

ESCOLA JUDICIAL DESEMBARGADOR EDÉSIO FERNANDES

PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU EM DIREITO EMPRESARIAL COM
ÊNFASE EM FALÊNCIAS E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

LUCIANNE CARVALHO DE TOLEDO

**INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL: objetivos e principais conceitos, sob a
ótica do capítulo VI-A, da Lei nº 11.101/2005.**

**BELO HORIZONTE
2023**

INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL: objetivos e principais conceitos, sob a ótica do capítulo VI-A, da Lei nº 11.101/2005.

RESUMO

No Brasil, até o ano de 2020, a Lei nº 11.101/2005, que regula a recuperação e a falência de empresas, era totalmente silente quanto à insolvência transnacional, exteriorizando-se uma assimetria entre a legislação local e a realidade vivenciada pelos empresários em crise no cenário de hiperglobalização. Apenas com a promulgação da Lei nº 14.112/2020, foi incluído o Capítulo VI-A na Lei de regência, disciplinando satisfatoriamente a matéria. Entretanto, trata-se de regramento revolucionário e com inovações procedimentais relevantes, inspirado na Lei Modelo elaborada pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL). Então com objetivo principal de elucidar o tema até então pouco conhecido, pretende-se, a partir de pesquisa jurídico-exploratória, concretizada pela dissecação do instrumento produzido pela UNCITRAL, bem como pela leitura de doutrina especializada, produzir um guia introdutório acerca das Disposições Gerais, especialmente sobre os artigos 167-A e 167-B, que trazem os objetivos fundamentais e as definições nucleares do ordenamento da insolvência transnacional. Ao final, a percepção é de imprescindibilidade da esmerada compreensão desses dispositivos primários para hávida aplicação dos expedientes processuais, evitando interpretações arbitrárias e antinômicas à origem internacional e ao propósito integrativo, para que essas relevantes alterações tenham impacto concreto nos processos judiciais.

Palavras-chave: Insolvência Transnacional – Objetivos Fundamentais – Conceitos.

ABSTRACT

In Brazil, until 2020, Law No. 11,101/2005, which regulates the recovery and bankruptcy of companies, was completely silent regarding transnational insolvency, externalizing an asymmetry between local legislation and the reality experienced by

entrepreneurs in crisis in the scenario of hyperglobalization. Only with the promulgation of Law No. 14,112/2020, Chapter VI-A was included in the governing Law, satisfactorily regulating the matter. However, due to the revolutionary and innovative aspect of certain proposals in this new rule, inspired by the Model Law prepared by the United Nations Commission for International Commercial Law (UNCITRAL), in order for these relevant changes to have a concrete impact on judicial processes, it is imperative to unravel the main concepts of transnational insolvency, avoiding arbitrary and antinomic interpretations to the international origin and to the integrative purpose. Therefore, with the main objective of elucidating the hitherto little-known topic, it is intended, based on legal-exploratory research, carried out by dissecting the instrument produced by UNCITRAL, as well as by reading specialized doctrine, to produce an introductory guide about the General Provisions, especially on articles 167-A and 167-B, which bring the fundamental objectives and core definitions of the transnational insolvency order, essential for a clear understanding of the matter and sound application of procedural expedients.

Key-words: Cross-border insolvency – Main Objectives – Concepts.

1. INTRODUÇÃO

Seja em aspectos jurídicos, econômicos ou sociais, o comércio é parte integrante da humanidade desde os tempos mais remotos e, pela contínua necessidade de aprimoramento e profissionalização fomentada ora pela concorrência, ora pela intrínseca curiosidade humana (KOURT, 2017, p. 34), impulsionou a humanidade rumo a grandes conquistas e novas tecnologias.

Os fenícios, por exemplo, notáveis navegadores, desempenharam a mercancia de maneira tão exitosa que desenvolveram um alfabeto fonético com intuito de acelerar e simplificar suas contratações, consubstanciando-se como feito inédito e extremamente relevante em âmbito global. A prensa, em sua forma inicial, foi desenvolvida por Johannes Gutenberg no século XV e marcou o início da era da impressão em larga escala. Com a Revolução Industrial, nos séculos XVIII e XIX, inúmeros avanços foram galgados pela atividade comercial, como a invenção da máquina a vapor por James Watt, que revolucionou a indústria e o transporte, permitindo a mecanização de processos e o desenvolvimento de locomotivas e navios a vapor, e o desenvolvimento do telégrafo por Samuel Morse, que possibilitou a comunicação instantânea à distância, eliminando as limitações das comunicações terrestres.

Já no século XX, verificou-se uma intensificação dos fluxos de comércio, investimentos, tecnologia e informação, conhecida como o fenômeno da globalização, que promoveu a integração dos mercados, facilitando a circulação de bens e serviços, e aproximando diferentes sociedades. Nesse cenário, emergiram estruturas de produção como as desenvolvidas por Henry Ford, com a linha de produção em massa, e pela Toyota, com o modelo de mercado *just-in-time*, que permitiram a expansão e alcance das empresas para inúmeros países.

Agora, com o início da quarta revolução industrial, o mundo atingiu novo potencial de integração e expansão de empresas, marcadas pela integração de tecnologias digitais avançadas na indústria e em diversos setores da economia, com avanços em áreas como inteligência artificial, internet das coisas, *big data*, computação em nuvem, robótica avançada e realidade aumentada. Empresas multinacionais como Apple, Microsoft e

Google ultrapassaram as fronteiras geográficas de tamanho grau que esta última possui escritórios em 50 países¹ diferentes.

Durante esse extenso lapso temporal, é usual a divisão doutrinário-histórica do direito comercial em quatro macroperíodos, que marcam etapas da evolução sociojurídica desse ramo, quais sejam: a fase subjetiva, das corporações de ofício, a fase da codificação, coincidente com o mercantilismo e com a colonização (NEGRÃO, 2023, p. 13), a fase objetiva, do sistema francês da teoria dos atos de comércio e, enfim, a fase moderna, baseada na italiana teoria da empresa, enquanto atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, que é a mais atual das classificações, compatível com o modelo capitalista e adotada pelo Código Civil brasileiro de 2002, por se adequar ao contexto social contemporâneo, sem perder sua inquestionável autonomia científica (COELHO, 2021, pp. 30-45).

Em que pese essa metamorfose traçada por milênios, um fator é inerente à atividade empresarial, e segue incólume desde os primórdios até a contemporaneidade: o risco. Ao se aventurar no mercado em busca de lucro, o empresário se submete, invariavelmente, a diversas e imprevisíveis dificuldades que, a depender das circunstâncias, podem ocasionar sérias crises e impactar, inclusive, na manutenção de sua posição.

Há certos contratempos, mais singelos, que afetam o empresário e normalmente são contornados pelo próprio mercado com novos investimentos, por meio da injeção de capital, trespasse ou reorganização societária. São elas as crises de rigidez e de eficiência, que surgem, respectivamente, pela má adaptação ao ambiente externo ou pela má gestão que acarreta aproveitamento aquém de seus ativos. Todavia, há embaraços mais gravosos, que demandam excepcional intervenção, por influir diretamente na coletividade e na estabilidade da ordem econômica. Trata-se da crise econômica, da crise financeira e da crise patrimonial que, a título de síntese, podem ser atecnicamente resumidas à insolvência, pela incapacidade do empresário quitar suas próprias dívidas. Nessa linha, caso não haja intervenção estatal, cria-se um cenário de insegurança a todos os atores envolvidos, seja aos credores, seja aos consumidores,

¹ NOSSOS ESCRITÓRIOS. Google, 2023. Disponível em: <https://about.google/intl/pt-BR/locations/?region=north-america&office=mountain-view>. Acesso em: 14 jul. 2023.

seja aos trabalhadores, seja, até mesmo, a outros devedores, o que desestimula a atividade empresarial e reprime a economia nacional (TOMAZETTE, 2022. pp. 15-17).

Nesse contexto, duas técnicas foram historicamente desenvolvidas para conter os danos advindos da insolvência empresarial: a recuperação de empresa e a falência, a primeira para empresários capazes de retomar sua posição, buscando tão somente a renegociação de dívidas e um alívio para seu restabelecimento, e a segunda para os sujeitos que se encontram em uma conjuntura na qual não se vislumbra a superação, sendo inviável insistir no negócio.

Ambas as opções são extremamente valiosas e atuam como um alicerce jurídico para fomentar a economia e garantir, em última instância, o suporte do Poder Judiciário, ao devedor, para o soerguimento ou recomeço e, aos credores, maiores chances de satisfação, por conta da centralização executiva.

Contudo, essas ferramentas foram concebidas em um momento histórico pretérito, no qual preponderava, quase exclusivamente, as relações internas, limitadas ao país de sede do empresário, de forma que cada jurisdição aperfeiçoou seu ordenamento jurídico da insolvência autonomamente, adaptando-se às singularidades de cada território.

Ocorre que, com a globalização, alavancada pelo advento tecnológico recente, como já introduzido, houve uma guinada substancial na maneira pela qual os agentes econômicos passaram a se relacionar, com a quebra das divisas geográficas e a integração comercial em nível mundial. Tornou-se bem mais recorrente, por exemplo, ter uma atuação transfronteiriça, com diversas filiais ou subsidiárias internacionais e, conseqüentemente, bens, empregados, consumidores e credores espalhados por vários países, o que, por sua vez, acarreta exponenciação em um *meta-nível* dos problemas e de suas complexidades (WESSELS; MARKELL; KILBORN, 2008, pp. 39-40, apud SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2023, p. 289).

Assim, exteriorizou-se uma assimetria entre a legislação local e a realidade internacional vivenciada pelos empresários, acarretando conseqüências perniciosas, como choques normativos interestatais, incitamento de fraudes pelas brechas e assimetrias legais, favorecimento à lavagem de dinheiro internacional, prejuízo à satisfação dos credores em maior grau, atraso nos atos tendentes ao soerguimento ou

ao recomeço (*fresh start*) do devedor (SANTOS, 2021, p. 3) e promoção do indesejado *forum shopping*, já inflado no pós-Guerra Fria.²

Buscando mitigar os efeitos negativos dessa incongruência, foram desenvolvidas várias abordagens e tentativas de evolução e pacificação das normas da insolvência transnacional. Destacam-se tratados internacionais como a Convenção de Direito Internacional Privado de Havana (1929); o Tratado de Direito Comercial de Montevideú (1889 e 1940); a Convenção Nórdica de Falência (1933); Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa de 1992, celebrado no âmbito do Mercado Comum do Sul - Mercosul; e o Regulamento da União Europeia nº 2015/848, que estabeleceu um regime comum para os países membros da UE lidarem com casos de insolvência transnacional dentro do bloco. Não se olvida, tampouco, as tentativas de normatização, via instrumentos de *Soft Law*, como o MIICA – *The Model International Insolvency Code*, proposto pela *International Bar Association* (IBA), e o *IBA Concordat*. A mais relevante fonte de norma legal por mais de 20 anos foi a *Section 304 do Bankruptcy Code*, editada nos EUA, que é considerada a raiz da cooperação entre juízes e tribunais nos casos de insolvência transfronteiriça (SATIRO; TOLEDO, 2012, pp. 125-127).

Contudo, nenhum dos mecanismos retro obteve eficácia suficientemente satisfatória, o que culminou na elaboração da Lei Modelo sobre Insolvência Transnacional, pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL), em 1997. Referido instrumento normativo emerge, assim, com o fim de auxiliar os Estados a equiparem suas respectivas legislações que versam sobre a matéria de insolvência transnacional com uma moderna moldura legal, capaz de ocupar-se dos procedimentos de insolvência transfronteiriça de maneira mais eficiente. Concentrada em autorizar e incentivar a cooperação e coordenação entre as jurisdições, em vez de tentar a unificação da lei substantiva da insolvência, o modelo legal respeita as diferenças entre as leis processuais nacionais, garantindo a unificação geral das

² “De forma resumida, pode-se definir *forum shopping* como a seleção estratégica de um tribunal para julgamento de um caso concreto, e/ou a decisão de se proceder com litigação paralela em diferentes cortes internacionais, e/ou a decisão de levar adiante a litigação seriada em diferentes tribunais” (XAVIER, 2016, pp. 181-183).

normas de insolvência transfronteiriça, mas mantendo certas peculiaridades da legislação local.

Calcada em quatro pilares, a lei modelo dá enfoque às seguintes condutas que permeiam os casos de insolvência transnacional: acesso, reconhecimento, assistência e cooperação. O primeiro pilar visa garantir aos representantes de processos de insolvência estrangeiros e aos credores o direito de acesso aos tribunais de outros Estados aderentes à lei modelo para solicitarem assistência e, via de retorno, autorizam os representantes de processos locais conduzidos no Estado aderente a procurarem assistência noutros locais.

O segundo, consubstancia-se em estabelecer procedimentos simplificados para o reconhecimento de processos estrangeiros, a fim de evitar a demorada legalização, conferindo, assim, mais segurança jurídica e previsibilidade à decisão de reconhecimento.

Já o alívio/assistência é recurso essencial à condução ordenada e justa de insolvências transfronteiriças, abarcando medidas provisórias, por exemplo, a serem aplicadas entre a apresentação de um pedido de reconhecimento e a decisão sobre esse pedido, a critério do tribunal, como é o caso da suspensão das execuções contra a empresa insolvente após o reconhecimento do processo principal. Por fim, a cooperação visa promover decisões que melhor atendam aos objetivos de ambos os processos, sejam processos locais e estrangeiros ou múltiplos processos estrangeiros, através da atuação conjunta e comunicativa entre os tribunais dos Estados onde se encontram os bens do devedor e a coordenação de processos concorrentes relativos a esse devedor.

A UNCITRAL se vale, continuamente, de inúmeros artefatos tecnológicos legais para incentivar e auxiliar os países a receberem e interpretarem suas leis modelos. A título de exemplo, assume relevância o “UNCITRAL Guide to Enactment and Interpretation”, que engloba, dentre outros elementos (i) informações que se prestam a auxiliar os estados recepcionadores a sopesar quais previsões contidas na Lei Modelo devem ser alteradas a depender do contexto político, legislativo e judicial particular de sua nação; (ii) informações acerca das opções de agendas políticas e considerações mais relevantes levantadas nas discussões que se passam dentro dos grupos de

trabalho da organização; e (iii) pontos que, apesar de não contarem de previsão expressa na lei modelo, são relevantes na matéria disciplinada (UNITED NATIONS, 2013, p. 13).

Como se vê, esse instrumento não se enquadra no conceito cotidiano de lei propriamente dita, uma vez que não possui força cogente e vinculante. Em verdade, como *soft law*, apenas dita recomendações para a edição de leis locais, atuando como uma bússola comum aos legisladores nacionais em prol da uniformização normativa. Não obstante, o padrão legislativo exarado pela Lei Modelo, obteve sucesso estrondoso, tendo sido adotado por 56 países até maio de 2023³, incluindo os Estados Unidos, Reino Unido, Canadá e Japão. Entretanto, ainda com o sucesso da proposta Lei Modelo, até o ano de 2020 não havia no Brasil regime exclusivo que disciplinasse a insolvência transnacional.

Durante mais de duas décadas de inércia legislativa, o país adotava uma postura excessivamente territorialista. Em geral, os bens do devedor localizados no território brasileiro eram considerados inalcançáveis para jurisdições estrangeiras, o que dificultava enormemente os esforços de liquidação e maximização dos ativos. Por outro lado, o sistema jurídico brasileiro estava restrito a lidar apenas com o que estava dentro de suas fronteiras.

A prática forense, com o decurso do tempo, aclarou a incompatibilidade dessa corrente com a hiperglobalização contemporânea, que pereceu frente à proposta de integração procedimental da UNCITRAL, que, por sua vez, ensejava inúmeros benefícios a todos os sujeitos envolvidos à crise, ao se filiar ao universalismo mitigado - ou modificado -, que prima pela integração e pela cooperação internacional em prol da efetividade do procedimento concursal, mantendo, todavia, a proteção às normas fundamentais de cada jurisdição.

Assim, inicialmente com a edição da Lei nº 13.101/2015 - o “novo” Código de Processo Civil, que trouxe regulamentação robusta incitando a cooperação jurídica internacional em seus artigos 26 a 41. Para melhor elucidação, são instrumentos de cooperação previstos no Código de Processo Civil de 2015 (i) as cartas rogatórias, pelas quais são realizadas comunicações processuais e a coleta de provas no exterior, de

³ UNITED NATIONS. **Overview of the status of UNCITRAL Conventions and Model Laws**. 2023. Disponível em: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/overview-status-table.pdf>. Acesso em: 15 jul 2023.

competência centralizada no STJ, a partir da EC 45/2004; (ii) o auxílio direto (DOLINGER; TIBURCIO, 2019, p. 625), um meio de cooperação internacional que permite à autoridade estrangeira solicitar a realização de diligências no País, tal como ocorre no âmbito das cartas rogatórias a legitimidade para requerer medidas de auxílio direto é a competência na origem. Podem solicitar diligências às autoridades que, em seu país de origem, podem postular as medidas que se buscam; e (iii) a homologação de decisão estrangeira, processo de competência do STJ necessário para que a sentença proferida no exterior – ou qualquer ato não judicial que tenha natureza de sentença – possa produzir efeitos no Brasil.

Posteriormente, com a promulgação da Lei nº 14.112, de 2020, foi incluído o Capítulo VI-A na Lei nº 11.101/2005, que recepciona, mesmo que com algumas modificações, o instrumento de *soft law* elaborado pela UNCITRAL, e disciplina ostensiva e expressamente a matéria de insolvência transnacional, o que proporcionou elogiosa guinada nos processos concursais abarcando jurisdições plúrimas.

Como será mais aprofundado neste trabalho, ao trazer um Capítulo exclusivo para a Cooperação Internacional, a Lei nº 11.101/2005 foi ainda mais incisiva e progressista, com expedientes inéditos que superaram certa burocracia processual outrora vivenciada, valendo mencionar, como melhor exemplo, o reconhecimento do processo estrangeiro, que não se confunde com a homologação de sentença estrangeira e a concessão de exequatur em carta rogatória.

Essa adoção representou significativa mudança de paradigma no ordenamento pátrio, com o florescimento do universalismo mitigado e o fito, em ascensão, de proporcionar um melhor ambiente de negócios, acarretando uma melhora substancial na posição do Brasil no mercado internacional, com potencial de atração de maiores investimentos.

Isso, porque um regime de insolvência eficiente e coordenado com os outros estados, que se referem às imperfeições mercadológica, afetam o crescimento da produtividade multifatorial (MFP) através de uma variedade de canais (MCGOWAN; ANDREWS, 2016, pp. 14-27): (i) pode promover a distinção *ex ante* entre empresas inviáveis e viáveis, fortalecendo a seleção de mercado ao facilitar a saída das primeiras e a reestruturação interna bem-sucedida das últimas, o que oferece a perspectiva de

maior crescimento da produtividade da empresa no futuro; (ii) pode reduzir a probabilidade de recursos escassos ficarem presos em empresas ineficientes e, por sua vez, melhorar a facilidade e a velocidade com que esses recursos são realocados para usos mais produtivos; (iii) ao reduzir o custo do fracasso, pode estimular a criação de empresas, atrair talentos para o empreendedorismo e encorajar a inovação radical em detrimento de estratégias comerciais conservadoras; (iv) pode produzir aumento na produtividade do trabalho, por meio de seu impacto no aprofundamento do capital; e (v) pode estimular empresas com excesso de dívidas a investirem, através da disponibilização de ferramentas adequadas de reestruturação da dívida, já que nem todo retorno financeiro terá que ser usado para pagar o débito.

Entretanto, pelo aspecto revolucionário e inovador de certas propostas do novo Capítulo, para que essas relevantes alterações tenham impacto concreto nos processos judiciais, torna-se imperiosa a necessidade de destrinchar bem os conceitos básicos e principais da insolvência transnacional, evitando interpretações arbitrárias e antinômicas à origem internacional e ao propósito integrativo.

A partir disso, debruça-se sobre as Disposições Gerais, especialmente sobre os artigos 167-A e 167-B, que trazem os objetivos fundamentais e as definições nucleares do ordenamento da insolvência transnacional, imprescindíveis para a esmerada compreensão da matéria e hígida aplicação dos expedientes processuais.

2. OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DA INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL

Os objetivos fundamentais da insolvência transnacional são dispostos no artigo 167-A (BRASIL, 2005), que representa um compêndio do Capítulo I da Lei Modelo - *General Provisions*, e, ainda com pontuais reformas redacionais e adições de dispositivos, é bem fiel ao espírito prospectado pela UNCITRAL, e serão destrinchados a seguir.

2.1 O artigo 167-A

Dentre os objetivos elencados nos incisos do artigo 167-A (BRASIL, 2005), não foi definida uma prioridade, o que leva a conclusão de que todos são, *a priori*, igualmente valorosos, e a caminhada hermenêutica em direção a cada um deles irá depender do

caso concreto (UNITED NATIONS, 2014. p. 35). Na Lei Modelo, foram cinco os objetivos fixados, transplantados nos incisos I a V do art. 167-A, com a inclusão do inciso VI, pela reiteração do art. 75, inciso I, atinente aos objetivos da falência.

A Lei Modelo começa com um preâmbulo, justificado pela primordialidade em prover orientação na interpretação e aplicação aos legisladores nacionais. Nessa toada, algo que é reiteradamente mencionado pela UNCITRAL consiste em asseverar que essa declaração não implica, por si só, a criação de direitos ou obrigações materiais (UNITED NATIONS, 2014. p. 57), possuindo tão somente tom de recomendação. No caso do Brasil, como não há costume pela adoção de preâmbulo nas leis (TOLEDO; BECUE, apud TOLEDO, 2021, p. 879), mostrou-se louvável a escolha do legislador em reproduzir os objetivos logo no primeiro artigo, mantendo seu destaque como dispositivo norteador do restante do Capítulo.

Em sequência, os parágrafos abordam assuntos também pertinentes, mas que, na opinião do legislador, dispensariam tratativa em artigo autônomo, seja pelo breve conteúdo, seja pela interligação com os propósitos gerais, permeando regras interpretativas até a curiosa imposição de intervenção do Ministério Público. Novamente, nota-se uma dominante identidade com o proposto pela Lei Modelo, porém não se olvida certos vértices merecedores de críticas, como será tratado.

2.2 Cooperação Internacional

O primeiro objetivo do Capítulo VI-A é proporcionar mecanismos efetivos para a cooperação entre juízes e outras autoridades competentes do Brasil e de outros países em casos de insolvência transnacional. A inauguração da nova seção com essa assertiva não pode ser ignorada, pois embora, à primeira vista, pareça uma previsão simples e abstrata, expressa estratégia legislativa de realce para o aspecto de colaboração mútua entre jurisdições, que representa um enorme avanço da posição brasileira em âmbito internacional, mormente após ser rememorado o passado territorialista do Brasil.

Assim, além da tendência traçada pelo Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015), como já visto, ao trazer um Capítulo exclusivo para a Cooperação Internacional e fixar a cooperação no patamar de norma fundamental (art. 6º), a Lei nº 11.101/2005 foi ainda mais incisiva e progressista, com expedientes inéditos em prol da

celeridade e da preservação da empresa, valendo mencionar, como melhores exemplos, o reconhecimento do processo estrangeiro, que não se confunde com a homologação de sentença estrangeira e a concessão de exequatur em carta rogatória (BECUE, apud MELO; AUGUSTINHO; RODRIGUES FILHO, 2022, p. 343), por dispensar uma série de formalidades, em superação à burocracia processual outrora vivenciada, e o acesso direto garantido ao representante estrangeiro pelo artigo 167-F, pois, nas palavras de Fletcher (2007, p. 472), “access to justice is an indispensable prerequisite to the attainment of justice itself” (BRASIL, 2005).

Em acréscimo, o artigo 167-P impera o dever de cooperação do juiz com a autoridade estrangeira ou com representantes estrangeiros para a persecução dos demais objetivos, aduzindo, no artigo 167-Q, meios de implementação dessa colaboração, em rol meramente exemplificativo, como nomeação de uma pessoa para agir sob a supervisão do juiz, comunicação de informações por quaisquer meios considerados apropriados, coordenação da administração e da supervisão dos bens e das atividades do devedor, aprovação ou implementação de acordos ou de protocolos para a coordenação dos processos judiciais e coordenação de processos concorrentes relativos ao mesmo devedor.

A opção por não exaurir os mecanismos de cooperação nem estabelecer barreiras concretas para as autoridades visa a proporcionar maior alcance ao regramento de insolvência transnacional, abarcando situações imprevistas e complexas e confiando ao julgador a discricionariedade (SILVERMAN, apud MELLO, 2022, p. 110) e a parcialidade positiva (SOUZA, 2018) para implementação de medidas, em nome da instrumentalidade das formas e da primazia do mérito.

2.3 Segurança Jurídica

Uma das consequências mais nefastas da ausência ou precariedade de regulamentação sobre determinada matéria é a imprevisibilidade causada aos agentes envolvidos, que tolhe a confiança dos indivíduos no sistema e retrai suas liberdades, pelo desconhecimento das consequências de seus atos. No âmbito processual, entendido como um sequencial organizado de atos em contraditório, o sujeito precisa compreender

sua posição legal, como pode exercer seus direitos e o que pode esperar dos próximos passos do procedimento (BORK, 2017, p. 92).

Na seara econômica, onde a análise do risco é fulcral em todas as etapas da atividade empresarial, desde a tomada de decisões para ultimação de negócios até a antecipação do enfrentamento de crises que eventualmente sobrevierem, o *déficit* de clareza procedimental da insolvência transfronteiriça prejudicava o Brasil e o tornava pouco atrativo a investimentos externos. Não se tinha domínio sobre qual rito a ser seguido ou sequer quais princípios a serem observados, ficando a cargo de cada magistrado lidar com os requerimentos que lhe eram destinados, conjuntura essa que foi amplamente rechaçada pelo mercado.

A incorporação da Lei Modelo, nesse aspecto, é determinante para garantia da segurança jurídica, tão necessária nesse momento de fragilidade dos devedores e de receio dos credores, concretizada pela homogeneização das técnicas internacionalmente aceitas. Como consequência da uniformização, torna-se natural a redução dos custos transacionais (BORK, 2017, pp. 92-93) e o recrudescimento dos investimentos, com o florescimento da atividade econômica.

2.4 Administração justa e eficiente e a proteção e maximização dos ativos

Os incisos III e IV do art. 167-A expõem outros dois objetivos presentes no preâmbulo da Lei Modelo UNCITRAL, assim definidos pelo legislador brasileiro: *III - a administração justa e eficiente de processos de insolvência transnacional, de modo a proteger os interesses de todos os credores e dos demais interessados, inclusive do devedor; IV - a proteção e a maximização do valor dos ativos do devedor* (BRASIL, 2005).

O primeiro princípio traduz a máxima de que a insolvência deve ser tratada e resolvida de forma ordenada, rápida e eficiente, a fim de evitar perturbações indevidas na atividade empresarial do devedor e minimizar os custos do processo. Alcançar-se uma administração oportuna e eficiente apoia o objetivo de maximizar o valor dos ativos, enquanto a imparcialidade apoia a meta de tratamento equitativo. Dessa forma, todo o processo deve objetivar a liquidação de negócios inviáveis e ineficientes e a sobrevivência de negócios eficientes e potencialmente viáveis.

Nesse sentido, a resolução célere e ordenada das dificuldades financeiras do devedor pode ser facilitada por uma lei da insolvência que facilite o acesso ao processo de insolvência por referência a critérios claros e objetivos, constitua um meio cômodo de identificação, cobrança, conservação e recuperação de bens e direitos que devam ser aplicados no pagamento das dívidas e obrigações do devedor, facilitar a participação do devedor e de seus credores com o mínimo de demora e despesa possível, fornecer uma estrutura adequada para supervisão e administração dos processos (incluindo tanto os profissionais quanto as instituições envolvidas) e resultar na efetiva resolução das obrigações e responsabilidades financeiras do devedor.

Já o segundo, indica a necessidade de obter-se o valor máximo dos ativos, de modo a facilitar maiores distribuições aos credores como um todo e reduzir o ônus da insolvência. A consecução deste objetivo é muitas vezes promovida pelo equilíbrio dos riscos repartidos entre as partes envolvidas no processo de insolvência.

A propósito, conforme as lições de Fernando Locatelli (2022, p. 37), “a otimização de ativos e a reabilitação são elementos legais cruciais para a proteção dos negócios do devedor e de seus ativos contra ações individuais de credores, permitindo um resgate eficiente de empresas em situação de dificuldade”.

2.5 Recuperação de empresas

A promoção da recuperação de empresas em crise econômico-financeira, com a proteção de investimentos e a preservação de empregos, é o objetivo elencado no inciso V do art. 167-A, em tradução literal da alínea e do Preâmbulo da Lei Modelo e em sintonia, outrossim, com o artigo 47, da LFRE (BRASIL, 2005), que corporifica a metanorma da preservação da empresa, norteadora do diploma recuperacional (MAMEDE, 2022, p. 110).

Ademais, não passa despercebida a menção protetiva aos empregados, classe notoriamente vulnerável, em reiteração à função social da empresa e à busca do pleno emprego, princípios constitucionais da atividade econômica. Inclusive, o primeiro caso a ser apreciado pelo judiciário brasileiro sob a égide da nova disciplina legal foi o caso do grupo econômico Prosafe SE, empresa especializada na detenção/exploração de embarcações marítimas, atuante em escala global e que opera no Brasil por intermédio

de suas subsidiárias, além de possui outras empresas com sede em outros países. Na hipótese, um dos argumentos centrais da extensão da moratória à jurisdição brasileira foi a preservação de seus quarenta funcionários no Brasil⁴.

2.6 Promoção da liquidação dos ativos

É este o único inciso inaugurado pela LFRE (BRASIL, 2005), não expressamente abrangido pela Lei Modelo, mas isso não significa que a UNCITRAL não objetivou a *promoção da liquidação dos ativos da empresa em crise econômico-financeira, com a preservação e a otimização da utilização produtiva dos bens, dos ativos e dos recursos produtivos da empresa, inclusive os intangíveis*. Na verdade, essa redação foi replicada do art. 75, da LFRE, que trata dos objetivos da falência, já em seu texto original, no *caput*, e, atualmente, com a reforma promovida pela Lei nº 14.112/2020, no inciso II.

Por conta dessa repetida menção, surgiram críticas acerca de sua desnecessidade e inutilidade (TOLEDO; BECUE, apud TOLEDO, 2021, p. 879), já que a previsão constante no capítulo geral da falência engloba, naturalmente, a falência transnacional. Contudo, deve ser percebido que, ao tentar incluir um novo objetivo aos processos de insolvência transnacional, acaba-se por prejudicar outros dois. Isso porque, ao eleger o inciso II, do artigo 75, como único para figurar no art. 167-A, foram excluídos os incisos I e III, o que leva à conclusão de que estes não seriam abarcados pela regulamentação transfronteiriça. Ocorre que, em que pese tal síntese seja visivelmente falaciosa, ela não é incorreta, do aspecto formal, o que pode gerar malquistos desvios, de sorte que seria mais adequado a supressão deste último inciso.

2.7 Cooperação Internacional e Origem Internacional

Eis outro tópico no qual andou mal o legislador pátrio, dessa vez na tradução do termo *international origin*, inserto no art. 8 da Lei Modelo para cooperação internacional. Trata-se de conversão impertinente, porquanto a terminologia elegida pela UNCITRAL consagra o princípio da interpretação autônoma, que reforça o entendimento de que as

⁴ Cf. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Processo nº 0129945-03.2021.8.19.0001**. Juízo da 3ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Rio de Janeiro. Grupo Prosafe SE. Agosto de 2021.

normas de insolvência transnacional não devem ser pautadas pelo direito interno, mas sim lidas sob a lente internacional, mormente em observância ao contexto da própria Lei Modelo (TOLEDO; BECUE, apud TOLEDO, 2021, p. 880). Essa questão é fundamental para a aplicação prática dos dispositivos, pois demanda do julgador o estudo de doutrina e jurisprudência estrangeiras, além da sintonia com os propósitos concebidos pela UNCITRAL, inferidos pela série de documentos produzidos pela comissão⁵.

Destarte, ainda que o vernáculo aderido pela LFRE (BRASIL, 2005) não chegue a gerar leitura antagônica da pretendida, não pode o princípio da interpretação autônoma ser obliterado, fazendo os interesses locais prevalecerem em demasia. Como a Lei Modelo adota, muitas vezes, termos amplos, seria preciso que as Cortes buscassem soluções harmônicas e convergentes, mas não é o que vem se verificando na prática, por vezes, como ensina Bork (2017. p. 247). Justamente pela complexidade do tema, a sutil mudança na lei brasileira, ao deixar de lado a perspectiva originária, pode acarretar desvios hermenêuticos evitáveis.

2.8 Rol exemplificativo

O parágrafo segundo dispõe que *as medidas de assistência aos processos estrangeiros mencionadas neste Capítulo formam um rol meramente exemplificativo, de modo que outras medidas, ainda que previstas em leis distintas, solicitadas pelo representante estrangeiro, pela autoridade estrangeira ou pelo juízo brasileiro poderão ser deferidas pelo juiz competente ou promovidas diretamente pelo administrador judicial, com imediata comunicação nos autos.*

De início, cumpre esclarecer que as medidas de assistência são medidas de apoio, que podem ser automáticas e mandatórias, ou discricionárias, a depender do tipo do processo (se principal ou não principal), condicionadas ao pedido de reconhecimento do processo estrangeiro. Trata-se de medidas como a suspensão do curso de processos de execução que possam comprometer o patrimônio do devedor, determinação da

⁵ ADDITIONAL RESOURCES. UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency (1997). United Nations. Disponível em: https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency. Acesso em 02 jul. 2023.

suspensão da prescrição, ou, até mesmo, aquelas customizadas pelo magistrado, desde que destinadas à preservação do patrimônio do devedor.

As medidas de cooperação, por outro lado, independem do reconhecimento do processo estrangeiro e têm o fito de incentivar a comunicação direta entre autoridades e demais atores do processo de insolvência. A cooperação possibilita a ampliação das medidas de assistência e é essencial para a eficiência da administração dos processos de insolvência transnacional.

Nesse escopo, o inciso sob análise é inspirado no artigo 7 da Lei Modelo, que assim dispõe: Nada nesta Lei limita o poder de um Tribunal ou de uma [insira a denominação da pessoa ou entidade que administra uma reorganização ou liquidação consoante a lei do respectivo Estado] de fornecer ajuda adicional para um representante estrangeiro, com base nas leis deste Estado⁶.

Da análise cautelosa do artigo da lei modelo, em especial da expressão “*Nothing in this Law limits*”, bem como de seu espelho na legislação pátria “*rol meramente exemplificativo*”, extrai-se que a intenção do legislador é de ampliar, até o limite máximo, a cooperação e a assistência, através das medidas atípicas de apoio, entre os juízos que atuam num mesmo caso de insolvência transnacional. Assim, o legislador brasileiro cuidou esclarecer que se elencou na legislação da insolvência transnacional rol exemplificativo de medidas, de modo que, caso o ordenamento interno exija, ou caso seja solicitado, medida diversa daquelas previstas expressamente, pode o magistrado deferi-la, desde que de acordo com a lógica básica de eficiência e adequação que permeia os processos de insolvência transfronteiriça.

2.9 Prevalência dos tratados

O parágrafo terceiro do art. 167-A prevê que *em caso de conflito, as obrigações assumidas em tratados ou convenções internacionais em vigor no Brasil prevalecerão sobre as disposições deste Capítulo* (BRASIL, 2005). Tal dispositivo alude ao art. 3 da Lei Modelo e, como bem exposto no Guia de Incorporação e Adoção da Lei Modelo

⁶ Na redação original: “*Nothing in this Law limits the power of a court or a [insert the title of the person or body administering a reorganization or liquidation under the law of the enacting State] to provide additional assistance to a foreign representative under other laws of this State*”.

(UNITED NATIONS, 2014. p. 61), expressa o princípio da supremacia das obrigações internacionais assumidas pelos países, em relação ao direito interno, sendo, ainda, princípio observado em demais leis modelos preparadas pela UNCITRAL.

Referida previsão, também é contida no Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), que, por meio de seu artigo 26, dispõe que a cooperação jurídica internacional será regida por tratado de que o Brasil faz parte, em observância ao princípio retro.

2.10 Exceção de ordem pública

Por outro lado, o cunho arrojado da Lei Modelo da UNCITRAL e seu rumo ao universalismo não é absoluto. Todos os modelos de flexibilização e mitigação do territorialismo prelecionados no Capítulo VI-A da LFRE (BRASIL, 2005) não implicam ofensa a normas nucleares do ordenamento jurídico interno. Pelo contrário, há um principal mecanismo que garante a soberania dos Estados Nacionais, ao permitir que os juízes se recusem a tomar uma providência prevista na lei de regência, caso seja constatada manifesta ofensa à ordem pública.

Trata-se da *public policy exception* (exceção de ordem pública), inserida no §4º, do artigo 167-A, espelhada na redação do art. 6º da Lei Modelo e alinhada ao §3º, do art. 26, do Código de Processo Civil, permissivo indispensável para a submissão da jurisdição nacional a qualquer regramento alienígena, porquanto os tratados, convenções e recomendações internacionais só podem se sobressair enquanto respeitam as normas fundamentais de cada país.

Em decorrência da impossibilidade de generalização do conceito, não cuidou - e nem poderia - a UNCITRAL de definir “ordem pública”, entendendo corretamente que seria próprio e singular a cada Estado, com significado mais amplo em alguns e restrito em outros (UNITED NATIONS, 2014. p. 52). De todo modo, a opção pelo advérbio “somente” e pelo adjetivo “manifesta” atestam a excepcionalidade da não aplicação das normas do Capítulo, que deve ser externada em decisão fundamentada, nos termos do art. 489, §1º, do CPC, não sendo admitidos pronunciamentos genéricos, abstratos ou lacunosos.

Em segundo ponto, a Guia da Lei Modelo fornece outro redutor do alcance dessa exceção, ao diferenciar a aplicabilidade de “ordem pública” no contexto externo e interno, aclarando que esta possui campo de incidência mais estreito, em prol da exequibilidade dos atos cooperativos. Veja-se:

Para a aplicabilidade da exceção de ordem pública no contexto da Lei Modelo, é importante notar que um número crescente de jurisdições reconhece uma dicotomia entre a noção de política pública, aplicada aos assuntos internos, e a noção de política pública utilizada em questões de cooperação internacional e na do reconhecimento dos efeitos de leis estrangeiras. É especialmente nesta última situação que a política pública é entendida de forma mais restritiva do que a política pública interna. Esta dicotomia reflete a percepção de que a cooperação internacional seria indevidamente dificultada se a “política pública” fosse entendida de uma forma extensiva⁷. (UNITED NATIONS, 2014. pp. 52-53).

Em pesquisa analítica da jurisprudência internacional, verificou-se que o princípio da “ordem pública” tem sido invocado com parcimônia, sem excessos, superadas meras incompatibilidades legislativas e com enfoque apenas em flagrantes e significativos choques normativos (SUSIN, 2021, pp. 16-17), valendo citar como exemplo os casos da China Fisheries Group e da Varig. Naquele, houve o indeferimento do reconhecimento do processo americano pela Corte de Hong Kong, ante a constatação, pela autoridade local, de má-fé na empresa recuperanda em face do HBSC, um de seus credores (COSTA; COELHO, 2022, pp. 427-430). Já no segundo, a Corte de Falências de Nova York admitiu o arresto de aeronaves da companhia que estavam vinculadas a contrato de arrendamento mercantil. Todavia, tal expediente encontra óbice no art. 49, §3º, da Lei nº 11.101/2005, o que levou o Tribunal brasileiro a comunicar a divergência legislativa e conseguir a suspensão da medida liminar com a manutenção dos contratos de *leasing* (SANTOS, 2021, pp. 4-5).

⁷ Na redação original: “*For the applicability of the public policy exception in the context of the Model Law it is important to note that a growing number of jurisdictions recognize a dichotomy between the notion of public policy as it applies to domestic affairs, as well as the notion of public policy as it is used in matters of international cooperation and the question of recognition of effects of foreign laws. It is especially in the latter situation that public policy is understood more restrictively than domestic public policy. This dichotomy reflects the realization that international cooperation would be unduly hampered if “public policy” were to be understood in an extensive manner*”.

2.11 Intervenção do Ministério Público

O parágrafo 5º do art. 167-A prevê que o *Ministério Público intervirá nos processos de que trata este Capítulo* (BRASIL, 2005). Como se sabe, o Ministério Público assume papel proeminente no processo civil brasileiro, atuando como *custos legis* e apresentando pareceres. Referida intervenção não foi amplamente aceita pelos estudiosos, conquanto pode representar medida que aumenta a insegurança jurídica nos processos de insolvência transnacional. Sobre o tema, confira-se a doutrina de Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Sabrina Maria Fadel Becue (2021, pp. 883-884):

“Todavia, a previsão de intervenção obrigatória nos procedimentos de insolvência transnacional causa estranheza quando confrontada com a opção originária de restringir a participação do Parquet às situações mais relevantes e pontuais dos procedimentos de insolvência (veto ao art. 4º da LRE).

A origem estrangeira do pedido de assistência não cerca o procedimento de maiores riscos de violação ao ordenamento jurídico para atrair a participação do Ministério Público, sobretudo porque será apreciado por um magistrado brasileiro e à luz do direito interno. Da mesma forma, a interpretação autônoma das normas deste capítulo, conforme defendido acima, decorre do compromisso assumido pelo Brasil com as disposições da UNCITRAL e, por si só, não fragiliza nossas leis e não constitui ameaça aos interesses dos cidadãos brasileiros. A intervenção obrigatória poderá retardar o trâmite dos pedidos de assistência, considerando que em muitas comarcas a demanda do Ministério Público é superior ao seu capital humano, e cria um risco desnecessário de invalidação dos atos praticados sem o acompanhamento do Parquet (art. 279, CPC). Melhor seria que o legislador deixasse ao livre alvitre do julgador decidir os casos de imprescindível participação do Ministério Público.

Em que pese as críticas, o artigo permanece em voga, tendo o Conselho Nacional do Ministério Público, em 24 de fevereiro de 2022, por meio da Portaria CNMP-PRESI nº 45/2022, instituído Grupo de Trabalho (GT) formado por especialistas em recuperação de empresas e falência, tendo por objetivo aprimorar e aperfeiçoar a atuação do *parquet* nas causas relacionadas ao tema.

Mais especificamente sobre a intervenção nos processos de insolvência transnacional, o CNMP apresentou a proposta de recomendação, aduzindo que

verificará a presença dos requisitos legais da cooperação e a inexistência de manifesta ofensa à ordem pública. Não obstante essa consignação genérica de atuação como fiscal da ordem jurídica, a proposta contém outros dois artigos focados no fomento à cooperação.⁸ Dessa forma, ao menos num primeiro momento, parece o *parquet* querer assumir posição colaborativa além de sua tradicional posição de fiscal da lei.

2.12 Preservação da competência do Superior Tribunal de Justiça

O parágrafo 6º do art. 167-A estabelece que *na aplicação das disposições deste Capítulo, será observada a competência do Superior Tribunal de Justiça prevista na alínea “i” do inciso I do caput do art. 105 da Constituição Federal, quando cabível* (BRASIL, 2005).

É cediço que o Superior Tribunal de Justiça tem competência exclusiva para homologar decisões definitivas estrangeiras e conceder exequatur às cartas rogatórias para cumprimento de decisões interlocutórias, quando cabível. No entanto, o procedimento de cooperação entre as autoridades dos países envolvidos com a empresa transnacional permite que o próprio juízo reconheça, de maneira rápida e eficiente, as medidas adotadas para coordenar os diversos atos relacionados aos ativos e à satisfação dos credores. É que o artigo 167-F da lei 11.101/05 determina que o representante estrangeiro possa fazer o pedido diretamente à autoridade nacional, além do próprio sistema de insolvência transnacional promover a cooperação direta entre os juízos, autorizando a comunicação direta entre eles.

Desta feita, as medidas de cooperação - não exaustivas - exigidas pelo legislador tornam a expedição de cartas rogatórias ou o procedimento atrelado às ações de reconhecimento de sentenças estrangeiras, com reconhecimento obrigatório pelo

⁸ “Art. 34. O Ministério Público, no exercício de suas funções e na máxima extensão possível, cooperará com a autoridade estrangeira, com representantes estrangeiros ou, quando o caso, com outros Ministérios Públicos da jurisdição que esteja relacionada com o procedimento de insolvência transnacional, na persecução dos objetivos estabelecidos no artigo 167-A da Lei nº 11.101/05.

Art. 35. O Ministério Público, nos processos de insolvência transnacional, para a busca de ativos e credores no exterior, requererá ao juiz a cooperação direta, ou por meio do administrador judicial, observando-se os requisitos dispostos pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública em vigor (artigo 167-P, da Lei nº 11.101/05)” (COSTA, Daniel Carnio, **Proposta de Recomendação** - Portaria CNMP-PRESI nº 45/2022. Conselho Nacional do Ministério Público, 2022. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Propostas/PROP_REC_RECUPERACAO_JUDICIAL_FALENCIA.pdf. Acesso em: 23 jun 2023.

Tribunal Superior, incompatíveis com o procedimento estabelecido para a matéria de insolvência transnacional, de forma que tais medidas apenas são excepcionalmente aplicáveis, sob pena de dissipação dos ativos e impossibilidade de superar a crise econômico-financeira (SACRAMONE, 2022, pp. 643-644).

Embora tenha o legislador adicionado referido inciso à disciplina da insolvência transnacional, num ato que muitos especialistas reputam como contraditório ou inócuo, há de se ter em mente que, em virtude de seu grande caráter inovador, a lógica da legislação de crise transfronteiriça traz estranhamento (BECUE, apud MELO; AUGUSTINHO; RODRIGUES FILHO, 2022, p. 347), razão pela qual afigura-se medida legítima a fim de assegurar a competência do STJ sobre o juízo de delibação.

3. CONCEITOS BASILARES DA INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL

Dando um passo atrás, antes mesmo da teleologia dos dispositivos, o alicerce da boa aplicação das normas jurídicas é a clara compreensão semântica dos termos, mormente por se tratar de legislação estranha ao cotidiano do hermeneuta pátrio, de sorte que é recomendável a apreciação aprofundada e vagarosa do que se considerou como o núcleo duro conceitual da legislação afeta à insolvência transnacional.

3.1 O art. 167-B

O segundo e derradeiro artigo a ser destrinchado neste estudo é o que traz as definições fundamentais para a escoreita compreensão do restante do Capítulo. A técnica legislativa de conceituação é recorrente pela UNCITRAL⁹, o que comprova a eficácia desse simples, mas poderoso recurso, pois permite que a transposição aos ordenamentos nacionais seja feita de maneira uniforme, o que corrobora a tendência colaborativa e favorece o relacionamento entre distintas jurisdições.

⁹ Em mesma conduta, vê-se, desde 1980, as Leis Modelo em *Arbitration, Mediation, Public Procurement, Procurement of Goods, Construction and Services, Micro, Small and Medium-sized Enterprises, Use and Cross-border Recognition of Identity Management and Trust Services, Electronic Transferable Records, Signatures and Commerce, Enterprise Group Insolvency, Recognition and Enforcement of Insolvency-Related Judgments, Security Interests, Online Dispute Resolution e International Credit Transfers (TEXTS AND STATUS*. United Nations Commission on International Trade Law. Disponível em: <https://uncitral.un.org/en/texts>. Acesso em: 08 jul. 2023).

A conceituação também é adotada, por vezes, pelo legislador brasileiro, e está se tornando mais comum nos textos promulgados no século XXI, como se deduz da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021), que passou a prever as definições de mais de cinquenta termos em seu art. 6º, em comparação ao laconismo da Lei nº 8.666/1993, em clara amostra de evolução da produção legislativa.

Em suma, mesmo diante da impossibilidade de se redigir conceitos irretocáveis, mostra-se recomendável, quando possível, traçar as balizas conceituais de forma precisa, o que evita controvérsias e propicia um ambiente mais seguro aos sujeitos envolvidos, notadamente quando se tem como objeto disciplina forasteira e até então desconhecida pelo legislador.

3.2 Processo estrangeiro

Os três primeiros incisos do artigo 167-B cuidam da aceção de processo estrangeiro, bem como da diferenciação de processo estrangeiro principal daquele não principal (BRASIL, 2005). Antes de elucidar essas duas categorias, é necessário delimitar o conceito base, que carrega algumas especificidades para os propósitos do regramento de insolvência transnacional.

Na literalidade da LFRE, processo estrangeiro é *qualquer processo judicial ou administrativo, de cunho coletivo, inclusive de natureza cautelar, aberto em outro país de acordo com disposições relativas à insolvência nele vigentes, em que os bens e as atividades de um devedor estejam sujeitos a uma autoridade estrangeira, para fins de reorganização ou liquidação.*

Em primeiro lugar, a concursabilidade do procedimento é requisito capital. É indiferente sua natureza, que pode ser judicial, administrativa ou até mesmo cautelar, bastando que seja um processo coletivo, qualidade hábil a justificar a coordenação a nível global, devido à repercussão das crises empresariais de grande monta na ordem econômica, que demanda centralização para salvaguardar o *par conditio creditorum*. Não pretende a UNCITRAL, por conseguinte, que credores específicos se beneficiem dos atalhos para satisfação de seus créditos, ainda que haja bens em territórios alienígenas, pois interesses individuais não tem o condão de excepcionar o rito ordinário de cooperação internacional e suas formalidades.

Para avaliação da coletividade do processo, conforme a Lei Modelo, o Guia traz como ponto chave a consideração se substancialmente todos os ativos e passivos do devedor estão reunidos no procedimento, ressalvados aqueles sujeitos a prioridades locais, exceções estatutárias e exclusões locais a direitos de garantia, de modo que não deve a concursabilidade ser lida em termos absolutos, privilegiando, por exemplo, um procedimento que não abrange todos os credores meramente porque certa classe creditória não é afetada por algum regramento local (UNITED NATIONS, 2014. p. 40).

O segundo ponto é um afunilamento da concursabilidade, com intuito de especificar que a dimensão da lei se restringe a processos coletivos que efetivamente lidam com insolvência econômico-financeira, em conformidade com o ordenamento do país em que foi instaurado. Para esse enquadramento, não se exige, necessariamente, a insolvência real, com possibilidade de reconhecimento de processos com base na insolvência presumida, verificada nos casos de impontualidade injustificada ou execução frustrada, consoante incisos I e II, do art. 94, da LFRE.

Em terceiro aspecto, só pode ser taxado como processo estrangeiro o feito que tramita sob o crivo de autoridade estrangeira competente, o que condiciona à supervisão estatal, seja ela judicial, seja administrativa. Não é definido o grau de sujeição para preenchimento do requisito, o que abrange procedimentos em que o devedor mantém controle parcial dos seus ativos, como se passa na recuperação judicial, em que o administrador judicial é mero fiscal das atividades do devedor (na legislação brasileira, veja-se o art. 22, II, a, da LFRE). Além disso, não se ordena submissão à autoridade estrangeira concomitantemente ao pleito de reconhecimento, desde que ela tenha sido verificada em momento pretérito e não seja mais determinada pela lei, como se vê do período que sucede os dois anos da concessão da recuperação judicial, no qual o devedor segue em cumprimento do plano homologado, contudo não mais se encontra em juízo (art. 61, da LFRE).

Em arremate, o quarto requisito é o aspecto teleológico do procedimento, que precisa visar à reorganização ou liquidação, preleção que exclui os procedimentos destinados a prevenir dissipação e desperdício, prejuízo aos investidores e não de todos os credores, processos em que os poderes conferidos e os deveres impostos ao representante estrangeiro são mais limitados do que os poderes ou deveres tipicamente

associados a uma liquidação ou reorganização, por exemplo, o poder de não fazer mais do que preservar bens, medidas de ajustamento financeiro ou acordos celebrados entre o devedor e alguns dos seus credores numa base puramente contratual relativamente a alguma dívida, quando as negociações não conduzam à instauração de um processo de insolvência conduzido sob a lei da insolvência (UNITED NATIONS, 2014. p. 42).

Entretanto, este tópico não parece gerar polémica, uma vez que essas variadas espécies de procedimentos geralmente não satisfazem sequer a premissa basilar da coletividade, caracterizando-se como processos comuns, que tutelam interesses particulares e não atraem a regência da Lei Modelo nem do Capítulo VI-A, da LFRE.

Feitas todas essas considerações, far-se-á breve abordagem sobre processo estrangeiro principal e não principal, categorização com implicações expressivas principalmente no que toca ao reconhecimento de processos estrangeiros, sem adentrar nas especificidades desse rito, complexo por si só, tratado ostensivamente nos artigos 167-H a 167-O, da LFRE.

A central distinção se refere à discricionariedade do juiz para providenciar medidas de assistência e cooperação. Nos processos estrangeiros principais, sediados no centro de interesses principais do devedor (COMI), o juiz cooperador, ao reconhecê-lo, deve tomar medidas automáticas e mandatórias, descritas no artigo 167-M para obstaculizar atos danosos ao trâmite do processo principal e, embora assemelhadas ao período de *stay* do artigo 6º, da LFRE, possuem justificação díspar (SATIRO; BECUE, apud VASCONCELOS, 2021, pp. 1234-1236. Por seu turno, os processos estrangeiros não principais admitem sopesamento do magistrado para tomar apenas as providências que considerar *necessárias para a proteção dos bens do devedor e no interesse dos credores* (art. 167-N, da LFRE).

3.3 Representante estrangeiro

O inciso IV do art. 167-B, em reprodução do art. 2 (d) da Lei Modelo da UNCITRAL, define representante estrangeiro como *pessoa ou órgão, inclusive o nomeado em caráter transitório, que esteja autorizado, no processo estrangeiro, a administrar os bens ou as atividades do devedor, ou a atuar como representante do processo estrangeiro* (BRASIL, 2005).

A formulação do inciso retro é propositalmente genérica com o fito de permitir que qualquer pessoa ou órgão, ainda que atue de modo provisório, possa exercer as atribuições do representante estrangeiro quando for nomeado especificamente para tanto ou nas hipóteses em que, pelas regras do sistema de insolvência estrangeiro, essa pessoa ou órgão esteja à frente da administração dos bens ou das atividades do devedor (TOLEDO; BECUE, apud TOLEDO, 2021, p. 889).

O representante está, nos termos do art. 167-F legitimado a postular diretamente ao juiz brasileiro e, após reconhecido o processo estrangeiro, estará apto a ajuizar pedido de falência do devedor; participar do processo, em curso no Brasil, de recuperação judicial, extrajudicial ou falência; ou intervir em qualquer processo em que o devedor seja parte.

É dever do representante estrangeiro, nos termos do art. 167-K, informar ao juiz qualquer modificação significativa no estado do processo estrangeiro reconhecido ou no estado de sua nomeação como representante estrangeiro e a eventual existência de qualquer outro processo estrangeiro relativo ao mesmo devedor de que venha a ter conhecimento.

Por oportuno, vale mencionar, apenas a título informativo que, por acessar a jurisdição nacional, o representante estrangeiro se equipara a funcionário público estrangeiro, para efeitos penais, quanto aos crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira, nos termos dos arts. 337-B, 337-C e 337-D, todos do Código Penal, e está também sujeito às penas de responsabilidade civil por improbidade administrativa (COSTA; MOLINA, apud COSTA, 2021, p. 82).

3.4 Autoridade estrangeira

A autoridade estrangeira é definida pelo inciso V do art. 167-B como o *juiz ou autoridade administrativa que dirija ou supervisione um processo estrangeiro* (BRASIL, 2005). Tal disposição legal difere-se da literalidade da Lei Modelo na medida em que utiliza a expressão “autoridade estrangeira” em detrimento da expressão “foreign court”, numa tentativa de abarcar mais explicitamente qualquer autoridade judicial ou não judicial que conduza ou supervisione o processo estrangeiro, sendo ele principal ou não.

Essa autoridade desempenha um papel crucial na coordenação e condução da insolvência transnacional, trabalhando em estreita colaboração, comunicação e cooperação com outras autoridades de demais países envolvidos no processo de insolvência, facilitando a troca de informações, a coordenação de medidas e a busca por soluções que sejam justas e equitativas para todas as partes interessadas.

Deve sempre conduzir ou supervisionar o processo de insolvência de acordo com as leis e regulamentos do seu próprio país, cumprindo com as obrigações e requisitos estabelecidos pelos tratados internacionais, convenções ou princípios de cooperação transfronteiriça aplicáveis à matéria de insolvência.

3.5 Estabelecimento

O inciso VI dispõe o conceito de estabelecimento, qual seja, *qualquer local de operações em que o devedor desenvolva uma atividade econômica não transitória com o emprego de recursos humanos e de bens ou serviços* (BRASIL, 2005).

O termo repercute em relação às medidas de assistência que podem ser deferidas, uma vez que separa o processo estrangeiro principal do não principal. Ele se diferencia do conceito de estabelecimento empresarial contido no artigo 1.142 do Código Civil, que dispõe que *considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária*.

Nas palavras de Marlon Tomazette (2022, p. 261) para fins de definição do estabelecimento na lógica da disciplina da insolvência transnacional, o *importante é que a atividade econômica não seja transitória, tendo um caráter de permanência*.

Por fim, sobre a diferenciação entre os conceitos de estabelecimento na LFRE e no Código Civil ressalta-se interessante anotação realizada por Toledo e Becue (2021, p. 890):

O conceito traduzido no inciso VI foi inspirado no Relatório Virgos-Schmit - base para o Regulamento Europeu 1346/2000 - e, de acordo com aquele documento, o fator decisivo (para caracterizar estabelecimento) é como a atividade aparece externamente, e não a intenção do devedor, argumento difícil de ser sustentado em relação ao estabelecimento empresarial definido pelo artigo 1.142 do Código Civil, uma vez que ele é organizado pelo empresário (segundo sua vontade) para o exercício da empresa.

Em suma, o conceito de estabelecimento, conforme estipulado no inciso VI, desempenha um papel crucial no contexto da legislação de insolvência transnacional, de modo que compreender e aplicar adequadamente o conceito de estabelecimento é fundamental para a interpretação e aplicação da legislação de insolvência transnacional.

1. CONCLUSÃO

Com a entrada em vigor da Lei nº 14.112/2020, o legislador brasileiro deu um enorme passo rumo à segurança jurídica ao incluir o Capítulo VI-A na Lei nº 11.101/2005, de Recuperação de Empresas e Falências, tratando ostensiva e expressamente da Insolvência Transnacional nos artigos 167-A a 167-Y.

Essa inclusão, aliás, não é evento isolado, mas reflexo de toda uma movimentação global em direção à uniformização da tratativa dessa matéria, que guarda em seu âmago o internacionalismo e, em decorrência disso, demanda integração entre as mais variadas jurisdições em prol da preservação das empresas e da proteção dos interesses de todos os interessados, desde os credores até o próprio devedor, passando por trabalhadores, consumidores e concorrentes.

Nesse contexto, a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL), em 1997, concebeu a Lei Modelo sobre Insolvência Transnacional, com intuito de, enquanto instrumento de *soft law*, auxiliar os Estados a equiparem suas respectivas legislações com uma moderna e homogênea moldura legal, capaz de ocupar-se dos procedimentos de insolvência de maneira mais justa e eficiente, resguardando o direito material de cada jurisdição incólume.

Em que pese o retardo de mais de 20 anos do Brasil para recepcionar o *standard* legislativo proposto pela ONU, sua adoção paradigmática foi muito bem recebida tanto pelos empresários quanto pelos estudiosos da disciplina, e foi fundamental para o florescimento do universalismo mitigado e o fito, em ascensão, de proporcionar um melhor ambiente de negócios, acarretando uma melhora substancial na posição do Brasil no mercado internacional, com potencial de atração de maiores investimentos.

Entretanto, pelo ineditismo desse novo ordenamento, que traz diversos expedientes e terminologias até então desconhecidos, sua aplicação deve ser feita de maneira cautelosa e em observância a sua origem internacional, evitando o

desvirtuamento de seu propósito nuclear de homogeneização normativa. Nessa linha, para esmerada compreensão da disciplina e sua hígida aplicação, torna-se indispensável a leitura atenta das Disposições Gerais da disciplina, especialmente de seus objetivos fundamentais e definições básicas, que direcionam a interpretação do restante do Capítulo.

O artigo 167-A é um compêndio do Capítulo I da Lei Modelo - *General Provisions*, e, ainda com pontuais reformas redacionais e adições de dispositivos, é bem fiel ao espírito prospectado pela UNCITRAL, elencando os objetivos do regramento transnacional, quais sejam a cooperação entre juízes e outras autoridades competentes do Brasil e de outros países, aumento da segurança jurídica para a atividade econômica e para o investimento, a administração justa e eficiente com a proteção dos interesses de todos os credores e dos demais interessados, inclusive do devedor, a proteção e a maximização do valor dos ativos do devedor e a promoção da recuperação de empresas em crise econômico-financeira.

Já o artigo 167-B, segundo e derradeiro dispositivo destrinchado neste estudo, é o que traz os conceitos fundamentais da matéria, definindo processo estrangeiro, processo estrangeiro principal, processo estrangeiro não principal, representante estrangeiro, autoridade estrangeira e estabelecimento. Essas definições são essenciais para o entendimento do Capítulo e proporcionam um ambiente mais seguro para os sujeitos envolvidos, especialmente em relação à disciplina forasteira e desconhecida pelo legislador.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 10 jun. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível

em:https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

Acesso em 10 jun. 2023.

BRASIL. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em 12 jun. 2023.

BRASIL. **Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em 10 jun. 2023.

BECUE, Sabrina Maria Fadel Becue. **Insolvência transnacional: As contribuições que Lei Modelo da UNCITRAL pode proporcionar para o Brasil**. 2018. 143 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2018.

BORK, Richard. **Principles of Cross-Border Insolvency**. Cambridge: Intersentia, 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, v. 1. 24. ed. São Paulo, Thomson Reuters, 2021.

COSTA, Daniel Carnio. **Sistema Brasileiro de Insolvência Transnacional**. Curitiba: Juruá, 2021.

COSTA, Daniel Carnio; COELHO, Cristiano de Castro Jarreta. **A Ordem Pública como Cláusula de Barreira na Insolvência Transnacional: Análise de um julgado na Corte de Hong Kong**. Revista de Direito Civil Contemporâneo, 2022, RDCC 31.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmem. **Direito Internacional Privado**. São Paulo: Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788530988616. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988616/>. Acesso em: 19 jun. 2023.

FLETCHER, Ian F. **Insolvency in Private International Law**. 2. ed. Oxford Private International Law Series, 2007.

KOURT, Alexandros. **The Curiosity Gene: On the Origin of Humankind by Means of Intrinsic Motivation**. Editora CreateSpace, 2017. E-book. ASIN B073G7MP1Y. Disponível em: https://www.amazon.com/Curiosity-Gene-Humankind-Intrinsic-Motivation-ebook/dp/B073G7MP1Y/ref=tmm_kin_swatch_0?_encoding=UTF8&qid=&sr=. Acesso em: 15 jul. 2023.

LANGEN, Julia Tamer. **A Lei Modelo da UNCITRAL e a disciplina da insolvência transnacional no Brasil**. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro: Falência e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559771707. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771707/>. Acesso em: 07 jul. 2023.

MCGOWAN, Müge Adalet; ANDREWS, Dan. **Insolvency Regimes And Productivity Growth: A Framework For Analysis**. OECD Economics Department Working Papers, No. 1309, OECD. Paris, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/5jlv2jqhxxgq6-en>. Acesso em 12 jul 2023.

MELLO, Maria Eugênia. **Insolvência transnacional na Lei de Recuperação Judicial e Falências: um estudo sob a ótica da soberania nacional brasileira e da cooperação jurídica internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

MELO, Alexandre Correa Nasser de; AUGUSTINHO, Eduardo Oliveira; RODRIGUES FILHO, João de Oliveira. **Falência e Recuperação de Empresas**: Análises do Sistema Brasileiro de Insolvência Empresarial. Curitiba: Juruá, 2022.

NEGRÃO, Ricardo. **Curso de direito comercial e de empresa**: teoria geral da empresa e direito societário. V.1. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553628120. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553628120/>. Acesso em: 16 jun. 2023.

PEREIRA, Felipe Benfato. **A regulamentação da insolvência transnacional no Brasil**. Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica. ISSN: 2526-6284 - São Paulo - Ano 6 - nº 9 - 2022, pp. 80-97. Disponível em:
<https://revistas.pucsp.br/index.php/DIGE/issue/view/2739>. Acesso em: 17 jun. 2023.

SANTOS, Eronides Aparecido Rodrigues dos. **A Insolvência Transnacional e a Adoção da Lei Modelo da UNCITRAL**. Ministério Público do Estado de São Paulo, 2021. Disponível em:
http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/publicacao_noticias/Fotos/UNCITRAL.pdf. Acesso em: 17 jun. 2023.

SATIRO; TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **Direito das empresas em crise**: problemas e soluções. 1. ed, São Paulo: Quarter Latin, 2012.

SCALZILLI, João P.; SPINELLI, Luis F.; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de Empresas e Falência**: Teoria e Prática na Lei 11.101/2005. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2023. E-book. ISBN 9786556277950. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556277950/>. Acesso em: 16 jul. 2023.

SOUZA, Artur César de. **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo, Alamedina, 2018.

SUSIN, Júlia Odeh. **A Reserva de Ordem Pública na Adoção da Lei Modelo da UNCITRAL sobre Insolvência Transnacional pelo Brasil**. Pontifícia Universidade

Católica do Rio Grande do Sul, 2021. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2021/08/julia_susin.pdf. Acesso em: 20/06/2023.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas**. São Paulo, Thomson Reuters, 2021.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas**. v.3. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620698. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620698/>. Acesso em: 15 jun. 2023.

VASCONCELOS, Ronaldo et al. **Reforma da Lei de Recuperação e Falência - Lei 14.112/2020**. São Paulo: Editora Iasp, 2021.

XAVIER, Mateus Fernandez. **Forum shopping, fenômeno jurídico do cenário pós-Guerra Fria**. RIL Brasília a. 53 n. 210 abr./jun. 2016 p. 181-201.