

Falência internacional: juízo universal extranacional: matéria que merece tratamento legal

Luiz Antonio Guerra¹

Resumo

O artigo trata do instituto da falência, inserida no amplo contexto da globalização. Dentro dessa realidade, examina criticamente a nova LRF brasileira. Lei que deixou escapar, neste momento de recrudescimento do comércio internacional, de alcance de mercados além-fronteiras, de conceitos abertos de mundialização que permeiam o Direito Global, a matriz do futuro disciplinamento do instituto da falência internacional, com o Juízo Universal Extranacional.

Palavras-chave: Lei de falência e recuperação de empresas. Falência. Globabilização. Falência internacional. Juízo Universal Extranacional.

¹ Advogado. Pós-Doutor em Direito Comercial. Doutor em Direito Processual Civil. Mestre em Negociação Internacional e Integração. Especialista em Direito Empresarial. Professor de Direito Comercial e Direito Empresarial da Faculdade de Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Professor de Direito Comercial, Direito Empresarial, Direito Econômico, Direito Processual Civil e Direito Regulatório do Petróleo e Gás do Instituto Guerra – Prof. Luiz Antonio Guerra de Direito Comercial & Empresarial e do Instituto Interamericano Prof. Luiz Antonio Guerra de Direito Empresarial & Processual Comercial. Presidente do Instituto dos Advogados do Distrito Federal. Membro do Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil. Membro da Comissão de Franquias Empresariais do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Consultor Jurídico de Companhias Nacionais e Internacionais. Parecerista. Articulista. Palestrante da Guerra Editora. Cursos & Palestras *In Company*. Editor da Guerra Editora. Autor de livros jurídicos nos segmentos do Direito Comercial, Empresarial, Petróleo e Processual Civil & Comercial, dentre eles: temas de direito empresarial, teoria geral dos títulos de crédito, contratos de distribuição e revenda de combustíveis, franquia empresarial, locação mercantil, contratos mercantis diferenciados, falência internacional, comentários à lei de falências e de recuperações de empresas e prática jurídica no direito recuperatório & falimentar, publicados por Guerra Editora. Titular da Advocacia Guerra – Prof. Luiz Antonio Guerra. Sócio do escritório Guerra Advogados – advocacia empresarial.

1 Introdução

A falência certamente é o instituto mais completo da Ciência Jurídica. O instituto da falência, próprio do Direito Comercial, apresenta variada interdisciplinaridade com outros ramos da Ciência Jurídica. A legislação falimentar brasileira, historicamente, sempre guardou conexão com inúmeros outros institutos jurídicos, sendo, pois, muito complexa.

O Código Comercial Imperial de 1850 cuidou do tema sob a forte influência do Código de França, 1807. Já naquela época, o instituto apresentava-se complexo. Posteriormente, a referência legislativa sobre o tema da falência recaiu no já revogado Decreto-Lei 7.661, de 25/6/1945.

Tal legislação, embora defasada para os tempos da chegada do novo milênio, foi tida como perfeita e vanguardista para a época de sua edição, no final da primeira metade do século passado.

O Decreto-Lei 7.661/1945, no trato dos institutos das falências (falência requerida pelo credor e falência requerida pelo próprio devedor; a chamada autofalência) e das concordatas (concordatas suspensiva e preventiva), apresentou-se extremamente complexo à medida que, para o estudo de tais temas, exigiu do intérprete sólidos conhecimentos de quase todos os ramos do Direito Processual e Direito Material.

Sem exageros, pode-se dizer que o estudo das falências e concordatas requereu conhecimentos de Direito Processual Civil, Penal, Tributário e Trabalhista. Já no campo do Direito Material, sempre foi necessário o domínio do Direito Comercial, Direito Civil, Direito Penal, Direito Tributário, Direito do Trabalho e Direito Administrativo.

Até hoje, após 157 anos da edição do Código Comercial Imperial, a legislação falimentar suscita dúvidas acerca de sua natureza: é a falência instituto de direito pessoal (obrigações contraídas pelo devedor – antigo comerciante, atual empresário e sociedade empresária) ou de direito real (universalidade de bens e direitos – formação da massa falida com a realização do ativo para solução do passivo)?

Na trilha dos questionamentos, indaga-se: a lei de falência tem natureza de Direito Material ou de Direito Processual? Historicamente, apesar da carga de Direito Processual na legislação concursal ser manifesta, a lei de quebra também tem forte orientação de Direito Material. Assim, a doutrina travou verdadeira polêmica acerca da real natureza da lei de falência, como bem aponta Lima.²

1. IMPORTÂNCIA DO TEMA

O tema – “A falência como processo” – vinculado à própria natureza jurídica do Direito das Quebras, “é um problema que tem suscitado o maior interesse entre os comercialistas e os processualistas, antigos e modernos”, como observou Carlo D’Avack.

Não é apenas teórica a relevância de se definir a natureza jurídica da falência. Maior é a importância prática.

A incerteza sobre tal definição priva a Ciência Jurídica e a sua aplicação diuturna de um princípio informador único, que sirva de diretriz para a correta interpretação das normas da falência. Tanto maior se revela necessária à formulação deste princípio quanto é certo que a falência é um instituto em que a lei visa à conciliação, à tutela e à fusão de exigências de caráter econômico; público e gerais com exigências de ordem privada, que aparentam ser, à primeira vista, absolutamente opostas entre si.

As regras de interpretação do Direito Processual, dada a sua finalidade estritamente instrumental, divergem das normas de interpretação do Direito Comum. Os conflitos de leis processuais, no tempo e no espaço, ante a referida índole do Direito Processual, são equacionados por normas muito mais simples e práticas, mais objetivas. Diferem das normas de igual finalidade do Direito substantivo.

Definidas as normas falimentares como processuais, buscam subsídios, em suas eventuais omissões, nas leis do processo. O que não ocorreria se a sua natureza fosse de Direito Material.

O saudoso Autor do projeto da atual Lei de Falências, o doutor Trajano de Miranda Valvede, bem observou:

“IX – Geralmente, as leis de falência não traçam uma perfeita separação entre a parte material e a parte formal do instituto. As regras de fundo andam disseminadas no corpo

² LIMA, Cláudio Vianna de. A falência como processo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 627, p. 15-28, jan. 1988.

da legislação. Procuraram seguir aquele método as leis alemã e austríaca, sem que tivesse, entretanto, conseguido, de modo absoluto, a separação.”

“A distinção é importante, pois, v.g., perante o Direito transitório, as disposições da nova lei, de conteúdo puramente processual, aplicam-se a relações jurídicas derivantes da falência sob a lei anterior, enquanto os efeitos da falência decretada antes da nova lei se regulam na conformidade do Direito anterior.”

É de se insistir, portanto, em que não é mera questão doutrinária, mas de acentuada importância prática, a perfeita definição da natureza jurídica da norma falimentar.

2. A FALÊNCIA COMO CONFLITO DE INTERESSES

Recorde-se que os conflitos de interesses – concurso de duas ou mais vontades sobre o mesmo bem da vida – são inerentes à imperfeição da própria natureza humana.

A falência – modo de ser (ou estado) do devedor comerciante, presumida ou confessadamente insolvente, assim declarado pelo órgão próprio do Estado – traduz antes do mais, a concorrência de duas ou mais vontades sobre o mesmo bem – no caso, o patrimônio do devedor.

Há princípio jurídico, a dispensar uma formulação do Direito Positivo, como todo princípio de Direito, que comanda: “os bens do devedor são a garantia comum dos credores.

É expresso – desnecessariamente, cumpre repetir – o princípio aludido no Código Civil italiano: “Art. 2.740. Il debitore risponde dell'adempimento delli obbligazione com tutii i suoi beni presenti e futuri.

O Código de Processo Civil atual, novando, consagra o preceito: “Art. 591. O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.

O Código Civil brasileiro não enuncia a regra. Apenas indiretamente se pode ter como referido o princípio em seu art. 1.556: “Não havendo título legal à preferência, terão os credores igual direito aos bens do devedor.”

O doutor Alcides de Mendonça Lima bem critica a inclusão do art. 591 no CPC: “A sua sede própria é um diploma de Direito Material, como o Código Civil.”

Esclarece: “não tem caráter instrumental, que é o inerente aos ordenamentos processuais, mas, sim, estabelece direitos

em favor do credor e, conseqüentemente, obrigação imposta ao devedor. É tipicamente primária, e não secundária. A ideia, porém, do legislador é outra que não a constante do texto. Estabeleceu a responsabilidade processual, que, na lição de Amílcar de Castro, “surge entre o devedor e o juiz, tendo por objeto bens indeterminados presentes e futuros..Por via, então , desta responsabilidade é que será satisfeita a obrigação ou o débito, que se estabelece entre o credor e o devedor, tendo por objeto um bem determinado, ainda na lição do grande Mestre mineiro. Somente assim interpretado o dispositivo pode estar incluído neste Código.

Na verdade, cabe distinguir entre obrigação, do Direito Material, e a responsabilidade, do Direito Processual.

É, ainda, a prelação do doutor Mendonça Lima: “A obrigação assumida, porém, não gera, diretamente, um direito para o credor sobre o total dos bens do devedor, porquanto esse apenas se comprometeu a uma prestação (pagar; entregar; fazer ou não fazer), que é o objetivo do credor. Isso decorre do contrato entre as partes (forma normal de constituir-se uma obrigação) ou da lei, referentemente a certos atos em que não há manifestação dos interessados (atos ilícitos). Os bens são meros sucedâneos da prestação que não foi cumprida, quando houver necessidade de ser exigido o cumprimento em juízo. Somente quando o devedor falha no adimplemento da obrigação assumida é que surge para o credor o direito de exigir a efetivação da responsabilidade, pelos meios que a lei processual lhe assegura.

Raciocinando em termos do instituto de falência, é de se ver que, no campo do Direito Material, está posto o princípio jurídico de que “quem deve é obrigado a pagar. Decorrência natural da obrigação assumida, se o devedor não paga, fere o direito do credor ao pagamento. A norma de Direito Material que estabelece este direito ao pagamento foi violada. Há um claro conflito de interesses: o credor quer a prestação; o devedor pretende retê-la. Como não é dado, a ninguém, em princípio, fazer justiça por mão própria (é crime: art. 345 do CP), o credor deve buscar a satisfação do seu direito e o restabelecimento da norma violada através do órgão próprio, do Estado. A ordem jurídica estabelecida prevê leis próprias para a atuação do Estado, pelo organismo competente, em substituição dos interessados em conflito, para solucionar o choque de vontades de um e outro. São as leis processuais.

Na falência há algo mais a ser assinalado. O não pagamento da prestação devida pelo devedor, presumida ou

confessadamente, traduz a insolvência do seu patrimônio. Desde que há este estado, ainda que em potencial, cumpre ao Estado agir, por uma razão a mais, no conflito de interesses.

Assume, com efeito, tal conflito nova configuração, em atendimento à sua diferente realidade. O patrimônio insolvente é nocivo a toda a coletividade social, sob os aspectos econômico, financeiro, jurídico e até político. Há mais a fazer no interesse geral, da sociedade, do que no interesse particular do credor. Cumpre não se limitar a atuação apenas a solucionar um conflito de interesses privado, entre o credor e devedor, fazendo-se cumprir a obrigação, tão-somente. Impõe-se muito mais, é imperioso regular a liquidação do patrimônio insolvente, prejudicial a todo o corpo social, em resguardo do interesse geral, da sociedade como um todo, da comunhão de credores, assegurando-lhes um tratamento isigualitário.

São notórios os efeitos negativos, reflexos, da insolvência, muito além do credor da obrigação cuja prestação se frustrou. O desemprego dos que trabalham na empresa falida, muitas vezes levados à miséria e à fome; a cessação da atividade produtiva, geradora de riquezas, em proveito geral, de um componente, um elo, uma peça da sociedade etc. as consequências de ordem financeira, acarretando, por vezes, a quebra de outros empresários.

O doutor Rodolfo Mezzera Alvarez, titular da Faculdade de Direito de Montevideú, ressalta, com proficiência: “A falência é um fenômeno distinto do simples inadimplemento. Este é a alteração de uma relação jurídica entre duas ou mais pessoas que raramente transcende do círculo limitado em que essas duas pessoas atuam. A falência, ao contrário, é um fenômeno de caráter mais geral, que pode transtornar a economia de todo um setor do comércio ou da indústria e, às vezes, a economia de toda uma cidade ou de uma região. Não se limita a transtornar a economia do comerciante; acarreta repercussões sobre outros patrimônios e sobre outras pessoas ligadas ao comércio, ou que estejam indiretamente vinculadas à mercancia, e, deste modo, a quebra de um comerciante pode provocar a quebra de outras empresas e, ainda, de instituições de crédito vinculadas a elas”

Prossegue o mesmo Autor:

“Além do mais, essa situação de intransquilidade, de dificuldade e de impotência é um campo fértil para fraudes e até certas maquinações criminosas”.

“É por tudo isto que a falência coloca um problema de política geral, de ordem pública, que não se pode limitar à exclusiva responsabilidade dos particulares. O Estado tem que intervir, criando uma ordem supra-individual, com preocupações de Direito Público, estabelecendo mecanismos de prevenção e chegando até a prever institutos de repressão, interdições e tipos de crimes específicos etc. Em certos sistemas legislativos o aspecto publicista da falência é mais acentuado do que em outros”.

O conflito de interesses que se estabelece em decorrência do estado de insolvência do devedor comerciante, cujos negócios, por definição, se fazem em grande volume, em massa, cresce de relevo pelos inúmeros interesses que envolve, de natureza geral, pública, econômica, financeira, jurídica e política, de um lado, e, de índole privada, em face dos credores em si, de outra parte.

Estes dados – a convergência de interesses tão amplos em aparente oposição aos interesses privados e a notória imperiosidade de tutela do interesse público, prioritário – vieram a se constituir em elemento perturbador na definição da natureza jurídica da falência. Ver-se-á.

3. AS SOLUÇÕES DOS CONFLITOS DE INTERESSES

Uma das funções precípuas do Estado, como a nação juridicamente (antes que politicamente) organizada, é a de garantir o pacífico desenvolvimento das relações coletivas, assegurar a paz e a tranquilidade sociais.

Conspira contra este superior objetivo a existência dos conflitos de interesses. Não é dado proscrever da realidade tais conflitos, inerentes à natureza humana, imperfeita, como se viu. Há que se conviver com eles, solucionando cada conflito, caso a caso, restabelecendo-se a paz social conturbada.

É o Direito Material a primeira forma de solução dos conflitos de interesses.

A expressão – Direito Material – é cunhada pelos processualistas, a significar o conjunto de normas jurídicas não processuais.

A norma de Direito Material, ou substancial, existe para, definindo os direitos subjetivos, de modo geral, coativo, bilateral e ideal (abstrato), solucionar os conflitos de interesses diretamente, por sua aplicação imediata e automática, pelos próprios interessados. Esta a solução preferida pela ordem jurídica. Na verdade, a norma

substantiva cria padrões de conduta para a rápida composição dos interesses em choque. Daí a menção às leis primárias quando se trata destas normas, a que primeiro se recorre na solução de conflitos de interesses.

Embora em um número preponderantemente de casos a solução dos conflitos aludidos se dê através do Direito Material, nos termos acima, pode-se dizer que em 99,999...% de vezes há ensejos em que a norma substantiva não atua, persistindo em aberto o choque de interesses e o risco de a paz social se subverter.

Como não é dado, salvo em hipóteses excepcionais, resolver os conflitos de interesse por mão própria, existe, para os interessados na sua solução, a imperiosidade de submeter o conflito ao Estado, por seu órgão próprio, para que, substituindo as partes em conflito, equacione a situação.

É precisamente a segunda solução dos choques de vontades, a regulada pelo Direito Processual, que, através de atos sucessivos, em uma nova relação, entre o órgão do Estado e cada interessado (não só a relação entre os interessados), leva à composição dos interesses. Justifica-se a referência a leis secundárias, as do Direito Processual, porquanto tão só em um segundo momento, ou em uma segunda etapa, é que se vai às normas processuais, para que, como instrumento, façam atuar a norma de Direito Material não obedecida, a lei primária que não funcionou.

Esta segunda solução biparte-se em duas atividades do órgão estatal, via de regra órgão do Poder Judiciário.

Há uma atividade normal, própria do Judiciário, em que exercita uma das funções do Estado, que se denomina jurisdição, a par das chamadas funções normativa e administrativa. Há uma atividade anômala, confiada ao Judiciário por conveniência política da própria ordem jurídica, consistente ou em emprestar força executória à solução de conflitos de interesses com a colaboração de pessoas estranhas ao Poder Judiciário (Providências Parajurispcionais) ou em participar, com os interessados, em negócio jurídico de interesse também geral, que visa a resolver conflitos de interesses entre particulares (jurisdição voluntária).

A jurisdição tem uma acepção própria: poder, função e atividade do Estado de declarar o Direito aplicável a um conflito de interesses, em substituição dos interessados, com o objetivo de atuar a lei primária secundária.

Esta atuação se faz através de atos sucessivos, uns antecedentes, outros subsequentes, vinculados ao mesmo fim, a solução do conflito de interesses. O conjunto destes atos é o processo e o modo (ou ordem); e a forma (ou a aparência) como os atos se dão é o procedimento.

O processo que se destina a dar a conhecer ao órgão judiciário a existência do conflito de interesses a resolver, para que seja dito o Direito aplicável a ele, solucionando o conflito, é chamado processo de conhecimento, de cognição ou de declaração (*lato sensu*).

Ao lado da jurisdição, no sentido próprio, exercitada através do processo de conhecimento, há a concepção do instituto em um sentido impróprio, que se exerce por meio dos chamados: a) processos de execução b) cautelar.

A declaração jurisdicional (dizendo o Direito aplicável) pode ser obedecida espontaneamente por aquele obrigado a cumpri-la. Há, então, uma execução voluntária. Mas – e é o comum – há possibilidade de que haja resistência em obedecer à declaração feita, que, ato de Poder do Estado, não pode ficar sem atendimento. O órgão jurisdicional é dotado da força, legítima, para fazer cumprir o decidido, através de um processo, ou sucessão de atos vinculados não bem à declaração do Direito aplicável, que já houve, mas a executá-la. Daí se designar o processo aludido de processo de execução forçada, ou simplesmente processo de execução, porquanto a execução voluntária prescinde de processo.

Há, além disso, às vezes, necessidade de assegurar o próprio exercício da jurisdição, seja no processo de conhecimento, seja no processo de execução, através de atos sucessivos, cujo conjunto se denomina processo cautelar.

Não é correta a referência a “jurisdição imprópria” só pelo fato de no processo de execução e no cautelar inexistir, a rigor, declaração do Direito aplicável. Há, tanto em um como em outro processo, características específicas da função jurisdicional, a substituição dos interessados pelo órgão da jurisdição e o escopo de efetiva atuação da lei primária. É possível ter, até mesmo, o complexo exercício da jurisdição quando se assegura o seu implemento, no processo cautelar, e, principalmente, quando se satisfaz o direito declarado, no processo de execução, e se restabelece o direito violado.

Já na atividade anômala do Poder Judiciário inexistente a prática de qualquer jurisdição. A atividade, no caso, é de

índole administrativa. A solução do conflito de interesses, que não se deu no campo do Direito Material, pela aplicação da lei primária, é feita com a cooperação, maior ou menor, de órgãos estranhos ao Judiciário, colaboração dos próprios interessados ou, mesmo, de terceiro, não interessado no conflito a resolver.

Na providência parajurisdicional há uma atividade homologatória do órgão jurisdicional, que não exercita a jurisdição, no caso, insista-se. As partes, unilateral, bilateralmente ou com ajuda de terceiro estranho à relação jurídica que os vincula, dão a solução do conflito. O órgão jurisdicional, após exame externo, formal, da solução (sem entrar no campo de saber se a solução é boa ou má, certa ou errada, justa ou injusta), empresta ou não à mesma força obrigatória, ensejando até processo de execução para cumpri-la.

Há as soluções egoístas (unilaterais) de uma só das partes (legítima defesa, de desforço pessoal, estado de necessidade etc.) e soluções altruístas (bilaterais umas, com a cooperação dos próprios interessados, como na desistência, na transação, na renúncia etc. com a colaboração de terceiros, outras, como o juízo arbitral, a estimação do art. 194 do velho Comercial). De toda sorte, para a exigibilidade carecem as soluções em apreço de homologação judicial, por meio de atos sucessivos, de procedimento, não de processo. Não há declaração do Direito aplicável pelo órgão jurisdicional, mas atribuição de validade ou negativa de atribuição à solução, ao conflito de interesses, dada por estranhos ao órgão jurisdicional.

Na jurisdição voluntária há o que se designa “administração pública de interesses privados” pelo órgão jurisdicional. Atividade, também, anômala, de natureza administrativa, traduz a interferência de órgão público em determinados negócios jurídicos a que se soma ao interesse dos particulares envolvidos o interesse público.

Há uma participação do órgão jurisdicional no negócio jurídico, necessariamente (ex.na separação e na conversão em divórcio amigáveis, na interdição de incapaz, na proteção ao nascituro). Há só procedimento. Não há processo. Nem contenciosidade; no máximo, controvérsia sobre fatos.

Acenuem-se estes aspectos da jurisdição voluntária (que não é jurisdição nem é voluntária): a) Administração Pública; b) interferência de órgão da jurisdição; c) interesses privados (um negócio jurídico); d) interesse público

(concorrente pela repercussão do negócio jurídico no meio social).

Mais adiante se verá a razão de se sublinharem os aspectos supra.

4. O PROCESSO FALIMENTAR

À luz das noções recordadas e com a expressa exclusão da matéria criminal falimentar (arts. 186-199 da Lei de Falências) – objeto, sem dúvida, do Direito (Material) Penal – cumpre ver que a Lei de Quebras se constitui de normas estritamente processuais, instrumentais, secundárias, objetivando a solução do conflito de interesses antes mencionado: do devedor comerciante insolvente não só com a universalidade de seus credores mas, a bem ver, com toda a comunidade social.

A solução deste conflito se dá através de atos sucessivos vinculados aos seguintes fins: a) à declaração do direito dos credores a rateio do produto da liquidação da universalidade dos bens (patrimônio) do devedor comerciante insolvente – processo de conhecimento (os procedimentos respectivos estão nos arts. 7º - 22 da lei falimentar: o art. 11 trata do requerimento de falência fundado no art. 1º; o art. 12, do requerimento com base no art. 2º; os arts. 14 e 15 cuidam da sentença; os arts.17-19 dos recursos, como adaptados ao sistema do CPC pela Lei 6.014, de 27.12.73, art. 6º; os arts. 52-55 se referem às ações revocatórias, etc.) b) à satisfação dos credores do devedor comerciante insolvente na medida das possibilidades da massa, através do processo de execução, que, na verdade, é a parte principal do instituto da falência; c) à garantia dos processos supra-indicados, mediante o processo cautelar, desde a verificação de conta do art. 1º, § 1º, I-III, da Lei de Falência, o seqüestro de livros, correspondência e bens do devedor comerciante, antes, mesmo, da eventual declaração da quebra (art. 2º, § 4º, da lei falimentar), até a alienação antecipada de bens da mesma (art. 73 da mesma lei) e a prisão do falido (art. 35).

5. AS CORRENTES DE ENTENDIMENTO

Com os elementos lembrados até agora são possíveis o exame e a crítica das variadas correntes de entendimento a respeito da natureza jurídica da falência.

Cumpre afastar, de plano – convém esclarecer, de logo – as discussões sobre a sede própria da falência, se no âmbito do Direito Civil (ou Comum) ou se na esfera do Direito Comercial. Em que pese a figurasse o instituto no Direito

estatutário de algumas cidades mediáveis (portanto, como Direito Comum), seu caráter comercial é aceito pacificamente.

Foi no Direito Civil que se operou o notável progresso do princípio, ora assente, de que os bens do devedor são garantia comum dos credores. No Direito Romano respondia pelos seus débitos a pessoa do devedor, que podia ser vendido como escravo (“trans Tiberim”- “além do rio Tibre”, fronteira metropolitana de Roma) ou, mesmo, morto pelo credor. Miranda Valverde faz referência a que, nos séculos XV e XVI, veio a figurar o processo de execução coletiva, pela universalidade dos credores sobre a universalidade dos bens do devedor, “como um instituto do Direito Comum”, concluindo, no entanto, ser incontestável seu caráter eminentemente comercial. O Direito Comercial Marítimo, com o instituto do abandono (sub-rogação e liberatório), contribuiu para a síntese histórica do que é a falência nos dias que correm, produto acabado do laboratório em que se constituiu o velho Direito italiano.

A discussão em aberto é sobre a natureza de Direito Material ou de Direito Processual da falência.

Vivante, o grande Comercialista italiano, já no início deste século, em conferência no Círculo Jurídico de Roma, em fevereiro/01, sustentava ser o Direito Falimentar de natureza processual. Desde então, passou a figurar como um “Apêndice”, nas edições sucessivas de seu Tratado de Direito Mercantil, cuja 1ª. edição é de maio de 1893, o que ensinou a respeito na aludida conferência, sob o título “A falência civil”, em que expôs a tese. Lê-se no aludido “Apêndice”, n. 2: “O instituto da falência não pertence às leis substantivas porque não se propõe a determinar quais são os direitos; pertence, melhor, às leis processuais, posto que o seu objetivo essencial é fazer reconhecer direitos já existentes na abertura da falência, para satisfazê-los proporcionalmente. E se insere entre os institutos processuais especialmente nos procedimentos executivos, pois, tal como eles, busca a satisfação dos direitos através do pagamento forçado, fazendo a liquidação dos bens pertencentes ao devedor.”

Com o surto posterior do Direito Processual notadamente na Itália, após Chiovenda, o pensamento de Vivante foi retomado.

Sem intenção de historiar, nem mesmo fazer uma síntese imperfeita, é de se valer do resumo que fez Carlos D’Avack sobre as correntes de entendimento na definição da natureza

jurídica da falência. Advirta-se que, de uma idéia radical, pura, absoluta (a falência é instituto do Direito Comercial, portanto do Direito Material), se evolve, com nuances, até a corrente inteiramente oposta (a falência é instituto do Direito Processual, exclusivamente). A sustentação radical dos comercialistas está superada. A tese processualista reconhece, como acima colocado, que o Direito Falimentar Penal é Direito Material.

Em que pese à obra de Carlos D'Avack, já citada, ser de 1939, não perdeu atualidade. O desenvolvimento posterior da polêmica, em verdade, manteve-se inteiramente fiel aos caminhos então entrevistados na monografia aludida.

Uma corrente, ligada aos juristas mais antigos, tem o Direito Falimentar com caráter genérico, seja do ponto de vista do Direito Material, seja do lado do Direito Processual. Vinculam-se ao antigo entendimento de que a falência é de natureza comercial, mas admitem um temperamento: é principalmente comercial, mas tem partes que são do Direito Comum, do Direito Administrativo, do Direito Penal e, até, do Direito Processual. Representativa desta corrente é a obra, consagrada de Gustavo Bonelli, *Del Fallimento*, citada por D'Avack.

Esta diretriz, na verdade, mantém-se hesitante, observa D'Avack: de um lado se reconhece que há, na falência, elementos conducentes a limitá-la ao Direito Processual, mas, de outro lado, tantas são as anomalias que destacam a falência do processo habitual, e tais as consequências da sua estrutura, com a predominância do interesse coletivo, tornando a falência um Direito quase público, de intensidade tão forte, que leva os defensores desta ordem de ideias ao convencimento de que a autoridade judiciária, na falência, tem função mais administrativa do que judicante, a ponto de dever ser excluída do Direito Processual.

Uma segunda corrente busca posição intermédia: a falência é um processo *sui generis*, regulado por lei própria, em que tem o órgão da jurisdição, dado o interesse público dominante, uma atividade administrativo-jurisdicional, voluntária e contenciosa.

A referência a processo *sui generis* é imprecisa: nada explica. É o recurso utilizado quando se ignora como qualificar algum instituto (na verdade, quando se desconhece do que se trata!), muito cômodo para classificar sem realmente, classificar. "É do seu gênero!" Mas, de que gênero?

O apelo à atividade administrativo-jurisdicional é válido. Não o que se refere à jurisdição voluntária, que, como já se acentuou, pressupõe um negócio jurídico entre particulares de que participa o órgão jurisdicional. Na solução do conflito de interesses sequente à insolvência não é de um negócio (ato consensual) que se trata, mas de uma obrigação, decorrente da lei, de não lesar a comunidade, credora e social. Não é do inadimplemento da obrigação entre os particulares que se cuida, mas da insolvência! A jurisdição voluntária, por outro lado, viu-se, não é contenciosa. A falência é.

Representativa desta corrente é a obra de Brunetti, *Lezioni di Diritto Commerciale*, citada por D'Avack, que declaradamente se copia.

Uma terceira orientação, que decorre da reformulação, nestes tempos, do Direito do Processo, em geral, e do processo de execução, em particular, chega a uma construção dogmática: a falência é instituto do Direito Processual, mais precisamente do processo de execução. Não se nega o interesse público dominante desde a abertura e em todo o desenvolvimento da falência.

Representante precípua desta linha de pensamento é Renzo Provinciali, em seu notável *Manuale di Diritto Fallimentare*, obra escrita na década de 1940, em memória de seu filho Bruno, morto na guerra, como herói, aos 21 anos de idade, por se negar ao abandono de um companheiro ferido.

O item seguinte desenvolve resumidamente a tese de Provinciali.

6 PROCESSO DE EXECUÇÃO COLETIVA

O autor parte da responsabilidade patrimonial decorrente do princípio básico do art. 2.740, I, do CC italiano: “O devedor responde pelo adimplemento das obrigações com todos os seus bens, presentes e futuros.”

Há, para os credores, um direito igual de serem satisfeitos com os bens do devedor, ressalvadas as causas legítimas de preferência. O adimplemento pelo devedor pode ser espontâneo (atuando diretamente a norma de Direito Material de que se trata), o que constitui a normalidade das relações jurídicas, causa primeira da própria edição das leis substantivas, como acima visto. Mas, não atuando da forma aludida a norma legal, o cumprimento da obrigação pelo devedor será forçado, autorizado que é o credor a provocar o Estado para que, coativamente, seja o devedor levado ao cumprimento da obrigação. Neste caso, atua a norma

processual, no desenvolvimento de uma função primária do Estado, assegurando a paz e a tranquilidade sociais, o pacífico desenvolvimento das relações coletivas, eliminando, no caso, o conflito de interesses. Já foi lembrado supra o que se refere ao exercício da jurisdição e aos processos próprios. Repita-se: o Estado assume a atuação da norma violada e o restabelecimento do direito ferido, mediante a declaração do direito, no processo de conhecimento. Paralelamente, deve, em consequência, atuar sobre os meios de realização prática do direito declarado, para a adequação da norma acertada como aplicável ao caso concreto. O complexo de meios de que se vale o Estado na satisfação do direito declarado é previsto no processo de execução cuja designação completa é o processo de execução forçada.

Pode a execução forçada ser singular ou coletiva.

Singular, em princípio, quando visa a resguardar um só interesse, sejam titulares deste interesse (assim individual) uma ou mais vontades, e quando incide sobre determinado bem ou determinados do devedor, eleito ou eleitos como objeto da ação. Há, assim, paradoxalmente, a possibilidade de que, em uma execução singular, interfira uma pluralidade de credores e de que os procedimentos sejam mais de um. No antigo concurso de credores do CPC de 1939, art. 1.017, doutrinariamente “concurso particular de credores”, se tem exemplo do que se expõe. Não há concorrência senão sobre o preço de bens, ou sobre os bens ainda não alienados, em casos de arrematação, remição ou adjudicação, 15 em que os outros credores acordem para incluir o próprio crédito em procedimento já em curso, para haver, também, em rateio, o produto do ou dos bens em execução. Basta para haver concurso de credores, na execução singular ou coletiva, a participação, no mesmo processo de uma pluralidade de credores, cada qual procurando realizar o próprio crédito insatisfeito. Não basta o concurso de credores para atribuir caráter coletivo à execução. Assinale-se que, em que pese à inovação do atual Código de Processo Civil brasileiro ao instituir a execução por quantia certa contra o devedor insolvente, em que se adotou a execução coletiva contra o devedor não comerciante, persiste o concurso de credores, em execução singular, nos arts. 711 a 713 do mesmo Código, em que há disputa sobre direito de preferência e da anterioridade de penhora entre os credores. Celso Neves refere-se a “concurso entre credores do devedor solvável” no concurso de ações executórias, decorrentes da pluralidade de penhoras sobre os mesmos bens. O saudoso Amílcar de Castro bem observou: “É certo que a insolvência se

presume quando o devedor não possui outros bens livres e desembaraçados para nomear à penhora (art. 750, I), e também se presume que o credor só penhora bens já penhorados porque não encontra outros pelos quais possa ser pago. Mas não é menos certo que o devedor, enquanto não foi judicialmente declarado insolvente (art. 751 do CPC), deve ser tratado como solvente, nada importando a suspeita de não estar em condições de pagar. E a insolvência não pode ser declarada de ofício (art. 753). Por conseguinte, quando dois ou mais credores penhoram os mesmos bens, tornar-se necessário que entrem em concurso de preferências, disciplinado pelos arts. 711 a 713, para que possa o juiz verificar qual seja o quociente que, da quantia em depósito, há de caber a cada qual.”

Nota, ainda, o mesmo processualista:”Trata-se de um processo de conhecimento, intercalado no processo executivo, com pontos de semelhança, mas inconfundível com o antigo concurso de credores, tratado pelos arts. 1.017 e ss. do anterior CPC”.

A execução é coletiva quando é universal, na ideia de abranger a totalidade dos credores e a totalidade dos bens do devedor comum. Este caráter totalizante (escreva-se assim) da execução, sob os aspectos subjetivo (totalidade dos credores) e objetivo (totalidade dos bens), existe como princípio fundamental: cada universalidade – de credores e de bens – existe uma em função da outra. É liquidado todo o patrimônio do devedor comum justamente para satisfazer todos os credores do devedor. E vice-versa. Em decorrência, há uma condição de igualdade de todos os credores (par *conditio omnium creditorum*).

Para a execução coletiva, assim vista, visando à participação global dos credores à liquidação de todos os bens do devedor comum, faz-se mister toda uma organização que facilite seu bom termo. Esta organização não é exigida por uma execução singular. Na execução coletiva nada mais se faz do que tornar efetiva a garantia patrimonial do devedor a que o art. 2.740, I, do CC italiano, já transcrito, faz menção.

Esta organização é formada, justamente, pelos órgãos judiciários (principais e auxiliares) e nela se consubstancia o interesse público, o interesse do Estado na execução coletiva. Se este interesse é maior, a organização é mais forte. Daí as conseqüências retiradas por Provinciali, e que se resumem em: a) não se pode fazer uma separação absoluta entre a execução singular e a coletiva; b) a diferença é de grau, de intensidade: na execução coletiva o Estado, em substância,

expropriando o devedor, não age diferentemente de quando faz o mesmo na execução singular. Apenas é mais drástica a atuação do Estado, em razão do maior interesse que há na matéria; c) esta diferença de intensidade é notada no próprio exercício da jurisdição, variável, em força, em função da natureza e finalidade do procedimento, se se cuida de procedimento de processo de conhecimento, de execução ou cautelar, se há maior ou menor exigência de atuação, forte ou menos forte, do Estado. No processo de execução há uma atividade contencioso-executiva (ou expropriativa), não sendo a administração da justiça mais do que um dos modos mediante os quais se expropriam os bens do devedor. No processo cautelar há uma atividade contencioso-assecurativa, na função da custódia administrativa, inseparável da medida acautelatória; d) há uma ingerência pública na execução coletiva, na organização mencionada, “tanto que se fala em Administração Pública de direitos privados, acentuando-se uma intervenção do Estado no exercício da tutela do crédito e da economia nacional, no exercício de funções administrativas dependentes da autoridade judiciária, protegendo interesses privados conexos com os interesses gerais”.

Combate Provinciali a classificação dos atos de ingerência do Estado, aludidos, como se fossem “Administração Pública de interesses privados”.

A expressão (“Administração Pública de interesses privados”) é, a seu ver, equívoca, unilateral e imperfeita.

Equívoca por se tratar a uma compreensão, por assim dizer, administrativista, *stricto sensu*, da atividade considerada, confundindo-se, até, com a que se tem na jurisdição voluntária. Não se pode pensar em Administração Pública em termos de jurisdição voluntária, quando a atuação é eminentemente contenciosa e, com toda propriedade, efetivamente jurisdicional.

Unilateral e, antes do mais, imperfeita porquanto se atém apenas a um aspecto do fenômeno, meramente exterior e instrumental, sem ver a sua essência e a sua verdadeira natureza. Não é possível dizer que nesta atividade se tenham por objeto, antes de tudo, direitos privados, quando se volta, mais acentuadamente, para a tutela dos interesses públicos e privados em si, mas com a constante prevalência da consideração para com os primeiros.

Em segundo lugar, observa, ainda, Provinciali, a ingerência do órgão judiciário não é mais do que uma componente da

atividade exercitada, variável em função da natureza e da finalidade do procedimento. Se se trata de um procedimento executivo expropriatório (p. ex, na falência), é uma atividade contencioso-executiva e expropriatória. A administração da massa não é mais do que um dos modos de conservação dos bens expropriados. Se se cogita de um procedimento cautelar (o sequestro de bens do devedor comerciante, p. ex.), se está diante de uma atividade contencioso-assecurativa, própria da função de custódia administrativa do procedimento cautelar, elemento instrumental inseparável do provimento cautelar. Mas, veja-se, se está sempre no campo da jurisdição, do contencioso, cautelar ou executivo, e dentro da atuação específica da jurisdição.

As conclusões de Provinciali no ponto são no sentido do caráter processual da própria gestão do patrimônio do devedor, desde o provimento que determina a abertura do procedimento judicial. A característica deste provimento é a substituição do devedor pelo juízo na administração do seu patrimônio, com vistas à verificação da insolvência. O escopo é a atuação da lei, no exercício de funções de garantia (na segurança e conservação do acervo da empresa, do estabelecimento ou de bens individuados), de ordenamento (ou organização) da tarefa de liquidar o patrimônio, mantendo uma continuidade na gerência do todo, do início ao fim do procedimento. Mesmo quando a administração é confiada ao próprio devedor (continuação de negócios pelo falido, concordata), quando quem realmente tem a titularidade e o comando da gestão é o juízo, do qual os outros sujeitos não são senão órgãos.

É uma situação indubitavelmente processual, por toda a vigência desta administração, a ponto de ser qualificada judiciária ou processual. O procedimento, aí, é contínuo ou unitário, do qual α é representado pelo requerimento de falência (ou de autofalência!) e ω é o ato conclusivo, final, da administração.

Pondera Provinciali: “Durante todo o tempo em que o procedimento dura e se desenvolve, enquanto o órgão judiciário permanece investido de sua função, superintendendo a atividade dos órgãos executivos, inclusive os estranhos ao Judiciário (síndico, depositário, comissário etc.), e interferindo, quando é o caso; enquanto perduram a instância e o provimento sucessivamente requerido e deferido: em tudo não há mais do que atos processuais (das partes e do juiz) no desenvolvimento do processo”.

7. REAÇÃO DOS COMERCIALISTAS

Muitos comercialistas, principalmente em nosso País, reagem à idéia de que o Direito Falimentar seja processo.

O saudoso Mestre, amigo e companheiro da Magistratura José Cândido Sampaio de Lacerda ensinava:

“A falência pode ser analisada sob dois aspectos: o estático e o dinâmico.

Estaticamente, é a situação do devedor comerciante que não consegue pagar pontualmente seu débito líquido, certo e exigível.

Dinamicamente, é um processo de execução coletiva instituído por força da lei em benefício dos credores.”

Mais adiante, na mesma obra, o consagrado Autor retoma a sua idéia: “Conforme acentuamos anteriormente, a falência não pode ser apenas considerada como lei exclusivamente processual, desde que nela se contém normas de Direito substantivo”. (grifou-se)

Menciona a lição contrária de Vivante (v. supra) e a opinião oposta de Ripert, quando preleciona: “Como este processo de execução e liquidação é específico dos comerciantes, o estudo da falência é vinculado ao estudo do Direito Comercial, e não àquele do processo”. (grifou-se novamente)

Sampaio de Lacerda fazia a distinção, nas leis falimentares, entre a parte material ou substantiva e a parte formal ou adjetiva (sic), “embora estejam tão vinculadas que não seria de conveniência separá-las, citando Brunetti”.

A parte substantiva ou material compreende tudo o que disser respeito: a) à determinação do estado de falência; b) aos efeitos jurídicos de sua decretação; c) aos direitos e preferências dos credores d) aos direitos e obrigações do devedor.

A parte formal abrange as normas que regulam o procedimento de abertura e desenvolvimento do processo falimentar, inclusive os recursos admitidos.

A colocação é a mesma do doutor e saudoso Miranda Valverde, que, na “Introdução” dos seus consagrados Comentários à Lei de Falências, referindo-se à Lei de Quebras, escreveu:

“São regras de fundo e de forma, destinadas a tutelar não só o interesse privado, mas, também, o interesse público, ambos em íntima e estreita relação no estado de falência.”

As regras de fundo, que constituem, na esfera do interesse privado, o Direito substantivo da falência, enunciam quase sempre princípios derogatórios do Direito Comum, limitações ou transformações de direitos e obrigações preexistentes, ou presidem o nascimento de direitos e obrigações que o estado jurídico da falência provoca.

Tais são as regras que estatuem sobre os efeitos da falência em relação aos bens do devedor e aos direitos dos credores, particularmente sobre a condição jurídica do falido, a resolução dos contratos bilaterais, a retenção, a compensação, os atos ineficazes, os privilégios de certos créditos, os pedidos de restituição, os encargos e dívidas da massa falida etc.

As regras de forma organizam o processo de execução coletiva, estabelecendo os meios pelos quais se há de resolver essa situação jurídica, de natureza essencialmente transitória. Fazem parte do Direito Processual.

J. X. Carvalho de Mendonça lembra que a falência, instituto de extrema complexidade, não se restringe “aos domínios do Direito Comercial, penetra nos do Direito Público, do Direito Civil, do Direito Internacional Privado, do Direito Criminal, do Direito Judiciário, em cada um dos quais vai buscar regras, preceitos e ensinamentos, tendo, muitas vezes, de modificá-los, a fim de adaptá-los ao grande meio de execução coletiva, que trata de organizar”.

Mais recentemente, o insigne Professor da Universidade Católica de Minas Gerais, Walter Alvarez insistiu na mesma orientação: “O Direito Falimentar é um Direito concursal, isto é, aquele que, para sua existência, concorrem regras de diferentes tipos autônomos da Ciência do Direito. Assim, ao mesmo tempo em que apresenta regras próprias do Direito Comercial, também tem ao seu lado normas de Direito Civil e Direito Penal, de Direito Administrativo, Internacional e, em salutar quantidade, de Direito Processual. Esta sua natureza concursal que lhe dá especial autonomia, porque, em virtude deste pormenor, não é divisão alguma de nenhum destes ramos da Ciência do Direito.” (grifou-se).

E conclui o douto Mestre mineiro: “Ainda que Provinciali reconheça que no Direito concursal sejam prevalentes as normas de natureza processual, a verdade é que elas estão longe de esgotar o conteúdo do Direito Falimentar e muito menos satisfazer as suas necessidades. Se essas regras processuais podem ser encaradas como as referentes às regras de forma do instituto da falência, e como expõe Miranda Valverde, acentuando que, por sua natureza,

são de natureza transitória, por outro lado, as regras de fundo são inumeráveis e com vitalidade extraordinária ao estabelecerem princípios próprios, quase sempre derogatórios, limitativos ou transformadores do Direito comum e de Obrigações preexistentes”.

Ora, ao afirmar-se a natureza concursal do Direito Falimentar, na verdade, por um lado, nada se afirma quanto à natureza jurídica da falência. Direito concursal é a execução por quantia certa contra o devedor insolvente e é o concurso de credores dos arts. 711 a 713 do CPC, que não são partes do Direito Falimentar. “Concursal”, como a concorrência de credores, seja para a execução singular, seja para a coletiva, é, na verdade, o mesmo que se ater à cobrança da responsabilidade do devedor, fora do Direito Material (vendo-se o inadimplemento da obrigação singularmente, ou a efetivação das consequências patrimoniais da insolvência, no concurso universal, entre estas a falência). É mencionar o Direito Processual!

O douto Prof. Nélson Abrão, de São Paulo, sustenta que a execução é um dos aspectos da falência, mas não o único: “Observa-se no Direito Falimentar moderno uma forte tendência em realçar o aspecto substantivo, em contraposição à tendência prevalentemente processual”.

É de se ver, contudo que a tendência a dar ênfase ao chamado aspecto substantivo da falência é antiga e comprometida com o interesse dos comercialistas em não deixar fora do Direito Comercial o instituto da falência. Na verdade, é ideia superada, hoje!

Significativo é o fato de que, relativamente novo, o *Manuale di Diritto Fallimentare* de Domenico Mazzoca centra-se na natureza processual do instituto da falência, que se “deve definir como um procedimento especial, seja sob o perfil normativo, enquanto regulado por uma lei especial, seja sob o perfil subjetivo, enquanto não se aplica a todo o devedor, mas só ao empresário comercial, seja, enfim, sob o perfil objetivo substancial, sendo aplicável só no caso de insolvência (isto é, não pelo simples fato do inadimplemento)”.

Procedimento especial ou não, é Direito Processual.

8. EM RESPOSTA

Respondendo às colocações aludidas, cabem as seguintes ponderações, em resumo, embora reiterando conceitos antes expressos:

a) O chamado aspecto estático da falência (o estado do devedor comerciante que não consegue pagar pontualmente seus débitos), na realidade, está no campo fático, é o conflito de interesses que, levado ao Judiciário, declarado existir, dispara todo o processo de execução coletiva, que decorre, já se viu, não propriamente do conflito de interesses individual (devedor x credor), mas do conflito de interesses pertinente à sociedade toda (por isso coletivo), entre o devedor e a comunidade credora mais a própria comunidade social, pelos reflexos que aí repercutem. Só com a declaração da insolvência, judicial, nasce, a rigor, a falência. Antes não havia como, no campo do Direito Material ou substantivo, ensejar a solução, veja-se bem, não do inadimplemento (individual), mas da insolvência (fenômeno a afetar a coletividade). Só existe falência na esfera processual, portanto. O aspecto dinâmico, na verdade, é o único a considerar. O estático nele se absorve.

b) A argumentação de que as regras processuais na falência seriam transitórias e de que as regras de fundo têm vitalidade e definitividade é falha. A falência, como conflito de interesses que se impõe eliminar para o pacífico desenvolvimento das relações coletivas, é, por sua natureza, toda ela, transitória. Destinam-se as normas falimentares à solução do conflito que, como visto no item “a” antecedente, não pode ser equacionado no campo do Direito Material. Não há, assim, como distinguir, na matéria, entre normas transitórias e não transitórias. O conflito de interesses deve ser resolvido, deve ser eliminado, deve desaparecer, para o pacífico desenvolvimento das relações coletivas. Transitório é ele!

c) A referência a que a falência é Direito concursal não ajuda muito; pelo contrário, a aproxima, até, de outro instituto nitidamente processual, da mesma natureza de concurso universal, que é a execução por quantia certa de devedor insolvente (arts. 748-786 do CPC). Não que impressione o argumento de Carlo D’Avack, na obra já citada, quando, opondo-se à natureza de Direito concursal da falência, lembra que pode existir a falência com um só credor, de que resulta, teoricamente, a possibilidade de falência sem concurso de credores, como é a previsão da lei italiana de falência por débito fiscal. Já foi acentuado que o que configura o concurso coletivo é o chamamento da universalidade dos credores e a execução da universalidade dos bens do devedor comum. Se ao chamamento não acode credor, o fato não desnatura o concurso universal. Pode apenas influir na simplificação do procedimento.

d) O que importa, contudo, é que, ao se referir a Direito concursal, na verdade, se está nomeando a falência como Direito Processual. Só no Direito Processual, em que se faz a efetiva atuação do princípio de que os bens do devedor são a garantia comum dos credores, há, na verdade, concurso de credores.

e) O que se refere à distinção entre regras de forma e de fundo na falência é melhor desenvolvido a seguir.

9. UM DADO NOVO

Há, realmente, uma diferença básica entre a norma substantiva, ou de Direito Material (que define ou estabelece direitos subjetivos) e a norma formal, ou de Direito Processual (que regular o exercício da jurisdição, declarando o Direito aplicável, obrigando o seu cumprimento forçado ou, ainda, assegurando declaração e cumprimento aludidos).

O notável José Frederico Marques bem dissera sobre o relacionamento das duas espécies de normas jurídicas: “A observância, dentro do processo, da norma processual civil é meio preordenado a um fim: o restabelecimento, fora do processo, da observância do direito objetivo material. Ela tem, portanto, como prius, norma de outra natureza, da qual é modo e meio para a realização jurisdicional. Diz-se, por isso, que a norma processual civil é instrumental.”

Observe-se que também a norma processual penal é instrumental, natureza de toda a norma de processo. Na verdade, todo o Direito é instrumental, nada cria fora do mundo jurídico, apenas regula. Mas, se todo o Direito é instrumental, a norma de processo é, além, meio de realização do próprio direito violado. Mais instrumental ainda!

Faz José Frederico Marques as diferenças: “A norma jurídica instrumental difere da norma jurídica substancial. Esta última disciplina diretamente as relações da vida, procurando compor conflitos de interesses entre os membros da comunhão social, bem como regular e organizar funções socialmente úteis, ao mesmo tempo em que assegura o seu cumprimento através de sanções, às vezes, específicas e, em outras ocasiões, imanentes à ordem jurídica em seu conjunto. Norma instrumental, ao revés, é a que disciplina a aplicação das normas substanciais, seja regulando a competência para fazê-la atuar, seja regulando os meios de tornar estas efetivas e, ainda, as vias adequadas para provocar o seu cumprimento e efetivação.”

Mesmo “pelo prisma da atividade jurisdicional, que se desenvolve no processo, pode-se dizer que as normas jurídicas materiais constituem o critério de julgar, de modo que, não sendo observadas, dão lugar ao error in iudicando; e as normas jurídicas processuais constituem o critério do proceder, de maneira que, uma vez desobedecidas, ensejam a ocorrência de error in procedendo, como prelecionam Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco”.

Importante a advertência de José Frederico Marques, que ora se reproduz: “Normas processuais existem, no entanto, de caráter material-instrumental, tais como as que tratam da condenação nas custas, de certos direitos de terceiros etc.”

Estas normas processuais de natureza material-instrumental, que se podem designar mistas, participam do caráter da norma substancial, ou material, porquanto estabelecem ou definem direitos, embora só o façam em razão, em decorrência, em função do próprio processo: não teriam motivo de ser não fosse a necessidade da definição de direitos no campo processual. A condenação em custas é um direito do vencedor em face do vencido na demanda. É por demais óbvio que não haveria razão para impor as custas processuais ao vencido se não houvesse a demanda, a provocação da declaração jurisdicional, nem vencedor, nem vencido.

Por outro lado, tais normas mistas destinam-se, como toda norma processual, a restabelecer a norma de Direito Material violada. Fazem parte, aí, da natureza da norma processual.

Desde que tais normas, necessárias à solução processual do conflito de interesses, não resolvido com a norma substantiva, se situam entre as chamadas leis secundárias, só surgem no campo do Direito Processual, pertencem, a rigor, ao mesmo Direito, onde são previstas.

Além da condenação nas custas, um direito do vencedor de que trata o art. 20 do CPC (“victus victoris expensae comndenatur”), são exemplos de normas mistas o direito do querelado à extinção da punibilidade (art. 58, parágrafo único, do CPC), o benefício de ordem do fiador executado (art. 595 do CPC), a preferência do credor, na execução da obrigação de fazer, para executar ou mandar executar obras e trabalhos necessários à prestação, em face da oferta de terceiro (art. 637 do CPC), etc.

A detenção das normas mistas não é de valor apenas acadêmico. O douto Niceto Alcalá-Zamora y Castillo aponta a sua utilidade. São normas processuais e, por conseguinte, submetidas às regras do Direito Processual, quando à sua exegese, à sua validade no tempo e no espaço, quanto às suas eventuais omissões, supríveis pelas leis processuais, em linha de princípio.

10. CONCLUSÕES

Ora, bem! Atendo-se ao elenco de normas de natureza material na falência, conforme indicação do saudoso Sampaio de Lacerda – quais sejam, aquelas que dizem respeito: a) à determinação do estado de falência; b) aos efeitos jurídicos de sua decretação; c) aos direitos e preferências dos credores d) aos direitos e obrigações do devedor – ou à relação apontada pelo também saudoso Miranda Valverde – que se reporta às regras que estatuem sobre: a) os efeitos da falência em relação aos bens do devedor; b) os direitos dos credores; c) a condição jurídica do falido; d) a resolução dos contratos bilaterais; e) a retenção; f) a compensação; g) os atos ineficazes; h) os privilégios de certos créditos; i) os pedidos de restituição; j) os encargos e dívidas da massa falida – é pronta a conclusão de que tais normas são mistas (logo, processuais).

A uma porque atuam como leis secundárias, para a efetiva observação de normas realmente materiais.

A duas porque, definindo, embora, direitos, o fazem em função do processo de execução coletiva de que se trata na falência, sem o quê não teriam, sequer, razão de existir.

Em terceiro lugar porquanto não se atêm à obrigação e ao inadimplemento do devedor (no campo do Direito Material), mas à sua responsabilidade patrimonial, à sua insolvência (no âmbito do Direito Processual).

Em quarto lugar porque se vinculam a um conflito de interesses (a insolvência, o choque de vontades do devedor, de um lado, e a universalidade de seus credores e, via de consequência, a própria sociedade – v. os efeitos nocivos, reflexos da falência, tratados acima – de outro lado) que não pode ser resolvido no campo do Direito Material, sob pena de dano ao princípio da par conditio creditorum, entre outros. Observe-se que a solução fora do Judiciário, e do processo regular, das situações de insolvência é proscrita pela lei. O art. 8º. da Lei de Falências obriga à confissão da insolvência do devedor comerciante no prazo e condições que estipula. O art. 2º. caracteriza a falência com a prática

de dadas iniciativas do devedor insolvente, para soluções amigáveis, com os credores, de suas dificuldades. A lei falimentar tipifica certas condutas, no mesmo sentido, como crimes falimentares (arts. 186, III, e 188, II).

De todo o exposto é possível assentar:

O instituto de falência configura forma processual de solução de conflito de interesses.

Tal conflito de interesses não é a relação singular entre duas ou mais pessoas em torno do inadimplemento de uma obrigação, no campo do Direito Material, mas é o choque de vontades em face do patrimônio, inteiro, do devedor insolvente, na esfera de atuação do Direito Processual, e que não é, excepcionalmente, possível solucionar com as normas do Direito Material ou substantivo, direta, espontânea e automaticamente pelos interessados.

São levados os interesses assim conflitantes para solução processual, mercê da sua necessária substituição pelo órgão próprio do Estado, o Poder Judiciário.

As normas jurídicas desta sorte aplicadas são processuais, mesmo aquelas que definem direitos subjetivos são leis secundárias, necessárias a atuar o Direito Material que, excepcionalmente, as partes interessadas não podem, por si só, aplicar.

Os comercialistas, na verdade, com as colocações agora assumidas, de ser o Direito Falimentar um Direito genérico, abrangente de Direitos Administrativo, Penal, Processual, Comercial etc. fazem concessões entrevedo normas de Direito Material e de Direito Processual entremeadas, aspectos estático e dinâmico, na falência, Direito *sui generis* etc. Na verdade, configuram um exército, vencido, em retirada. Não hostilizam, mais, com eficácia o ex adverso, e, se o fustigam, com argumentos de antemão insustentáveis, o fazem tão-só para atenuar a desonra da saída do campo de batalha.

É polêmica a série de conclusões, mas necessária a sua trazida à mesa de debates para a definição – tão importante, como visto – da natureza jurídica da falência.

Não bastasse, podemos, ainda, travar discussão acerca da relação jurídica empresarial. É ela privatista, com início na constituição da atividade empresarial, por ato de vontade do empresário ou dos sócios e destinação de seu patrimônio para a atividade econômica? Ou é pública a partir da sua constituição e funcionamento,

eis que se reconhece a empresa como ente social gerador de riquezas, empregos e impostos?

O pedido de falência, quando formulado pelo credor, é, na essência, direito individual de satisfação de crédito, por conta de inadimplemento de obrigação vencida e não paga pelo devedor? Ou é direito coletivo, porquanto a essência do pedido é a quebra, de interesse coletivo dos credores, embora possa ocorrer o pagamento da obrigação que sustenta o pedido de quebra?

É oportuno dizer que a decisão que decreta a falência desdobra-se em efeitos materiais, efeitos esses em relação: a) ao devedor, com a paralisação da empresa e a inabilitação do empresário ou dos sócios para o exercício de atividade empresarial; b) ao credor, com a correspondente habilitação do crédito nos autos da falência, ou mesmo pedido de reserva, quando houver necessidade de liquidação, com posterior decisão inscrevendo ou não o crédito no quadro-geral de credores; c) aos bens, com a arrecadação e formação da massa falida, suporte econômico necessário para formar e realizar o ativo e solução do passivo; d) aos contratos, com a indicação da natureza das obrigações e avenças, com o desfazimento dos negócios jurídicos ou não.

Com efeito, para cuidar de tantas questões convergentes da vida empresarial do então devedor, agora falido, a lei de quebra, de forma universal, cuida da competência sob o enfoque do chamado Juízo Universal da Falência, ou seja, dá ao Juiz da Quebra competência quase geral para decidir toda e qualquer demanda que se relacione com a massa falida, salvo as exceções previstas na Lei de Falências e de Recuperação, a exemplo das reclamações trabalhistas e execuções fiscais, típicas dos Juízos Especializados.

O Juízo Universal da Falência tem características próprias, a saber: unitariedade – juízo único e competente em todo o território nacional; atratividade – juízo atraente a ponto de chamar para si todas as questões e ações que se relacionam com a massa falida; e funcionalidade – juízo funciona com a colaboração do falido, conhecedor das causas que o levaram à quebra.

Por tudo que até aqui foi demonstrado, indubitável que o instituto da falência é interdisciplinar e como tal apresenta complexidade exagerada, posto que se relaciona e guarda conexão com vários ramos do Direito Material e Processual.

Embora o Direito Falimentar Brasileiro esteja sob a orientação da nova lei – Lei 11.101/2005, o certo é que a complexidade aumentou, inclusive com a introdução do instituto da recuperação extrajudicial e judicial e seu processamento.

O Decreto-Lei 7.661/45, a exemplo das demais leis mercantis, vigeu até o dia 09 de junho de 2005, quando, então, restou revogado, abrindo espaço para a atual Lei de Falências e Recuperação de Empresas, a Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.

A Lei 11.101/2005, após anos de tramitação no Congresso Nacional, com ampla negociação do Poder Executivo, trouxe como ponto principal e de novidade para o ordenamento jurídico brasileiro, no Direito Concursal, os institutos da Recuperação Judicial e Recuperação Extrajudicial, eliminando-se, assim, a criticada e combatida concordata preventiva e a então emprestável concordata suspensiva, que vigoraram, no Brasil, por longos anos.

A atual lei, repetindo a feição da anterior, manteve forte carga processual, embora seja uma lei econômica, de recuperação e de falência. A LRF tem natureza mista e consagrou, a um só tempo, conteúdos de Direito Processual e Direito Material. A rigor, a Lei 11.101/2005, embora revisada para atender à realidade do atual cenário socioeconômico do País, estruturalmente não se distanciou muito do Decreto-Lei 7.661/45 no que tange aos aspectos processuais.

Diferentemente, na seara do Direito Material, a nova lei trouxe novidades, aliás, reconhecidamente boas para a economia do País, ao inserir os institutos da recuperação judicial e extrajudicial no ordenamento jurídico brasileiro.

A inserção do instituto da recuperação econômica no sistema jurídico nacional põe o Brasil em destaque e em consonância com a legislação falimentar vigente nos principais países europeus e sul-americanos. É bem verdade que a nova lei falimentar e de recuperação não é perfeita, não é a melhor, mas trouxe significativos avanços.

Faz sentido a introdução da recuperação no Direito Positivo Brasileiro a partir do momento que o Código Civil adotou a Teoria da Empresa, do Direito Italiano, prestigiando e reconhecendo na empresa – atividade econômica organizada – ente de equilíbrio social gerador de riquezas, empregos e impostos.

Voltando ao aspecto processualístico que permeia a legislação de quebras, a nova lei brasileira de falências e recuperação de empresas, perseguindo a trilha histórica da orientação mundial, no ocidental, continuou a prestigiar o processo dentro da lei econômica, de direito material.

Com efeito, vamos encontrar, na atual lei, forte carga processualística desde o nascedouro do pedido de falência ou de recuperação até o encerramento e extinção das obrigações, sem descuidar do processamento da ação penal por crimes definidos na Lei de Falências e Recuperação.

Antes mesmo de ser uma lei puramente econômica, ou de recuperação da atividade, como, a rigor, deveria se apresentar, a atual legislação aponta, com relevância, os traços processuais reveladores de sua natureza mista, ao indicar os pressupostos específicos para os pedidos de recuperação e falência, a decisão judicial de recebimento do pedido, os prazos para resposta, as providências processuais, os recursos cabíveis etc.

Mesmo após o deferimento do processamento da recuperação judicial ou da decretação da falência, em que se inicia a sua administração, todas as etapas estão contaminadas de forte carga processual.

Assim, não escapa, no nascedouro dos pedidos, quer de recuperação, quer de falência, o ponto inicial da relação processual que se fixará a partir da competência para conhecimento, processamento e decisão dos pleitos. Esta, portanto, é a perspectiva para a competência, de natureza territorial, que fixará quem seja o Juízo competente, juízo que exercerá as características de unitariedade, absorção e funcionalidade. Tais traços formam o chamado Juízo Universal da Falência e da Recuperação da Empresa.

O Juízo Universal da Falência e da Recuperação é acima de tudo, antes mesmo de revelar-se simples matéria de competência para conhecimento de pedidos, verdadeiro princípio orientador dos institutos da falência e da recuperação, que dele não se pode abrir mão, sob pena de perda do controle da situação econômica e de descalabro na administração da falência ou da recuperação da empresa.

Sobre esse especial tema, dentro do processo falimentar e de recuperação, é que iremos, no tópico a seguir, cuidar da falência internacional e do juízo universal extranacional.

Sobre o Juízo Universal da Falência, a competência é, em regra, absoluta, abrindo espaço somente nas hipóteses contempladas na lei. O Juízo Universal tem competência quase plena para todas as ações e medidas do interesse do devedor recuperando ou da massa falida.

Deferido o processamento da recuperação ou declarada a falência, a competência, antes territorial, do lugar da sede ou do principal estabelecimento do devedor recuperando ou do falido, transmuda-se para absoluta. No início, ao tempo do pedido, a competência é territorial. Contudo, após o deferimento do processamento da recuperação ou decretação da quebra, altera-se para absoluta em razão da matéria.

Então, ter-se-á um único Juízo Universal em todo o território nacional, com competência total ou quase total, salvo as exceções previstas na LRF, para dirimir as questões afeitas aos interesses do devedor recuperando ou do falido. A recuperação e a falência no Brasil têm essas características.

Sucedo que, hoje, vivemos tempos de globalização, integração econômica, formação de blocos econômicos, incremento do comércio internacional e mundialização de mercados, sem limites territoriais nos negócios internacionais.

Empresários e companhias descobriram o mundo; a superfície do planeta parece que ficou menor e experimentaremos, em breve, com as novas tecnologias de comunicação e ferramentas de informação, curioso fenômeno de competitividade mais acirrada, cuja sobrevivência no mercado exigirá dos agentes econômicos a intensificação de negócios mundiais.

É por isso mesmo que já estamos, de algum tempo para cá, a partir da década de 1980, no século passado, experimentando novas relações jurídicas de *joint ventures*, com formação de parcerias entre empreendedores nacionais e estrangeiros.

Outro fenômeno próprio e decorrente da globalização é a formação de blocos econômicos, com a intensificação do comércio internacional. A tão criticada companhia multinacional, no século passado, deu surgimento às sociedades transnacionais, sem identificação de sua origem, de suas raízes e da nacionalidade do seu capital.

É fato que o investidor vai para onde os ventos sopram, com o aceno de bons negócios e lucratividade maior. Assim caminha a humanidade, nos versos do poeta-roqueiro Lulu Santos e, caminhará o mundo dos negócios, com o crescimento desenfreado da sociedade transnacional.³

[...] A globalização apenas alcançou o ápice em que é conhecida hodiernamente graças à ação das transnacionais no mercado internacional [...].

As empresas transnacionais possuem um estreito relacionamento com as organizações internacionais. As instituições de Bretton Woods não são exceção à regra, pelo que são parceiros em inúmeros empreendimentos comerciais envolvendo países do Terceiro Mundo e o desenvolvimento de atividades produtivas e extrativas com financiamentos bilionários e a monitoração dos governos locais, inclusive na estruturação de políticas públicas e sociais.

O Banco Mundial e as corporações celebram contratos de empréstimos a juros reduzidos, impondo aos bancos locais a adesão a esses acordos para que eles forneçam capitais às transnacionais com taxa de juros ínfima ou zero. A ideologia desses contratos é a de dominar os mercados produtivos nacionais, estagnar o desenvolvimento econômico local, especular o capital em operações financeiras sem a interferência dos governos e ditar normas de crescimento industrial em prol de seus negócios e com a utilização de mão-de-obra barata e desqualificada. Assim, o Banco Mundial e o FMI financiam os empreendimentos transnacionais e impõem aos Estados receptores dos negócios a concessão de empréstimos, elevando a taxa de juros local, tornando-os endividados e subservientes ao capital das transnacionais e à “ajuda financeira” daquelas organizações internacionais.

É certo que empresários se unem na busca de melhores condições na exploração da atividade econômica e, a partir dessas parcerias, muitos negócios são realizados, com desdobramentos de obrigações cumpridas no Brasil e no exterior.

³ ROSSI, Fabiano Leitoguinho. A globalização do direito e as empresas transnacionais. Análise crítica de um direito mundial dentro da sociedade transnacional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 291, 24 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5126>>. Acesso em: 28 fev. 2007.

Dentro dessa realidade econômica, lamenta-se que a nova LRF brasileira tenha deixado escapar, neste momento de recrudescimento do comércio internacional, de alcance de mercados além-fronteiras, de conceitos abertos de mundialização que permeiam o Direito Global, a matriz do futuro disciplinamento do instituto da falência internacional, com o Juízo Universal Extranacional.⁴

[...] 2 Falência Internacional. Feitas as considerações sobre o conceito de falência, cumpre-nos visualizar o conceito de Falência Internacional. Em princípio, apesar das inúmeras leis falimentares existentes nos diversos estados do mundo, um conceito padrão parece existir, o de que a impontualidade é requisito quase que universal para a configuração de falência.

Desta feita, o direito falimentar internacional não trata especificamente do conceito substancial de falência, e sim, do estudo de procedimento da falência nos diferentes sistemas jurídicos bem como das regras de conexão destes sistemas quando um procedimento falimentar tornar-se transfronteira, o que nos faz perceber de imediato, a estreita relação do direito falimentar internacional com o direito internacional privado, com depreendemos das considerações do mestre Hee Moon Jo (Op. Cit. p. 539-540).

As questões que importam ao DIPr são, basicamente, a determinação da lei aplicável à falência e os efeitos que esta produzirá, ao ser declarada, no exterior. Apesar de a falência começar na jurisdição internacional do juízo de determinado país, os seus efeitos tendem a ser espalhar por vários outros, o que sempre promove o surgimento de tais questões.

Na mesma linha de pensamento, Rechsteiner (2000, p. 5-6)

O direito falimentar internacional trata de procedimentos de insolvência coletivos com conexão internacional. Como todo Estado possui sua própria legislação de direito falimentar, a cada um incumbe determinar as normas jurídicas da competência internacional para abrir um procedimento de insolvência, do direito aplicável a esses procedimentos, bem como do reconhecimento pelo direito interno de procedimentos de insolvência estrangeiros e de cooperação internacional entre autoridades judiciárias e

⁴ GODOY, Wilson Carlos de. Direito falimentar internacional. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 8. n. 37, 10 maio 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5141>>. Acesso em: 28 fev. 2007.

equivalentes no âmbito do direito falimentar internacional. Levando em consideração que esse direito em sua quase totalidade ainda não foi uniformizado mediante tratado internacional, podem ocorrer conflitos entre vários estados, visto que as normas jurídicas de direito falimentar de estados diversos podem não coincidir. [...].

Diz ainda o supracitado autor, que ... é objeto do direito falimentar internacional a questão jurídica de saber em que medida uma falência declarada no estrangeiro surte efeitos jurídicos no território nacional (Op. Cit. P. 6).

Para Osiris Rocha (1986, p. 152)

Doutrinariamente, a pretensão fundamental tem sido a de que a falência abranja, de uma só vez, todos os bens, todos os estabelecimentos, todos os credores e todos os devedores do falido. Isto é, pretende-se que o estatuto falimentar seja único, inclusive pelo detalhe da aplicação de uma única lei.

A LFR não tratou, de forma correta e atual, o tema relativo à recuperação e à quebra de sociedade estrangeira com atuação e filial no Brasil. Também omitiu posicionamento acerca dos desdobramentos decorrentes da recuperação ou falência de sociedade brasileira com atuação e filial no exterior, bem assim dos reflexos oriundos do país de origem, da matriz, no território da sucursal.

Sabe-se que a sociedade estrangeira, quando autorizada a funcionar no Brasil, indica o local da sucursal, no território nacional e o da sede, no exterior, sujeitando-se às leis nacionais. É fato que os reflexos decorrentes da recuperação econômica ou da falência decretada no país de origem da sociedade estrangeira afetam os negócios no território da filial, sucursal ou agência, inclusive os direitos dos credores e fornecedores nacionais, daí por que deveria a Lei de Falências e Recuperação ter tratado do tema.

Entretanto, é necessário verificar, com cuidado, os efeitos decorrentes do pedido de recuperação ou de falência deferido ou decretado no exterior em relação às atividades desenvolvidas no Brasil e, ainda, quando tais pedidos são deferidos aqui e seus efeitos desdobram-se no país de origem dessas companhias estrangeiras.

Justamente, no momento em que o comércio internacional ganha impulso, com as exportações de produtos e a integração econômica, com a formação de

mercados comuns e blocos, a Lei de Falências e Recuperação silenciou-se sobre o tema da competência internacional em matéria concursal.

Relações jurídicas novas estão a merecer novas soluções. Portanto, nos casos de recuperação extrajudicial ou judicial ou, ainda, de falência de empresário ou sociedade empresária, (esta formada por parceiros internacionais, ou mesmo sendo sociedade estrangeira, com atuação e estabelecimentos no Brasil), surge a indagação: quem é ou quem será o juízo competente para declarar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar a recuperação extrajudicial? Os efeitos de tais pedidos afetam as relações no exterior?

O mesmo se diga de sociedade brasileira, com atuação no exterior. Deferido o concurso ou decretada a falência no exterior, quem é o juízo competente? Os efeitos da quebra no exterior afetam as relações no Brasil?

Os efeitos da recuperação e da falência se estendem aos estabelecimentos no exterior? Qual a dimensão dos referidos institutos no exercício da empresa, dentro e fora do território nacional? No caso de falência, quem exercerá o Juízo Universal? O Juízo Universal comportará desdobramentos, se ele é indivisível, unitário e funcional? Quem será nomeado Administrador Judicial e qual o alcance na prática dos atos de administração? Quem realizará a arrecadação de bens e outros ativos? Todas as respostas são possíveis, posto que não se tenha ainda regulamentação para tais indagações!

Essas indagações estão a merecer tratamento específico, por parte do legislador. Se for quase impossível responder a essas tormentosas questões, dada a diversidade de legislação, ao menos no âmbito dos blocos econômicos, essa perspectiva é consideravelmente razoável.

É necessário que as atividades econômicas realizadas além-fronteiras mereçam tratamento específico por parte do legislador brasileiro, por conta do incremento de operações mercantis realizadas entre parceiros internacionais, no Brasil e no exterior.

Os questionamentos implicam análise de questões prévias e propedêuticas, no âmbito do Direito Internacional Privado. Importa saber, em primeiro plano, qual (is) o (s) princípio (s) aplicável (veis), no caso de declaração de falência de empresário ou sociedade empresária estrangeira, com filial no Brasil, e vice-versa:

aplicar-se-á o princípio da extraterritorialidade ou universalidade ou o da unidade ou falência única?

Enfim, resta evidente a necessidade de emprestar-se tratamento aos institutos da recuperação e da falência internacionais.

No âmbito do comércio internacional na América do Sul e na Europa, o tema da falência internacional há muito começou a despertar o interesse dos juristas e dos governos.⁵

[...] Actualmente, fenómenos como a globalização e a descoberta de novas tecnologias, com todas as suas respectivas aplicações práticas, tornam, cada vez mais, o mundo menor e com menos fronteiras. A intensificação do comércio transnacional, das operações concluídas via internet, dentre outros factores, fomentam as transações jurídicas internacionais. Isto, sem sombra de dúvida, repercute no âmbito jurídico. Estas novas situações que vão surgindo necessitam de uma pronta intervenção, para tentar garantir minimamente a protecção e a certeza das relações jurídicas.

Neste quadro de intensificação das relações fronteiriças, tem-se agravado, dentre diversas outras questões, uma problemática muito delicada e complexa. Trata-se da insolvência transnacional [...].

A questão da falência internacional assume particular relevo em outra sede, no Mercado de Valores Mobiliários. Em Portugal a matéria é disciplinada pelo CVM, legislação esta que faremos um breve aceno (62). A nível Comunitário existe também uma Directiva (63) que regula a matéria, porém não será objecto de estudo nesta sede.

O assunto, embora antigo, é atual e importante. A União Europeia estabeleceu as Convenções sobre Procedimentos de Insolvência, de 23 de novembro de 1995, e Aspectos Internacionais da Falência, de 07 de junho de 1990. As aludidas convenções cuidam dos procedimentos de insolvência no âmbito do Direito Comunitário, porém ainda não estão em vigor, por conta da ausência de ratificação, por parte da Inglaterra.

⁵ OLIVEIRA, Alexandre Toscanelli de. *A insolvência transnacional em Portugal*. Disponível em: <<http://www.cahiers.org/new/htm/ricerche/ARTT/Toscanelli>>. Acesso em: 28 fev. 2007.

Para superar a questão da ratificação, a União Europeia vem utilizando o Regulamento n. 1.346, de 20.5.2000, que entrou em vigor em 31 de maio de 2001. Emprestou-se ao regulamento natureza de tratado de cooperação judiciária em matéria civil e comercial.

Na América do Sul, a Argentina, de forma pioneira, no âmbito do Mercosul, saiu na frente. A *Ley sobre Concursos y Quiebras – Ley 24.522*, de 20 de julho de 1995 _ lançou mão de preceito contemplando tratamento para a falência de sociedade estrangeira, estabelecida no país. A mencionada lei autoriza os credores estrangeiros a habilitarem créditos nos autos da falência decretada na Argentina, garantindo-se, no entanto, preferência no recebimento aos credores nacionais.⁶

[...] Este dispositivo adotou um regime especial para as falências declaradas no exterior, mas no fundo adota o sistema da territorialidade. A falência declarada no estrangeiro, por este sistema, não estende seus efeitos aos credores que o falido tenha na República, nem para disputar os direitos que pretendam ter sobre os bens existentes no território, nem para anular os atos que tenham celebrado com o falido. Estes, todavia, poderão ser admitidos após o pagamento integral dos credores existentes no território argentino, ou seja, os credores nacionais, conforme dispõe a norma jurídica supracitada em seu art. 4º e seus parágrafos que regula os concursos e quebras.

2 É o início de nova perspectiva

O assunto é complexo e na seara do Direito Internacional Privado foram realizados congressos na tentativa de desenvolver estudos, visando à elaboração de tratados sobre a falência internacional. Contudo, até o momento, sem efetividade dadas as dificuldades no enfrentamento do tema.

O instituto da falência – que é universal – no mundo ocidental, orienta-se por princípios universais, também, a saber: a) a natureza da falência é de execução coletiva; b) o princípio principal de equilíbrio entre os credores é o *par conditio creditorum*, e c) a falência, em regra, implica perdas aos credores.

⁶ MAIDA, Fernando. Pesadelo ou realidade ao comercializar com empresas estrangeiras do MERCOSUL? *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://jus.2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2947>>. Acesso em: 28 fev. 2007.

Dentro dessa perspectiva, com os princípios universais indicados, a teoria universal, extraterritorial ou extranacional defende a existência de várias falências. Declarada a falência no território do principal estabelecimento, também deverá ocorrer a declaração nos demais territórios de atuação, no exterior, com a aplicação e extensão dos efeitos da quebra para os territórios estrangeiros, alcançando-se os seus bens, contratos e direitos, onde quer se encontrem, dentro ou fora do território da declaração da quebra.

Em contraposição, a Teoria da Unidade ou Falência Única advoga juízo competente único, no caso de declaração de falência, em prestígio ao Juízo Universal e indivisível. Esse juízo ficará responsável pela aplicação da lei do território da quebra, com a formação de massa única.

Sobre o tema do instituto da falência internacional e a aplicação da Lei Falimentar e seus efeitos em relação ao empresário e às sociedades com atuação nos blocos econômicos, Arnoldi, em excelente trabalho, apresenta, com conhecimento e lucidez, a preocupação acerca do assunto, para melhor compatibilizar o processo de integração.⁷

A falência, como já visto anteriormente, constitui-se num importante Instituto de Direito Privado Moderno, tendo habitualmente dado ensejo a situações por vezes complexas e de difícil solução. Os problemas são inúmeros, e seus efeitos, vez por outra, ultrapassam os inerentes ao simples devedor – sujeito em face do qual é declarada a falência. As conseqüências de sua declaração têm afetado não só o patrimônio do devedor singular e sua condição pessoal, mas o próprio meio no qual atua e desenvolve suas atividades, assumindo proporções tais que fogem ao âmbito do direito interno, impondo-se, então, à atuação do Direito Internacional Privado. Grande parte dos conflitos existentes é decorrente dos próprios textos que dispõem sobre a matéria concursal, dado o cunho notoriamente nacional da mesma. A necessidade de soluções harmônicas no setor falimentar se impõe, dada a crescente interconexão das economias mundiais e a disparidade entre as normas dos diversos países-membros do Mercosul, que afeta negativamente o tráfico mercantil internacional. Atualmente, a regulamentação da falência e suas figuras afins mostram-se de forma estratégica, ou seja, o próprio desenvolvimento

⁷ ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. *A Declaração da falência e seus efeitos jurídicos no âmbito do Mercosul*. São Paulo: LTR, 2000. p. 17-19.

das normas canaliza a economia mundial de cada país. Essa estratégia acarreta ordenamentos muito diferenciados, dificultando sobremaneira uma solução pacífica dos fatores imprescindíveis na matéria falimentar, tais como: os quesitos necessários para a declaração da falência, os efeitos pessoais e patrimoniais da declaração do concurso, o nível de retratação dos mesmos, a projeção da declaração da falência aos bens adquiridos posteriormente a esta, a posição dos credores privilegiados etc. Analisando este emaranhado de situações contraditórias entre si, com normas de caráter nacional, sentimos a necessidade da ampliação das barreiras comerciais para o âmbito internacional, exigindo-se, conseqüentemente, soluções harmônicas para o problema. As disfuncionalidades e dificuldades presentes na situação de insolvência daqueles que atuam em mais de um país apresentou-se, por muito tempo, em estado de inércia, ao passo que hoje as crises econômicas se manifestam como toda sua violência, fazendo-nos indagar se estamos ou não diante da própria falência do Direito Falimentar vigente. Essa falta de organização normativa da questão deu-se, principalmente, pela quase absoluta ausência de situações falimentares após o período da II Guerra Mundial, onde a gigantesca expansão econômica ocultou as dificuldades existentes entre a realidade nacional e a estratégica do Direito Falimentar. Como primeiros surtos desse problema, surge a crise econômica da década 1970, com a quebra de importantes entidades financeiras de diversas nacionalidades, manifestando, dessa forma, a complexidade que norteia os concursos internacionais. Diante de tal situação de insegurança e falta de igualdade para os participantes do comércio internacional, surge a necessidade de uma pacificação da questão falimentar, como condição de assegurar a continuidade das relações comerciais internacionais, objetivando soluções que combinem como os variados interesses presentes. Com o processo de integração em curso, surgirão inúmeros problemas decorrentes da declaração de falência de uma empresa em um Estado-parte, que poderá gerar efeitos além de seus territórios, afetando, assim, os demais Estados-partes integrantes do bloco econômico. Diante dessa situação, pergunta-se: como proceder para conciliar os interesses envolvidos se as legislações têm efeitos restritos aos seus territórios, não produzindo efeitos fora dos seus espaços geográficos? Se essa situação for possível, ela não extrapolará os limites da soberania de um Estado para submeter o outro Estado-parte aos desígnios de seu ordenamento jurídico? É isto possível? Como se observa, inúmeras questões se colocam frente à declaração de falência de uma empresa que mantenha

transações comerciais com outra, ou outras, que se localizem nos demais Estados-partes integrantes do bloco econômico Mercosul. A presente pesquisa, nesta linha de raciocínio, tem por objetivo detectar e discutir algumas questões como as acima descritas e outras que, a nosso ver, se fazem necessárias para implementar, agilizar e compatibilizar melhor o processo de integração do Mercosul.

Dessa forma, resta evidente que questões falimentares de alcance internacional merecerão urgente apreciação e regulamentação pelo legislador, que já deveria ter buscado ou, ao menos, ter flexibilizado o caminho visando à harmonização da nova lei falimentar brasileira à luz da legislação de quebra dos demais países participantes do Mercosul e dos demais blocos regionais de comércio, em que o Brasil, no futuro, venha deles participar, evitando-se ou minimizando-se conflitos e divergências de interpretação legislativa.

Após 16 anos de Mercosul, finalmente implantou-se o Tribunal Permanente de Arbitragem, instância revisora da solução de controvérsias do Mercosul, atitude elogiada por Fontoura.⁸

A “Era do Mercado” representa para as ciências jurídicas importante espaço de reconstrução e reafirmação. Reconstrói-se o direito no enfrentamento de novos desafios, a exigir soluções mais além da ideologia e do dogma. Vê-se, de outro prisma, a valorização do direito contra a voragem das leis do dinheiro ou, ainda, de forma mais nefasta, contra a ausência de leis, instrumentos de obscuridade e atraso social. A profusão das novas órbitas de jurisdição, dos direitos comunitários e da voga das formas alternativas de solução de controvérsias, o caráter inusitado de diretivas e regulamentos, da *lex mercatoria*, dos laudos arbitrais apátridas e panels da OMC, tudo isso gera um inusitado e surpreendente panorama, que provoca e ofusca. É preciso sair da caverna. No espaço integrado ou que busca a integração pela força nem sempre inofensiva da abertura comercial ou pela desordem moral dos capitais voláteis, a “judicialização” das controvérsias comerciais, com uma definição mais clara das regras do jogo, pode representar a salvaguarda ao advento indesejável de uma pós-barbárie infensa ao direito e seus efetivos propósitos. Ao lamentarmos pesarosos a ausência do

⁸ FONTOURA, Jorge. Olivos, um tribunal para o Mercosul. *Correio Braziliense*, Brasília, p. 5, 03 dez. 2002.

Brasil na grande cena internacional, a defasagem entre o que poderíamos ser e o que somos, partícipes em menos de um por cento do comércio mundial, estamos reconhecendo a inadiável necessidade de inserção internacional. A criação do Mercosul, como inevitável linha de política externa em 1991, obedeceu aos limites do possível, com flexibilidade e mínima institucionalização, adotando-se a tomada de decisões por consenso e unanimidade. Sobrevivente de imensos impasses estruturais, como a abrupta desvalorização do real de 1999, e mesmo de nossa inexperiência na diplomacia do confronto comercial, além de fortes embates eleitorais internos, o Mercosul segue politicamente forte e incisivo, negociando em bloco o livre comércio hemisférico e, mesmo eventuais relações com a União Européia, como poucos ousariam imaginar. [...]. O sistema de solução de controvérsias do Mercosul, direito internacional público clássico com algumas concessões seminais de supranacionalidade, foi, em todo o caminho de vicissitudes e dificuldades, fator fundamental de sobrevivência. Obviamente em existindo sistema *hard law*, impositivo e cogente, o Tratado de Assunção de há muito já teria sido denunciado, ou mais à nossa moda, simplesmente olvidado nas imensas gavetas da retórica pan-americana. Agora, quando os sócios de Assunção resolveram, com a assinatura do Protocolo de Olivos, aprofundar institucionalmente o bloco, criando um Tribunal Arbitral Permanente, os tempos são outros. A vida precede a norma. A opção adotada pretende sinalizar ao mundo e ao mercado a disposição de se conferir um amálgama de segurança jurídica e credibilidade, obedecendo a um timing político ditado pela emergência de novos desafios. Olivos cria, em princípio, um Tribunal Arbitral Permanente de Revisão, complementar ao singelo sistema existente (negociação, conciliação, arbitragens isoladas), com as vantagens de permitir a construção de um corpus jurisprudencial, como fonte jurídica por excelência. Contudo, vai-se mais além, ao deixar às partes a possibilidade de acesso direto ao Tribunal Permanente de Revisão, que assim deixaria de sê-lo, para transformar-se em instância originária e definitiva. Trata-se do imaginoso artigo 23, que, por meio de uma supressão de instância, faculta às partes dirigirem-se, a partir da negociação direta frustrada, diretamente à fase arbitral, sem passar pelas inconveniências da conciliação. No que concerne à possibilidade de particulares, pessoas físicas e jurídicas litigarem *in pectore*, sem os mecanismos de representação pelos Estados, como se poderia ingenuamente pleitear, sem prudência política, acertadamente em nada se

inovou. O sistema continua sendo destinado aos Estados, em que pese à previsão teórica de permitir também as pessoas demandarem. É um dado bastante didático o que nos mostra ter o substancial aumento comercial Mercosul, de seus primeiros anos, de 3 para 21 bilhões de dólares, ocorrido na vigência do adremente anêmico Protocolo de Brasília, com a maioria dos litígios tendo sido dirimidos em negociações diretas. Em tempos de recessão, os números já não mais os mesmos, porém a lição remanesce. Agora, com a implantação da instância permanente de arbitragem, de revisão ou não, ao sabor do querer das partes, em contexto histórico alvissareiro para um Mercosul de muitas possibilidades, robustece-se a idéia da integração, sem discursos, com a semântica inenarguível dos fatos e das decisões políticas.

O referido Tribunal Permanente, certamente, conhecerá dos conflitos no âmbito do Mercosul, de natureza comercial, daí a justificativa de que a nova lei de falência também contemplasse visão harmonizadora da legislação falimentar, no bloco regional de comércio, o que não ocorreu, embora as Cortes de Justiça dos países membros já venham desenvolvendo esforços no sentido de viabilizar a chamada diplomacia judiciária, como indicado por Oliveira.⁹

O progresso do Mercosul e seus rumos futuros são objeto de muitos debates no Brasil, no âmbito político, econômico, comercial, entre outros. Um campo pouco conhecido e de grande relevância é, no entanto, o papel das cortes supremas dos Estados-membros do Mercosul no diálogo e nas ações com vistas ao fortalecimento do bloco.

A diplomacia judiciária brasileira, capitaneada pelo Supremo Tribunal Federal, tem promovido ações da maior importância para estimular o conhecimento e a aproximação das tradições jurídicas dos Estados-membros. É importante lembrar que, já em 1996, o Supremo Tribunal Federal, sob a presidência do ministro Sepúlveda Pertence, promoveu, pela primeira vez no território brasileiro, a reunião dos presidentes das cortes supremas do Cone Sul.

Em 2004, essas reuniões foram consolidadas pela Carta de Brasília, que institucionalizou o Fórum Permanente de Cortes Supremas no Mercosul para questões jurídicas de

⁹ OLIVEIRA, Maria Ângela Jardim de Santa Cruz. A diplomacia judiciária brasileira no Mercosul. *Correio Braziliense*, Brasília, p. 23, 02 mar. 2007.

relevância à integração latino-americana em geral, com particular ênfase no Mercosul. Essa declaração demonstra o claro intento da diplomacia judiciária brasileira no sentido do aprofundamento constante e regular do bloco, por meio do patrocínio de reuniões anuais em Brasília.

Para o leitor desavisado, essas reuniões podem parecer mais uma de tantas reuniões burocráticas, onde muito se fala e pouco se produz. Não é esse o caso. Muito pelo contrário. A atuação célere, firme e discreta das cortes supremas do Mercosul e países associados tem efetivamente contribuído para a construção de uma compreensão e aproximação jurídica entre os países do bloco. É o que se vê do resultado do último Encontro de Cortes Supremas do Mercosul, realizado em novembro de 2006, que produziu um marco histórico no desenvolvimento da solução de controvérsias no âmbito do Mercosul e na aproximação dos sistemas jurídicos dos países-membros.

As cortes supremas do Mercosul e associados tomaram a iniciativa de dialogar entre si sobre a forma por meio da qual os judiciários nacionais poderiam solicitar opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, nos termos do artigo 4º do Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias. Para começar os trabalhos, a presidente do Supremo Tribunal Federal, ministra Ellen Gracie, de longa data uma entusiasta e pioneira da diplomacia judiciária brasileira, constituiu grupo de trabalho encarregado de elaborar a minuta de anteprojeto, a qual serviu de base para o diálogo durante o mencionado encontro.

Após a aprovação do texto final pelo Fórum Permanente, o anteprojeto foi encaminhado ao Conselho do Mercado Comum do Mercosul, que o aprovou sem alterações substanciais e editou o Regulamento do Procedimento para Solicitação de Opiniões Consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão pelos Tribunais Superiores de Justiça dos Estados-partes do Mercosul.

Outro exemplo de diplomacia judiciária é a elaboração de um programa de cooperação e mobilidade de estudantes e docentes das faculdades de direito da região do Mercosul e países associados, e de troca de informações e debates jurídicos entre juizes dos países membros da região. Mediante o Protocolo de Intenções também assinado no encontro de cortes supremas do Mercosul, em 2006, o Supremo Tribunal Federal se comprometeu a elaborar o projeto do programa e submetê-lo à aprovação das demais

cortes supremas na próxima reunião do fórum.

Apesar de estar ainda em fase inicial, a concepção de um projeto dessa natureza, por si só, já aproxima faculdades de direito para sua elaboração e, se for efetivado com sucesso, promoverá o intercâmbio entre estudantes e profissionais do bloco. É por meio dessa interação acadêmica e profissional que a geração da atual e as futuras conhecerão melhor os sistemas nacionais de cada Estado-parte. Tal conhecimento é o alicerce para promover maior compreensão, diálogo e possibilidades de harmonização.

Como se pode ver desses vitoriosos exemplos de inovação e empreendimento, há uma agenda de diplomacia judiciária entre os países do Mercosul e associados, com ações concretas, grupos de trabalho e apresentação de resultados para que se estabeleça um diálogo para o aprofundamento do bloco.

Já é realidade econômica nos dias que correm que o Brasil, em querendo inserir-se no cenário internacional, com práticas de comércio exterior próprias de economia de mercado, não terá alternativa senão participar de blocos regionais de comércio, a exemplo da Alca – Área de Livre Comércio das Américas – que tudo indica, terá início em futuro breve.¹⁰

Diversos segmentos da sociedade brasileira têm percebido nos últimos anos a importância de temas internacionais, os quais deixaram de ter uma conotação eletrizada e passaram a fazer parte dos debates rotineiros na imprensa. Essa nova realidade é facilmente explicável, pois se nota que os temas internacionais vêm gerando conseqüências diretas no âmbito nacional. Isto é, o internacional há muito deixou de ser sinônimo de externo, alheio ao nacional, e passou a influenciar, determinar e se confundir com temas nacionais. O tema da Área de Livre Comércio das Américas (Alca) é um desses tópicos altamente debatidos. Ou melhor, parece ser o tema na área internacional que vem sendo o principal alvo de críticas, por conhecedores e menos-conhecedores do tema. O Acordo Alca, por enquanto, consiste em projeto. Os governos dos 34 países pertencentes às Américas do Norte, Central, Sul e Caribe estão na fase de arquitetar e elaborar os mais diversos pontos que poderão constituir o futuro Acordo Alca.

¹⁰ BENKE, Rafael Tiago Juk. Alguns Comentários Sobre a ALCA. *Gazeta Mercantil*, p. 12, 19 dez. 2002.

É preciso que o legislador brasileiro inicie o processo de flexibilização da legislação mercantil, de modo a torná-la harmônica com a dos países membros do bloco regional de comércio, de modo a facilitar a interpretação das relações jurídicas mercantis além-fronteiras.

Nessa linha de pensamento, é forçoso reconhecer que os países membros do Mercosul doravante debruçam-se sobre o Direito Internacional público e privado, porque, cada dia mais, as relações jurídicas comerciais irão exigir harmonização da legislação.

É preciso *rediscutir*, com vontade política e firme propósito, os conceitos de nacionalidade e supranacionalidade no âmbito do bloco, sob pena de inviabilizá-lo. É hora de rever posições anteriores, no plano político e jurídico, tudo visando às parcerias econômicas.

Nessa trilha, dentro do Mercosul, a Argentina é exemplo vivo e recente de postura de nova política jurídica, que deverá ser seguido pelos demais países membros, inclusive o Brasil. A reforma constitucional argentina, levada a efeito em 1994, expressamente indicou nos incisos XXII e XXIV, do art. 75, a supremacia do tratado sobre o Direito Interno, em decorrência da crescente jurisprudência firmada na Suprema Corte daquele país, como assevera Fontoura.¹¹

Em que pese não contar ainda com perspectiva que só o tempo pode proporcionar, a história do Mercosul já tem feitos e fatos extraordinários. [...]. No plano jurídico, a reforma constitucional argentina de 1994, que positivou a supremacia do tratado em relação ao ordenamento jurídico interno, nos termos do inovador artigo 75, incisos 22 e 24, constitui formidável exemplo de superação dogmática, em que a hegemonia das idéias e a necessidade de abertura e inserção internacionais prevaleceram diante do anacrônico e insustentável isolamento jurídico. A evolução do Direito Constitucional platino conforma, nesse prisma, em rutila é exemplo de como as injunções econômicas e a “era dos mercados” podem conduzir a inexoráveis e profundas mudanças, mesmo em ordenamentos jurídicos recalcitrantes a modificações. Com efeito, após gradual evolução, a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina construiu e prolatou jurisprudencialmente a superioridade do tratado sobre leis

¹¹ FONTOURA, Jorge. O avanço constitucional argentino e o Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 37, n. 146, p. 55-59, abr./jun. 2000.

internas, la supraestatalidad, por meio de reiterados arestos dos primeiros anos 1990. [...] 3. A questão no Brasil. A ausência de uma disciplina constitucional reguladora da hierarquia dos tratados em nosso direito interno contrasta fragorosamente com a notória intenção política de integração regional e inserção internacional manifestadas pelos recentes governos. A valer o projeto de buscar estabilidade monetária e desenvolvimento também por meio de uma maior participação no comércio internacional e abertura da economia – e crê-se outro caminho não há –, o realinhamento jurídico brasileiro é urgente e contempla a inadiável questão da segurança jurídica internacional. [...]. Essa paradoxal posição de isolamento jurídico internacional do Brasil, com fulcro em uma cultura jurídica extemporaneamente refratária ao Direito Internacional Público, contrasta curiosamente com a política externa e com a própria história do Direito brasileiro. [...]. Exemplo crasso do isolamento jurídico brasileiro é a não-ratificação e consequente incorporação ao direito interno da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 23 de maio de 1969, que, enviada ao Congresso Nacional pela Mensagem Presidencial de 116/92, para efeitos de autorização de ratificação, encontra-se retida no Congresso Nacional desde 1995 (Diário da Câmara dos Deputados, 18 de maio de 1995, p. 14326, Col. 01). [...]. Enquanto avaliamos se a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados é ou não compatível com nosso ordenamento jurídico, ou se a Constituição permite a arbitragem em nosso meio, já que ainda não dilucidamos certos mistérios pétreos de nossa Lei Maior, os ventos que sopram do Rio da Prata são sempre benfazejos.

Infere-se que há necessidade de internacionalizar as Constituições, como bem defende o ilustre professor Adolfo Gabino Ziulu, da Universidade Católica de La Plata.

A Constituição argentina, na reforma ocorrida em 1994, em posição de vanguarda, expressamente contém preceito constitucional de flexibilização da legislação interna, de modo a facilitar a harmonização do seu ordenamento jurídico interno com os demais Estados-partes, na condição de parceiros econômicos nos blocos regionais de comércio.

Nessa linha de pensamento, o legislador argentino, após a Constituição Federal de 1994, reformando a Lei de Falências – *Ley 24.522/1995*, expressamente, contemplou, no

Título I, Principios Generales, no art. 4º, Concursos Declarados en el Extranjero, apontando regras específicas de competência, indicando, inclusive, a viabilidade de habilitação de créditos na massa falida do devedor, no exterior, em prestígio ao princípio da reciprocidade.¹²

A experiência da recuperação judicial da Varig é exemplo vivo de que a Lei de Falências e Recuperação merece ser modificada, para a contemplação de novas questões que surgirão em futuro breve, com o incremento das relações empresariais além-fronteiras.

No caso Varig, experimentamos situação processual absolutamente inédita, no âmbito do Direito Concursal, aliás, reveladora de necessidade de reflexão acerca do tema que aqui estamos a tratar.

O credor de crédito derivado de arrendamento mercantil de aeronaves não se submete ao procedimento da recuperação judicial, por força do art. 49, § 3º, e seus direitos jamais restarão suspensos, como aponta o parágrafo único, do art. 199 da Lei de Falências e Recuperação.

O arrendador, por conta de cláusula de eleição de foro, promoveu demanda contra a Varig perante a Corte de Falências de Nova York. O juiz daquele tribunal, Dr. Robert Drain, em decisão liminar, deferiu medida de arresto de aeronaves.

¹²Régimen Legal de Concursos y Quiebras – Ley 24.522, de 20 de julho de 1995. TÍTULO I – PRINCIPIOS GENERALES:

Art. 4º. – Concursos Declarados en el Extranjero. La declaración de concurso en el extranjero es causal para la apertura del concurso en el país, a pedido del deudor o del acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la República Argentina. Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales, el concurso en el extranjero, no puede ser invocado contra los acreedores cuyos créditos deban ser pagados en la República Argentina, para disputarles derechos que éstos pretenden sobre los bienes existentes en el territorio ni para anular los actos que hayan celebrado con el concursado.

Pluralidad de concursos. Declarada también la quiebra en el país, los acreedores pertenecientes al concurso formado en el extranjero actuarán sobre el saldo, una vez satisfechos los demás créditos verificados en aquella.

Reciprocidad. La verificación del acreedor cuyo crédito es pagadero en el extranjero, y que no pertenezca a un concurso abierto en el exterior, está condicionada a que se demuestre que, recíprocamente, un acreedor cuyo crédito es pagadero en la República Argentina puede verificarse y cobrar en iguales condiciones en un concurso abierto en el país en el cual aquel crédito es pagadero.

O cumprimento da medida liminar, se efetivada, inviabilizaria a recuperação da Varig, porquanto para o exercício da empresa dependeria e dependerá ela, sempre, dos aviões. Sem as aeronaves, não se pode dar cumprimento à atividade econômica de venda de passagens e transporte aéreo de passageiros.

Embora o único juízo competente para conhecer as questões relativas à recuperação judicial da Varig seja o Juízo da 8ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro à luz da Lei de Falências e Recuperação, é certo que a decisão do juiz da Corte de Falências de Nova York poderia inviabilizar a recuperação da companhia aérea, o que exigiu, de forma inédita e louvável, por parte do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o envio de Comissão de Juízes àquela Corte de Justiça Norte-Americana para tratar diretamente do assunto.

A finalidade da Comissão de Juízes em visita à Corte de Falências de Nova York foi de explicar ao juiz norte-americano a legislação brasileira e os efeitos decorrentes do cumprimento de sua decisão, no Brasil; o que garantiu a suspensão imediata da medida liminar, inclusive a realização do leilão de ativos, dentre eles as rotas nacionais e internacionais da Varig, garantindo-se, assim, ao adquirente (VarigLog) negociar com os credores a manutenção das aeronaves, com a continuidade dos contratos de *leasing*.

Não se tem na história do Direito Concursal brasileiro qualquer precedente dessa natureza. Tal experiência revela a evidência, a necessidade de reformulação da Lei de Falências e Recuperação, antecipando-se as questões que surgirão, em futuro breve, com o desdobramento dos institutos da recuperação e da falência em relação aos agentes que desenvolvem e desenvolverão atividades além-fronteiras, no exterior, merecendo-se pensar na implantação do regime de reciprocidade.

Com a reciprocidade, viabilizar-se-á a habilitação de créditos no País e no exterior. Pensamos ser necessário, ainda, legislar sobre os institutos aqui tratados no âmbito do Mercosul, buscando-se harmonização legislativa, como fez a Argentina em sua *Ley sobre Concursos y Quiebras*, no art. 4º.

A Argentina, por força de sua Reforma Constitucional de 1994 – que emprestou hierarquia constitucional aos tratados, no art. 75, incisos 22 e 24, preocupada com a integração econômica no âmbito do Mercosul, editou, em 1995, sua lei de falências, contemplando disposição expressa na *Ley 24.522/95 – Ley sobre*

Concursos y Quiebras, no Título I, *Principios Generales*, no art. 4º, *Concursos Declarados en el Extranjero*, apontando regras específicas de competência, indicando, inclusive, a viabilidade de habilitação de créditos na massa falida do devedor, no exterior, em prestígio ao princípio da reciprocidade.

No continente sul-americano, no âmbito do Direito Falimentar, é possível pensar na atuação extranacional do juiz, no exercício do Juízo Universal da quebra. Na Argentina, por conta da Ley 24.522/95 afirma Martorell.¹³

A la inversa de lo que ocurría en otras épocas, hoy es un caso normal y frecuente que un deudor que comercia – ya fuere persona física o moral – proyecte su actividad mercantil mediante una operatoria que se canalice al exterior; esto es, respecto de otro o otros Estados, haciéndolo por medio de sucursales, representaciones o agencias, o por diversos contratos de colaboración.

Es precisamente esa radicación de actos negociales – operaciones y bienes de todo tipo y naturaleza (con sus créditos o deudas) – en jurisdicciones diferentes la que otorga al patrimonio – del cual aquéllos son parte integrante – carácter internacional, y por ello se habla de un “patrimonio internacionalmente disperso”.

Por otra parte, y como hemos visto en el tomo I de esta obra, el concurso es un procedimiento que afecta la totalidad de los bienes del deudor, y que involucra a todos sus acreedores para someterlos a un mismo trato, salvo las preferencias, lo que nos va marcando el sendero hacia una nueva problemática: la que se presenta cuando el deudor concursado en un país tiene bienes y acreedores pagaderos en otro. Por otra parte, y como hemos visto en el tomo I de esta obra, el concurso es un procedimiento que afecta la totalidad de los bienes del deudor, y que involucra a todos sus acreedores para someterlos a un mismo trato, salvo las preferencias, lo que nos va marcando el sendero hacia una nueva problemática: la que se presenta cuando el deudor concursado.

Portanto, mais cedo ou mais tarde, o tema da falência internacional tomará a pauta de discussão dos países do Mercosul que terão de buscar solução harmonizadora entre as suas respectivas leis de quebra.

¹³ MARTORELL, Ernesto Eduardo. *Tratado de concursos y quiebras*. Buenos Aires: Depalma, 1999. Tomo 2-A.

O assunto está, de fato, a merecer tratamento. As dúvidas são grandes e estão a exigir respostas, como bem se posiciona Colombo Arnoldi:¹⁴

Diante de tal situação de insegurança e falta de igualdade para os participantes do comércio internacional, surge a necessidade de uma pacificação da questão falimentar, como condição de assegurar a continuidade das relações comerciais internacionais, objetivando soluções que combinem como os variados interesses presentes. Com o processo de integração em curso, surgirão inúmeros problemas decorrentes da declaração de falência de uma empresa em um Estado-parte, que poderá gerar efeitos além de seus territórios, afetando, assim, os demais Estados-partes integrantes do bloco econômico. Diante dessa situação, pergunta-se: como proceder para conciliar os interesses envolvidos se as legislações têm efeitos restritos aos seus territórios, não produzindo efeitos fora dos seus espaços geográficos? Se essa situação for possível, ela não extrapolará os limites da soberania de um Estado para submeter o outro Estado-parte aos desígnios de seu ordenamento jurídico? É isto possível? Como se observa, inúmeras questões se colocam frente à declaração de falência de uma empresa que mantenha transações comerciais com outra, ou outras, que se localizem nos demais Estados-partes integrantes do bloco econômico Mercosul.

Dentro dessa nova realidade mercantil, é indubitável que o tema da falência internacional e correspondente Juízo Universal extranacional estão a merecer tratamento legal, devendo, pois, o quanto antes, a matéria ser discutida no âmbito do Mercosul, visando à harmonização da legislação falimentar dos países membros.

International Bankruptcy: Domsday extranacional: matter that deserves legal treatment

Abstract

The article deals with the institution of bankruptcy, included in the broad context of globalization. Within this reality, critically examine the new Brazilian LRF. Law that has escaped, this time to increase international trade in range of markets across borders, the globalization of concepts open that permeate the Right

¹⁴ Cf. nota de rodapé n. 12.14

Global, the parent of the future discipline of the institute of international bankruptcy, the court Extranational Universal

Keywords: Bankruptcy law and recovery of companies. Bankruptcy. Globalization. International bankruptcy. Universal judgement Extranational.

Referências

ARGENTINA. *Ley n. 24.522, de 20 de julho de 1995*. Régimen Legal de Concursos y Quiebras. Buenos Aires, 1995.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. *A declaração da falência e seus efeitos jurídicos no âmbito do Mercosul*. São Paulo: LTR, 2000.

BENKE, Rafael Tiago Juk. Alguns Comentários Sobre a ALCA. *Gazeta Mercantil*, p. 12, 19 dez. 2002.

FONTOURA, Jorge. O avanço constitucional argentino e o Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 37, n. 146, p. 55-59, abr./jun. 2000.

FONTOURA, Jorge. Olivos, um tribunal para o Mercosul. *Correio Braziliense*, Brasília, p. 5, 03 dez. 2002.

GODOY, Wilson Carlos de. Direito falimentar internacional. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 8. n. 37, 10 maio 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5141>>. Acesso em: 28 fev. 2007.

LIMA, Cláudio Vianna de. A falência como processo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 627, p. 15-28, jan. 1988.

MAIDA, Fernando. Pesadelo ou realidade ao comercializar com empresas estrangeiras do MERCOSUL? *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://jus.2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id = 2947>>. Acesso em: 28 fev. 2007.

MARTORELL, Ernesto Eduardo. *Tratado de concursos y quiebras*. Buenos Aires: Depalma, 1999. Tomo 2-A.

OLIVEIRA, Alexandre Toscanelli de. *A insolvência transnacional em Portugal*. Disponível em: <<http://www.cahiers.org/new/htm/ricerche/ARTT/Toscanelli>>. Acesso em: 28 fev. 2007.

OLIVEIRA, Maria Ângela Jardim de Santa Cruz. A diplomacia judiciária brasileira no Mercosul. *Correio Braziliense*, Brasília, p. 23, 02 mar. 2007.

ROSSI, Fabiano Leitoguinho. A globalização do direito e as empresas transnacionais. Análise crítica de um direito mundial dentro da sociedade transnacional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 291, 24 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5126>>. Acesso em: 28 fev. 2007.

