

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 22

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Janeiro / Junho de 2018

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, Prof. Enzo Baiocchi, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares, Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

EDITORES: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

CONSELHO EDITORIAL: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

CONSELHO EXECUTIVO: Carlos Martins Neto, Enzo Baiocchi, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Campinho, Mariana Pinto, Nicholas Furlan Di Biase e Viviane Perez.

PARECERISTAS DESTE NÚMERO: Gerson Branco (UFRGS), Jacques Labrunie (PUC-SP), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Milena Donato Oliva (UERJ), Sergio Negri (UFJF) e Tula Wesendonck (UFRGS).

PATROCINADORES:



MOREIRA MENEZES . MARTINS
ADVOGADOS

ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — n° 22 (janeiro/junho 2018)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Moreira Menezes, Martins Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicado no primeiro semestre de 2020.

Colaboraram neste número

Carlos Martins Neto

Doutorando em Direito de Empresa e Atividades Econômicas pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito de Empresa e Atividades Econômicas pela UERJ. Professor do Programa de Pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas – FGV-RIO. Professor convidado do MBA em Finanças do COPPEAD/UFRJ. Advogado no Rio de Janeiro.

E-mail: carlos@moreiramenezes.com.br

Guilherme Penalva Santos

Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Pós-graduado em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. Procurador do Município do Rio de Janeiro.

E-mail: guilhermepenalva@psadvs.com.br

Guilherme Vinseiro Martins

Doutorando em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Professor substituto de Direito Civil na UFMG em 2019. Advogado.

E-mail: guilherme@tavernard.adv.br

Isadora Wermelinger dos Santos Cariello

Bacharel em Direito pela Fundação Getúlio Vargas – FGV/Rio. Advogada no Rio de Janeiro.

E-mail: isadora@moreiramenezes.com.br

Luiz Carlos Malheiros França

Mestrando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Advogado.

E-mail: luiz.franca@fcdg.com.br

Marcelo Vieira von Adamek

Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da USP. Professor Doutor da Faculdade de Direito da USP.

E-mail: m-adamek@uol.com.br

Matheus Cardoso Oliveira Eleutério

Pós-graduando em Direito Empresarial e Contratos pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Bacharel em Direito pelo UniCEUB. Advogado.

E-mail: eleuteriomatheus@gmail.com

Nicholas Furlan Di Biase

Mestrando em Direito de Empresa e Atividades Econômicas pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Bacharel em Direito pela UERJ. Advogado no Rio de Janeiro.

E-mail: nicholas@moreiramenezes.com.br

Richard Squire

Alpin J. Cameron Chair in Law and Professor of Law, Fordham Law School.

E-mail: rsquire@law.fordham.edu

Zohar Goshen

Jerome L. Green Professor of Transactional Law, Columbia Law School. Director of the Center for Israeli Legal Studies, Columbia Law School.

E-mail: zohar.goshen@law.columbia.edu

Sumário

PRINCIPAL COSTS: A NEW THEORY FOR CORPORATE LAW AND GOVERNANCE Zohar Goshen e Richard Squire	1
DA ELEIÇÃO INTERCALAR DE MEMBRO PARA CONSELHO FISCAL DE FUNCIONAMENTO PERMANENTE DE SOCIEDADE ANÔNIMA Marcelo Vieira von Adamek	87
CONVERSÃO OBRIGATÓRIA DE DEBÊNTURES: LIMITES AO PODER DA MAIORIA Luiz Carlos Malheiros França.....	111
A EVOLUÇÃO DA INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL NO BRASIL: UMA ANÁLISE À LUZ DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA Guilherme Penalva Santos.....	133
ALGUNS IMPACTOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA INCOMPLETUDE DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS DE COLABORAÇÃO Guilherme Vinseiro Martins.....	165
A ATUAÇÃO DO BANCO CENTRAL DO BRASIL EM RELAÇÃO ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS EM CRISE Carlos Martins Neto.....	193
OBSTÁCULOS AO REGISTRO DE EMPRESA: A ILEGALIDADE DE EXIGÊNCIAS FORMULADAS POR AUTORIDADES FISCAIS Nicholas Furlan Di Biase e Isadora Wermelinger dos Santos Cariello	239
O <i>LEASE BACK</i> E A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ÓTICA DO STJ: UM ESTUDO DE CASO SOBRE A EXTENSÃO DOS EFEITOS DA FALÊNCIA A SOCIEDADES, QUE NÃO POSSUEM LIGAÇÃO SOCIETÁRIA, EM DECORRÊNCIA DE CONTRATO DE <i>LEASE BACK</i> Matheus Cardoso Oliveira Eleutério.....	283

A EVOLUÇÃO DA INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL NO BRASIL: UMA ANÁLISE À LUZ DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA¹

**THE EVOLUTION OF CROSS-BORDER INSOLVENCY IN BRAZIL:
AN ANALYSIS OF BRAZILIAN DOCTRINE AND CASE LAW**

Guilherme Penalva Santos

Resumo: O insucesso empresarial é um risco típico de qualquer empreendimento. Em um mundo cada vez mais globalizado se tornaram cada vez mais frequentes as insolvências ligadas a mais de um Estado. As insolvências transnacionais são mais complexas do que aquelas restritas a um único Estado e, para oferecer uma solução a esse problema, foram desenvolvidas as teorias territorialista e universalista. Cada teoria possui os seus méritos e suas próprias falhas, o que fez surgir teorias intermediárias entre os dois extremos. Neste artigo se pretende estudar o Direito brasileiro, a sua evolução legislativa e as visões da doutrina e da jurisprudência a respeito da insolvência transnacional. Em seguida, serão estudadas as propostas em curso para aperfeiçoamento do nosso direito pátrio. Ao final, será elaborada uma proposta para aperfeiçoar a nossa legislação falimentar às melhores práticas internacionais com vista a aumentar a segurança jurídica e incentivar os investimentos internacionais no Brasil.

Palavras-Chave: Insolvência transnacional. Territorialismo. Universalismo. Jurisprudência brasileira. Lei Modelo de Insolvência da UNCITRAL.

Abstract: Business failure is a typical risk of any business endeavor. In a continuously more globalized world, insolvencies related

¹ Artigo recebido em 26.09.2019 e aceito em 14.06.2020.

to more than one state have become increasingly frequent. Cross-border insolvencies are more complex than those restricted to a single state and to offer a solution to this problem, the territorialist and universalist theories were developed. Each theory has its merits and its own shortcomings, which gave rise to intermediate theories between the two extremes. This article intends to study Brazilian Law, its legislative evolution and the views of doctrine and Brazilian case law regarding cross-border insolvency. Afterwards, we will study the ongoing proposals for improving our domestic law. In the end, a proposal will be made to improve our bankruptcy legislation to the best international practice to increase legal certainty and encourage international investment in Brazil.

Keywords: Cross-border insolvency. Territorialism. Universalism. Brazilian case law. UNCITRAL Insolvency Model Law.

Sumário: Introdução. 1. Casos de insolvências transnacionais na jurisprudência brasileira. 2. Propostas de aperfeiçoamento do sistema legal brasileiro. Conclusão.

Introdução.

No passado, uma empresa que quisesse iniciar os seus negócios pedia crédito a um banco local. Obtido os recursos, começava a sua atividade, produzindo bens e serviços que seriam consumidos pela população da sua região. Empreender sempre foi uma atividade de risco, em que a empresa pode prosperar ou não. Quando a atividade não se mostrava viável, o comerciante ia à falência e os seus bens eram repartidos entre os seus credores. Durante muito tempo os processos de falência eram limitados a uma determinada região em que se localizavam toda a atividade e os credores da empresa.

Nos dias de hoje, essa situação é cada vez mais rara. O fenómeno da globalização foi fortemente intensificado na segunda metade do século XX e, desde então, a atividade comercial está cada vez

mais interligada a diferentes países. Hoje as grandes empresas compram e vendem para o exterior, possuem subsidiárias em outros países e tomam recursos com bancos e investidores estrangeiros. A atividade comercial se tornou cosmopolita e essa integração fomentou a expansão do comércio e dos investimentos.

Antigamente era comum uma única sociedade explorar vários ramos de negócio. Contudo, com o passar do tempo, se percebeu que era interessante repartir a exploração de diferentes ramos de negócio entre mais de uma pessoa jurídica. Há diversas razões para a criação dessas sociedades satélites à sociedade principal, como (i) a limitação da responsabilidade por setor de negócio, (ii) custo tributário, (iii) o estabelecimento de foco na atividade principal e (iv) maior facilidade na captação de recursos. Esse fenômeno foi designado pelos professores Alfredo Lamy e Bulhões Pedreira, autores do anteprojeto da atual lei de sociedade por ações, como o processo de expansão da grande empresa que leva “à criação de constelações de sociedades” coligadas, controladas ou agrupadas.²

Muitas dessas sociedades satélites, por diferentes razões, foram criadas no exterior. Contudo, este modelo, por vezes, gera alguma perplexidade quando uma dessas empresas sediadas no exterior passa por um processo de insolvência.³ Há clareza do regime legal aplicável, incluindo o regime de insolvência, quando toda a atividade empresarial, seus bens e credores estão situados em um no mesmo país, mas isso não ocorre quando se trata de uma insolvência transnacional.⁴

2 Conforme justificativa constante na exposição de motivos da Lei nº 6.404/76. Disponível em <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/leis-decretos/anexos/EM196-Lei6404.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2019.

3 O termo insolvência está sendo usado na sua conotação ampla, a incluir processos de recuperação judicial, extrajudicial ou falência.

4 Cabe destacar que existem tanto no Brasil quanto no exterior os termos Insolvência Transnacional (*transnational insolvency*) e Insolvência Transfronteiriça (*Cross-Border Insolvency*). Verifiquei que em artigos acadêmicos de língua inglesa o termo mais usado era *Cross-Border*

A insolvência transnacional não é um debate novo, conforme nos relata Kurt H Nadelmann.⁵ Em 1302, quando o Banco Ammanati de Pistoia na Itália se tornou insolvente e sua filial em Roma fechou subitamente, houve grande pânico entre os credores. O fato chamou atenção da Santa Sé, pois muitos dos seus membros eram clientes do banco. O banco, situado na República de Pistoia, possuía filiais em diversos outros países da Europa. Tendo em vista que os bens da filial de Roma foram transferidos de Roma para Pistoia, o Papa Bonifácio VII resolveu intervir. Os donos do banco tiveram os seus bens bloqueados por decisão do Santo Padre e foram proibidos pagamentos sem autorização da Santa Sé. Ao final, o Papa Bonifácio VII distribuiu o ativo do banco entre os credores espalhados por vários países da Europa. Vale destacar que o caso só foi bem solucionado porque os poderes do papa transcendiam as fronteiras dos países católicos.

Trajano de Miranda Valverde explica que, do ponto de vista acadêmico, há duas grandes teorias para tratar da insolvência transnacional: o territorialismo e o universalismo.⁶ No territorialismo, de acordo com Kent Anderson, cada Estado tem o poder de decidir acerca dos bens localizados dentro do seu território, observando as suas próprias leis.⁷ Haverá tantos processos de insolvência quanto forem

Insolvency, mas no Brasil o termo mais usado era Insolvência Transnacional. Sem entrar na discussão de qual seria o termo mais apropriado, busquei utilizar o termo mais frequente em artigos acadêmicos escritos em português. De todo o modo, destaco que os termos são sinônimos.

5 NADELMANN, Kurt H. Bankruptcy Treaties. *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, 1944, vol. 93, no. 1, p. 58-97. Disponível em: www.jstor.org/stable/3333807. Acesso em: 06 ago. 2019.

6 VALVERDE, Trajano de Miranda; SANTOS, J. A. Penalva; SANTOS, Paulo Penalva. *Comentários a Lei de Falências*: (Decreto-lei n.7661, de 21 de junho de 1945). 4. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 3, p. 135-138.

7 ANDERSON, Kent. The Cross-Border Insolvency Paradigm: A Defense of the Modified Universal Approach Considering the Japanese Experience. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, p. 679-779, 2000, p. 679-681. Disponível em: <https://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol21/iss4/1/>. Acesso em: 07 ago. 2019.

os países em que a empresa devedora tiver bens. Prossegue o referido autor:

Tradicionalmente, a maneira pela qual a maioria dos Estados e doutrinadores solucionaram os obstáculos internacionais inerentes a estes casos foi através da repartição de insolvências por entre fronteiras nacionais. Esta postura – conhecida como territorialismo – é consistente com os conceitos clássicos de soberania e jurisdição e permite que tribunais locais controlem bens locais nos termos da legislação local. O sistema é simples e previsível, porém, resulta na duplicação de custos administrativos e potencialmente na disparidade de tratamento de credores em condições similares, que eventualmente se encontrem em países diferentes.⁸

O territorialismo, na sua vertente tradicional, não pressupõe a cooperação entre Estados na busca de uma solução mais justa entre todos os credores e o devedor. Os vários processos de insolvência correrão em paralelo e a arrecadação dos ativos no mundo será a soma não coordenada entre esses vários processos. Neste modelo não é necessária a adoção de regras especiais para tratar da insolvência transnacional e os seus resultados tendem a não ser equânimes entre os credores localizados em diferentes países. Não obstante, Jay L. Westbrook aponta que este ainda é o modelo mais adotado no mundo.⁹

A outra teoria, diametralmente oposta à primeira, é o universalismo que prega a existência de um único processo de insolvência

8 Ibidem. p. 681 (tradução livre).

9 WESTBROOK, Jay Lawrence. The Lessons of Maxwell Communication. *Fordham Law Review*, v. 64, Issue 6, p. 2531-2541, 1996, p. 2532. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3277&context=flr>. Acesso em: 07 ago. 2019.

que terá jurisdição sobre todos os ativos do devedor, mesmo que alguns desses estejam em outros países. De acordo com Frederick Tung, a grande vantagem desse sistema é que, em tese, se garantiria uma distribuição mais justa entre os ativos do credor. Além disso, não haveria a necessidade de se ajuizar diversos processos em vários países, diminuindo os custos para a cobrança do crédito.¹⁰ Para Tung:

Conceitualmente, o universalismo é atraente. Um processo unificado permite que um único tribunal administre os bens do devedor em sua integralidade. Isto maximiza o valor que pode ser preservado para os credores, ao facilitar a disposição coordenada dos bens do devedor. Tal teoria assegura o tratamento equânime dos credores, e evita a duplicação de custos administrativos, os quais se depreenderiam de múltiplos procedimentos. A padronização das leis do país de origem como legislação aplicável promove previsibilidade, consequentemente diminuindo os custos do crédito e facilitando a atividade econômica.¹¹

Teoricamente, este seria o modelo ideal, mas depende de uma cooperação internacional ampla e geral, o que não se observa no atual cenário mundial. Outro problema frequentemente apontado é a identificação de onde seria o centro de principais interesses (“COMI”)¹² da empresa devedora. Sem uma definição clara, as empresas buscariam a jurisdição que lhes pareça mais atrativa, dando ensejo a *forum shopping*.

10 TUNG, Frederick. Skepticism About Universalism: International Bankruptcy and International Relations. UC *Berkeley Law and Economics Working Paper Series*, n. 2001-7, p. 1-61, 2001, p. 8-10. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=267437. Acesso em: 07 ago. 2019.

11 TUNG, Frederick, op. cit., p. 9.

12 *Center of main interest* (“COMI”), na sua designação internacionalmente adotada, equivale ao principal estabelecimento previsto na legislação brasileira.

Entre os dois extremos estão surgindo modelos intermediários em que há diferentes processos de insolvência correndo em paralelo, mas há também cooperação entre os países na busca de uma solução para mais justa para o devedor e a comunidade de credores.

Desde a época do Império, o Brasil já dispunha de legislação para tratar do processo falimentar ligado a mais de um Estado. De acordo com a professora Carmen Tiburcio, a matéria foi primeiramente regulada pelo Decreto nº 6.982/1878, que estabelecia a competência do juiz do principal estabelecimento para processar e julgar a falência. O decreto também previa a possibilidade de reconhecimento de sentenças estrangeiras de falência, desde que houvesse reciprocidade por parte do outro Estado.¹³ Posteriormente, houve poucas modificações pelos Decretos nº 917/1890 e 5.746/1929.

O Código de Processo de Civil de 1939 determinou a competência exclusiva do juiz brasileiro para processar e julgar a falência do comerciante brasileiro domiciliado no Brasil e, nos demais casos, estabeleceu diversas condições para a homologação sentenças falimentares estrangeiras.¹⁴

Em seguida, o Decreto-Lei nº 7.661/45 estabeleceu a competência do juiz brasileiro para processar e julgar a falência do comerciante com principal estabelecimento no Brasil. Dispunha o *caput* do art. 7º do Decreto-Lei nº 7.661/45: “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”.

No entanto, não foram estabelecidas regras sobre o reconhecimento de decisões estrangeiras falimentares.

Por fim, a Lei nº 11.101/05 (“LREF”), atualmente em vigor, pouco inovou, neste aspecto, em relação à lei anterior. Dispõe o art. 3º da atual lei falimentar:

13 TIBURCIO, Carmen. Efeitos extraterritoriais da falência. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 62, ano 16, p. 201-222, out/dez 2013, p. 215.

14 Artigos 786 a 792 do CPC de 1939.

Art. 3º 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.

Assim, permanece a omissão legislativa quanto ao tema da homologação de sentenças estrangeiras de falência. Adicionalmente, verificou-se que a atual lei falimentar também era lacunosa em relação à jurisdição brasileira para processar e julgar processos de insolvência de empresas estrangeiras, quando integrantes de um grupo econômico brasileiro, conforme veremos a seguir.

1. Casos de insolvências transnacionais na jurisprudência brasileira.

A globalização é um fenômeno inexorável, levando as empresas a explorar as suas atividades em diferentes países. O insucesso empresarial, risco típico de qualquer atividade, obrigaria cedo ou tarde o Brasil a lidar com os efeitos das insolvências transnacionais. Curiosamente, algumas das primeiras recuperações judiciais envolvendo empresas estrangeiras integrantes de um grupo empresarial não suscitaram maiores questionamentos.

Em 2014 o Grupo Aralco, dedicado à produção de álcool, requereu recuperação judicial no interior de São Paulo. Dentre as sociedades requerentes constava Aralco Finance, sediada em Luxemburgo que tinha como objetivo a captação de recursos financeiros no exterior para a atividade do grupo empresarial no Brasil. O juízo de primeiro grau deferiu o processamento da recuperação judicial sem ter considerações sobre se teria ou não jurisdição em relação à empresa estrangeira.¹⁵ Como não houve impugnação de nenhum credor

¹⁵ Processo nº 1001985-03.2014.8.26.0032 em trâmite perante a 2ª Vara Cível de Araçatuba. Decisão de fls. 4.296/4.300.

nem do Ministério Público, a decisão transitou em julgado. A mesma situação ocorreu com o Grupo Lupatech, em recuperação judicial requerida em 2015.¹⁶

O primeiro caso em que realmente houve discussão acerca da possibilidade de inclusão ou não de empresas estrangeiras em recuperação judicial no Brasil foi na recuperação judicial do Grupo OGX.¹⁷ Cabe destacar que quando esses casos começaram a ser discutidos em processos judiciais e em círculos acadêmicos, a primeira reação foi de prestigiar o princípio da territorialidade e não admitir a jurisdição brasileira em relação às sociedades estrangeiras. A professora Carmen Tibúrcio, em artigo doutrinário, entendeu que “as subsidiárias estrangeiras, por serem independentes, deverão ter processo falimentar próprio, no país da sua sede. Quanto a essas, salvo situações especiais em que se constate que a lei estrangeira admita tal procedimento, eventual decisão brasileira será totalmente ineficaz”.¹⁸ De modo similar, Sérgio Campinho defende a mesma orientação:

Deflui do preceito o ‘sistema de 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 filial, agência ou sucursal da matriz estrangeira, situada no Brasil, fica con-

16 Processo nº 1050924-67.2015.8.26.0100 em trâmite perante a 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo. Decisão de fls. 3.140/3.143.

17 Trata-se de recuperação judicial formulada por quatro sociedades: OGX Petróleo e Gás Participações S.A., OGX Petróleo e Gás S.A., OGX Internacional GMBH e OGX Áustria GMBH, sendo estas duas sociedades estrangeiras e criadas com o único objetivo de servirem de veículo para a obtenção de recursos junto a credores internacionais a fim de viabilizar as operações desenvolvidas no Brasil pela OGX Petróleo e Gás (Recuperação Judicial nº 0377620-56.2013.8.19.0001 em trâmite perante a 4ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro).

18 TIBURCIO, Carmen. *Subsidiárias estrangeiras têm processo falimentar próprio*. Consultor Jurídico – CONJUR, dez. 2013. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-dez-04/carmen-tiburcio-subsidiarias-estrangeiras-processo-falimentar-proprio>. Acesso em: 03 ago. 2019.

siderada como um estabelecimento físico autônomo, com administração própria. Os efeitos da declaração da falência, por exemplo, serão produzidos tão-somente em relação aos bens do empresário alienígena 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 tratar-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 artigo 3º em questão.¹⁹

Nessa linha, em primeiro grau foi indeferido o processamento da recuperação judicial do Grupo OGX em relação às sociedades estrangeiras por ausência de jurisdição.²⁰ O juízo entendeu que seria inviável a eventual decretação de falência dessas sociedades estrangeiras. Ademais, geraria insegurança jurídica a submissão dos credores das sociedades estrangeiras ao sistema jurídico de um outro país onde não foram constituídas as obrigações. Além disso, as sociedades estrangeiras possuem personalidades jurídicas e patrimônio próprio, não se confundindo com os das sociedades brasileiras. Alegou também que as sociedades austríacas poderiam requerer a aplicação do *chapter* 15 nos Estados Unidos, uma vez teria sido eleita a Cidade de Nova Iorque como foro de eleição. Constou na referida decisão:

Por conseguinte, estaria se descaracterizando direitos e obrigações de empresas estrangeiras do-

19 CAMPINHO, Sérgio. *Falência e Recuperação da Empresa – O Novo Regime da Insolvência Empresarial*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2015. p. 44-45.

20 Processo nº 0377620-56.2013.8.19.0001 em trâmite perante a 4ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro. Decisão de fls. 233/242.

tadas de personalidade jurídica própria, contraídos sob a égide de um ordenamento jurídico estrangeiro e afrontando-se a teoria da personificação. O direito pátrio não pode ser aplicado e muito menos a sua proteção jurídica pode ser concedida para uma empresa chinesa, coreana, tailandesa, austríaca ou holandesa, sob pena de violação da soberania da legislação pátria daqueles países ou absoluta inaplicabilidade sem o amparo legal.

Tratar-se-ia de criar uma insegurança jurídica perante credores internacionais que não poderiam ter um julgamento de seus créditos apreciados por nossa legislação, ainda mais sem o amparo do nosso direito. [...] Na ausência de uma legislação nacional com essa previsão de harmonização para falência de grandes empresas com ativos em diversos países, essa lacuna deverá ser suprida pela atuação dos operadores do direito. Não atentar para esse aspecto, significa atentar contra a soberania das nações e de suas legislações, o que ensejaria insegurança jurídica de contratos pactuados alhures, formando-se um cenário negativo para os investimentos externos em nosso país. Sem embargo da decisão proferida, nada impede o ajuizamento do Pedido de Chapter 15, de acordo com o Código de Falências Norte-Americano na Corte Distrital de Nova York, por se tratar do foro de eleição nos negócios jurídicos pactuados com os credores das empresas.²¹

Interposto agravo de instrumento contra essa decisão, inicialmente, a 4ª Câmara Cível havia negado provimento ao recurso,²² pois

21 4ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, processo nº 0377620-56.2013.8.19.0001. Juiz de Direito Dr. Gilberto Clovis Farias Matos. Trecho da Decisão. Fls. 233 à 242.

22 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Quarta Câmara Cível.

(i) as sociedades estrangeiras não tinham ativos físicos no Brasil, (ii) não haveria jurisdição do Brasil (art. 12 da LINDB – DL nº 4.657/42), uma vez que o domicílio da sociedade se situava fora do Brasil e as obrigações seriam cumpridas fora do Brasil, (iii) as sociedades estrangeiras possuiriam personalidade jurídica própria e (iv) não haveria base legal para deferir a recuperação judicial das estrangeiras. Destacou o relator originário do recurso no Tribunal de Justiça fluminense:

Neste sentido, avulta destacar que, uma vez instado a se pronunciar sobre a regularidade do pedido de Recuperação Judicial, os Ilustres Representantes do Parquet se manifestaram através do profícuo e judicioso Parecer de fls. 130/151, no sentido de estarem presentes os requisitos contábeis para formulação do pleito, ressaltando, outrossim, a impossibilidade de acolhimento da pretensão no que tange às Sociedades Empresárias sediadas no exterior, sem qualquer ativo físico ou filial, agência ou sucursal em solo brasileiro.

Com efeito, impende transcrever o preceituado no artigo 3º da Lei Federal n.º 11.101 de 09 de fevereiro de 2005 que regulamenta a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresarial, no âmbito nacional, in verbis: Art. 3º. 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.”

Neste diapasão, os Doutos Promotores de Justiça sustentando a existência de obstáculos jurídicos-

Agravo de Instrumento nº 0064658-77.2013.8.19.0000. Relator: Des. Reinaldo Pinto Alberto Filho. Julgado em: 27 nov. 2013. Decisão de fls. 37/52.

legais ao processamento da Recuperação Judicial das Sociedades Estrangeiras pelo Poder Judiciário Brasileiro, enfatizam a incidência do artigo 12 da Lei de Introdução do Código Civil, in litteris: Art. 12. É competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação. § 1º. Só à autoridade judiciária brasileira compete conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil. § 2º. A autoridade judiciária brasileira cumprirá, concedido o exequatur e segundo a forma estabelecida pela lei brasileira, as diligências deprecadas por autoridade estrangeira competente, observando a lei desta, quanto ao objeto das diligências.”

Assim, constata-se que as Empresas excluídas da Recuperação Judicial pelo R. Julgado ora Vergastado, quais sejam, OGX INTERNACIONAL GMBH e OGX ÁUSTRIA GMBH HSBC CTVM S/A, bem como seus eventuais credores, detentores dos títulos de dívida emitidos no exterior, na qualidade de financiadores internacionais, possuem, em primeira visada, domicílio além dos limites territoriais nacionais [...]

Ademais, forçoso ressaltar, ainda, que as Sociedades Empresárias sediadas no exterior, mesmo pertencendo ao referido Grupo Econômico OGX, conservam sua plena autonomia patrimonial, como decorrência lógica da Teoria da Personalização [...]

No mais, o Estudo Científico colacionado pelas Recorrentes com o escopo de embasar sua pretensão de processamento da Recuperação Judicial das Empresas sediadas no exterior, perante o Juízo Brasileiro, não se afigura capaz de admitir

tal desiderato, pois conclui “que o Brasil não prevê mecanismo de cooperação judiciária internacional e de coordenação de processos nacionais e estrangeiros.” Enfatizando, ainda, que “A ausência de meios para a cooperação internacional poderia prejudicar a eficácia da medida, notadamente em casos que se pretendesse coordenar o processo brasileiro com outro aberto em outros países, ou imprimir-lhes efeitos extraterritoriais, com a abrangência de bens e a vinculação de credores domiciliados no exterior [...]

No mais, havendo omissão na legislação pátria, no concernente à sua aplicação além dos abordes da sua jurisdição, observada sua Soberania, bem como a dos demais Estados e as regras de Direito Internacional, descabida é a pretensão recursal, objetivando a inovação no mundo jurídico, exigindo do julgador verdadeira atuação como legislador positivo, o que não é admitido pela Lei Maior.²³

Contudo, esta decisão não prevaleceu, pois posteriormente foi reconhecida a competência da 14ª Câmara Cível, por prevenção, para julgar este recurso. Ao julgar o agravo, a 14ª Câmara Cível deu provimento ao recurso para admitir as sociedades estrangeiras.²⁴ O Tribunal de Justiça admitiu que as sociedades estrangeiras requeressem recuperação judicial no Brasil com base nos seguintes fundamentos: (i) o princípio da preservação da empresa, (ii) tratava-se de

23 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Quarta Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 0064658-77.2013.8.19.0000. Relator: Des. Reinaldo Pinto Alberto Filho. Julgado em: 27 nov. 2013. Trecho da decisão. Fls. 45 à 49.

24 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Quarta Câmara Cível. Agravo de instrumento nº 0064658-77.2013.8.19.0000. Relator: Des. Gilberto Campista Guarino. Julgado em 20 fev. 2014. Publicado no DJe de: 24 fev. 2014. O acórdão consta às fls. 244/256 dos autos judiciais.

grupo com finalidade única, sendo que as sociedades estrangeiras apenas existiriam para captar recursos para as sociedades brasileiras, (iii) as empresas estrangeiras apenas captariam recursos no exterior, (iv) a recuperação judicial brasileira seria reconhecida na Áustria, pois o centro de principais interesses do devedor (COMI) estaria no Brasil e (v) o ordenamento jurídico brasileiro seria silente sobre o tema, não proibindo nem permitindo a recuperação judicial de sociedades estrangeiras. Constatou no referido acórdão:

Com efeito, a ímpar situação controvertida não pode ser focada unicamente de sob o ângulo da omissão legislativa, clamando por análise a partir da premissa de preservação da empresa, que, sem sombra de dúvidas, promoveu a mais extensa campanha privada nacional exploratória de petróleo e gás, com atividade que produz impactos no desenvolvimento econômico e social brasileiro, além de haver gerado um sem número de empregos [...]

Pois bem... As duas empresas estrangeiras subsidiárias, excluídas, em primeiro grau, do procedimento de recuperação judicial, operam apenas e tão somente em estrita função da controladora, servindo como veículos das sociedades brasileiras para a emissão de títulos de dívidas e recebimento de receitas no exterior, colimando o financiamento das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil. Têm-se, portanto, sociedades empresárias estrangeiras que se erigem em estrutura de financiamento de sua controladora nacional, formando um grupo econômico único, em prol de uma única atividade empresarial, o que não é nada incomum na era contemporânea, de globalização de mercados, mais ainda quando se pondera a própria ati-

vidade explorada, que intensifica as relações jurídicas transfronteiriças [...]

Saliente-se, como já mencionado no item 06 (acima), que a legislação austríaca sobre insolvência admite o reconhecimento dos efeitos do respectivo processo estrangeiro, quando o centro de principal interesse do devedor (COMI) está localizado no Estado estrangeiro e o processo for, em essência, comparável ao austríaco, o que, a par do estudo de viabilidade anexado por linha aos autos, mostra-se como sendo o caso.

Isso estando bem claro, não se está erigindo o Estado Juiz à condição de legislador positivo. A ausência de previsão normativa quanto à aplicação do instituto da recuperação judicial além dos limites territoriais, se não o autoriza, por outro lado não o veda. A hipótese desafia a decisão de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, conforme prevê o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, de aplicação cauta e excepcional, em situações que, a seu turno, demandem cautela e sejam, por igual, excepcionais. Até porque são os princípios gerais os responsáveis pela atuação do Ordenamento Jurídico à feição de um todo, integrando-lhe setores comunicantes, de outra forma tornados estanques.²⁵

Posteriormente, foram ajuizadas outras recuperações judiciais e extrajudiciais em que também havia empresas estrangeiras sem atividade operacional, mas que tinham como finalidade captar recursos no exterior para o grupo empresarial no Brasil. Nesse sentido citamos

25 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Quarta Câmara Cível. Agravo de instrumento nº 0064658-77.2013.8.19.0000. Relator: Des. Gilberto Campista Guarino. Julgado em 20 fev. 2014. Publicado no DJe de: 24 fev. 2014. Trecho do voto. Fls. 251 à 254.

as recuperações dos grupos OAS,²⁶ Sete Brasil,²⁷ Oi,²⁸ Odebrecht Óleo e Gás²⁹ em que em todas elas foram admitidas as sociedades estrangeiras. Nesse sentido, a título exemplificativo, cumpre ressaltar os seguintes trechos de acórdãos dos Tribunais de Justiça de São Paulo e do Rio de Janeiro em relação aos casos das recuperações judiciais dos Grupos OAS e Sete Brasil, respectivamente:

Como dito, referidas empresas não são operacionais e foram constituídas com o fim único de captar recursos no exterior para financiar as atividades empresariais das coagravadas que, tudo indica, foram nacionalizados. A principal atividade de referidas empresas é inequivocamente destinada ao desenvolvimento precípua das atividades das demais recuperandas no Brasil, para onde foi remetido o capital por elas negociado, de modo que bem anotou o D. Magistrado da causa, na decisão que deferiu o processamento do pedido; [...] “Nesse caso também incide a regra do art. 88, inc. II, do Código de Processo Civil em vigor, que dispõe: “É competente a autoridade

26 Processo nº 1030812-77.2015.8.26.0100, em trâmite na 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo.

27 Processo nº 0142307-13.2016.8.19.0001 em trâmite na 3ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro. Sobre o Caso Sete Brasil, relevante pontuar que as sociedades estrangeiras apenas foram admitidas após julgamento de agravo de instrumento pelo Tribunal de Justiça. Em um primeiro momento as sociedades estrangeiras não foram admitidas pelos seguintes motivos: (i) não estariam submetidas ao sistema jurídico brasileiro, que adota a teoria territorialista, sendo as empresas constituídas, registradas e subordinadas à legislação austríaca; (ii) a Lei nº 11.101/05 não permitiria a participação de empresas estrangeiras, não sendo permitido ao judiciário legislar sobre a matéria, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes; e (iii) o Brasil não é signatário de tratados internacionais que permitam o processamento de recuperações judiciais de empresas estrangeiras.

28 Processo nº 0203711-65.2016.8.19.0001 em trâmite na 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro.

29 Processo nº 0121854-60.2017.8.19.0001 em trâmite na 4ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro. É digno de nota registrar que este foi um caso de recuperação extrajudicial, mas que foram aplicados os mesmos critérios da recuperação judicial para fins de aferição da jurisdição brasileira em relação às sociedades estrangeiras.

de judiciária brasileira quando: ... II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação” [...]

“Estabelecido no Brasil o centro principal de atividade do grupo OAS, competente se mostra a jurisdição brasileira para, também, processar a recuperação das empresas estrangeiras vinculadas. O Egrégio Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela jurisdição brasileira em caso semelhante: [...]

Vale lembrar, como anotado na decisão impugnada, que o Brasil não é signatário da Lei Modelo da UNCITRAL, Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional. Mas não se pode deixar de observar que referida entidade, por intermédio do Grupo de Trabalho V Regime de Insolvência, propõe aos países participantes a edição de leis internas que contenham “um regime aplicável ao reconhecimento dos procedimentos de insolvência estrangeiros relacionados com empresas de um grupo, e a prestação de assistência com esse fim, quando esses procedimentos formam parte do que, no momento, se denomina ‘solução coletiva da insolvência de um grupo’, preconizando justamente a solução coletiva da insolvência do grupo de empresas [...]

Em razão da semelhança com o caso examinado nestes autos, vale lembrar ainda o que decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ao admitir o litisconsórcio de empresas transnacionais do Grupo OGX.³⁰

30 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Segunda Câmara Reservada de Direito Empresarial. Agravo Regimental nº 2084295-14.2015.8.26.0000. Relator: Des. Carlos Alberto Garbi. Julgado em: 31 ago. 2015. Publicado no DJe em: 26 set. 2015. Trecho do acórdão. Fls. 3711-3718.

Na hipótese em comento, observa-se que as sociedades estrangeiras foram constituídas com o objetivo de captação de recursos no exterior, para o financiamento das atividades desenvolvidas pelo grupo empresarial sediado no país, razão pela qual, sua admissão no plano de recuperação judicial possibilitará a preservação dos benefícios sociais e econômicos da atividade empresarial, caso seja a situação de crise enfrentada de maneira conjunta, abrangendo-se todas as empresas do grupo econômico. Como se sabe, o litisconsórcio, consubstanciado na pluralidade de partes no processo, está previsto, expressamente no art. 46, do CPC/1973, atual, art. 113, do NCPC, o qual preconiza a possibilidade de duas ou mais pessoas poderem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente. O pedido de formação de litisconsórcio formulado pelas recuperandas está amparado nas regras inseridas nos incisos I do referido dispositivo, haja vista a evidente comunhão de direitos e obrigações relativas à lide, a justificar a manutenção do litisconsórcio ativo pleiteado, por integrarem as empresas a estrutura jurídica e econômica do Grupo empresarial SETE, com algumas sociedades constituídas em outros países, mas, com o seu principal estabelecimento no Brasil.[...]

Nesse contexto, conclui-se que o litisconsórcio ativo pode facilitar o acordo entre as recuperandas e seus credores, possibilitando a superação da crise econômica da atividade empresarial, de forma célere e eficaz.³¹

31 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Vigésima Segunda Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 0034171-22.2016.8.19.0000. Relator: Des. Eduardo Moreira da Silva. Julgado em: 07 fev. 2017. Publicado no DJe em: 10 fev. 2017. Trecho do voto. Fls. 118 à 120.

Os principais argumentos que constaram em todos esses precedentes foram: (i) o centro de principal interesse do grupo (ou principal estabelecimento, utilizando a denominação da Lei nº 11.101/05) estaria no Brasil e (ii) as sociedades estrangeiras não exerceriam atividade empresarial autônoma, servindo como simples meio de captação de recursos no exterior para o grupo empresarial.

Adicionalmente, constaram em alguns dos precedentes acima as seguintes razões: (i) os recursos obtidos no exterior foram nacionalizados e, assim, no Brasil deveria ser cumprida a obrigação, atraindo a jurisdição brasileira (art. 88, II do CPC/73), (ii) o plano de recuperação a ser aprovado será cumprido no Brasil, revelando a jurisdição brasileira (arts. 21 e 22 do CPC/2015), (iii) a Lei nº 11.101/05 seria omissa quanto a jurisdição brasileira em relação a empresas estrangeiras; deste modo caberia ao juiz suprir a omissão com base nos critérios do art. 4º da LINDB e no princípio da preservação da empresa, (iv) a decisão que admitiu as empresas estrangeiras no Brasil pode surtir efeito no exterior se forem propostas ações secundárias requerendo o reconhecimento da ação brasileira no exterior e (v) se fosse necessário ajuizar um procedimento de recuperação em cada país, submetendo-se a leis e juízos diferentes, seria impossível evitar a quebra.

Embora ainda não haja uma decisão do STJ acerca da matéria, parecia estar se formando um certo consenso jurisprudencial acerca das hipóteses em que admitiria a recuperação judicial de empresas estrangeiras, quando integrantes de um grupo empresarial que tivesse as suas principais atividades no Brasil. Todavia, em 2019, foi julgado o caso do Grupo Constellation³² que utilizou critérios diferentes para a aferição da jurisdição brasileira em relação às sociedades estrangeiras.

A recuperação judicial do Grupo Constellation continha dezoito sociedades, sendo cinco sociedades brasileiras e treze socieda-

32 Processo nº 0288463-96.2018.8.19.0001, em trâmite na 1ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro.

des estrangeiras. Todas as sociedades tinham como finalidade possibilitar o desenvolvimento da operação de sondas *onshore* e *offshore* no Brasil, compondo um grupo econômico. Importante frisar que diferentemente de casos anteriores, algumas das sociedades estrangeiras não se limitavam a captar recursos no exterior, mas sim fretavam ou operavam as sondas. Muitas operavam no Brasil, mas havia uma sociedade que operava no exterior (Índia).

Igualmente relevante é a informação de que, nesse caso concreto, houve acordo prévio à recuperação judicial entre a maioria dos credores e os devedores declarando que o centro de principais interesses do grupo seria no Brasil e, conseqüentemente, a recuperação judicial seria requerida no Brasil.

A decisão de primeiro grau se limitou a dizer que não obstante serem na sua maioria sociedades estrangeiras, “todas elas reúnem esforços no sentido de possibilitar o desenvolvimento da operação de sondas *onshore* e *offshore* no Brasil, compondo um grupo econômico”.³³ Assim, a decisão não analisou a atividade de cada uma das sociedades.

Não obstante, em interessante decisão, o Tribunal de Justiça fluminense, por maioria, excluiu três sociedades estrangeiras do polo ativo da recuperação judicial.³⁴ A 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu que (i) a jurisdição brasileira, em se tratando de recuperação judicial e falência, obedece ao princípio da territorialidade, pela qual se limita a atuação do juiz nacional às sociedades, brasileiras ou estrangeiras, que possuem bens e atividade econômica em território brasileiro, (ii) no caso de grupo de sociedades, não seria possível aferir a jurisdição brasileira tomando como

33 Processo nº 0288463-96.2018.8.19.0001, em trâmite na 1ª Vara da Comarca do Rio de Janeiro. Fls. 2.083/2.084.

34 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Décima Sexta Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 0070417-46.2018.8.19.0000. Relator: Des. Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto.

base o centro de principal interesse do grupo. O principal estabelecimento de cada sociedade deverá ser analisado individualmente e (iii) reconheceu-se jurisdição brasileira às sociedades estrangeiras que tenham patrimônio em território nacional, conforme se depreende do excerto a seguir:

1 - A jurisdição brasileira, em se tratando de recuperação judicial e falência, obedece ao Princípio da Territorialidade, ou Grab Rule, pela qual se limita a atuação do juiz nacional às sociedades, brasileiras ou estrangeiras, que possuem bens e atividade econômica em território brasileiro, o que ademais se extrai do artigo 3º, 2ª parte, da Lei 11.101, que ao aludir à sede da filial de empresa estrangeira, sinaliza seu tratamento como verdadeiro patrimônio separado.

2 - A jurisdição para a recuperação das subsidiárias, em se tratando de grupos econômicos, e mercê da autonomia das diversas personalidades jurídicas, não é determinada pelo Centro de Principal Interesse do grupo, entendido como síntese resultante da atividade econômica das diversas sociedades, que serão recuperadas, no plano internacional, em tantos lugares quantos forem os países em que possuírem seu patrimônio, sem prejuízo de que outras jurisdições, segundo seu respectivo ordenamento, atribuam a um dos processos status de principal.

3 - O Centro de Principal Interesse, de todo modo, não pode ser determinado pela simples mensuração do local em que situada a mais destacada zona de atuação da empresa, sob o ponto de vista econômico, ao menos para a finalidade de determinar a jurisdição a ser utilizada.

4 - Reconhecimento de jurisdição brasileira que se limita, em obediência ao Princípio da Território

rialidade, às sociedades estrangeiras com patrimônio em território nacional.³⁵

O relator do recurso apontou que a hipótese sob análise seria diferente do caso da OGX, no qual as sociedades existentes no exterior eram absolutamente vazias e se prestavam exclusivamente a instrumentalizar empréstimos, o que não se cogitaria, ao menos para a totalidade das subsidiárias. Também deve-se pontuar que se admitiu a recuperação judicial de empresa que não tenha o seu principal centro de interesses no Brasil, desde que tenha ativos no Brasil. Assim, relativizou o conceito de filial (art 3º, parte final, da LREF) para fins de fixação de jurisdição. Além disso, destacou que a nacionalidade da sociedade seria irrelevante, sendo apenas necessário verificar se a sociedade possui ou não bens no Brasil. Por fim, é digno de registro o seguinte trecho do voto do relator:

Entendo como Relator a preocupação das recuperandas de obter com a recuperação a proteção das empresas que garantiram os financiamentos e que poderão ser alcançadas por possíveis atos executórios caso não obtenham algum tipo de proteção. Todavia esta proteção deve ser conferida pela jurisdição do local onde têm sua sede ou onde mantêm os seus ativos, jurisdição que poderá atribuir ao seu próprio processo natureza ancilar da recuperação em curso no território brasileiro, a depender da respectiva legislação de regência. O que não se pode acolher è a recuperação de uma sociedade materialmente existente mas que, repita-se, não pode ser fiscalizada e alcançada pelo judiciário, ao menos com a velocidade necessária, à mingua de disciplina legislati-

35 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Décima Sexta Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 0070417-46.2018.8.19.0000. Relator: Des. Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto. Julgado em: 12 abr. 2019. Publicado no DJe em: 26 abr. 2019. Trecho da ementa. Fls. 2.103/ 2.104.

va e tratados de cooperação entre os países envolvidos.³⁶

Neste caso foi proferido voto vencido que reconhecia a jurisdição brasileira em relação a todas as sociedades estrangeiras aos argumentos de que: (i) houve foro de eleição, pois os detentores de maior monta anuíram que o pleito fosse formulado no Brasil (art. 22, III do CPC) e (ii) a atuação entre as empresas requerentes seria interligada, com garantias cruzadas, tudo em prol do exercício da atividade empresarial, efetivada majoritariamente em território brasileiro.

Opostos embargos de declaração, estes foram parcialmente acolhidos para admitir a jurisdição brasileira em relação a duas sociedades estrangeiras que haviam sido inicialmente excluídas, “ante a prova de que a maior parte dos seus ativos, ainda que indiretamente, consiste em embarcações em operação no território nacional e contratos em execução no país”. Todavia, foi rejeitada a aplicação do foro de eleição internacional (art. 22, III do CPC) para recuperações judiciais, ao argumento de que haveria dúvidas se seria necessária a aprovação de todos os credores ou apenas da sua maioria.

O relator entendeu que seria necessária a concordância de todos os credores, o que na prática inviabiliza o foro de eleição. Argumentou o relator que “um credor de sociedade brasileira não pode ser compelido a se habilitar em país completamente estranho e diverso daquele em que situado o centro de comando da empresa apenas porque credores mais poderosos resolveram manipular a jurisdição a seu bel prazer”. Por outro lado, o vogal vencido afirmou que a prevalecer o entendimento da maioria, a discordância de um único credor, por mais diminuto que o seu crédito seja, poderia inviabilizar a recuperação judicial.

36 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Décima Sexta Câmara. Agravo de Instrumento nº 0070417-46.2018.8.19.0000. Relator: Des. Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto. Julgado em: 12 abr. 2019. Publicado no DJe em: 26 abr. 2019. Trecho do voto do relator (fl. 2.126).

Por fim, o relator revelou preocupação com a imprecisão do conceito de centro de principais interesses, pois poderia resultar em fórum shopping. Ele admite recuperação judicial de estrangeiras com centro de principais interesses no exterior, se no Brasil houver ativos.

O que se percebe a partir do estudo do caso do Grupo Constellation é que no Brasil ainda não há nem base legal nem consenso doutrinário ou jurisprudencial que gere segurança para se lidar com as insolvências que extrapolem as fronteiras de um país. Caso fosse adotado o critério de existência de bens no Brasil, poderiam ter sido excluídas as empresas estrangeiras nos casos dos grupos OGX, OAS, Sete Brasil, Oi e Odebrecht Óleo e Gás.

Por outro lado, o estudo desses casos revela que o Brasil tem ampliado a sua jurisdição para abarcar sociedades estrangeiras integrantes de um grupo econômico que atue no Brasil, atendidos certos requisitos. Todavia, muitas vezes é necessária a colaboração da justiça de outros países para garantir efetividade às decisões do judiciário brasileiro nesses casos. Assim, é razoável afirmar que o Brasil, ao admitir a sua jurisdição em processos de recuperação de sociedades estrangeiras, espera cooperação de outros países. Não obstante, paradoxalmente, o Brasil não vem cooperando com outros países para garantir a efetividade de julgados estrangeiros relativos à insolvência de empresas.³⁷

2. Propostas de aperfeiçoamento do sistema legal brasileiro.

Diante deste cenário surge a dúvida de como solucionar esta

37 Acerca do tema, fazemos referência à Sentença Estrangeira Contestada nº 11.277 por meio da qual o STJ negou homologação à sentença estrangeira de falência de controladora de empresa ao argumento de que isso prejudicaria a recuperação judicial da empresa controlada no Brasil. Entendeu o STJ que a “homologação do provimento alienígena ofenderia a ordem pública na medida em que frustraria o objetivo da recuperação judicial ao qual submetida a empresa requerida”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Sentença Estrangeira Contestada nº 11.277. Relator: Ministro Maria Thereza de Assis Moura. Julgado por unanimidade em: 15 jun. 2016. Publicado no DJe em: 01 jul. 2016).

questão, de sorte a garantir cooperação e segurança jurídica tanto para as hipóteses em que o Brasil requerer cooperação de autoridades estrangeiras, quanto para quando outros Estados requererem cooperação jurídica internacional do Brasil.

A primeira das soluções é por meio da cooperação jurídica internacional disposta na legislação interna de cada país que prevê as hipóteses de homologação de sentenças estrangeiras, concessão de *exequatur* e cooperação jurídica direta. Esta é a solução clássica e independe de acordos entre os países. Esta solução, contudo, não se mostrou satisfatória, uma vez que os diferentes regramentos entre os países reduzem o grau de certeza quanto a eficácia da decisão de insolvência em outro Estado.

Uma segunda solução é por meio de iniciativas legislativas no âmbito regional, dentre as quais citamos: (i) os Tratados de Direito Comercial Internacional, aprovados em Montevideu em 1889 e em 1940, (ii) a Convenção de Direito Internacional Privado dos Estados Americanos de 1928 (Código de Bustamante), (iii) o Regulamento Europeu nº 848 de 2015, relativo aos processos de insolvência e (iv) o Ato Uniforme sobre Organização de Procedimentos Concursais de 2015 da Organização para Harmonização do Direito dos Negócios em África (OHADA). Este segundo mecanismo é melhor do que o primeiro, pois traz mais certeza quanto a execução da decisão de insolvência em outro país. Por outro lado, todas essas iniciativas são restritas a determinadas regiões, como os países integrantes da União Europeia, no caso do Regulamento nº 848 de 2015. Assim, uma decisão de insolvência proferida por um tribunal português pode ser facilmente reconhecida na Holanda. Todavia, uma decisão de insolvência de um país não membro da União Europeia enfrentará dificuldades de ser reconhecida na Holanda.

Uma terceira solução é mediante a incorporação da Lei Modelo de Insolvência da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (“UNCITRAL”). O propósito da Lei Modelo é criar instrumentos para que os Estados lidem com as insolvências

transnacionais. Não se trata da unificação da legislação material entre os Estados, mas sim um mecanismo para garantir maior cooperação e coordenação entre as jurisdições. A ideia central é que haja um processo principal de insolvência em determinado país que poderá contar com a colaboração de outros países por meio de processos secundários de insolvência. O propósito da Lei Modelo é ser uma solução mais ampla, uma vez que pode ser adotada por qualquer país do mundo. A incorporação da Lei Modelo também é mais simples do que a modificação da legislação interna dos países por meio de tratados multilaterais, que dependem de ser ratificados por outros Estados. Cada Estado pode adaptar a sua legislação à Lei Modelo de Insolvência independentemente de outros países.

De acordo com a própria UNCITRAL:

A Lei Modelo foi criada para ajudar os Estados a aprimorar suas leis de insolvência com uma estrutura legal moderna para tratar de maneira mais eficaz os processos de insolvência transnacionais relativos a devedores que sofrem graves dificuldades financeiras ou insolvência. Ela se concentra em autorizar e incentivar a cooperação e coordenação entre jurisdições, em vez de tentar a unificação da lei substantiva da insolvência, e respeita as diferenças entre as leis processuais nacionais. Para os fins da Lei Modelo, uma insolvência transnacional é aquela em que o devedor insolvente possui ativos em mais de um Estado ou onde alguns dos credores do devedor não são do Estado em que o processo de insolvência está ocorrendo.³⁸

³⁸ Tradução livre do propósito da Lei Modelo de Insolvência Transnacional. Disponível em: https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency. Acesso em: 18 set. 2019.

Acerca dos objetivos da Lei Modelo de Insolvência, explica o professor Márcio Guimarães:

O objetivo da lei é de encaixar como parte integrante dos ordenamentos jurídicos, além de servir como guia para adoção por cada ordenamento jurídico local. No preâmbulo da lei modelo, encontram-se os seguintes objetivos elencados: (a) cooperação entre cortes e outras autoridades competentes do Estado Signatário e de outros Estados Estrangeiros envolvidos em casos de insolvência internacional; (b) maior certeza legal no comércio e investimento; (c) administração equânime e eficiente de insolvências internacionais que proteja os interesses de todos os credores e outras pessoas interessadas, incluindo o devedor e, (e) facilitação do resgate de empresas em dificuldade, de forma a proteger os investimentos e preservar empregos.

Ponto importante da aplicação da lei modelo diz respeito a não permissão de que os juízes analisem o mérito da decisão judicial estrangeira a ser reconhecida, como os atos de insolvência que levaram à abertura do processo e à nomeação do administrador judicial. Ao analisar o conteúdo da lei modelo, pode-se verificar a presença de dois ou mais processos de insolvência estrangeiros, a serem reconhecidos pelo juiz: o processo principal (*main proceeding*) e os não principais (*non-main proceeding*). Paulo Campana assinala que o processo estrangeiro deve ser reconhecido como processo principal de insolvência caso tenha sido aberto no país em que o devedor tenha seu centro dos interesses principais (em inglês, a lei modelo denomina COMI – *center of main interests*),

ao passo que o não principal concerne ao processo que tenha sido aberto em um país em que o devedor tenha filiais ou estabelecimento secundários.³⁹

No Brasil temos atualmente algumas propostas de modernização da nossa legislação: (i) o Projeto de Código Comercial em trâmite na Câmara dos Deputados (Projeto de Lei nº 1.572/2011), (ii) o Projeto de Código Comercial em trâmite no Senado (Projeto de Lei nº 487/2013)⁴⁰ e o (iii) Projeto de Lei nº 10.220/2018, em trâmite na Câmara dos Deputados. Todos os projetos dizem seguir as diretrizes da Lei Modelo da UNCITRAL. Embora todas essas propostas legislativas tragam avanços em relação à lei vigente, é preciso estar atento para que não sejam aprovadas algumas disposições em claro confronto com o espírito da Lei Modelo.

Vejamos, por exemplo, o Projeto de Lei nº 1.572/2011 na versão constante da complementação de voto do Deputado Vicente Cândido.⁴¹ Esta proposta cria um capítulo na LREF para tratar da falência transnacional e introduz diversos dispositivos à lei falimentar brasileira, dentre os quais destaco o art. 188-L⁴² e o art. 188-S.⁴³

39 GUIMARÃES, Márcio Souza. Direito transnacional das empresas em dificuldades. In: COELHO, Fábio Ulhôa (Coord.). *Tratado de direito comercial: falência e recuperação de empresa, direito marítimo*. São Paulo: Saraiva. 2015. v. 7, p. 62.

40 Conforme texto aprovado pela Comissão Temporária para a reforma do Código Comercial em 11 dez. 2018.

41 Complementação de voto do Deputado Vicente Cândido. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1476929&filename=CVO+3+PL157211+%253D%253E+PL+1572/2011. Acesso em: 06 ago. 2019.

42 “Art. 188-L. O credor titular de crédito que não seja executável no Brasil: [...] III – será pago após os credores quirografários, antes do pagamento das multas contratuais e penas pecuniárias, em concurso com os demais titulares de crédito que não seja executável no Brasil”.

43 “Art. 188-S. Se o devedor ainda não estiver falido no Brasil, o reconhecimento de processo falimentar no exterior, principal ou subsidiário, acarreta a suspensão das execuções individuais em curso na Justiça brasileira. § 1º. No caso do caput, o Ministério Público ou qualquer credor

A redação do inciso III do art. 188-L dispõe que nos processos falimentares no Brasil, os credores estrangeiros apenas serão pagos após os credores quirografários. Em suma, o projeto de lei visa dar tratamento prejudicial aos credores estrangeiros em detrimento dos credores nacionais. Esta regra, todavia, vai de encontro ao princípio da não discriminação previsto no artigo 13 da Lei Modelo. O tratamento discriminatório de investidores estrangeiros é criticado pela doutrina, fazendo especial referência às lições da professora Marilda Rosado de Sá Ribeiro.⁴⁴

Se esta norma estivesse em vigor, estariam comprometidas diversas recuperações judiciais, como é o caso da recuperação judicial do Grupo Oi que possuía 11 bilhões de dólares de credores estrangeiros. Tais credores que, posteriormente, investiram mais um bilhão de dólares na companhia, certamente não o teriam feito sob a égide da referida norma. Assim, esta norma tem alto potencial de afastar novos investimentos estrangeiros.

Outra norma que não guarda paralelo com a Lei Modelo é o art. 188-S que dispõe que caso seja decretada a falência no exterior, o Ministério Público pode requerer a quebra da empresa no Brasil, mesmo não havendo nenhuma hipótese de insolvência. Francisco Satiro, Paulo Campana e Sabrina Becue afirmam que caso este dispositivo estivesse em vigor na época da crise da General Motors nos Estados Unidos, a General Motors do Brasil poderia ter a sua falência também decretada no Brasil, em prejuízo da empresa brasileira solvente e viável economicamente.⁴⁵

pode requerer a falência do devedor no Brasil, ainda que ausentes os requisitos do art. 94 da Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. [...]"

44 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 83.

45 SATIRO, Francisco; CAMPANA, Paulo; BECUE, Sabrina. *Insolvência Transnacional e o Projeto de Código Comercial*. Disponível em: <https://www.felsberg.com.br/2016/07/insolvencia-transnacional-e-o-projeto-de-codigo-comercial/>. Acesso em: 06 ago. 2019.

Conclusão.

Atualmente a atividade empresarial não se limita mais às fronteiras dos países. Negócios são feitos em outros Estados e a empresa passa a ter relação com pessoas em outros países, dentre as quais os seus credores. O insucesso é um risco inerente a qualquer negócio e, quando ocorre, o devedor e os seus credores são chamados a decidir o futuro da empresa, que pode sofrer uma reorganização ou ser liquidada. A insolvência transnacional é uma realidade que veio para ficar em um mundo cada vez mais globalizado.

O Direito Brasileiro não acompanhou as mudanças decorrentes da globalização que fizeram multiplicar os casos de insolvências transnacionais. As clássicas teorias territorialista e universalista se revelam insuficientes para dar uma solução a essas crises de empresas além das fronteiras dos Estados.

Não obstante o atraso que se encontra o sistema jurídico brasileiro no tocante ao tema, diversos casos chegaram ao nosso judiciário. De um modo geral, os tribunais brasileiros têm ampliado a sua jurisdição para admitir, em processos de recuperação judicial, sociedades estrangeiras quando pertencentes a um grupo empresarial que desempenha as suas atividades em território nacional.

A maior parte dos países que já enfrentaram o problema incorporaram às suas legislações internas a Lei Modelo de Insolvência da UNCITRAL. No Brasil há projetos de lei que visam adotar as normas da Lei Modelo ao nosso ordenamento jurídico. Esperamos que a Lei Modelo seja incorporada ao sistema legal brasileiro sem que sejam desvirtuados os nortes básicos traçados pela UNCITRAL.