociedade falida.

Por isso, os mecanismos jurídicos desenvolvidos nos planos nacionais visando proteger a tutela do crédito inadimplido têm se fundado em duas soluções básicas e elementares:

- (i) quando administrativa e financeiramente possível, viabilizar a recuperação da atividade econômica organizada e temporariamente afetada por problemas de fluxo de capital, por meio da reorganização e reestruturação das suas atividades, em consonância à aprovação de um plano e aos interesses de todos os envolvidos;
- (ii) diante da inviabilidade econômica permanente da sua recuperação, promover a exclusão da sociedade empresária do mercado por meio da decretação da sua falência

---

<sup>19</sup> BERGLUND, Mikael. *Cross-border enforcement of claims in the EU: history, present and future*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009, p. 58-61.

visando diminuir os efeitos deletérios do seu estado de insolvência para toda a sociedade.

No plano internacional tais modelos adquirem uma maior complexidade haja vista que, geralmente, os conjuntos normativos editados e em vigor nos planos nacionais não dialogam entre si, o que gera um grave problema do ponto de vista da eficiência da viabilização de aplicação de uma ou de outra solução jurídica no caso concreto.

Diante de tal problemática, mais modernamente, os estados reunidos através de organizações supranacionais deliberaram pela necessidade da elaboração de mecanismos jurídicos que visassem possibilitar o estabelecimento de um regramento jurídico uniforme no plano processual visando conferir eficácia aos direitos dos credores postulados no âmbito do direito falimentar internacional.<sup>20</sup>

Segundo afirma Mikael Berglund, é preciso reconhecer, contudo, que a cooperação judiciária internacional entre os estados nacionais também não se trata de um fenômeno novo, haja vista que segundo os relatos históricos, há registros de compromissos sobre insolvência transnacional que remontam aos séculos XIII-XIV, como, por exemplo, os firmados entre as cidades-estados de Verona e de Trento (1204) sobre a transferência de bens de devedores; e, entre Verona e Nice (1306) sobre a extradição de devedores.<sup>21</sup>

No século XVII, podem ser citados ainda como exemplos os tratados firmados entre Escócia e Holanda (1668), e entre os estados da Holanda e Utrecht (1689), para regular a administração dos bens de cidadãos falidos entre as tais nações.<sup>22</sup>

No segundo exemplo de tratado inclusive estabeleceu-se cláusula de concurso universal de credores (*judicium concursus universale*) com base no território do domicílio do devedor, independentemente de onde estivesse a maior parte de credores ou do patrimônio do falido.

Posteriormente, há diversos outros instrumentos firmados no âmbito internacional a fim de delimitar os mecanismos de cooperação entre os estados a fim de regular, específica ou genericamente, os casos de insolvência internacional, alguns dos quais, inclusive, o Brasil figura na qualidade de signatário-aderente no seu ordenamento jurídico interno (exemplos: Tratado de Direito Comercial de Montevideu de 1889; Tratado de Direito Comercial de

---

<sup>20</sup> FINCH, Vanessa. MILMAN, David. *Corporate insolvency law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 669-687.

<sup>21</sup> BERGLUND, Mikael. *Cross-border enforcement of claims in the EU: history, present and future*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009, p. 58-61.

<sup>22</sup> ISRAEL, Jona. *European Cross-Border Insolvency Regulation. A study of regulation on insolvency proceedings in the light of a paradigm of co-operation and a comitas europaea*. Antuérpia: Itersentia, 2005, p. 42-45.

Montevideu de 1940; Convenção de Direito Internacional Privado de Havana de 1929; Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa de 1992, celebrado no âmbito do Mercado Comum do Sul - Mercosul; etc.).

Mais contemporaneamente, a *Lei sobre Insolvência da UNCITRAL de 1997* pode ser apontada como a primeira tentativa de uniformização em nível global de normas processuais especificamente aplicáveis à definição de competência e ao tratamento paritário de credores no âmbito da falência internacional.

Posteriormente, a União Europeia editou o *Regulamento sobre Insolvência Internacional no ano 2000*, com o objetivo de uniformizar as medidas judiciais adotadas para o processamento de demandas envolvendo pretensões falimentares no âmbito comunitário dos seus respectivos estados-membros.

Mais recentemente a União Europeia editou a *Resolução sobre Insolvência Internacional no ano de 2015* com o objetivo de aprimorar ainda mais o conjunto normativo aplicável aos casos de insolvência internacional naquela comunidade.

Delimitado o ambiente histórico no qual evoluiu a matéria, importa agora analisar o significado do vocábulo falência e quais são os critérios utilizados para a sua caracterização no direito brasileiro e no direito internacional.

### **3 DEFINIÇÃO DE FALÊNCIA TRANSNACIONAL**

Inicialmente, importante esclarecer que o emprego do termo *falência* e do termo *insolvência* no âmbito dos sistemas jurídicos dos estados nacionais e comunidades regionais pode denotar um significado particular e não uniforme ao identificado em todas as jurisdições.

De acordo com Bob Wessels, nos Estados Unidos da América, por exemplo, os termos *bankruptcy* e *insolvency* são utilizados de maneira indistinta para identificar o mesmo fenômeno jurídico, seja para se referir à insolvência civil seja para se referir à falência empresarial, não havendo diferença entre ambos.<sup>23</sup>

Já na Inglaterra o termo *bankruptcy* é utilizado para identificar apenas a categoria de devedores classificados como civis ou não empresariais; e, o termo *insolvency* é utilizado para identificar exclusivamente a classe dos devedores empresários.

Por sua vez, no Brasil, o termo *falência* é utilizado exclusivamente para classificar os credores que desenvolvem atividades empresárias, os quais estão submetidos à legislação de

---

<sup>23</sup> WESSELS, Bob. MARKELL, Bruce A. KILBORN, Jason J. *International cooperation in bankruptcy and insolvency matters*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 01-02.

recuperação e de falências (Lei de Recuperações e Falência de 2005); enquanto o termo *insolvência* é utilizado para designar exclusivamente os credores civis considerados não empresários, os quais estão submetidos à legislação processual civil (Código de Processo Civil de 2015).

Importante esclarecer que neste estudo será utilizado preponderantemente o vocábulo “falência” ao invés do vocábulo “insolvência”, como é da tradição do direito internacional, por se tratar do referencial linguístico mais empregado no direito brasileiro para referência à matéria das soluções jurídicas aplicáveis à crise da empresa.

Neste tópico, será analisado, primeiramente, o significado do termo falência à luz do direito brasileiro e, posteriormente, realizar-se-á a sua diferenciação do termo insolvência.

Conforme o entendimento de Sérgio Campinho, a palavra falência do ponto de vista etimológico advém do verbo falir, o qual por sua vez deriva do latim *fallere*, o qual significa enganar, iludir, faltar com o compromisso.<sup>24</sup>

Na prática jurídica o termo falência adquiriu o significado de procedimento judicial ou extrajudicial voltado para a arrecadação e a venda dos ativos da sociedade empresária em crise e a apuração e a satisfação do passivo mediante o compartilhamento proporcional do seu produto entre os credores, conforme sua respectiva classe.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho, a falência é compreendida no direito brasileiro sob a ótica dos requisitos previstos na Lei de Recuperação e Falência (LEF), para o qual basta a simples caracterização da *imponibilidade injustificada*, a *execução frustrada* ou a *prática de atos considerados como de falência pelo devedor* para a sua configuração (artigo 94 da LEF), não existindo, do ponto de vista jurídico, a necessidade da caracterização da insuficiência do ativo frente ao passivo do ponto de vista econômico.<sup>25</sup>

Sob tal perspectiva, pode-se considerar *insolvência* como o *estado econômico* em que o passivo do empresário é maior do que o ativo, caracterizando-se a impossibilidade econômica de adimplir uma ou mais obrigações (quebra econômica); enquanto *falência* é o *conceito jurídico* hábil a denotar a caracterização das hipóteses legais que possibilitam a decretação da sua exclusão do mercado por meio de medida judicial (quebra jurídica).

Importante esclarecer que o termo falência acima delimitado se refere à *falência estrito senso* ou à *falência-liquidação*, isto é, a forma judiciária de arrecadação de ativos

---

<sup>24</sup> CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação da empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 03-15.

<sup>25</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v. 3. Falência e recuperação de empresas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 242-248.

existentes, apuração do saldo devedor, pagamento dos credores habilitados e extinção das atividades empresárias da falida.

A *falência-liquidação* também pode ser compreendida sob a ótica dos sistemas jurídicos que admitem tanto a recuperação da empresa quanto a sua declaração de falência, sem que um e outro modelo estejam necessariamente entrelaçados, isto é, sem que o primeiro seja pressuposto para a aplicação do segundo.

Todavia, o termo falência também pode denotar a *falência em sentido lato* ou *falência-recuperação*, constituída de duas fases subseqüenciais em que a primeira se caracteriza pela reorganização e reestruturação das atividades empresárias desenvolvidas, quando possível a sua recuperação econômica; e, a segunda pautada pela liquidação do patrimônio da falida quando do insucesso ou da inviabilidade da medida.

Trata-se, portanto, de um mesmo termo que a depender do ordenamento jurídico no qual adotado, poderá implicar em um único modelo de processamento da crise da empresa com a tentativa da sua recuperação, nos ordenamentos em que admitida, ou exclusivamente a sua retirada do mercado; ou, de dois modelos de processamento subsequentemente entrelaçados, cujo primeiro foco está posto na recuperação da atividade e o segundo foco, constatada a sua inviabilidade, na liquidação das atividades empresariais da falida.

Torna-se válido advertir ainda que no Brasil vigora o modelo bipartido ou dúplice de tratamento jurídico-falimentar diferenciado entre o devedor empresário e o devedor não empresário.

Nesse sistema, o *devedor empresário* submete-se ao *processo de falência*, o qual poderá suscitar a utilização da recuperação judicial ou extrajudicial, se comprovar o preenchimento dos pressupostos legais (artigo 47 e seguintes; e, artigo 161 e seguintes, ambos, da LEF); e, ainda poderá obter a extinção das suas obrigações se conseguir realizar o ativo suficiente para pagar mais de 50% (cinquenta por cento) do saldo postulado pelos credores quirografários (artigo 158, inciso II, da LEF).

Por sua vez, o *devedor não empresário* submete-se ao *processo de insolvência civil* no qual não há qualquer espécie de privilégio legal, isto é, observa regramento jurídico sem quaisquer dos benefícios concedidos ao devedor empresário pela lei de falências (artigo 797 do CPC de 2015).

Sob esta perspectiva, também poderá haver diferença no emprego do termo falência - ou, mais apropriadamente, como acontece no exterior, do termo insolvência -, o qual a depender do ordenamento jurídico poderá abranger um modelo único ou singular para o

tratamento tanto do devedor empresário quanto do devedor não empresário, concedendo-se os mesmos benefícios a ambos; ou, de um modelo bipartido ou dúplice, no qual a legislação impõe tratamento privilegiado apenas para o devedor empresário.

Diante do exposto, embora se trate de tarefa extremamente dificultosa, a *falência transnacional* pode ser definida como *a caracterização da incapacidade econômico-financeira de uma sociedade empresária – de uma ou de todas as unidades societárias pertencentes a um mesmo grupo – cuja repercussão irradiará efeitos jurídico-patrimoniais externos aos limites do território do domicílio do país no qual exerça as suas atividades.*

Múltiplos podem ser os aspectos que podem levar à caracterização de um elemento de conexão com a falência transnacional, como, por exemplo, a existência de patrimônio em países diversos, a existência de investidores e acionistas com domicílio no exterior, a existência de credores situados em outros estados nacionais, etc.

O fluxo da imputação de responsabilidades decorrentes da falência transnacional pode ter sua origem nos efeitos decorrentes da quebra da unidade-sede de uma corporação em relação às obrigações contraídas por credores perante suas respectivas filiais ou subsidiárias a ela atreladas situadas em outros países; ou, inversamente, pode ocorrer a partir da quebra de uma unidade-filial ou subsidiária cujo fluxo de responsabilização se dirigirá, em outro sentido, à sede da corporação com domicílio em outro país.

Como se percebe, a complexidade jurídica atrelada à composição dos interesses relacionados à quebra da empresa transnacional num cenário comercial multifacetado e dotado de inúmeras particularidades faz com que a harmonização de procedimentos no âmbito internacional se torne uma meta e ao mesmo tempo um grande desafio para os juristas.

Por isso, como será visto a seguir, os esforços concentraram-se na solução dos problemas habitualmente verificados no âmbito do direito internacional com foco para a fixação da competência do foro no qual deverá se desenvolver o processo principal e a sua interrelação com os demais processos a ele atrelados em outros estados nacionais voltados para a busca da satisfação do crédito inadimplido.

#### **4 CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO FALIMENTAR TRANSNACIONAL**

Em face das complexidades inerentes à matéria, a teoria do direito falimentar internacional procurou desenvolver critérios de fixação de competência que pudessem

viabilizar a direção do processo de apuração dos direitos de crédito inadimplidos pela falida de uma maneira juridicamente racional, organizada e eficiente.

Nesse subtópico, serão vistos os três critérios ou modelos de fixação de competência do juízo falimentar responsável pela direção do processo de recuperação e falência da sociedade empresária em crise no âmbito internacional, são eles: o *critério universal*; o *critério territorial*; e, o *critério misto*.<sup>26</sup>

#### 4.1 CRITÉRIO UNIVERSAL

O *critério universal* caracteriza-se pelo entendimento a respeito da existência de apenas um órgão jurisdicional com competência para decidir em um único processo sobre todas as questões a respeito da insolvência de uma sociedade ou grupo de empresas.<sup>27</sup><sup>28</sup>

De acordo com este critério que visa à unidade/universalidade, o juízo competente atrairá todas as matérias por ventura suscitadas a respeito do processo de insolvência para o seu escopo de apreciação, inclusive, abrangendo todo o patrimônio e todos os credores situados em territórios de outros estados nacionais diversos do território no qual concentrado o principal centro de interesses econômicos da falida.

As decisões adotadas pelo juízo universal deverão ser observadas por todos os demais órgãos jurisdicionais nos quais situados bens e credores da falida ainda que proferidas fora do seu respectivo estado nacional.

Tal critério tem por objetivo conferir uniformidade na tomada de decisões judiciais a respeito do processo de insolvência com o intuito de evitar decisões conflitantes e propiciar uma maior eficiência do processo de arrecadação de ativos da devedora e a sua reversão paritária aos respectivos credores nacionais e internacionais.

Sob essa perspectiva, o critério universal objetiva imprimir uma *unidade dos efeitos jurídicos* decorrentes das decisões tomadas pelo juízo competente em relação ao patrimônio e aos credores situados no exterior.

#### 4.2 CRITÉRIO TERRITORIAL

---

<sup>26</sup> CALDERON, Silvio Xavier Botello. *Falência internacional no Mercosul*: proposta para uma solução regional. Curitiba: Juruá, 2011, p. 61-66.

<sup>27</sup> WESTBROOK, Jay Lawrence. *A global solution to multinational default*. In: *Michigan Law Review*, v. 98, p. 2.276-2.328, jun. 2000. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=259960](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=259960). Acesso em: 19 mar. 2018.

<sup>28</sup> MEVORACH, Irit. *The future of cross-border insolvency*. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 01-48.

O *critério territorial* consiste no entendimento de que a competência do órgão jurisdicional está circunscrita aos limites do território do estado nacional no qual localizado o processo de insolvência de uma sociedade ou de um grupo de sociedades empresárias.<sup>29</sup><sup>30</sup><sup>31</sup>

De acordo com este critério que visa a pluralidade/territorialidade, haverá um juízo competente para o processamento da insolvência internacional em cada estado nacional no qual existir patrimônio ou credores da falida.

Pretende-se com este critério respeitar a soberania de cada estado nacional para legislar sobre a competência judiciária e as normas aplicáveis ao processamento da insolvência internacional.

Nesse sentido, o critério territorial objetiva respeitar uma *pluralidade de decisões* proferidas por juízos competentes dos respectivos territórios estrangeiros nos quais estejam situados o patrimônio e os credores da falida.

#### 4.3 CRITÉRIO MISTO

O *critério misto* veicula o entendimento de que é possível adotar tanto o modelo universal quanto o modelo territorial com a preponderância de um ou outro na forma de fixação da competência para o processamento da insolvência transnacional.<sup>32</sup>

De acordo com o *critério misto com preponderância do território*, a fixação do juízo competente para a abertura do processo de insolvência requer a existência de um estabelecimento da sociedade ou de um grupo de sociedades empresárias.

Deste modo, se já existe um processo de insolvência em tramitação perante o juízo de um determinado território para que outro juízo do território de outro estado nacional possa abrir um novo processo, necessariamente, deverá existir um segundo estabelecimento da sociedade ou grupo de sociedades neste último local.

---

<sup>29</sup> BOOTH, Charles D. *Recognition of foreign bankruptcies: an analysis and critique of the inconsistent approaches of United States Courts*. In: *The American Bankruptcy Law Journal*, v. 66, n. 1, p. 135-232, 1992. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1532402](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1532402). Acesso em: 10 mar. 2018.

<sup>30</sup> LOPUCKI, Lynn M. *Cooperation in international bankruptcy: a post-universalist approach*. In: *Cornell Law Review*, 84, p. 696-762, 1999. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2754&context=clr>. Acesso em: 01 mar. 2018.

<sup>31</sup> RASMUSSEN, Robert K. *Resolving transnational insolvencies through private ordering*. In: *Michigan Law Review*, v. 98, n. 7, p. 2.252-2.275, 2000. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=256473](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=256473). Acesso em: 10 mar. 2018.

<sup>32</sup> KIRSHNER, Jodie Adams. *International bankruptcy: the challenge of insolvency in a global economy*. Chicago: The University of Chicago Press, 2018, p. 01-50.

Tal entendimento implicará na possibilidade da coexistência de processos de insolvência em territórios diferentes e de uma pluralidade de massas falidas, as quais poderão comunicar-se entre si após o esgotamento da apuração do saldo devedor e da liquidação dos créditos habilitados em cada local.

De acordo com o *critério misto com preponderância de universalidade*, a competência do juízo do processo de insolvência poderá ser, marcadamente com base na relevância dos interesses em disputa, a de um processo principal ou a de um ou mais processos secundários.

A fixação da competência para a *abertura do processo principal* ocorrerá com base na identificação do principal centro de interesses da sociedade ou do grupo de sociedades em estado de insolvência; e, a *abertura do processo secundário* levará em conta os interesses de credores que estejam situados em locais fora do centro principal de interesses.

Conforme esse entendimento é possível conceber a abertura de um ou mais processos secundários sem que tenha sido instaurado o processo principal, haja vista que apesar da interdependência entre eles no que tange à fixação da competência, a abertura de um não necessariamente estará atrelada a do outro, como forma de viabilizar a realização de interesses de todos os credores afetados pela insolvência transnacional.

Tratam-se, pois, de critérios moderados ou flexibilizados tendo em vista a necessidade de sua realização de uma maneira mais aproximada da complexidade dos múltiplos interesses a serem compatibilizados no âmbito do processo ou dos processos de insolvência transnacional.

#### 4.4 CRITÉRIO PREPONDERANTE

Mas, enfim, qual tem sido o modelo utilizado no âmbito dos estados nacionais para solucionar a questão da empresa em crise?

Indubitavelmente, em razão da preponderância de vinculação desta matéria à conservação da soberania nacional, tem-se adotado o critério misto com preponderância territorial ou universal, dependendo da maior ou da menor propensão jurídica de adesão às normas dos sistemas de falência transnacional de um determinado país visando à cooperação internacional (exemplos: *teoria do universalismo modificado*,<sup>3334</sup> *teoria do pós-universalismo ou do territorialismo cooperativo*,<sup>35</sup> *teoria do universalismo coordenado*,<sup>36</sup> etc.).<sup>37</sup>

---

<sup>33</sup> WESTBROOK, Jay Lawrence. *Choice of avoidance law in global insolvencies*. In: *Brooklyn Journal of International Law*, 17, 499, p. 499-538, 1991. Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1842&context=bjil>. Acesso em: 01 mar. 2018.

Uma série de questões surge a respeito da preponderância da adoção do critério territorial para processar a insolvência transnacional, como, por exemplo, a necessidade de uma suposta preservação dos interesses nacionais e de um suposto favorecimento de credores nacionais situados no território do juízo competente.

Outros defendem o ponto de vista de um menor custo para o processamento da causa, haja vista que os credores poderão propor suas ações no foro mais próximo da discussão travada ao invés de terem que adotar uma série de providências necessárias para a habilitação do seu crédito em outro país.<sup>38</sup>

Por outro lado, os que defendem a adoção do *critério universal* defendem exatamente o oposto, ou seja, a adoção de um único foro competente viabilizará uma maior certeza nas decisões a serem tomadas, elas serão mais igualitárias e ainda propiciarão uma maior economia por concentrarem os esforços de todos os interessados em apenas uma jurisdição.

Diante disso, a adoção do critério territorial implicaria ainda no incentivo à adoção da escolha do foro e da lei mais benéfica aos interesses do devedor (*forum shopping*), o qual demandaria um sistema jurisdicional por ele previamente selecionado e que se amoldasse melhor a uma estratégia visando dificultar a realização do crédito por parte dos credores nacionais e estrangeiros.<sup>39</sup>

Como se percebe, dependendo do ponto de vista que se adote haverá aspectos favoráveis e desfavoráveis à adoção de uma ou outra posição; fato é que, num trabalho dedicado a analisar as implicações internacionais da insolvência, o objetivo maior é a busca por um critério que estabeleça uma maior segurança jurídica, e, ao mesmo tempo, preserve paritariamente os interesses dos titulares dos créditos inadimplidos de uma maneira geral, e não apenas isoladamente.

---

<sup>34</sup> MEVORACH, Irit. *The future of cross-border insolvency*. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 01-48.

<sup>35</sup> LOPUCKI, Lynn M. *Cooperation in international bankruptcy: a post-universalist approach*. In: *Cornell Law Review*, v. 84, p. 696-762, 1999. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2754&context=clr>. Acesso em: 01 mar. 2018.

<sup>36</sup> WESSELS, Bob. *EU insolvency regulation and its impact on European business*. In: *CESifo DICE Report 1/2006, Journal for Institutional Comparisons*, v. 4, n. 1, Spring, p. 16-21, 2006. Disponível em: <https://www.cesifo-group.de/DocDL/CESifoDICEreport106.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2018.

<sup>37</sup> GUIMARÃES, Márcio Souza. SESTER, Peter. *Insolvência transnacional (cross-border insolvency) – o desafio brasileiro*. In: *Justiça & cidadania*, Rio de Janeiro, n.º 205, set. 2017. Disponível em: <http://www.editorajc.com.br/insolvencia-transnacional-cross-border-insolvency-o-desafio-brasileiro/>. Acesso em: 01 mar. 2018.

<sup>38</sup> RASMUSSEN, Robert K. *Resolving transnational insolvencies through private ordering*. In: *Michigan Law Review*, v. 98, n. 7, p. 2.252-2.275, 2000. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=256473](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=256473). Acesso em: 10 mar. 2018.

<sup>39</sup> POTTOW, John A. *The myth (and realities) of forum shopping in transnational insolvency*. In: *Brooklyn Journal of International Law*, v. 32 (2), p. 785-817, 2007. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1017100](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1017100). Acesso em: 10 mar. 2018.

Nessa linha, a partir da análise do cenário internacional, a tendência parece sinalizar que a resposta para esta dúvida posicionar-se-á no sentido da uniformização dos critérios de fixação de competência e da lei nacional aplicável ao caso concreto de acordo com o principal centro de interesses do empresário ou da corporação falida.

Todavia, até que essa tendência realmente se concretize muitas barreiras ideológicas e políticas precisarão ser superadas, principalmente, aquelas centradas em pensamentos conservadores que ainda auferem grandes vantagens com a salvaguarda de supostos interesses “nacionalistas” em detrimento do interesse global e paritário que deve imperar no âmbito das relações internacionais.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em conclusão, é possível afirmar que a edição de regras uniformes sobre insolvência transnacional afigura-se como vital para a manutenção de um sistema econômico de livre mercado competitivo, cujas sólidas bases estejam estruturadas nos pilares da segurança jurídica e do incentivo ao investimento público e privado em nível internacional.

A elaboração e a adesão a uma lei modelo internacional dotada de clareza e coesão jurídicas que possibilite aos agentes internacionais conhecerem o seu conteúdo, planejarem as suas estratégias comerciais e calcularem as expectativas de retorno lucrativo, inclusive, com margem para as medidas de recuperação e falência, é um imperativo jurídico inadiável.

A ausência de uma legislação moderna e devidamente harmonizada com as legislações internacionais mais avançadas na matéria de insolvência transnacional certamente implicará no aumento do custo Brasil, prejudicando tanto os consumidores quanto o empresariado nacional.

No atual mundo globalizado as legislações nacionais sobre insolvência transnacional que permanecerem fechadas à necessidade de um maior intercâmbio com o judiciário de outros países, privilegiando, exclusivamente, o critério territorial, certamente estão encarecendo o custo do investimento estrangeiro por ventura captado pelos empresários para o fomento às suas atividades mercantis desenvolvidas internamente ou com vistas à exportação.

Os casos de insolvência de corporações brasileiras com repercussão no exterior representam bons exemplos nos quais a inexistência de uma legislação moderna sobre a matéria pode prejudicar demasiadamente os interesses nacionais.

Nestes casos, todos os agentes do processo falimentar – devedores, credores, juízes, promotores, administradores judiciais – se depararam com a necessidade de adoção de medidas e providências isoladas, sem qualquer arcabouço jurídico especificamente delineado para regular tais atividades.

Tal cenário necessariamente implica em prejuízo da preservação de ativos, manutenção das atividades da devedora e maiores dificuldades de realização dos créditos integrantes da massa falida, violando todos os princípios norteadores do processo falimentar internacional centrado na maximização de ativos, preservação dos direitos dos credores e tratamento paritário dos créditos habilitados.

Nesse sentido, os Projetos de Código Comercial brasileiro (Projeto de Lei da Câmara Federal dos Deputados n.º 1.572/2011 e o Projeto de Lei do Senado Federal n.º 487/2013) merecem elogios e avançam em muito considerando a inexistência de regramento jurídico próprio no Brasil para regular a cooperação judiciária de maneira uniforme em matéria de insolvência no âmbito internacional, mas, apenas, tratados e protocolos firmados com alguns países com os quais mantém relações comerciais.

Por isso, entende-se que o Brasil necessita de uma lei sobre insolvência transnacional por meio da adoção da Lei Modelo sobre Insolvência da UNCITRAL visando ao atendimento da demanda global pela uniformização de procedimentos entre os demais países com os quais o Brasil possua relação diplomática e comercial, e, no âmbito regional, vislumbra-se como o melhor cenário para o Brasil a proposta de criação de um regulamento uniforme no âmbito do MERCOSUL visando disciplinar um procedimento único para o tratamento da insolvência transfronteiriça entre seus estados membros.

Deste modo, restariam totalmente abrangidos os interesses de *credores brasileiros* que promovem a realização de investimentos em corporações empresárias cujas sedes se encontram situadas no exterior e, simultaneamente, os interesses de *investidores estrangeiros* que realizam o aporte de capitais no desenvolvimento de negócios no país, no âmbito dos países que adotam a Lei Modelo sobre Insolvência da UNCITRAL (exemplos: Estados Unidos da América, Espanha, Austrália, etc.) e do MERCOSUL, com vistas ao prevalecimento de um critério misto territorial-universalista que permita a cooperação homogênea em matéria de recuperação e de falência internacional.

## **REFERÊNCIAS**

ALMASKARI, Bader Juma. *Towards legal certainty: European cross-border insolvency law and multinational corporate groups*. 220 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Leicester. Disponível em: <https://ira.le.ac.uk/handle/2381/39163>. Acesso em: 07 jan. 2017.

ASCARELLI, Tulio. **Origem do direito comercial**. Capítulo 1 do *Corso de diritto commerciale* – introduzione e Teoria dell'Impresa. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1962. Trad. Fábio Konder Comparato. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nova Série, Ano XXXV, n.º 103, jul.-set. 1996, p. 89-100.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Empresa transnacional e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

BERGLUND, Mikael. **Cross-border enforcement of claims in the EU: history, present and future**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009.

BERLE, Adolf. MEANS, Gardiner. **The modern corporation and private property**. New Brunswick: Transaction Publishers, 1991.

BOOTH, Charles D. **Recognition of foreign bankruptcies: an analysis and critique of the inconsistent approaches of United States Courts**. In: *The American Bankruptcy Law Journal*, v. 66, n. 1, p. 135-232, 1992. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1532402](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1532402). Acesso em: 10 mar. 2018.

BRASIL. Poder Executivo. **Convenção de Direito Internacional Privado de Havana**. Código de Bustamante. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18871-13-agosto-1929-549000-publicacaooriginal-64246-pe.html>. Acesso em: 10 mar. 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Senado Federal. **Lei de Recuperação e Falência**. Lei Federal n.º 11.101, de 09 fev. 2005. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/111101.htm). Acesso em: 10 mar. 2018.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil (2015)**. Lei Federal n.º 11.103, de 06 mar. 2015. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). Acesso em: 10 mar. 2018.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. **Projeto de Lei do Novo Código Comercial**. Projeto de Lei n.º 1.572/2011. Brasília: Câmara Federal, Presidência, 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=508884>. Acesso em: 10 mar. 2018.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. **Projeto de Lei do Novo Código Comercial**. Projeto de Lei n.º 487/2013. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2013. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115437>. Acesso em: 10 mar. 2018.

BROOKS, Sid. LANTZ, Robert. **Insolvência transnacional: um novo guia para processos internacionais de insolvências**. In: *Justitia*, São Paulo, 65 (199), p. 279-297, jul./dez. 2008. Disponível em: [www.revistajustitia.com.br/revistas/234161.pdf](http://www.revistajustitia.com.br/revistas/234161.pdf). Acesso em: 20 mar. 2018.

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

CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. *The legal framework for cross-border insolvency in Brazil*. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1436535](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1436535). Acesso em: 10 mar. 2018.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação da empresa: o novo regime da insolvência empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v. 3. Falência e recuperação de empresas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

CRETELLA NETO, José. **Contratos internacionais do comércio**. São Paulo: Letz Total Media Creative Projects, 2016.

EIDENMULLER, Horst. *The transnational law market, regulatory competition, and transnational corporations*. In: *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 18, issue 2, article 5. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol18/iss2/5/>. Acesso em: 10 mar. 2018.

FINCH, Vanessa. MILMAN, David. *Corporate insolvency law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

FRANCO, Vera Helena de Mello. SZTAJN, Rachel. **Falência e recuperação da empresa em crise**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

FRIED, Charles. *Contract as promise: a theory of contractual obligation*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2015.

GALBRAITH, John Kenneth. **A era da incerteza**. São Paulo: Pioneira, 1980.

GUIMARÃES, Antônio Márcio. **Tratados internacionais**. São Paulo: Aduaneiras, 2009.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. **Direito do Comércio Internacional**. Notas de aula do mestrado acadêmico em Direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016.

GUIMARÃES DA SILVA, Geraldo José. GUIMARÃES, Antônio Márcio. **Manual de direito do comércio internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

GUIMARÃES, Márcio Souza. SESTER, Peter. **Insolvência transnacional (cross-border insolvency) – o desafio brasileiro**. In: *Justiça & cidadania*, Rio de Janeiro, n.º 205, set.

2017. Disponível em: <http://www.editorajc.com.br/insolvencia-transnacional-cross-border-insolvency-o-desafio-brasileiro/>. Acesso em: 01/03/2018.

HALLIDAY, Terence C. CARRUTHERS, Bruce G. *Bankrupt. Global Lawmaking and systemic financial crisis*. Stanford: Stanford University Press, 2009.

IMMERMAN, Richard H. GOEDDE, Petra (Editores). *The Oxford handbook of the Cold War*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

ISRAEL, Jona. *European Cross-Border Insolvency Regulation. A study of regulation on insolvency proceedings in the light of a paradigm of co-operation and a comitas europaea*. Antuérpia: Itersentia, 2005.

KIRSHNER, Jodie Adams. *International bankruptcy: the challenge of insolvency in a global economy*. Chicago: The University of Chicago Press, 2018.

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo**. Trad. Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LOBO, Otto Eduardo Fonseca de Albuquerque. **As Regras de Cross-Border Insolvency**. Disponível em: [https://www.google.com.br/?gfe\\_rd=cr&ei=mkzhV4PkG5eLxATXgYfIAg&gws\\_rd=ssl#q=a+regras+do+cross+border+insolvency](https://www.google.com.br/?gfe_rd=cr&ei=mkzhV4PkG5eLxATXgYfIAg&gws_rd=ssl#q=a+regras+do+cross+border+insolvency). Acesso em: 20/03/2018.

LOPUCKI, Lynn M. *Cooperation in international bankruptcy: a post-universalist approach*. In: *Cornell Law Review*, 84, p. 696-762, 1999. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2754&context=clr>. Acesso em: 01/03/2018.

MEVORACH, Irit. *The future of cross-border insolvency*. Oxford: Oxford University Press, 2018.

NAÇÕES UNIDAS. Comissão das Nações Unidas em Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL). **Lei Uniforme sobre Insolvência Transnacional**. Disponível em: [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/insolvency.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency.html). Acesso em: 10/03/2018.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation*. Nova Iorque: UNCITRAL, 2014.

NUSDEO, Fabio. **Curso de economia. Introdução ao direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

POTTOW, John A. *The myth (and realities) of forum shopping in transnational insolvency*. In: *Brooklyn Journal of International Law*, v. 32 (2), p. 785-817, 2007. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1017100](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1017100). Acesso em: 10 mar. 2018.

RASMUSSEN, Robert K. *Resolving transnational insolvencies through private ordering*. In: *Michigan Law Review*, v. 98, n. 7, p. 2.252-2.275, 2000. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=256473](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=256473). Acesso em: 10 mar. 2018.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. *Where are all the transnational bankruptcies? The puzzling case for universalism*. In: *Brooklyn Journal of International Law*, v. 32, issue 3, article 9, p. 984-1.003, 2007. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=982678](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=982678). Acesso em 10 mar. 2018.

ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milão: Giuffrè, 2011.

SATIRO, Francisco. CAMPANHA FILHO, Paulo Fernando. *Transnational insolvency: beyond state regulation and towards cooperation agreements*. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1858968](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1858968). Acesso em: 05/03/2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. VIEIRA, Oscar Vilhena (Coordeadores). *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento da União Europeia n.º 2015/848 do Parlamento e do Conselho Europeu, de 20 de maio de 2015, relativo aos processos de insolvência**. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32015R0848>. Acesso em: 19/03/2018.

WESSELS, Bob. *EU insolvency regulation and its impact on European business*. In: *CESifo DICE Report 1/2006, Journal for Institutional Comparisons*, v. 4, n. 1, Spring, p. 16-21, 2006. Disponível em: <https://www.cesifo-group.de/DocDL/CESifoDICEREport106.pdf>. Acesso em: 01/03/2018.

WESSELS, Bob. MARKELL, Bruce A. KILBORN, Jason J. *International cooperation in bankruptcy and insolvency matters*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

WESTBROOK, Jay Lawrence. *Choice of avoidance law in global insolvencies*. In: *Brooklyn Journal of International Law*, 17, 499, p. 499-538, 1991. Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1842&context=bjil>. Acesso em: 01/03/2018.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. *A global solution to multinational default*. In: *Michigan Law Review*, v. 98, p. 2.276-2.328, jun. 2000. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=259960](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=259960). Acesso em: 19/03/2018.

Recebido em: junho de 2018

Aprovado em: julho de 2018

Vinícius de Carvalho P. Mendonça: [Vinicius.Mendonca@fgv.br](mailto:Vinicius.Mendonca@fgv.br)