



Carmen Tiburcio: Subsidiárias estrangeiras têm processo falimentar próprio

Notícias sobre o pedido de recuperação judicial da OGX, que possui subsidiárias no exterior e credores estrangeiros, trazem à luz o tema dos efeitos transnacionais da falência. Mais especificamente, são relevantes as questões acerca da lei aplicável, da competência para processar e julgar o pedido de recuperação judicial, bem como da possibilidade de homologação de sentença estrangeira sobre a matéria.

O assunto tem sido objeto de regulamentação no direito convencional, comparado e comunitário. No plano convencional, é possível mencionar as Convenções de Montevideu de 1889 e 1940, o Código Bustamante, de 1928, e a Convenção Europeia, de 1990 (que não entrou em vigor). Diversos Estados recentemente aprovaram legislação sobre o tema (Japão, Espanha, México, Polônia, África do Sul, Estados Unidos, Bélgica, Austrália). No plano comunitário, destaca-se o Regulamento CE 1.346/2000. Há também diversos trabalhos elaborados por organizações públicas e privadas: IBA Cross-Border Insolvency Concordat, de 1995; Uncitral Model Law on Cross Border Insolvency, de 1997; ALI/The International Insolvency Institute Guidelines Applicable to Court-to-Court Communications in Cross Border Cases 2000/2001; ALI Principles of Cooperation among the Nafta, de 2003; ALI Transnational Insolvency: Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases, de 2012.

Esses instrumentos assentaram algumas regras aceitas internacionalmente. Em primeiro lugar, a competência internacional para a declaração de falência é a do juízo em que se encontrar o principal estabelecimento da sociedade em dificuldades. Essa regra é aplicável à sociedade controladora e à sociedade subsidiária, que possuem personalidades juridicamente independentes. Veja-se que o juízo do principal estabelecimento da sociedade terá competência internacional sobre o processo falimentar da mesma, podendo proferir decisões tendo em conta os credores e bens situados no exterior e tais decisões poderão ter efeitos extraterritoriais. Para esse e outros fins, as jurisdições estrangeiras deverão cooperar com as autoridades do país onde o principal estabelecimento estiver localizado, tornando possível incluir na falência os bens, credores e devedores situados no exterior.

A lei a ser aplicada ao mérito será a lei do país do principal estabelecimento. Note-se que a lei do foro será aplicável às questões inerentes à falência (direito de preferência, divisão do patrimônio do devedor, período suspeito, incapacidade do falido, entre outros), não para determinar a validade de cada crédito a ser habilitado. A existência e validade de tais créditos serão regidas pela lei que lhes for aplicável, conforme as regras de conexão do direito internacional privado do foro. Isso significa dizer que a lei do principal estabelecimento determinará os créditos que têm preferência na falência, mas a lei aplicável à obrigação deverá reger a validade do crédito. Frise-se, todavia, que as questões meramente procedimentais serão sempre regidas pela lei do foro, com base na regra de que o processo é sempre regido pela lei local. Além disso, não é possível tratamento diferenciado dos credores locais e estrangeiros. Dessa forma, a nacionalidade dos credores não deve ser levada em conta para determinar o que lhes cabe.

Todavia, o juiz do principal estabelecimento não será o único competente. É possível que haja



competência subsidiária dos juízes que exerçam jurisdição onde estejam localizados estabelecimentos secundários — onde haja filiais, agências ou sucursais da sociedade — para declarar a falência dessas filiais, agências ou sucursais. É de se notar que essas decisões terão somente efeitos locais, sobre os bens localizados no foro. Também nesse caso, a lei aplicável à falência dos estabelecimentos secundários é a lei do foro.

A legislação brasileira sobre falência é bastante rica. Em 1878 já se previa a competência do juiz do estabelecimento principal para a falência e, sob algumas condições, previa-se a possibilidade de reconhecimento de sentenças estrangeiras. Atualmente, a Lei 11.101 determina a competência exclusiva do juiz brasileiro para declarar a falência da sociedade que tem seu principal estabelecimento ou filial no país, nada tratando sobre o reconhecimento das decisões estrangeiras sobre a matéria.

Há exemplos nos EUA de falências de controladoras — Lehman Brothers — que envolveram subsidiárias no exterior, contrariando o que foi afirmado acima. Note-se, porém, que além de a lei americana prever essa possibilidade (extraterritorialidade), houve participação e consenso dos síndicos das sociedades estrangeiras através de um Plano Internacional de Recuperação de Créditos. Há que se ter cuidado para evitar que a jurisdição nacional profira decisões que serão completamente destituídas de eficácia.

Em suma, o juiz brasileiro é o único competente para a recuperação judicial (e falência) da sociedade estabelecida no Brasil. A lei aplicável à falência será a brasileira, mas não quanto à validade dos créditos, que serão regidos pela lei do lugar de sua constituição ou pela lei escolhida pelas partes. O juiz brasileiro poderá incluir no processo os bens e credores estrangeiros. As subsidiárias estrangeiras, por serem independentes, deverão ter processo falimentar próprio, no país da sua sede. Quanto a essas, salvo situações especiais em que se constate que a lei estrangeira admita tal procedimento, eventual decisão brasileira será totalmente ineficaz.

Date Created

04/12/2013