

Relatório Insolvência Transnacional

Balanço dos 15 anos da Lei nº
11.101/2005 em matéria de
competência internacional dos
tribunais brasileiros face à
insolvência das sociedades
transnacionais

21 de junho de 2021

1. Introdução: a questão da competência para reconhecer insolvências estrangeiras

1.1. Regras de insolvência internacional introduzidas pela Lei nº 14.122/2020

A globalização como fenômeno de intensificação da integração econômica e política entre diversos países propiciou a internacionalização de empresas, antes restrita ao seu local de constituição, transpondo suas barreiras de atuação física e geográfica[1]. Com o surgimento do mercado global, empresas multinacionais passaram a diversificar e a expandir suas atividades por meio das mais complexas estruturas societárias e de captação de financiamentos, de modo a ampliar seu mercado de atuação e a competir globalmente.

Essa nova realidade fez com que os conglomerados e grandes grupos econômicos se difundissem no mercado internacional com sucesso, o que, por consequência, acentuou a necessidade de uma legislação que atendesse aos interesses desses grupos que eventualmente passassem por uma crise econômico-financeira.

O cenário de crise de conglomerados internacionais atuando em diferentes países trouxe uma situação bastante peculiar. Não se trata de uma situação de pré-insolvência ou insolvência de uma empresa que possui credores e ativos localizados em um único local, mas sim, de um grupo econômico com ativos e credores em diversas jurisdições no mundo, que pactuaram inúmeros contratos, sob diferentes leis de regência.

Nesse cenário, as questões daí decorrentes são inúmeras: a qual jurisdição esse conglomerado ou grupo se sujeitaria para renegociar seu passivo com a coletividade de seus credores? Como garantir proteção a esses credores, especialmente, credores estrangeiros, e aos ativos do devedor e demais stakeholders afetados por suas operações? Como fica o dinamismo processual à empresa em situação de crise? E a segurança jurídica aos investidores locais e estrangeiros? Essas são algumas das importantes questões que surgiram nesse contexto de crise de conglomerados internacionais.

Essa complexa situação não pode mais ser analisada apenas sob a ótica da insolvência doméstica, mas sim, em âmbito transnacional, com a necessidade de coordenação de jurisdições e legislações de diferentes países, credores e culturas.

Em um primeiro momento, o surgimento dessas questões experimentadas pela realidade negocial decorrente da globalização

[1] V. por todos FARIA, José Eduardo. O direito na economia globalizada. 14ª edição. São Paulo: Malheiros: 2007

trouxe grande incerteza em razão da ausência de legislação específica. Estes temas foram inseridos na agenda da United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL (“UNCITRAL”), que havia sido criada em 1966, pela Assembleia Geral das Nações Unidas para tratar da compra e venda internacional.

A UNCITRAL[2] havia surgido como um órgão jurídico, com associação universal, especializado na reforma do direito comercial em todo o mundo, para modernização e harmonização das regras internacionais de negócios.

Com o objetivo de enfrentar situações de crise econômico-financeira de grandes multinacionais, em 1997, a UNCITRAL, após longo trabalho que contou com a participação de diversas organizações não governamentais, elaborou um modelo de lei que versa sobre a insolvência transnacional e trouxe mecanismos processuais para o tratamento de casos em que o devedor tem ativos e passivos em vários países e visa à cooperação entre jurisdições (“Lei Modelo”)[3].

Sua adoção por cada Estado é opcional e tem por objetivo garantir eficiência e dinamismo às recuperações e falências de devedores que transpassam as fronteiras[4].

Esse modelo, como bem esclarecido no relatório de perspectivas judiciais da própria UNCITRAL, não deve ser visto como uma regra a ser seguida, mas como uma fonte de mecanismos que são capazes de facilitar e tornar mais eficiente o tratamento de casos que envolvam um devedor que possua bens, dívidas e credores em mais de um país[5].

[2] A UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) é um órgão jurídico vinculado ao sistema das Nações Unidas, criado em 1966, especializado na reforma do direito comercial em todo o mundo, com vistas à modernização e à harmonização das regras internacionais de negócios. A respeito, ver o website da UNCITRAL em <<https://uncitral.un.org/en/about>>.

[3] UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: The Judicial Perspective – Atualizado em 2013 e disponível em <https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/explanatorytexts/cross-border_insolvency/judicial_perspective> Acesso em 28 de fevereiro de 2021.

[4] Uma lei modelo é um modelo de disposições legais, cuja incorporação aos ordenamentos jurídicos é recomendada pela UNCITRAL, e cuja adoção pelos Estados, integral ou parcialmente, é opcional.

[5] The Model Law does not purport to address substantive domestic insolvency law. Rather, it provides procedural mechanisms to facilitate more efficient disposition of cases in which an insolvent debtor has assets or debts in more than one State. As at 1 December 2013, 20 States and territories had enacted legislation based on the Model Law.”

Nesta medida, a Lei Modelo busca respeitar as diferentes jurisdições e não uma unificação legislativa. Seu objetivo é fornecer ferramentas para incentivar a cooperação entre as diferentes jurisdições[6] em resposta à inadequação da maioria das leis falimentares para lidar com os casos transnacionais, que se tornaram mais frequentes com a contínua expansão global do comércio e do investimento.[7]

A Lei Modelo, como se detalhará adiante, é um importantíssimo marco no regramento dos cenários de pré-insolvência e insolvência transnacionais, inclusive para o Brasil, especialmente pelos mecanismos por ela sugeridos, como o incentivo à cooperação internacional, procedimentos de recuperação de empresas e falências concorrentes – principais e subsidiários -, acesso dos administradores aos procedimentos em diferentes jurisdições e reconhecimento de procedimentos simultâneos.

Por sua vez, a União Europeia, também sob a influência da Lei Modelo da UNCITRAL[8], passou a adotar ferramentas criadas pela Lei Modelo em seu sistema de insolvência transnacional, especialmente para o reconhecimento de procedimentos principais e subsidiários.

No entanto, enquanto os Estados Unidos e a União Europeia promoviam a implementação de mecanismos de insolvência transnacional, o Brasil, em 2005, passava por uma profunda e importante alteração legislativa. A Lei nº 11.101/2005 foi editada para regular os procedimentos de recuperação de empresas e de falência em substituição ao Decreto-Lei nº 7.661/1945.

Embora naquele ano já se conhecesse as repercussões positivas da Lei Modelo, o legislador brasileiro optou por postergar a discussão sobre o tema, que passou a ser enfrentado na prática pelos operadores do direito nos anos seguintes após os impactos de diversos casos de insolvência de conglomerados econômicos que afetaram sociedades sediadas no Brasil.

[6] “The Model Law respects the differences among national procedural laws and does not attempt a substantive unification of insolvency law. Rather, it provides a framework for cooperation between jurisdictions, offering solutions that help in several modest but significant ways and facilitate and promote a uniform approach to cross-border insolvency.” UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation – Disponível em <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/1997-model-law-insol-2013-guide-enactment-e.pdf>> Acesso em 3 de março de 2021.

[7] UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation, p. 20.

[8] Regulamento (CE) nº 1346/2000 do Conselho, de 29 de maio de 2000, relativo aos processos de insolvência, revogado pelo Regulamento (UE) 2015/848 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, relativo aos processos de insolvência.

Com efeito, diante da ausência de legislação específica, os tribunais brasileiros foram forçados a atuar em inúmeros casos emblemáticos envolvendo subsidiárias estrangeiras que se viram obrigadas a ingressar, em litisconsórcio ativo, com pedido de recuperação judicial no território brasileiro juntamente com suas holdings sediadas no país.

Vimos acontecer exatamente isso em casos como as recuperações judiciais dos Grupos OGX, OAS e Oi-Telemar[9], que, dentre as empresas que compunham o polo ativo da recuperação judicial, constavam empresas estrangeiras que eram veículos de captação de financiamentos no exterior, mas inteiramente dependentes e ligadas às atividades desenvolvidas pelas empresas do grupo localizadas no Brasil.

Em 2005, os Estados Unidos introduziram a Lei Modelo e seus mecanismos à sua legislação interna, adicionando o Chapter 15 do U.S. Bankruptcy Code e, em 2006, foi a vez da Grã-Bretanha, que o fez por meio da edição da Cross-Border Insolvency Regulations 2006.

E o Brasil seguiu com essa lacuna legislativa até dezembro de 2020, quando a Lei nº 14.112/2020, ao reformar as regras relativas à recuperação de empresas e falências no Brasil, introduziu à Lei nº 11.101/2005 o Capítulo VI-A, composto de 25 artigos (art. 167-A a art. 167-Y) que tratam das insolvências internacionais. O referido capítulo incorpora, com poucas modificações, a Lei Modelo da UNCITRAL sobre insolvências transnacionais.

A não incorporação da Lei Modelo pelo Brasil na reforma legislativa falimentar anterior, quando a Lei nº 11.101/2005 substituiu o Decreto-Lei nº 7.661/1945, havia sido criticada à época.[10] Nos quinze anos seguintes, o país permaneceu sem regras adequadas para o tratamento das insolvências internacionais, a despeito do crescente número de casos envolvendo sociedades, ativos ou credores estrangeiros, tal como as recuperações judiciais da

[9] Processo nº 0377620-56.2013.8.19.0001 – 4ª Vara Empresarial do Tribunal de Justiça da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro (OGX), Processo nº 1030812-77.2015.8.26.0100 – 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca da Capital do Estado de São Paulo (OAS), e Processo nº 0203711-65.2016.8.19.0001 – 7ª Vara Empresarial do Tribunal de Justiça da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro (Oi-Telemar).

[10] FELSBERG, Thomas Benes; KARGMAN, Steven; ACERBI, Andrea, Brazil Overhauls Restructuring Regime, International Financial Law Review, v. 25, p. 40–44, 2006, p. 44.

OGX, OAS e Oi-Telemar, e da demanda e do estímulo acadêmico e profissional[11] para a incorporação da Lei Modelo. Com a reforma, o Brasil se torna a 53ª jurisdição a adotar a Lei Modelo da UNCITRAL.[12]

1.2. Competência do juiz do principal estabelecimento (art. 167-D)

A Lei nº 14.112/2020 prevê, entre outras medidas, o processo para o reconhecimento de casos estrangeiros de insolvência[13], a cooperação com autoridades e representantes estrangeiros[14] e a coordenação de processos concorrentes[15]. A competência para o reconhecimento do processo estrangeiro e para a cooperação com autoridades estrangeiras é o do juízo do local do principal estabelecimento do devedor no Brasil[16].

O ajuizamento de um pedido de reconhecimento de processo estrangeiro previne a jurisdição para qualquer pedido de recuperação judicial, recuperação extrajudicial ou falência relativo ao mesmo devedor (art. 167-D, §1º). E a distribuição de um pedido de recuperação judicial, recuperação extrajudicial ou falência previne a jurisdição para qualquer pedido de reconhecimento de processo estrangeiro relativo ao mesmo devedor (art. 167-D, §2º), ainda que o art. 24 do Código de Processo Civil estabelece não existir litispendência internacional.

O fundamento desses dispositivos é que todos os processos relativos à insolvência do devedor estejam em curso perante o mesmo juiz. A concentração dos casos de falência e recuperação judicial nas mãos de um único juiz pode facilitar a cooperação internacional e a coordenação de processos concorrentes, com a modulação, a individualização e a compatibilização dos efeitos dos processos nacionais e de reconhecimento dos processos estrangeiros, nos termos dos artigos 167-R a 167-T.

De acordo com tais disposições, o juiz deve, por exemplo, restringir os efeitos dos processos de recuperação judicial, recuperação extrajudicial ou falência aos bens localizados no Brasil caso já tenha

reconhecido um processo estrangeiro como principal (art. 167-R). E deve determinar, revisar, modificar ou revogar, conforme o caso, as medidas de assistência a processos estrangeiros conferidas no âmbito de um pedido de reconhecimento, para torná-las compatíveis com um processo local (art. 167-S).

Conclui-se, portanto, que a fixação do mesmo critério de competência para todos os casos e as regras de prevenção evitam a ausência de coordenação gerada por eventuais decisões contraditórias.[17]

O critério trazido pelo art. 167-D é, assim, semelhante ao estabelecido pelo art. 3º da Lei nº 11.101/2005, que praticamente repete a previsão do art. 7º do Decreto-Lei nº 7.661/1945, ao estabelecer a competência do juiz do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial da empresa com sede fora do Brasil para processar a recuperação judicial, homologar o plano de recuperação extrajudicial e decretar a falência[18]. Embora haja discussões a respeito do que seja o “principal estabelecimento” – a ponto de já ter sido considerado um conceito jurídico indeterminado[19] –, a jurisprudência em geral entende que não se corresponde àquele constante do estatuto ou contrato social da sociedade devedora.[20] O principal estabelecimento é aquele em que se concentra o maior volume de operações e negócios da empresa, o economicamente mais relevante,[21] ou, então, o local de onde emanam as decisões administrativas da empresa, como a sua sede administrativa ou centro de comando.[22] Algumas decisões judiciais também fixam a competência jurisdicional pela coincidência entre a sede administrativa do devedor e o centro econômico de atividade.[23]

[17] SACRAMONE, Marcelo Barbosa, Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 1013.

[18] Ainda que a norma brasileira, ao estabelecer tal critério, não leva em consideração o que pode dispor o direito dos demais Estados que possam ter envolvimento nessa falência ou recuperação judicial transnacional.

[19] TJMG, Agravo de Instrumento, Cv 1.0015.11.004724-6/001, Relator(a): Des.(a) Armando Freire, 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 26/06/2012, publicação da súmula em 13/07/2012.

[20] SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo, Recuperação de Empresas e Falência: Teoria e Prática na Lei 11.101/2005, 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018, p. 122–127.

[21] CC 163.818/ES, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/09/2020, DJe 29/09/2020.

[22] CC 21.775/DF, Rel. Ministro BUENO DE SOUZA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/06/1998, DJ 04/06/2001, p. 53.

[23] CC 37.736/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/06/2003, DJ 16/08/2004, p. 130.

[11] CAMPANA FILHO, Paulo Fernando, The Legal Framework for Cross-Border Insolvency in Brazil, Houston Journal of International Law, v. 32, p. 97–151, 2009, p. 151; COLOMBO, Giuliano et al, Cross-Border Insolvency in Brazil: A Case for the Model Law, 2017, p. 32–33. FELSBERG, Thomas Benes; CAMPANA FILHO, Paulo Fernando, A recuperação Judicial de Sociedades Sediadas no Exterior: as Lições da Experiência Estrangeira e os Desenvolvimentos no Brasil, in: CEREZETTI, Sheila Christina Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Orgs.), Dez anos da Lei n.º 11.101/2005: Estudos sobre a Lei de Recuperação e Falência, São Paulo: Almedina, 2015, p. 471–492.

[12] Ver, a respeito, as informações acerca da adoção da lei modelo de 1997 constantes do website da UNCITRAL em <https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency/status>.

[13] V art. 167-H a 167-O

[14] V. art. 167-P a art. 167-Q

[15] art. 167-R a art. 167-Y

[16] art. 167-D, caput

Dessa forma, o significativo histórico de decisões judiciais que estabelecem parâmetros para a fixação de competência jurisdicional para os casos locais de insolvência poderá ser também utilizado para determinar o juiz competente para os pedidos de reconhecimento de processos estrangeiros.

1.1.A ressalva da competência do Superior Tribunal de Justiça (art. 167-A, §6º)

A despeito da regra prevista no art. 167-D, o §6º do art. 167-A, da Lei nº 11.101/2005 estabelece que, na aplicação das disposições do Capítulo VI-A, deve ser observada, quando cabível, a competência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) prevista no artigo 105, inciso I, "i", da Constituição Federal.

O dispositivo constitucional referido determina que compete ao STJ processar e julgar, originariamente, a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias. A ressalva de que a competência do STJ para homologação de sentença estrangeira e concessão de exequatur às cartas rogatórias deve ser respeitada, possivelmente, tem por objetivo harmonizar o texto da lei ordinária e o texto constitucional, tendo em vista que a Lei nº 11.101/2005 não pode alterar ou limitar a aplicação da Constituição.[24]

Alguns autores buscaram conciliar a regra do art. 167-D e a ressalva do §6º do art. 167-A, apontando que os mecanismos de cooperação direta entre os juízos herdado da lei modelo prescindem da homologação de sentenças estrangeiras e da concessão de exequatur a cartas rogatórias.[25] Daí decorreria a consequente excepcionalidade da competência do STJ[26] ou sua restrição a hipóteses que não tenham relação com a insolvência transnacional, apesar de esta questão ser polêmica, pois a competência do STJ é definida na Constituição da República e não pode ser alterada por lei ordinária.[27] Outros autores apontam simplesmente que a competência do STJ para homologação de sentenças estrangeiras, inclusive de falência, não foi alterada pela Lei nº 14.112/2020.[28]

[24] COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Correa Nasser de, Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101, de 09 de Fevereiro de 2005, de Acordo com a Lei 14.112, de 24 de Dezembro de 2020, São Paulo: Juruá, 2020, p. 314.

[25] SACRAMONE, Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência, p. 1009; COSTA; MELO, Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101, de 09 de Fevereiro de 2005, de Acordo com a Lei 14.112, de 24 de Dezembro de 2020, p. 314.

[26] SACRAMONE, Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência, p. 1009.

[27] COSTA; MELO, Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101, de 09 de Fevereiro de 2005, de Acordo com a Lei 14.112, de 24 de Dezembro de 2020, p. 314.

[28] ARAUJO, Nadia de; SPITZ, Lidia, A Insolvência Transnacional na Nova Lei de Falências, Consultor Jurídico, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-dez-18/opiniao-insolvencia-transnacional-lei-falencias>>; BARROS NETO, Geraldo Fonseca de, Reforma da Lei de Recuperação Judicial e Falência Comentada e Comparada, Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 205.

Em meio a autores que consideram necessária[29] ou dispensável[30] a ressalva do §6º do art. 167-A, uma questão que permeia as discussões é se a competência para as medidas previstas pelo Capítulo VI-A, notadamente o reconhecimento de processos estrangeiros de insolvência, é do STJ[31]. Antes, porém, de aprofundar os motivos por que, a despeito da regra constitucional, a competência não é do STJ, faz-se uma breve revisão do histórico brasileiro das homologações de sentença estrangeira de falência.

2.A homologação de decisões estrangeiras de insolvência no Brasil

2.1.Homologação de decisões estrangeiras e competência do STF/STJ

No Brasil, as decisões judiciais estrangeiras devem ser submetidas a um exame prévio de admissibilidade, através do exercício, pelo STJ, do chamado juízo de delibação, para que produzam seus efeitos jurídicos no território nacional.[32]

A competência para homologação de sentença estrangeira e para concessão de exequatur a cartas rogatórias foi do Supremo Tribunal Federal (STF) até 2004, quando, por força da Emenda Constitucional nº 45, foi transferida para o STJ.[33] Após a homologação, o cumprimento da decisão estrangeira é de competência da justiça federal (art. 965 do CPC de 2015).

A homologação de decisão estrangeira e a concessão de exequatur a cartas rogatórias são procedimentos judiciais previstos pela lei brasileira, que demandam o ajuizamento de ação própria, regulada pelo CPC de 2015 e pelo Regimento Interno do STJ (RISTJ). E tanto o CPC de 2015, no art. 961, caput, como o RISTJ, no art. 216-B, preveem que a decisão judicial estrangeira somente tem eficácia no Brasil após sua homologação. Não apenas as decisões judiciais, mas também as não judiciais que, pela lei brasileira, tenham natureza jurisdicional, são passíveis de homologação (art. 961, §1º, do CPC e art. 216-A, §1º, do RISTJ).

[29] COSTA; MELO, Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101, de 09 de Fevereiro de 2005, de Acordo com a Lei 14.112, de 24 de Dezembro de 2020, p. 314.

[30] ALMEIDA, Arthur Cassemiro Moura de, Da Insolvência Transnacional, in: OLIVEIRA FILHO, Paulo Furtado de (Org.), Lei de Recuperação e Falência: Pontos Relevantes e Controversas da Reforma pela Lei 14.112/20, Indaiatuba: Foco, 2021, p. 105-106.

[31] Esta discussão existe, apesar de – como indicado acima – a competência do STJ estar fixada na Constituição da República e, portanto, não ser susceptível de ser alterada por lei ordinária

[32] THEODORO JÚNIOR, Humberto, Curso de Direito Processual Civil, Vol. III, 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 826.

[33] Ibid., p. 827.

As decisões podem, ainda, ser homologas apenas parcialmente (art. 961, §2º, do CPC de 2015). É possível o deferimento de pedidos de urgência e realização de atos de execução provisória no processo de homologação de decisão estrangeira (art. 961, §3º, do CPC de 2015). E as decisões estrangeiras concessivas de medida de urgência podem ser executadas no Brasil (art. 962 do CPC de 2015).

A decisão estrangeira pode ser homologada no Brasil apenas se tiver sido proferida por autoridade competente, tiver sido precedida de citação regular, for eficaz no país em que proferida,[34] não ofender a coisa julgada brasileira, estar acompanhada de tradução oficial (salvo se dispensada por tratado), e não conter manifesta ofensa à ordem pública e ter sido objeto de consularização ou de apostilamento (art. 963 do CPC de 2015). Além disso, a decisão estrangeira não pode ser homologada nos casos em que a lei brasileira atribuir competência exclusiva à justiça brasileira (art. 964 do CPC de 2015).

2.2. Normas brasileiras sobre insolvência internacional antes da Lei nº 14.112/2020

Antes da entrada em vigor da Lei 14.112/2020, não havia, no Brasil, regras claras sobre insolvências internacionais.[35] A matéria havia sido tratada pela primeira vez no país pelo Decreto nº 6.982/1878, e foi novamente regulada pelas leis falimentares que rapidamente se sucederam nas cinco décadas posteriores: o Decreto nº 917/1890, a Lei nº 859/1902, a Lei nº 2.204/1908, e a Lei nº 5.746/1929.[36]

Foi também em 1929 que o Brasil ratificou e incorporou como legislação interna, por meio do Decreto nº 18.871, o Código Bustamante, que integrava a Convenção de Havana sobre Direito Internacional Privado. O Código, que ainda se encontra em vigor no Brasil para regular questões de direito internacional privado entre os países latino-americanos signatários, tem regras sobre insolvência internacional.[37] Apesar disso, devido a fatores como o limitado âmbito geográfico de sua aplicação, e à potencial contradição com normas vigentes de direito internacional privado, o Código Bustamante raramente foi utilizado.[38]

[34] Com a entrada em vigor do CPC atual, em 2015, a exigência de trânsito em julgado da decisão estrangeira (isto é, que fosse final e não mais sujeita a recurso ou modificação) foi revogada, bastando apenas que ela seja eficaz no país em que tenha sido proferida. NEGRÃO, Theotônio et al, Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, 51. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, comentário ao art. 963.

[35] CAMPANA FILHO, The Legal Framework for Cross-Border Insolvency in Brazil, p. 143.

[36] Ibid., p. 118-122.

[37] Ibid., p. 122-130.

[38] CASTRO, Amílcar de, Direito Internacional Privado, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 301; CAMPANA FILHO, The Legal Framework for Cross-Border Insolvency in Brazil, p. 128.

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil (CPC) de 1939, as questões relativas à insolvência internacional passaram a ser reguladas pela lei processual, e não mais pela falimentar[39]. O Decreto-Lei nº 7.661/1945, que sucedeu a Lei nº 5.746/1929 na regulação das falências, não trouxe novas regras sobre um assunto que havia sido regulado pelo CPC menos de seis anos antes.[40]

O CPC de 1973, que substituiu o de 1939, foi finalizado às pressas, e a maioria das regras sobre eficácia de decisões estrangeiras, inclusive de falências, foi suprimida do texto, para que constassem do regimento interno do STF.[41] E a Lei nº 11.101/2005 e o CPC de 2015 que substituíram, respectivamente, o Decreto-Lei nº 7.661/1945 e o CPC de 1973, foram inertes e também não trouxeram novas disposições sobre insolvências transnacionais.

Em razão dessas lacunas legislativas, o CPC de 1939 foi o último diploma legal brasileiro, antes da edição da Lei nº 14.112/2020, a conter regras sobre o assunto – um intervalo de mais de oito décadas. Na ausência de outras regras, e tendo em vista que o CPC de 1973 não revogou expressamente as disposições do Código de 1939 relativas à insolvência internacional, alguns autores sugeriram que elas deveriam continuar aplicáveis, ainda que em regime temporário, até a adoção de leis mais adequadas.[42] No regime do CPC de 1939, as sentenças estrangeiras que abrissem a falência de comerciantes domiciliados no país onde foram proferidas tinham, no Brasil, após homologadas, os efeitos inerentes às decisões falimentares nacionais, com algumas exceções (art. 787); mas não afetavam nem os credores que tivessem ações já ajuizadas (art. 787, III) e nem o estabelecimento localizado no país (art. 788).

Após a revogação do CPC de 1939, e sem a convicção sobre a manutenção das regras de insolvência internacional nele previstas, as normas aplicáveis passaram a ser as disposições das leis processuais relativas à homologação de decisões estrangeiras e as normas gerais de direito internacional privado constantes do Decreto nº 6.475/1942, que instituiu a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB).

[39] VALLADÃO, Haroldo, Direito Internacional Privado, vol. 3, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979, p. 42.

[40] Ibid.

[41] Ibid.

[42] Ibid., p. 43; FELSBERG, Thomas Benes, Cross-Border Insolvencies and Restructurings in Brazil, International Business Lawyer, v. 31, p. 109-115, 2003, p. 113; SANTOS, J. A. Penalva, A Falência no Direito Internacional e o Mercosul, in: SANTOS, Paulo Penalva (Org.), A Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas: Lei no 11.101/05, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 552.

As normas de cunho genérico da LINDB, inadequadas para lidar com a insolvência, também traziam, a exemplo das que lhe antecederam, aquilo que se tornou talvez um dos maiores obstáculos para o reconhecimento das insolvências estrangeiras no país – a previsão legal de que não teriam eficácia no Brasil as sentenças, oriundas de outros países, que ofendessem a “soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes” (art. 17).[43]

Por conseguinte, foi seguindo nessa linha de evoluções dos códigos de processo civil que, em 2015, foi promulgado o Novo Código de Processo Civil, atualmente em vigor. Como grande inovação o CPC de 2015 trouxe normas e procedimentos específicos relativos à homologação de sentença estrangeira e da concessão de exequatur às cartas rogatórias. Entretanto, nada dispôs sobre decisões em casos de insolvência transnacional.

O artigo 40 do CPC de 2015 prescreve que “a cooperação jurídica internacional para execução de decisão estrangeira dar-se-á por meio da carta rogatória ou de ação de homologação de sentença estrangeira, de acordo com o artigo 960”. Como já destacado, a competência para homologação das sentenças estrangeiras é do STJ, nos termos do artigo 105, inciso I, alínea “i”, da Constituição Federal.

Conforme ensina Cassio Scarpinella Bueno[44], o procedimento para homologação da carta rogatória e da sentença estrangeira é objeto da disciplina dos artigos 960 a 965 do CPC de 2015, que, nesse sentido, complementam e concretizam o comando do artigo 40 e, mais especificamente, do artigo 36 para a carta rogatória. O artigo 960[45], além de estabelecer o procedimento para homologação das sentenças estrangeiras perante o STJ, quando ela não for dispensada em função de tratado, disciplina também a concessão de exequatur a cartas rogatórias e resolve, expressamente, diversas questões não preenchidas pelas lacunas do CPC de 1973 e da regulamentação infralegislativa do STF e, mais recentemente, do próprio STJ. Trata-se, portanto, de iniciativa importante e que se compatibiliza plenamente com os avanços e inovações que o CPC de 2015 trouxe em relação à cooperação internacional.

[43] Cf. item 2.3.

[44] BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil – Inteiramente estruturado à Luz do Novo CPC – De acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 686.

[45] “Art. 960. A homologação de decisão estrangeira será requerida por ação de homologação de decisão estrangeira, salvo disposição especial em sentido contrário prevista em tratado. § 1º A decisão interlocutória estrangeira poderá ser executada no Brasil por meio de carta rogatória. § 2º A homologação obedecerá ao que dispuserem os tratados em vigor no Brasil e o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. § 3º A homologação de decisão arbitral estrangeira obedecerá ao disposto em tratado e em lei, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições deste Capítulo.”

2.3. Casos de insolvência não homologados: ordem pública e soberania nacional

Apesar da existência de regras e procedimentos que possibilitavam, ao menos em tese, a homologação, no Brasil, de decisões estrangeiras de insolvência, tornou-se comum que tais pedidos fossem negados pelo STF e, posteriormente, pelo STJ,[46] inclusive em casos mais recentes.

Na Sentença Estrangeira Contestada nº 1.734/PT,[47] o STJ indeferiu, em 2010, a homologação de sentença estrangeira proferida pelo 1º Juízo do Tribunal do Comércio de Lisboa. A sentença portuguesa havia aberto a insolvência de Vera Maria Brak Lamy P. Raposo Patkoczy Fonseca. Vera tinha nacionalidade portuguesa e visto de residência permanente no Brasil, com domicílio em Pernambuco. Durante sua permanência no Brasil, Vera se tornou sócia de Resort Hotel Praia dos Carneiros Ltda., com participação de 10% do capital social. Diante da insolvência de Vera, Antônio Moraes Sarmento Patrício, outro sócio do empreendimento, com 22% do capital social, requereu a homologação da decisão estrangeira. Caso a insolvência de Vera tivesse eficácia no Brasil, ela seria excluída da sociedade, nos termos do artigo 1.030 do Código Civil. O pedido, entretanto, foi indeferido, sob o argumento de que o Brasil não poderia homologar sentença estrangeira declaratória de insolvência cujos possíveis efeitos se relacionassem exclusivamente com imóveis localizados no país, sob pena de ofensa à soberania nacional e à ordem pública.

O STJ também negou a homologação na Sentença Estrangeira Contestada nº 11.227,[48] em 2016. Nesse caso, o administrador judicial representante de Gutmen Investment Cor requereu a homologação da decisão proferida nas Ilhas Virgens Britânicas em 2012, que declarou a falência de Gutmen. O objetivo era que o administrador pudesse tomar as medidas necessárias para a satisfação dos créditos da massa falida da Gutman. No Brasil, a Gutmen era controladora, com 99,5% de participação, da sociedade Manacá S.A. Armazéns Gerais e Administração. Com a homologação da decisão estrangeira, o administrador poderia exercer os direitos de sócio da Manacá, com poderes para, inclusive, determinar a sua liquidação. Durante o processo de homologação, constatou-se que a Maracá havia ajuizado, em 2015, pedido de recuperação judicial no Paraná.

[46] CAMPANA FILHO, The Legal Framework for Cross-Border Insolvency in Brazil, p. 144–145.

[47] STJ, SEC 1.734/PT, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Rel. p/ Acórdão Ministro Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 15/09/2010, DJe 16/02/2011.

[48] STJ, SEC 11.277/EX, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Corte Especial, julgado em 15/06/2016, DJe 01/07/2016).

O STJ negou o pedido ao entender que a homologação da decisão estrangeira poderia frustrar o objetivo da recuperação judicial, em afronta à ordem pública, e acarretar até mesmo na falência da Maracá. Além disso, o STJ considerou que a Manacá tem sede no Brasil e exerce suas atividades em conformidade com a lei brasileira. A validação da sentença de falência da Gutmen, titular da quase totalidade das ações da Manacá, violaria, assim, o disposto no artigo 3º da Lei nº 11.101/2005, que rege a competência do juízo para a recuperação judicial, ofendendo, portanto, a soberania nacional.

As duas decisões supramencionadas são apenas dois exemplos recentes do histórico desalentador de (não) homologações de sentenças estrangeiras de insolvência no Brasil. Se, após a entrada em vigor da Lei nº 11.101/2005, os juízes brasileiros pareciam abraçar ideais universalistas para aceitar sua própria competência para a recuperação judicial de sociedades estrangeiras, expandindo sua jurisdição para o exterior, em casos como OGX e OAS,[49] por exemplo, a justiça continuava adepta da tendência territorialista de negar pedidos de homologação para que decisões estrangeiras de falência produzissem efeitos em solo nacional. A análise desses julgados mostra que a superação do mecanismo de homologação de decisão estrangeira e do apego à proteção exacerbada dos interesses nacionais podem ser úteis para o florescimento das insolvências internacionais.[50]

3.0 sistema de reconhecimento da Lei Modelo e da Lei 14.112/2020

3.1.A inadequação da homologação de decisão estrangeira para o reconhecimento das insolvências internacionais

Os instrumentos introduzidos pela Lei Modelo da UNCITRAL, e incorporados ao direito brasileiro pela Lei nº 14.112/2020, se basearam na percepção de que a utilização dos mecanismos tradicionalmente empregados pelos países para lidar com as insolvências internacionais – tal como a comity nos países de common law e o exequatur (homologação de decisão estrangeira) nos países de civil law – é inadequada e deficiente.[51]

Em países de tradição jurídica anglo-saxã, quando não há legislação específica, o acesso à jurisdição e o

reconhecimento de decisões estrangeiras depende da aplicação da comity.[52]

A Suprema Corte norte-americana definiu a comity no caso *Hilton v. Guyot*, em 1895, ao entender que ela não seria uma obrigação absoluta e nem mera cortesia ou boa vontade, mas a permissão, por uma nação, no seu território, dos efeitos de atos legislativos, executivos ou judiciais de outra nação, por levar em consideração a conveniência e o dever internacional, e os direitos de seus cidadãos ou de outras pessoas que estejam sob a proteção de suas leis.[53]

No âmbito da insolvência internacional, a aplicação da comity traz os benefícios de ser suficientemente flexível para permitir que juízes reconheçam atos soberanos de países estrangeiros mesmo na ausência de autorização legal expressa e para que os adaptem e os condicionem às situações e condições específicas do caso concreto. [54] Essa mesma flexibilidade confere, porém, um grau indesejado de imprevisibilidade e insegurança[55] e até mesmo o risco de discriminação em favor de credores locais.[56]

Na tradição jurídica romano-germânica, tal como o Brasil, faz-se uso do exequatur ou da homologação para permitir o reconhecimento e a execução das decisões judiciais estrangeiras.[57] Aqui cabe fazer a distinção entre exequatur e homologação. A homologação é o procedimento para o reconhecimento e a execução, no Brasil, da sentença (enquanto decisão final) estrangeira. Já o exequatur é o procedimento para o reconhecimento e execução no Brasil de decisões interlocutórias, objeto de cartas rogatórias enviadas pelos tribunais

[52] FLASCHEN, Evan; HARMER, Ron, Joint Project of UNCITRAL and INSOL International on Cross-Border Insolvencies: Expert Committee's Report on Cross-Border Insolvency Access and Recognition, *International Insolvency Review*, v. 5, p. 140-161, 1996, p. 145. A respeito da influência dos juristas holandeses, notadamente Ulrik Huber, que desenvolveram a *comitas gentium* (cortesia internacional) no conceito da comity, ver YNTEMA, Hessel E., *The Comity Doctrine*, *Michigan Law Review*, v. 65, p. 9-32, 1966; PAUL, Joel R., *The Transformation of International Comity*, *Law and Contemporary Problems*, v. 71, p. 19-38, 2008.

[53] KRAUSE, Stuart A.; JANOVSKY, Peter; LEBOWITZ, Marc A., *Relief Under Section 304 of the Bankruptcy Code: Clarifying the Principal Role of Comity in Transnational Insolvencies*, *Fordham Law Review*, v. 64, p. 2591-2611, 1995, p. 2592; SCHULTZ, Thomas; RIDI, Niccolò, *Comity in U.S. Courts*, *Northeastern University Law Review*, v. 10, p. 280-365, 2018, p. 286.

[54] FLASCHEN; HARMER, Joint Project of UNCITRAL and INSOL International on Cross-Border Insolvencies: Expert Committee's Report on Cross-Border Insolvency Access and Recognition, p. 146.

[55] *Ibid.*

[56] TRUNK, Alexander, *Recognition of a Foreign "Automatic Stay" in Bankruptcy - The Position of Germany, France and the United States*, *International Insolvency Review*, v. 3, p. 145-167, 1994, p. 166.

[57] FLASCHEN; HARMER, Joint Project of UNCITRAL and INSOL International on Cross-Border Insolvencies: Expert Committee's Report on Cross-Border Insolvency Access and Recognition, p. 146.

[49] FELSBURG; CAMPANA FILHO, *A recuperação Judicial de Sociedades Sediadas no Exterior: as Lições da Experiência Estrangeira e os Desenvolvimentos no Brasil*; BECUE, Sabrina Maria Fadel, *Insolvência Transnacional e a Necessidade de Cooperação entre Tribunais como Resposta aos Novos Desafios Regulatórios*, *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, v. 16, p. 143-176, 2016, p. 158.

[50] BECUE, *Insolvência Transnacional e a Necessidade de Cooperação entre Tribunais como Resposta aos Novos Desafios Regulatórios*.

[51] UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation, p. 21.

estrangeiros para o Brasil. Com a concessão da homologação ou do exequatur – latinismo que significa “cumpra-se” ou “execute-se” –, as decisões judiciais são reconhecidas e passam a produzir os mesmos efeitos determinados no país estrangeiro. A concessão de eficácia a uma decisão estrangeira decorre da aplicação da lei e não é fruto do poder discricionário conferido aos juízes, ou seja, a norma estabelece critérios a serem preenchidos para que seja possível a homologação ou o exequatur, não ficando a sua concessão à livre apreciação dos magistrados.[58] Ao mesmo tempo em que isso demonstra uma clara tendência a privilegiar a previsibilidade das soluções, [59] também torna a homologação e o exequatur mecanismos inadequados para lidar com as insolvências internacionais. Isso porque um processo de insolvência estrangeiro não é uma decisão judicial estrangeira, mas um procedimento, com múltiplas decisões, e a tentativa de enquadrá-lo como tal apenas para a aplicação das regras de homologação ou exequatur leva a soluções muitas vezes inadequadas. [60]

A aplicação da homologação e do exequatur pode parecer, à primeira vista, mais apropriada para os países cujas leis falimentares foram inspiradas pelo direito francês – inclusive o Brasil – e que tendem a enxergar a falência sob a óptica processual.[61] O juiz profere uma decisão declarando a insolvência do devedor, com base em critérios estabelecidos pela lei, e determinando medidas para a arrecadação de bens e distribuição de valores aos credores.[62]

A exigência de homologação ou de exequatur para que essas decisões produzam efeitos locais é uma forma de assegurar que elas estejam em conformidade com as exigências da lei nacional.[63] Mesmo nesses casos, a homologação e o exequatur são inadequados, por ser destinado, em princípio, a conferir efeitos a uma decisão judicial envolvendo duas partes que litigam.

As insolvências são processos que envolvem uma multiplicidade de credores, e não estão confinadas à polaridade autor-réu que povoa a maioria dos processos judiciais.[64] As decisões que declaram a insolvência e abrem o processo falimentar,

ainda que se tornem imutáveis, não são autossuficientes e exequíveis por si mesmas.[65] Elas apenas marcam o início de um processo que envolve uma pluralidade de atos e decisões relativos à administração, arrecadação e venda dos bens, e verificação e classificação dos créditos, dentre outros assuntos.

A homologação e o exequatur endereçam menos ainda outras abordagens da insolvência. Os alemães e holandeses, por exemplo, tenderam a focar os aspectos de execução coletiva da insolvência, de servir como uma medida destinada à preservação dos bens, em prol dos credores, até que se decidisse a respeito da liquidação ou da reestruturação.[66]

Nos países de common law, por sua vez, prevaleceu a abordagem de que a insolvência opera uma cessão dos bens do devedor em benefício dos credores.[67] O exequatur, por se concentrar na concessão de eficácia a uma decisão estrangeira, é menos apropriado para lidar com o reconhecimento de processos que enfatizam outros elementos que não sejam a decisão judicial que reconhece o estado de insolvência do devedor.[68]

Em alguns países – tal como nos Estados Unidos –, a suspensão das medidas de execução contra o devedor se dá automaticamente com o próprio ajuizamento do pedido (automatic stay), não dependendo, assim, de uma decisão, seja judicial ou administrativa,[69] o que pode se mostrar um entrave na aplicação do exequatur.[70]

A inadequação das regras de homologação de decisão estrangeira como instrumento para lidar com as insolvências internacionais pode levar, em determinados casos e não obstante o art. 962 do Código de Processo Civil, à própria impossibilidade de reconhecimento de processos falimentares estrangeiros[71] – afinal, eles não equivalem a uma decisão judicial final transitada em julgado.[72] Em muitos casos, o mero fato de juízes locais terem competência ampla para a abertura de processos de insolvência, por vezes sobre devedores estrangeiros com ativos no território do país em questão, pode ser um impeditivo à concessão de exequatur a decisões estrangeiras

[58] TRUNK, Recognition of a Foreign “Automatic Stay” in Bankruptcy - The Position of Germany, France and the United States, p. 161 e 166.

[59] Ibid., p. 166.

[60] FLASCHEN; HARMER, Joint Project of UNCITRAL and INSOL International on Cross-Border Insolvencies: Expert Committee’s Report on Cross-Border Insolvency Access and Recognition, p. 147.

[61] JAMES, Stephen B., International Bankruptcy: Limited Recognition in the New U.S. Bankruptcy Code, Houston Journal of International Law, v. 3, p. 241–276, 1981, p. 246, nota 31.

[62] GAA, Thomas M., Harmonization of International Bankruptcy Law and Practice: Is It Necessary? Is It Possible?, The International Lawyer, v. 27, p. 881–909, 1993, p. 889.

[63] JAMES, International Bankruptcy: Limited Recognition in the New U.S. Bankruptcy Code, p. 246, nota 31.

[64] FLASCHEN; HARMER, Joint Project of UNCITRAL and INSOL International on Cross-Border Insolvencies: Expert Committee’s Report on Cross-Border Insolvency Access and Recognition, p. 147.

[65] Cf. Ibid.

[66] JAMES, International Bankruptcy: Limited Recognition in the New U.S. Bankruptcy Code, p. 246, nota 31.

[67] Ibid., nota 31.

[68] Ibid., nota 31.

[69] Administrative Office of the United States Courts, Bankruptcy Basics, [s.l.: s.n.], 2011, p. 34–35.

[70] FLASCHEN; HARMER, Joint Project of UNCITRAL and INSOL International on Cross-Border Insolvencies: Expert Committee’s Report on Cross-Border Insolvency Access and Recognition, p. 147.

[71] Ibid.

[72] UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation, p. 21.

proferidas em processos de insolvência concorrentes relativos ao mesmo devedor.[73]

3.2.Reconhecimento de insolvência estrangeira e homologação de decisão estrangeira

Como destacado no item 1 acima, com o objetivo de endereçar a insuficiência dos instrumentos existentes para lidar com as insolvências internacionais, a UNCITRAL introduziu, na Lei Modelo, um mecanismo próprio, que pudesse ser adotado por países de diferentes tradições jurídicas.[74] Assim, o reconhecimento do processo estrangeiro de insolvência, conforme previsto na Lei Modelo e incorporado pelo Capítulo VI-A da Lei nº 11.101/2005, não equivale a uma homologação de sentença estrangeira.

A abordagem da Lei Modelo da UNCITRAL busca endereçar as deficiências e as inadequações trazidas por mecanismos como a comity e o exequatur para tratamento das insolvências internacionais.[75]

O objetivo da UNCITRAL é promover uma forma modificada do universalismo[76] – o princípio segundo o qual um único processo de insolvência deve ter, tanto quanto possível, alcance mundial sobre todos os bens do devedor.[77] O sistema introduzido pela Lei Modelo se ampara em quatro elementos básicos. Esses elementos – e notadamente os três últimos – evidenciam que os mecanismos adotados pela Lei Modelo para reconhecer e conferir tratamento às insolvências internacionais, e incorporados pela Lei nº 14.112/2020, não correspondem a uma homologação de decisão estrangeira.

Antes, porém, de examinar os mecanismos propostos, é de lembrar que as Leis Modelo são propostas amplas, que permitem aos Estados que as adotem fazer as adaptações necessárias para que a norma nacional inspirada na Lei Modelo seja

adequada às especificidades da legislação nacional. Na medida em que o legislador brasileiro copiou a Lei Modelo na Lei nº 14.112/2020, sem qualquer adaptação, na verdade, pode ter causado problemas que a Lei Modelo havia procurado deixar para cada país para resolver, consoante as especificidades nacionais.

Em primeiro lugar, a Lei Modelo prevê que as pessoas responsáveis pela administração de insolvências estrangeiras tenham acesso direto ao judiciário local,[78] inclusive para fins de pedir o reconhecimento do processo ou de requerer a abertura de um processo local; e que os responsáveis pela administração de insolvências locais estejam autorizados a agir no exterior.[79] Além disso, a Lei Modelo visa a assegurar tratamento nacional aos credores estrangeiros.[80]

Em segundo lugar, a Lei Modelo prevê procedimentos simplificados para o reconhecimento de processos estrangeiros de insolvência,[81] e excetua apenas aqueles que sejam manifestamente contrários à ordem pública.[82] O que se reconhece, no sistema da Lei Modelo, é o próprio processo de insolvência, e não uma decisão judicial ou administrativa isolada que tenha sido nele proferida.[83]

Nesse âmbito, os processos estrangeiros podem ser reconhecidos como principais ou como não principais, [84] a depender da presença do centro dos principais interesses ou de um mero estabelecimento[85] no território do país em que o referido processo tenha sido aberto.[86]

A classificação do processo estrangeiro de insolvência, como principal ou não principal, é atribuída por um ato decisório do juiz local, que aplica a lei nacional no momento do reconhecimento.

Em terceiro lugar, a Lei Modelo estabelece medidas de assistência a serem conferidas, pelo juiz nacional, aos processos estrangeiros.[87]

[73] FLASCHEN; HARMER, Joint Project of UNCITRAL and INSOL International on Cross-Border Insolvencies: Expert Committee's Report on Cross-Border Insolvency Access and Recognition, p. 146.

[74] FLASCHEN; HARMER, Joint Project of UNCITRAL and INSOL International on Cross-Border Insolvencies: Expert Committee's Report on Cross-Border Insolvency Access and Recognition.

[75] UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation, p. 21.

[76] LOPUCKI, Lynn M., Global and Out of Control?, American Bankruptcy Law Journal, v. 79, p. 79-103, 2005, p. 86; ALTMAN, Jamie, A Test Case in International Bankruptcy Protocols: The Lehman Brothers Insolvency, in: LEONARD, Bruce (Org.), Norton Annual Review of International Insolvency 2011 Edition, Eagan: Thomson Reuters/West, 2011, p. 476.

[77] A respeito do modelo teórico do universalismo modificado para as insolvências internacionais, ver WESTBROOK, Jay Lawrence, Choice of Avoidance Law in Global Insolvencies, Brooklyn Journal of International Law, v. 17, p. 499-538, 1991; WESTBROOK, Jay Lawrence, A Global Solution to Multinational Default, Michigan Law Review, v. 98, p. 2276-2328, 2000; WESTBROOK, Jay Lawrence, Multinational Enterprises in General Default: Chapter 15, The ALI Principles, and The EU Insolvency Regulation, American Bankruptcy Law Journal, v. 76, p. 1-41, 2002; WESTBROOK, Jay Lawrence, Chapter 15 at Last, American Bankruptcy Law Journal, v. 79, p. 713-728, 2005.

[78] Art. 9 da lei modelo e art. 167-F da Lei nº 11.101/2005.

[79] UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation, p. 27-28.

[80] Art. 13 da lei modelo e art. 167-G da Lei nº 11.101/2005.

[81] Chapter III da lei modelo e Seção III do Capítulo VI-A da Lei nº 11.101/2005.

[82] UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation, p. 28-29.

[83] FLASCHEN; HARMER, Joint Project of UNCITRAL and INSOL International on Cross-Border Insolvencies: Expert Committee's Report on Cross-Border Insolvency Access and Recognition, p. 154-155.

[84] Art. 17 da lei modelo e art. 167-J da Lei nº 11.101/2005.

[85] Ou bens, no caso da lei brasileira (art. 167-B, III, da Lei nº 11.101/2005).

[86] UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation, p. 28-29.

[87] Ibid., p. 29-30.

Essas medidas podem ser concedidas liminarmente quando do pedido[88] ou de forma definitiva, quando do seu efetivo reconhecimento. Na hipótese de o juiz reconhecer o processo de insolvência estrangeiro como principal, determinados efeitos automáticos, decorrentes da lei, são necessariamente produzidos. [89] Esses efeitos são obrigatoriamente aplicados quando do reconhecimento do processo estrangeiro como principal, ainda que não tenham sido determinados na decisão judicial de sua abertura.[90]

Além disso, quando do reconhecimento de qualquer processo estrangeiro, seja principal ou não principal, o juiz tem discricionariedade para determinar as medidas que considerar apropriadas para conferir assistência.[91] No caso do reconhecimento de um processo estrangeiro como não principal, as medidas de assistência devem se restringir a bens ou a informações que devam ser a ele submetidos.[92]

Ainda, ao conceder qualquer medida de assistência, liminar ou definitiva, obrigatória ou discricionária, o juiz deve se certificar de que os interesses dos credores, do devedor e de terceiros interessados estejam adequadamente protegidos.[93] O juiz pode condicionar a concessão de quaisquer dessas medidas a condições que considerar apropriadas.[94] E todas essas medidas – inclusive as definitivas – podem ser modificadas ou revogadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento do representante estrangeiro ou de qualquer interessado.[95]

A própria decisão que reconhece o processo estrangeiro pode, aliás, ser modificada ou revogada, a qualquer momento, a pedido de qualquer interessado, se houver comprovação de que os requisitos para o reconhecimento tiverem sido descumpridos ou tiverem deixado de existir.[96]

É possível identificar ao menos três inconsistências com a homologação e o exequatur. As medidas de assistência conferidas decorrem da aplicação da lei nacional, e não emanam da decisão de abertura do processo (podendo, inclusive, ser diferentes dos efeitos nela determinados). O juiz local tem discricionariedade para adaptar tais medidas ao caso concreto, de modo a assegurar a adequada proteção aos interesses das partes. E as medidas, mesmo quando definitivas, podem ser alteradas pelo juiz local em determinadas circunstâncias.

[88] Art. 19 da lei modelo e art. 167-L da Lei nº 11.101/2005.

[89] Art. 20 da lei modelo e art. 167-M da Lei nº 11.101/2005; sem prejuízo da discussão sobre se esse reconhecimento, com efeitos jurídicos, mas sem homologação, é possível diante das regras da CIJ.

[90] UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation, p. 83.

[91] Art. 21 da lei modelo art. 167-N da Lei nº 11.101/2005.

[92] Art. 21(3) da lei modelo e art. 167, §2º, da Lei 11.101/2005.

[93] Art. 22 da lei modelo e art. 167-O da Lei 11.101/2005.

[94] Art. 22(1) da lei modelo e art. 167-O, §1º, da Lei 11.101/2005.

[95] Art. 22(2) da lei modelo e art. 167-O, §2º, da Lei 11.101/2005.

[96] Art. 17(4) da lei modelo e art. 167-J, §3o, da Lei 11.101/2005.

Pode-se concluir que o pedido de reconhecimento é, na verdade, um processo nacional, de escopo limitado, cuja função é conferir assistência ao processo estrangeiro, mediante a aplicação de medidas determinadas pelo juiz local, e não uma simples autorização para que uma decisão judicial estrangeira produza efeitos no Brasil. Essa, aliás, é a razão por que os norte-americanos chamam o reconhecimento de processo estrangeiro de “processo auxiliar” (ancillary proceeding).

Em quarto lugar, a Lei Modelo prevê a cooperação entre juízes e autoridades em diferentes países, com o estímulo à comunicação direta, independentemente do efetivo reconhecimento de processos estrangeiros; e a coordenação de processos concorrentes em curso em jurisdições diversas.[97] Este é um ponto que, provavelmente, não será fácil implementar.

O juiz pode, assim, modular os efeitos dos processos locais de insolvência e das medidas de assistência concedidas a processos estrangeiros, com o objetivo de buscar a sua coordenação. Além disso, há um forte estímulo para cooperação e comunicação entre juízes, autoridades e representantes. Essas previsões envolvem a flexibilidade para a contínua adaptação das medidas conferidas em processos de insolvência locais e de reconhecimento de insolvências estrangeiras, incompatível com a imutabilidade do exequatur.

O sistema da Lei Modelo, de reconhecimento de processos estrangeiros de insolvência, não corresponde, assim, a uma homologação de decisão estrangeira. A homologação de decisão estrangeira tem por objetivo conferir eficácia a um ato soberano emanado de outro Estado.

O reconhecimento de um processo de insolvência estrangeiro é um processo judicial nacional, em que a aplicação da lei leva à tomada de medidas, automáticas ou determinadas pelo juiz local, de assistência a um processo estrangeiro.

3.3. A Resolução nº 394 do Conselho Nacional de Justiça e a instituição de regras de cooperação e de comunicação direta com juízos estrangeiros

Em 28 de maio de 2021, o Conselho Nacional de Justiça (“CNJ”) editou a Resolução nº 394, que instituiu regras de cooperação e de comunicação direta com juízos estrangeiros de insolvência para o processamento e julgamento de insolvências transnacionais. A Resolução nº 394 do CNJ conta com 7 artigos, o

[97] UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation, p. 30–32.

Anexo I que possui 14 diretrizes e o Anexo A que trata de audiências conjuntas. Os anexos foram extraídos da Judicial Insolvency Network (“JIN”).

Por meio da Resolução nº 394, pretende-se garantir a eficiente e tempestiva coordenação e administração de processos concorrentes perante o juízo brasileiro e o juízo estrangeiro, assim como o compartilhamento de informações, a diminuição da litigância entre as partes concorrentes nos processos e o atendimento dos objetivos estabelecidos no artigo 167-A da Lei nº 11.101/2005, conforme alterada pela Lei nº 14.112/2020[98]. Ainda, conforme determina o artigo 4º da citada Resolução, a cooperação e a comunicação direta do juízo brasileiro com o juízo estrangeiro, nos termos do artigo 167-P e 167-Q da Lei 11.101/2005, deverão ser reguladas pelas regras estabelecidas em um protocolo de insolvência firmado entre os juízos[99].

O protocolo de insolvência poderá dispor sobre a comunicação direta entre os juízos, a coordenação de atos e realização de audiência conjuntas, com observação das normas de boas práticas estabelecidas pela JIN. A Resolução nº 394 do CNJ faz uma ressalva que o protocolo de insolvência deve dispor apenas sobre regras procedimentais e não pode alterar direitos materiais das partes.

Outra inovação presente na Resolução nº 394 é a possibilidade de os juízos realizarem audiências de instrução conjuntas, caso entendam cabível e pertinente para a consecução dos objetivos de cooperação, de acordo com o protocolo de insolvência.

Portanto, não se trata de uma obrigação, mas de uma liberalidade conferida aos juízos para o melhor andamento do procedimento de insolvência. Por sua vez, conforme extrai-se do Anexo I

[98] Art. 2º Os juízos com competência para o tratamento da insolvência transnacional deverão observar as presentes regras de cooperação e de comunicação direta com juízos estrangeiros de insolvência, a fim de se garantir: I – a eficiente e tempestiva coordenação e administração de processos concorrentes, conforme disposto nos artigos 167-R a 167-Y da Lei nº 11.101/2005; II – o atendimento dos objetivos estabelecidos pelo art. 167-A da Lei nº 11.101/2005; III – o compartilhamento de informações entre os juízos, com redução de custos; IV – a diminuição da litigância entre as partes nos processos concorrentes.

[99] Art. 4º A cooperação e a comunicação direta do juízo brasileiro com o juízo estrangeiro, nos termos dos artigos 167-P e 167-Q da Lei nº 11.101/2005, deverão ser reguladas pelas regras estabelecidas em protocolo de insolvência (insolvency protocol) firmado por ambos os juízos.

§ 1º O protocolo de insolvência poderá dispor sobre a comunicação direta entre os juízos, coordenação de atos e realização de audiências conjuntas, com observação das normas de boas práticas estabelecidas pelo Judicial Insolvency Network, constante dos anexos I e II desta Resolução.

§ 2º O protocolo de insolvência deve dispor apenas sobre regras procedimentais e não pode alterar direitos materiais das partes, tampouco qualquer poder jurisdicional dos Tribunais e juízos. Note-se que este dispositivo não é isento de críticas, pois as relações internacionais são da alçada exclusiva do Presidente da República nos termos do art. 84, VII e VIII, da Constituição da República.

da Resolução nº 394, os juízos devem encorajar os administradores[100] em processos concorrentes a cooperar em todos os aspectos do caso, incluindo a necessidade de notificar o juízo, na primeira oportunidade de questões presentes e potenciais que poderão afetar os processos concorrentes ou beneficiar a comunicação e coordenação entre as jurisdições.

O objetivo das diretrizes apresentadas no Anexo I é promover a coordenação e administração eficiente do processo recuperacional que tramita no território nacional e o processo que tramita em território internacional. A cooperação transnacional permite a gestão desses processos com o propósito de garantir o respeito às partes, a identificação, preservação e maximização do valor do patrimônio do devedor, inclusive seus negócios, o compartilhamento de informações e a gestão do patrimônio do devedor, inclusive de modo proporcional.

Um ponto importante trazido pela Resolução nº 394 é que o juízo nacional poderá receber comunicações de um juízo estrangeiro e responder diretamente a eles. As comunicações poderão ocorrer para organizar a apresentação de petições e prolação de decisões pelos juízos. Ou seja, o procedimento de cooperação, além de evitar decisões conflitantes, ainda permite aos juízos a consecução do procedimento recuperacional em harmonia, sem onerar as empresas em recuperação e seus credores[101].

Essa comunicação engloba o envio de decisões, sentenças, opiniões, razões de decidir, homologações, transcrições de processo ou outros documentos diretamente para o outro juízo, desde que seja garantida a ciência prévia aos advogados das partes afetadas do modo que o juízo considerar apropriado[102]. Por fim, o Anexo A da Resolução nº 394 estipula diretrizes

[100] “Diretriz 1 (...) o administrador inclui o síndico, o administrador judicial, o interventor, os gestores do devedor e qualquer depositário do patrimônio ou pessoa apontada pelo juízo”.

[101] Este dispositivo é, também, polêmico, pois a comunicação direta pode vir a ser realizada informalmente.

[102] “Diretriz 7 O juízo poderá receber comunicações de um juízo estrangeiro e responder diretamente a eles. Tais comunicações poderão ocorrer para organizar a apresentação de petições e prolação de decisões pelos juízos e para a coordenação e resolução de qualquer questão procedimental, administrativa ou preliminar relacionada a audiências conjuntas, hipótese em que o Anexo A é aplicável. Tais comunicações poderão ocorrer pelos métodos abaixo relacionados ou, ainda, por qualquer outro adotado pelos juízos envolvidos em um caso específico: (i) Enviar ou transmitir cópias de decisões, sentenças, opiniões, razões de decidir, homologações, transcrições de processo ou outros documentos diretamente para o outro juízo, garantindo ciência prévia aos advogados das partes afetadas do modo que o juízo considerar apropriado. (...)”.

para a realização de audiências conjuntas entre os juízos cooperantes. No entanto, é feita a ressalva de que a realização das audiências não altera a jurisdição dos processos e cada juízo terá jurisdição única e exclusiva e poderes sobre a condução de seus próprios processos e das respectivas audiências.

A Resolução nº 394 traz relevantes inovações para a cooperação e coordenação de insolvências transnacionais em atenção às alterações da Lei 11.101/2005 introduzidas pela Lei 14.112/2020.

Entretanto, ficará a cargo dos juízos competentes observarem as diretrizes apresentadas na Resolução para a melhor consecução dos processos de insolvência transnacional.

3.4.O primeiro reconhecimento de insolvência estrangeira e homologação de decisão estrangeira no Brasil – Caso Prosafe SE

Em 07 de julho de 2021 foi proferida a primeira decisão de reconhecimento de insolvência estrangeira, perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que reconheceu a existência de processo de insolvência estrangeiro em Singapura e, com base alterações da Lei 11.101/2005 introduzidas pela Lei 14.112/2020, concedendo a tutela de urgência pleiteada para, dentre outras medidas, proibir a constrição dos bens dos devedores situados no território brasileiro, com o intuito de preservar o patrimônio do grupo internacional no Brasil.

Nesse sentido, nos termos do novo art. 167-H da LFR, a representante da empresa estrangeira Prosafe SE, atuante na área de exploração de embarcações marítimas, ajuizou pedido de reconhecimento de processo de insolvência estrangeiro, que tramitava perante o Tribunal Superior de Singapura, com fundamento no I da República de Singapura[103].

Nos autos desse processo estrangeiro, havia sido concedido pedido de *moratorium protection*, semelhante ao *stay period* previsto na legislação pátria, por meio do qual fica vedada a adoção de determinadas medidas por credores contra o devedor e seu patrimônio por um período de tempo fixado pela corte competente,

com o intuito de preservar os ativos do devedor e assegurar ao devedor o tempo necessário para reestruturar as suas dívidas e negociar com os seus credores, de modo a garantir a preservação da sua atividade empresarial[104].

Tendo em vista que o Grupo Prosafe é detentor de embarcações localizadas no Brasil, a Prosafe SE valeu-se da medida prevista no art. 167-H da LFR para requerer (i) o reconhecimento do processo de insolvência estrangeiro em curso em Singapura como processo principal; e (ii) a concessão de tutela provisória (conforme autorizado pelo art. 167-L da Lei 11.101/2005) para que, nos termos do art. 167-M da LFR, fosse vedada a adoção de quaisquer medidas constritivas sobre os bens de sua propriedade, entre outros pedidos formulados na mesma linha que o pedido de *moratorium protection* feito junto à corte singapuriana.

Em sede liminar, o juízo da 3ª Vara Empresarial da Capital do Rio de Janeiro reconheceu como principal o processo estrangeiro em curso em Singapura - tendo concluído que Singapura seria o principal centro de interesses do Grupo Prosafe - e entendeu estarem presentes os requisitos que autorizam a concessão de tutela de urgência. Por essas razões, determinou a suspensão de quaisquer processos de execução em curso em face do Grupo Prosafe, bem como vedou a adoção de quaisquer medidas constritivas sobre o patrimônio dos devedores. A decisão apresentada representa a primeira aplicação das novas regras de insolvência transnacional incluídas nas alterações da Lei 11.101/2005 introduzidas pela Lei 14.112/2020. A decisão liminar proferida pela justiça fluminense representa um avanço nos esforços de adequar o sistema de insolvência brasileiro à realidade cada vez mais internacional do comércio e de conferir maior segurança jurídica aos agentes econômicos de que os seus direitos serão reconhecidos internacionalmente.

[103] Processo nº 0129945-03.2021.8.19.0001 e tramita perante a 3ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro.

[104] Nos autos do processo ajuizado perante a corte singapuriana, a Prosafe SE requereu a suspensão de quaisquer processos judiciais, arbitrais ou administrativos (em curso ou a serem instaurados) contra o Grupo Prosafe, exceto se autorizado expressamente pelo Tribunal Superior de Singapura, bem como a vedação à adoção ou continuação de qualquer processo que vise a constrição de bens do Grupo, bem como a excussão de quaisquer garantias sobre bens do Grupo, entre outras medidas, que foram concedidas pelo Tribunal em sede de decisão cautelar.