

A adoção da Lei Modelo UNCITRAL e os graus de cooperação internacional: processo estrangeiro principal, processo estrangeiro não principal e processos concorrentes.

Francisco Satiro

Sabrina Maria Fadel Becue

1. Introdução:

Com a recente reforma da Lei 11.101, o Brasil finalmente adotou um regime de insolvência transnacional. Apesar de não constar expressamente do texto da lei, as regras que hoje compõem o capítulo VI-A reproduzem, com modificações, a Lei Modelo da UNCITRAL sobre Insolvência Transnacional¹. O sucesso do novo regime dependerá da correta compreensão sobre a sua origem internacional e sobre o caminho idealizado pela UNCITRAL para promover a cooperação entre órgãos judicantes de diferentes países, principal objetivo da Lei Modelo. Gestada em uma organização internacional, que congrega países de diferentes tradições jurídicas e em diferentes estágios de desenvolvimento econômico, a Lei Modelo se baseia em uma linguagem pretensamente neutra² e desvinculada das leis nacionais³⁻⁴, apostando em regras de cunho instrumental e no esforço comum dos operadores para assegurar a uniformidade na sua aplicação⁵.

¹ UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency. Texto original disponível em: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/1997-model-law-insol-2013-guide-enactment-e.pdf>.

² Cf. BECUE, Sabrina Maria Fadel. Instrumentos de Direito Comercial Internacional em um Mundo Plurilinguístico: Tentativas de Superação das Barreiras Idiomáticas por meio de Conceitos Jurídicos “Neutros”. In: Glitz, Frederico Eduardo Zenedin. (Org.). **Questões de Direito Internacional: pessoa, comércio e procedimento II**. 1ed. Curitiba: JML, 2018, p. 1-180.

³ Cf. HALLIDAY, Terence C.; BLOCK-LIEB, Susan, CARRUTHERS, Bruce G.; Rhetorical legitimation: global scripts as strategic devices of international organizations, **Socio-Economic Review**, Volume 8, Issue 1, pp. 77–112, 2010.

⁴ O que não significa que os textos da UNCITRAL não sofram influência de nações de maior poder no comércio internacional. Cf. HALLIDAY, T. C., PACEWICZ, J; BLOCK-LIEB, S. Who governs? Delegations and delegates in global trade lawmaking. **Regulation & Governance**, 7: 279–298, 2013; HALLIDAY, Terence C., Legitimacy, Technology, and Leverage: The Building Blocks of Insolvency Architecture in the Decade Past and the Decade Ahead, **Brooklyn Journal of International Law**, v. 32, n. 3, pp. 1081-1102, 2007.

⁵ Cf. UNITED NATIONS. **UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation**. New York, 2014, §1 a 23.

Texto enviado para publicação em obra coletiva do IASP (no prelo).
Artigo para discussão (Working Paper)

É da essência da Insolvência Transnacional conviver com a pluralidade de procedimentos, tramitando de forma simultânea e com potencial de conflito entre as decisões das diferentes jurisdições⁶. O recorte feito pelo presente artigo ressalta a importância de um procedimento especial para reconhecimento e coordenação dos múltiplos processos que traduzem o fenômeno transfronteiriço. Mas é no âmbito do pedido de reconhecimento do processo estrangeiro e de sua apreciação pelo juízo local que exsurtem as interpretações “bairrista”, uma vez que a Lei Modelo emprega conceitos abertos e oferece algumas salvaguardas para modificação, atenuação ou não concessão das medidas esperadas como consequência do reconhecimento do processo estrangeiro.

O propósito deste artigo é apresentar uma visão abrangente dos artigos que tratam do reconhecimento do processo estrangeiro e como eles se complementam, no afã de colaborar com os debates e futura aplicação do regime de insolvência pelo Poder Judiciário brasileiro.

2. Processo estrangeiro principal e processo estrangeiro não principal:

A leitura sistêmica do regime de insolvência transnacional, ora importado para a Lei 11.101/2005, evidencia uma hierarquia entre duas categorias de processos estrangeiros: processo estrangeiro principal e processo estrangeiro não principal⁷. De início, é necessário pontuar que ‘processo estrangeiro’ encapsula um conceito jurídico bem definido na Lei Modelo da UNCITRAL – e no nosso artigo correspondente (art. 167-B, I⁸) – portanto, não é a mera tramitação de um procedimento fora do Brasil que

⁶ “While domestic insolvency issues consist in the problem of coordinating creditors, cross-border insolvency issues consist in the problem of coordinating jurisdictions and national laws.” (BORK, Reinhard; MANGANO, Renato. **European Cross-Border Insolvency Law**. United Kingdom: Oxford University Press, 2016, “B- Issues of Cross-border Insolvency”, e-book).

⁷ “[L]a normativa sobre insolvencia transfronteriza funciona en base a la existencia tanto de procedimientos principales como de procedimientos no principales. Cabe preguntarse por qué era necesario que existieran estas dos categorías. (...) Esta cuestión fue debatida al interior del grupo de trabajo que elaboró la Ley Modelo, llegando a la conclusión de que se debía reconocer el fenómeno de una posible pluralidad de procesos de insolvencia, ya que no era apropiado para la comisión estar restringiendo la apertura válida de procedimiento de insolvencia en otros países, la Ley Modelo debiera maximizar la cooperación y coordinación entre procesos celebrados en más de una jurisdicción, lo que aumentaría su aceptabilidad por diversos Estados.” (LEVY MORCHIO, Jeremy Daniel. Recepción en Chile de la Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional: Breve análisis del centro de principales intereses del deudor como nuevo factor de conexión. **Revista Tribuna Internacional**, 4(8), pp. 165-183, 2015).

⁸ Por processo estrangeiro entende-se qualquer processo judicial ou administrativo, inclusive de natureza cautelar, desde que, cumulativamente, seja coletivo e supervisionado por uma autoridade, esteja relacionado

justificará e autorizará o pedido de reconhecimento como processo estrangeiro (art. 167-J).

Preenchidos os requisitos legais (art. 167-B) e não configurando violação manifesta à ordem pública⁹, os artigos 167-H e 167-I inauguram um rito simplificado para apresentação do pedido de reconhecimento, a partir de uma base documental de singela obtenção e simplificando a legalização de documentos (com dispensa, em alguns casos, de traduções juramentadas), de modo a escapar dos canais diplomáticos e meios tradicionais de reconhecimento e execução de decisões estrangeiras¹⁰. Esse esforço tem o objetivo de tornar o trâmite do reconhecimento do processo estrangeiro expedito¹¹ e sem margem para discricionariedade¹²⁻¹³, restringindo o poder de modificação ou revogação da decisão às hipóteses de descumprimento dos requisitos legais ou porque eles deixaram de existir (art. 167-J, §3º)¹⁴. A construção verbal do art. 167-J – “o juiz

com a legislação de insolvência vigente no país estrangeiro e tenha por propósito a reorganização ou a liquidação do devedor.

⁹ A proteção à ordem pública – no sentido estrito do art. 167, § 4º – impõe uma condição prévia para deferimento de qualquer medida ou providência fundada no Capítulo VI-A. Sobre a violação à ordem pública (“public policy exception”) de se notar que o conceito, para efeitos de cooperação internacional, exige uma interpretação muito mais restritiva do que para fins internos. Ver GHODOOSI, Farshad. **International dispute resolution and the public policy exception**. New York, Routledge, 2017.

¹⁰ “The Model Law avoids the need to rely on cumbersome and time-consuming letters rogatory or other forms of diplomatic or consular communications that might otherwise have to be used. (...) With article 15, in conjunction with article 16, the Model Law provides a simple, expeditious structure to be used by a foreign representative to obtain recognition.” (UNITED NATIONS. **UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation**. New York, 2014, §127, p. 64).

¹¹ A Lei Modelo da UNCITRAL contém uma regra específica para indicar que a decisão de reconhecimento deve ser proferida o mais cedo possível (art. 17(3)). Infelizmente essa regra não foi transposta para a Lei 11.101/2005, mas este fato não modifica a celeridade necessária para análise do pedido de reconhecimento do processo estrangeiro.

¹² “The Model Law (...) imposes a fairly rigid procedural structure for recognition of foreign proceedings” (WESTBROOK, Jay Lawrence k, *Locating the Eye of the Financial Storm*, **32 Brook. J. Int'l L.**, pp. 1019-1040, 2007, p. 1024). No mesmo sentido Bob Wessels, Bruce A. Markell e Jason J : “The sole test for the court to recognize a foreign proceeding is whether the four requirements of Article 17(1) of the Model Law are satisfied: (i) the proceeding must be a foreign proceeding (Article 2(a) of the Model Law), (ii) applied for by a foreign representative (Article 2(d) of the Model Law), (iii) whose application meets the evidentiary requirements (Article 15(2) of the Model Law), and (iv) has been submitted to the competent court (Article 4 of the Model Law). These requirements are relatively easy to verify.” (WESSELS, Bob, et. al. **International Cooperation in Bankruptcy and Insolvency Matters**. Oxford University Press, 2009, p. 215).

¹³ O que não significa que a decisão seja meramente protocolar e não envolva uma carga decisória importante, inclusive apreciável de ofício pelo julgador, entre negar o reconhecimento ou, ao reconhecer, decidir entre as categorias de processo estrangeiro principal ou não principal [Cf. *In re Bear Stearns High-Grade Structured Credit* 374 B.R. 122 (Bankr. S.D.N.Y. 2007)].

¹⁴ No instrumento desenvolvido pela UNCITRAL para orientar o Poder Judiciário – “The Judicial Perspective” - são exemplificadas circunstâncias que justificam a modificação ou revogação da decisão que reconheceu o processo estrangeiro, o que a nosso ver reforça a pouca discricionariedade da apreciação jurisdicional: “(a) If the recognized foreign proceeding has been terminated; (b) If the order commencing the foreign insolvency proceeding has been reversed by an appellate court in that State; (c) If the nature of the recognized foreign proceeding has changed, for example, a reorganization proceeding has been

reconhecerá” (*caput*) e “o processo estrangeiro deve ser reconhecido como” (§1º) – comprova a estrutura rígida e o caráter mandatório da norma quanto ao deferimento do pedido.

Isso não significa que o capítulo VI-A (baseado na Lei Modelo da UNCITRAL) não forneça salvaguardas e circunstâncias que flexibilizam a pretensa rigidez e objetividade da análise judicial. “O diabo mora nos detalhes” e estes se sobressaem na identificação do ‘Centro de Interesses Principais’ (COMI) e no deferimento das medidas/ordens que sucedem à decisão de reconhecimento do processo estrangeiro.

O COMI é um critério chave para dividir as duas categorias de processos estrangeiros, tendo em vista que o processo estrangeiro não principal é identificado quase de maneira residual, ou seja, “qualquer processo estrangeiro que não seja um processo estrangeiro principal” (art. 167-B, III), condicionado à existência de uma base operacional do devedor (estabelecimento) ou, no caso da lei brasileira, à presença de bens (art. 167-J, §1º, II). No entanto, apesar da importância do COMI para definição do processo estrangeiro principal, a Lei Modelo não oferece um critério preciso¹⁵, optando por uma presunção relativa de que o COMI situa-se no país do domicílio do devedor, no caso dos empresários individuais, ou o país da sede estatutária, no caso das sociedades. Como qualquer presunção relativa, o Poder Judiciário desempenha importante papel para dar concretude ao conceito. No entanto, não se pode perder de vista que a definição desse critério cumpre uma finalidade bem delimitada na Lei Modelo: desburocratizar o

converted into a liquidation proceeding or the status of the foreign representative has changed; (d) If new facts have emerged that require or justify a change in the court’s decision—for example, if a foreign representative has breached conditions on which relief had been granted.” (UNITED NATIONS. **UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: The Judicial Perspective** (updated in 2013). New York, 2014, p. 21).

¹⁵ Como, de fato, faz não só a própria Lei Modelo mas a legislação de vários países. Jay WESTBROOK critica a conclusão do precedente norte-americano SPhinX (e de parte da doutrina) segundo a qual a identificação de COMI está aberta a muitas interpretações e que a distinção entre processo estrangeiro principal e não principal é de menor importância [“The Model Law (...) establishes a hierarchy of main and non-main proceedings that draws a sharp distinction between the two. COMI is a central organizing element in that hierarchical structure. It would be a mistake to adopt an approach that adds a further layer of discretion and that blurs even the limited amount of structure the Model Law is able to impose. The SPhinX case in New York carries the flexible interpretation of COMI to an extreme.”, p. 1024]. O Autor defende que seja priorizado um teste duplo na identificação do COMI com atenção para a sede estatutária/domicílio e para a localização de sua operação principal (principal estabelecimento), sob o argumento que este teste satisfaz, na maioria das vezes, o anseio por previsibilidade e escolha de uma lei substancial que atende aos interesses de todos os envolvidos, ou seja, auxilia a evitar que o COMI situe-se em paraísos fiscais (WESTBROOK, Jay Lawrence k, *Locating the Eye of the Financial Storm*). Cf. *In re SPhinX*, 351 B.R. 103 (Bankr. S.D.N.Y. 2006), *aff’d*, 2007 WL 1965597 (S.D.N.Y. July 3, 2007).

reconhecimento de um processo estrangeiro e fomentar a assistência entre jurisdições¹⁶. A simples adoção da Lei Modelo pelo Brasil – que se dá de forma absolutamente voluntária – traz consigo o compromisso de aplicá-la sob o vetor de interpretação que mais seja compatível com sua finalidade. É preciso corresponder às mínimas expectativas internacionais criadas a partir de sua inclusão no ordenamento jurídico interno.

Não faria sentido a Lei Modelo da UNCITRAL distinguir entre processo principal e não principal sem diferenciar os efeitos decorrentes de cada um deles. Para o processo estrangeiro principal, o regime da UNCITRAL indica uma deferência¹⁷ que, nas palavras de Ian F. Fletcher, se justifica em razão da maior conexão que o devedor tem com o país do COMI¹⁸. A hierarquia entre processo estrangeiro principal e não principal é demonstrada tanto pela natureza das medidas que derivam da decisão pelo reconhecimento, como da convivência com processos locais, denominados de processo concorrentes¹⁹ ²⁰.

2.1. Medidas judiciais que sucedem o pedido de reconhecimento do processo estrangeiro:

No tocante às medidas que sucedem o pedido de reconhecimento²¹, elas são classificadas como automáticas (e mandatórias) ou discricionárias.

As primeiras são exclusivas do reconhecimento como processo principal e têm por escopo resguardar o patrimônio do devedor de ataques de credores ou atos deletérios do próprio devedor. Assim, o dispositivo determina a suspensão de qualquer constrição,

¹⁶ UNITED NATIONS. **UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation**. New York, 2014, §141, p. 69.

¹⁷ UNITED NATIONS. **UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation**. New York, 2014, §144, p. 70.

¹⁸ FLETCHER, Ian F. **Insolvency in Private International Law**, 2Nd edition. Oxford University Press, 2011, p. 464.

¹⁹ Ver item 2.2 para definição de processos concorrentes

²⁰ Jay WESTBROOK defende um grau ainda maior de deferência ao país sede do COMI que, na opinião do autor, deveria servir para definição da lei aplicável à administração dos bens, prioridades legais, medidas revocatórias ou de ineficácia e política de reestruturação da empresa: “I previously summarized the arguments for application of a choice-of-law rule that would generally select the law of the main proceeding with regard to control of assets, priorities, avoidance, and reorganization policy. That connection makes the substantive law of the COMI importante.” (WESTBROOK, Jay Lawrence k, *Locating the Eye of the Financial Storm*, p. 1030).

²¹ O art. 167-L cuida das medidas que podem ser pleiteadas a título de tutela de urgência, na pendência de apreciação do pedido de reconhecimento. Aqui também identificamos a prevalência do processo estrangeiro principal em relação ao processo não principal, porque “o juiz poderá recusar-se a conceder as medidas de assistência provisória que possam interferir na administração do processo estrangeiro principal” (art. 167-L, § 2º).

judicial ou extrajudicial, que credores individuais possam promover contra o patrimônio do devedor e a ineficácia de atos de transferência ou oneração de ativos efetivadas pelo próprio devedor (art. 167-M). A Lei Modelo, em seu artigo 20 (refletido no art. 167-M), retira a autonomia do julgador para decidir casuisticamente quais seriam as medidas apropriadas para acompanhar o reconhecimento do processo estrangeiro principal, a fim de cumprir os compromissos assumidos em seu preâmbulo, sobretudo, de possibilitar a condução ordeira e justa de insolvências transnacionais com a necessária deferência ao local do COMI. O Guia de Adoção da Lei Modelo explicita que a estrutura criada pela UNCITRAL, baseada nos efeitos automáticos, é justificável pelo fato de que o procedimento de reconhecimento não reproduz (não atribui força executiva) as consequências da lei e/ou decisão estrangeira no processo local, mas, ao contrário, possui implicações específicas e derivadas da normativa adotada em nosso país²².

De outra parte, a intransigência da norma no que diz respeito aos efeitos decorrentes do reconhecimento como processo estrangeiro principal não obsta o ajuizamento de processos locais de insolvência – reestruturações ou falência –, não prejudica interesses de pessoas/credores não sujeitos à lei de insolvência doméstica (art. 167-M, §3º) e, existindo um processo local iniciado antes ou depois do reconhecimento do processo estrangeiro como principal, as regras sobre processos concorrentes estipulam a não incidência ou modificação dos efeitos automáticos (art. 167-S). Em suma, a lógica subjacente ao art. 167-M preserva o direito de credores e do devedor de ajuizar procedimentos coletivos de insolvência, bem como não distorce proteções dadas pelo ordenamento nacional (v.g.: imunidade de alguns créditos ou garantias em face do regime de insolvência), restringindo apenas as manobras individuais potencialmente lesivas ao projeto coletivo e transnacional.

Uma questão polêmica, a ser enfrentada pela jurisprudência, envolve a vigência do período de suspensão das ações, execuções e medidas individuais contra o patrimônio do devedor. Isso porque, o reconhecimento do processo estrangeiro principal pode ocorrer

²² Cf. UNITED NATIONS. **UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation**. New York, 2014, § 178, p. 83. Em outra passage, este mesmo instrumento esclarece que: “The proviso “under the law of this State” reflects the principle underlying the Model Law that recognition of a foreign proceeding does not mean extending the effects of the foreign proceeding as they may be prescribed by the law of the foreign State. Instead, recognition of a foreign proceeding entails attaching to the foreign proceeding consequences envisaged by the law of the enacting State” (UNITED NATIONS **UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation**, § 194, p. 88).

em etapa mais avançada, depois de vencido o período de *stay* disciplinado pelo art. 6º da Lei 11.101/2005. Ademais, nos processos de reestruturação transnacional a finalidade da suspensão prevista pelo art. 167-M, I é absolutamente distinta da suspensão regida pelo art. 6º, § 4º e 4º-A: aquela quer impedir atos danosos ao trâmite do processo principal, enquanto o prazo contido na lei brasileira visa à proteção do ativo enquanto as partes negociam o plano de recuperação judicial. Neste particular, Look Chan Ho advoga que a suspensão deve ser orientada e vigorar pelo período de *stay* concedido no processo estrangeiro principal²³. Fazemos esta menção apenas para demonstrar a complexidade da insolvência transnacional e suas imbricadas relações entre o procedimento local e o processo estrangeiro principal.

Por sua vez, as medidas discricionárias podem ser concedidas tanto após o reconhecimento do processo estrangeiro como principal (como cautelas adicionais aos efeitos automáticos), como na condição de processo não principal. O art.167-N exemplifica algumas providências, no entanto a apreciação do magistrado é de grande latitude (“a concessão de qualquer outra medida que seja necessária”²⁴). Queremos salientar dois pontos: (i) os cuidados impostos ao julgador para que a concessão de medidas discricionárias não subverta a hierarquia entre processo estrangeiro principal e não principal; (ii) as salvaguardas em defesa dos interesses de credores locais e outros constituintes do processo de insolvência.

Os artigos 167-N, § 2º e 167-O, § 4º ditam o tom mais restritivo quanto às medidas que podem ser deferidas em prol do processo estrangeiro não principal. Apenas quando a ordem envolver bens ou informações que, de acordo com o direito brasileiro, são de inegável competência da jurisdição estrangeira do processo não principal, é que a medida discricionária poderá ser deferida. Todavia, neste particular, a preocupação do texto legal não é com eventual incompatibilidade com o direito local, mas impedir que a concessão dessas medidas atrapalhe o andamento do processo estrangeiro principal²⁵.

²³ HO, Look Chan. England. In: HO, Look Chan. **Cross-Border Insolvency: a commentary on the UNCITRAL Model Law**, 3rd edition. Global Business Publishing Ltda, 2012, p. 212.

²⁴ Art. 167-N, V, da Lei 11.101/2005.

²⁵ “One salient factor to be taken into account in tailoring the relief is whether it is for a foreign main or non-main proceeding. The interests and the authority of a representative of a foreign non-main proceeding are typically narrower than the interests and the authority of a representative of a foreign main proceeding, who normally seeks to gain control over all assets of the insolvent debtor (...) The objective is to advise the court that relief in favour of a foreign non-main proceeding should not give unnecessarily broad powers to the foreign representative and that such relief should not interfere with the administration of another insolvency proceeding, in particular the main proceeding.” (UNITED NATIONS. **UNCITRAL Model**

Texto enviado para publicação em obra coletiva do IASP (no prelo).
Artigo para discussão (Working Paper)

Em segundo lugar, ao customizar providências suplementares solicitadas pelo representante estrangeiro, o magistrado deve se convencer que o deferimento do pedido não prejudica o interesse da coletividade de credores, do devedor e de terceiros envolvidos no processo de insolvência transnacional. A orientação da Lei Modelo – contida no arts. 167-O – sopesa o conflito de interesse entre aquele que represente o processo estrangeiro e as pessoas diretamente afetadas pela insolvência transnacional. A atenção do magistrado se volta especificamente aos credores tidos como locais – credores domiciliados ou estabelecidos no Brasil – somente quando a medida resulta na remessa de bens localizados em nosso território para uma jurisdição estrangeira (art. 167-N, § 1º); nas demais hipóteses, a ponderação do julgador leva em conta todos os possíveis prejudicados/beneficiados. Por estas razões, as medidas que o julgador considera apropriadas podem ser revistas ou revogadas de ofício.

2.2. Processos concorrentes:

As regras sobre processos concorrentes desenhadas pela UNCITRAL acentuam a hierarquia entre processo estrangeiro principal e não principal, bem como o objetivo de cooperação idealizado por este instrumento. Ensina Ian F. Fletcher que a Lei Modelo pressupõe a complexidade das insolvências transnacionais, por isso o capítulo sobre processos concorrentes não tenta impor uma solução preconcebida e, ao contrário, aposta na cooperação e no diálogo entre representante estrangeiro e as jurisdições envolvidas²⁶.

De um lado, os arts. 28 e 29 da Lei Modelo admitem a convivência tranquila entre o processo local de insolvência e os processos estrangeiro, atenta para que as medidas concedidas como fruto do reconhecimento do processo estrangeiro não perturbem o trâmite do processo local. Por isso, a Lei Modelo não cria barreiras para início do processo de insolvência local quando há estabelecimentos ou bens em nosso país e permite que o magistrado defira apenas medidas compatíveis com o processo doméstico e modifique ou revogue as medidas discricionárias já deferidas, além de afastar

Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation. New York, 2014, § 193, p. 88-89)

²⁶ FLETCHER, Ian F. **Insolvency in Private International Law**, p. 482.

os efeitos automáticos do reconhecimento do processo estrangeiro principal na hipótese de existir ou ser iniciado processo de falência ou reestruturação no Brasil.

De outro, o art. 30 da Lei Modelo preocupa-se como a coordenação dos processos estrangeiros a partir das decisões proferidas pelo julgador local, ou seja, aquele que reconhece múltiplos processos estrangeiros e, por isso, deverá harmonizar as medidas concedidas de modo a garantir que um ou mais processos estrangeiros não principais não conflitem entre si e/ou com o processo estrangeiro principal.

O julgador que recebe um pedido de assistência, envolvendo o reconhecimento de um processo estrangeiro, tem uma dupla responsabilidade: efetivar o direito de ação dos legitimados para ajuizar o processo de insolvência no Brasil, se assim desejarem, e agenciar os diversos procedimentos (local e estrangeiros), de modo a não frustrar o objetivo de coordenação e cooperação entre as jurisdições.

O conjunto destas preocupações desemboca no critério de justiça contido no art. 32 da Lei Modelo. A coordenação entre os procedimentos e a moderação em relação às medidas concedidas após o reconhecimento do processo estrangeiro ressoam na disposição sobre pagamento proporcional dos credores de uma mesma classe, habilitados em mais de um procedimento. De acordo com o Guia de Adoção da Lei Modelo, o artigo 32 não afeta a classificação dos créditos, definida na legislação de cada país, mas tem o intuito de dar tratamento igualitário aos credores de mesma natureza, evitando que algum credor seja favorecido por falha na coordenação entre os procedimentos²⁷.

A Lei 11.101/2005, na seção destinada aos processos concorrentes, alterou em parte a redação do art. 28 (incorporado no art. 167-R, § único) e introduziu regras próprias, não contidas no texto da UNCITRAL. Estas alterações precisam ser bem compreendidas – ou refutadas – pelos intérpretes da lei e doutrinadores, sobretudo porque interessam também a credores – nacionais e estrangeiros – e pessoas situadas fora do Brasil (v.g., representantes estrangeiros, magistrados de outros países).

O parágrafo único do art. 167-R trata dos efeitos do processo ajuizado no Brasil, sinalizando que, via de regra, se restringem aos bens e estabelecimentos do devedor localizados em nosso território. Todavia, na parte final, o dispositivo permite que seja atribuído efeito extraterritorial “desde que esta medida seja necessária para a cooperação

²⁷ UNITED NATIONS. **UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation**. New York, 2014, § 240, p. 107.

e a coordenação com o processo estrangeiro principal”. A legislação brasileira ampliou a chancela aos efeitos extraterritoriais ao não adotar o duplo condicionante do texto original, a saber: (i) a medida ser necessária para implementação de cooperação e coordenação nos termos dos artigos 25 a 27; e (ii) que o bem situado fora do país, por força da legislação adotada aqui, deva ser administrado no procedimento local²⁸⁻²⁹.

Os artigos 167-V³⁰, 167-W³¹ e 167-X³² são inovações da Lei 11.101/2005, inspiradas na redação original Projeto de Código Comercial do Senado (art. 1.072, §§ 2º e 3º e art. 1.073³³). Estas disposições são problemáticas, porque parecem criar obrigações quando a Lei Modelo, sobretudo no capítulo de processos concorrentes, enaltece a cooperação e o diálogo. A redação vaga, sem indicar que são obrigações destinadas ao juízo brasileiro, também causa confusão. Por óbvio, a Lei 11.101/2005 não tem o condão de constranger uma jurisdição estrangeira a prestar informações (quaisquer que sejam elas), abster-se de devolver ativo, bem ou recurso, remanescente da liquidação, ao falido ou impedir o encerramento do processo de falência transnacional principal, porque pendentes processos não principais. De igual maneira, é inócuo impor ao juiz brasileiro o

²⁸ Redação original, parte final do art. 28: “the effects of that proceeding shall be restricted to the assets of the debtor that are located in this State and, to the extent necessary to implement cooperation and coordination under articles 25, 26 and 27, to other assets of the debtor that, under the law of this State, should be administered in that proceeding.”

²⁹ “In order to allow such limited cross-border reach of a local proceeding, the article includes the words “and ... to other assets of the debtor that ... should be administered in that proceeding”. Two restrictions have been included in the article concerning the possible extension of effects of a local proceeding to assets located abroad: firstly, the extension is permissible “to the extent necessary to implement cooperation and coordination under articles 25, 26 and 27”; and, secondly, those foreign assets must be subject to administration in the enacting State “under the law of [the enacting State]”. Those restrictions are useful in order to avoid creating an open-ended ability to extend the effects of a local proceeding to assets located abroad, a result that would generate uncertainty as to the application of the provision and that might lead to conflicts of jurisdiction.” (UNITED NATIONS. **UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation**. New York, 2014, § 227, p. 101).

³⁰ Art. 167-V. O juízo falimentar responsável por processo estrangeiro não principal deve prestar ao juízo principal as seguintes informações, entre outras:

I - valor dos bens arrecadados e do passivo;

II - valor dos créditos admitidos e sua classificação;

III - classificação, segundo a lei nacional, dos credores não domiciliados ou sediados nos países titulares de créditos sujeitos à lei estrangeira;

IV - relação de ações judiciais em curso de que seja parte o falido, como autor, réu ou interessado;

V - ocorrência do término da liquidação e o saldo, credor ou devedor, bem como eventual ativo remanescente.

³¹ Art. 167-W. No processo falimentar transnacional, principal ou não principal, nenhum ativo, bem ou recurso remanescente da liquidação será entregue ao falido se ainda houver passivo não satisfeito em qualquer outro processo falimentar transnacional.

³² Art. 167-X. O processo de falência transnacional principal somente poderá ser finalizado após o encerramento dos processos não principais ou após a constatação de que, nesses últimos, não haja ativo líquido remanescente.

³³ Projeto de Lei do Senado n° 487, de 2013.

dever de prestar informações sem solicitação de assistência oriunda de outro Estado, além de ser contraproducente vincular o encerramento de uma falência em trâmite no Brasil à finalização de processos estrangeiros não principais. Quanto ao art. 167-W, a Lei Modelo resolve o receio de não satisfação dos credores através do direito de acesso de credores estrangeiros aos procedimentos locais e também pelo disposto no artigo 32 (correspondente ao art. 167-Y). Em suma, a redação destes artigos denota uma visão equivocada sobre o funcionamento da Lei Modelo e seus objetivos de cooperação, a partir da similitude das regras de diferentes países.

2.3. Vetor interpretativo:

Os apontamentos feitos até agora apresentaram a estrutura da Lei Modelo da UNCITRAL centrada em um procedimento específico para reconhecimento de processos estrangeiros e na cooperação entre jurisdições. A base do pedido de reconhecimento é a distinção entre processo principal e não principal, vez que a classificação atribuída ao processo estrangeiro ditará as medidas que podem ou devem ser concedidas pelo julgador e o relacionamento com procedimento local de insolvência. Ademais, o pedido de reconhecimento goza de um tratamento intrínseco à Lei Modelo, fundado na simplicidade do rito e dos documentos que devem acompanhá-lo.

Segundo Fletcher, a Lei Modelo da UNCITRAL foi deliberadamente planejada para obter o reconhecimento e a assistência, perante uma jurisdição estrangeira, de forma célere e tempestiva. Para tanto, o instrumento renunciou ao desiderato de uniformização das leis e procedimentos domésticos. Ocorre que o conteúdo e a extensão da assistência obtida em um Estado estrangeiro – aqui se situam as medidas concedidas discricionariamente e a revisão ou revogação das medidas de assistência, em razão do procedimento local – podem variar de modo arbitrário³⁴.

A apreciação de medidas discricionárias e o possível apelo aos interesses locais como refúgio para negar pedidos de assistência e, em especial, para negar a primazia do processo principal em relação aos demais (inclusive em relação processo local), são os pontos que mais preocupam a doutrina. O caráter instrumental da Lei Modelo da

³⁴ FLETCHER, Ian F. **Insolvency in Private International Law**, p. 499.

UNCITRAL naturalmente abre espaço para uma ampla atuação do Poder Judiciário, seu intérprete em última instância.

Para melhor direcionar o debate, a doutrina aponta que, em muitos casos, a expressão ‘interesses locais’ dissimula ambições nacionalistas que prejudicam o andamento das insolvências transnacionais³⁵. É inquestionável que credores locais devem ser especialmente protegidos quando restar evidente sua fragilidade e incapacidade de habilitar os créditos em procedimentos estrangeiros, a exemplo de credores involuntários (p.ex.: créditos trabalhistas, créditos de consumidores). Todavia, a noção de “interesses dos credores domiciliados ou estabelecidos no Brasil” não pode ser banalizada para indeferir ou limitar em demasia a assistência à uma jurisdição estrangeira, pelo simples fato do julgador local entender que nosso procedimento é melhor ou que não é da tradição do direito brasileiro cooperar com autoridades estrangeiras. A Lei Modelo e o art. 167-N reservam esta proteção para uma situação peculiar de remessa de ativos para um processo estrangeiro, além disso é enganoso supor que a preferência legal de pagamento atribuída pela lei brasileira será sempre mais eficaz ou atende as expectativas dos credores³⁶.

Andrew B. Dawson argumenta que a interpretação reducionista da Lei Modelo, que coloca em risco a cooperação, não emana do texto da lei – de eventuais salvaguardas ao universalismo modificado –, mas da adoção de métodos locais (domésticos) de leitura dos dispositivos. Defende uma interpretação teleológica, guiada pelo conteúdo do preâmbulo, atenta a sua origem internacional e com respaldo no Guia de Adoção e Interpretação elaborado pela UNCITRAL. Para que isso seja possível é necessário abraçar a noção de universalismo modificado contida na Lei Modelo, qual seja: que os tribunais serão capazes de identificar um processo para desempenhar o papel principal e estarão dispostos a prestar assistência (deferência) ao processo principal³⁷. De modo similar, Jay

³⁵ Cf. POTTOW, John A. E. Greed and Pride in International Bankruptcy: The Problems of and Proposed Solutions to 'Local Interests'. **Mich. L. Rev.** **104**, no. 8, pp. 1899-949, 2006.

³⁶ Nesse sentido, Jay WESTBROOK argumenta que, na maioria das situações, não há conexão entre os bens arrecadados ou vinculados ao procedimento local de insolvência e a natureza dos créditos habilitados (ou os credores que serão beneficiados com o pagamento) e que inexistente evidência que os credores esperam ser pagos com a venda de bens locais, especialmente quando o devedor é uma multinacional. Para o autor, não faz sentido o dever de cooperar introduzido pela Lei Modelo se os tribunais não estiverem dispostos a flexibilizar as regras domésticas de prioridade de satisfação dos créditos. WESTBROOK admite três exceções que justificam prioridades locais: verbas trabalhistas, tributárias e credores com garantia real (Cf. WESTBROOK, Jay L., Breaking Away: Local Priorities and Global Assets, **46 Texas International Law Journal**, pp. 601-622, 2011).

³⁷ Cf. DAWSON, Andrew B., The Problem of Local Methods in Cross-Border Insolvencies, **12 Berkeley Bus. L.J.**, pp. 45-80, 2015.

Westbrook situa a Lei Modelo da UNCITRAL como uma peça que compõe um sistema transnacional de insolvência e, por isso, exige que os tribunais, ao interpretá-la, busque a solução mais adequada para a visão holística e que permita o bom funcionamento do sistema³⁸⁻³⁹.

Estas posições são fundamentadas no Princípio Internacionalista proposto por Ian Fletcher. O eminente professor alegava que é obviamente um truísmo enfatizar que uma insolvência transnacional requer uma resposta colaborativa e, assim, não é apropriado que os sistemas legais se mantenham isolados e pretensamente imunes às consequências do processo transfronteiriço. Neste cenário, espera-se dos tribunais e de todos encarregados da prática da lei uma resposta positiva e coerente com os objetivos da insolvência transnacional⁴⁰.

Estudos comprovam a colaboração e deferência a jurisdições estrangeiras não é um ideal inatingível. Após levantamento empírico, Fabio Weinberg Crocco concluiu que os tribunais norte-americanos, na maioria das vezes, acolhem o pedido de reconhecimento do processo estrangeiro e deferem as medidas discricionárias solicitadas pelo representante estrangeiro, sem se valer de termos genéricos para negar os pedidos e beneficiar credores locais⁴¹⁻⁴².

³⁸ “The nature of a model law is an attempt to construct cross-border institutional machinery in the service of coordinating achievement of a common goal and thus is a system text. The admonition in section 1508 of the Model Law to “consider” its international origin and to apply it in a way consistent with its application by other countries points to more than uniformity as a goal. (...) I do not make a case for always ruling for the foreign side in cases to which international instruments apply. I do argue for a careful judicial examination of the purposes of the system created by the instrument in question in addition to reviewing foreign decisions.” (WESTBROOK, Jay L, *Interpretation Internationale*, **87 Temple Law Review**, pp. 739-758, 2015, p. 754-755).

³⁹ Para um contraponto: Cf. WALTERS, Adrian. *Modified Universalisms & The Role of Local Legal Culture in the Making of Cross-Border Insolvency Law*. **American Bankruptcy Law Journal**, vol. 93, no. 1, pp. 47-110, 2019.

⁴⁰ FLETCHER, Ian F. **Insolvency in Private International Law**, p. 15.

⁴¹ CROCCO, Fabio Weinberg. *When deference makes a difference: the role of U.S. Courts in cross-border bankruptcies*. **International Insolvency Institute**. New York, 2019. Disponível em: <https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/media/Fabio%20Weinberg%20Crocco%20-%20When%20Deference%20Makes%20a%20Difference.pdf>.

⁴² Selinda Melnik, ao comentar a adoção da Lei Modelo nos Estados Unidos e, em especial, as regras sobre processos concorrentes (arts. 28 e 29), explica que o juiz norte-americano pode indeferir, suspender ou limitar a abertura de um processo doméstico de insolvência se entender que a restrição favorece a cooperação e a coordenação com procedimento estrangeiro. Existe regra específica sobre o assunto na legislação de insolvência (Section 305 of the US Bankruptcy Code). De toda sorte, fazemos a menção para indicar que muitos países estão dispostos a cooperar e evitar que procedimentos locais frustrem os propósitos da Lei Modelo (Cf. MELNIK, Selinda A. *United States*. In: HO, Look Chan. **Cross-Border Insolvency: a commentary on the UNCITRAL Model Law**, 3rd edition. Global Business Publishing Ltda, 2012, p. 498).

3. Síntese conclusiva:

A arquitetura da Lei Modelo indica, a um só tempo, que nenhuma de suas disposições interfere com o direito local – não impede o ajuizamento de processos de insolvência e não altera a proteção legal dada a determinados sujeitos e/ou créditos. No entanto, a Lei Modelo repousa em uma estrutura própria – rito específico para reconhecimento de processo estrangeiro, distinção entre processo estrangeiro principal e não principal, bem como algumas medidas específicas – que não poderá ser ignorada, sob pena de desvirtuamento de suas finalidades.

Nossos tribunais deverão ter prudência na interpretação e aplicação do novo capítulo da Lei 11.101/2005, de modo a não sobrepujar os propósitos encartados no art. 167-A, em razão de uma exacerbada proteção a credores locais e incompreensão sobre a cooperação com jurisdições estrangeiras. O Brasil aderiu voluntariamente à Lei Modelo, o que impõe um compromisso de preservar a finalidade deste instrumento da UNCITRAL e de não frustrar as expectativas dos demais atores internacionais.

4. Bibliografia:

BECUE, Sabrina Maria Fadel. Instrumentos de Direito Comercial Internacional em um Mundo Plurilinguístico: Tentativas de Superação das Barreiras Idiomáticas por meio de Conceitos Jurídicos “Neutros”. In: Glitz, Frederico Eduardo Zenedin. (Org.). **Questões de Direito Internacional: pessoa, comércio e procedimento II**. 1ed. Curitiba: JML, pp. 1-180, 2018.

BORK, Reinhard; MANGANO, Renato. **European Cross-Border Insolvency Law**. United Kingdom: Oxford University Press, 2016, e-book.

CROCCO, Fabio Weinberg. When deference makes a difference: the role of U.S. Courts in cross-border bankruptcies. **International Insolvency Institute**. New York, 2019.

Disponível em:
<https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/media/Fabio%20Weinberg%20Crocco%20-%20When%20Deference%20Makes%20a%20Difference.pdf>.

Texto enviado para publicação em obra coletiva do IASP (no prelo).
Artigo para discussão (Working Paper)

DAWSON, Andrew B., The Problem of Local Methods in Cross-Border Insolvencies, **12 Berkeley Bus. L.J.**, pp. 45-80, 2015.

FLETCHER, Ian F. **Insolvency in Private International Law**, 2Nd edition. Oxford University Press, 2011.

GHODOOSI, Farshad. **International dispute resolution and the public policy exception**. New York, Routledge, 2017

HALLIDAY, Terence C.; BLOCK-LIEB, Susan, CARRUTHERS, Bruce G.; Rhetorical legitimation: global scripts as strategic devices of international organizations, **Socio-Economic Review**, Volume 8, Issue 1, pp. 77–112, 2010.

HALLIDAY, T. C., PACEWICZ, J; BLOCK-LIEB, S. Who governs? Delegations and delegates in global trade lawmaking. **Regulation & Governance**, 7: 279–298, 2013.

HALLIDAY, Terence C., Legitimacy, Technology, and Leverage: The Building Blocks of Insolvency Architecture in the Decade Past and the Decade Ahead, **Brooklyn Journal of International Law**, v. 32, n. 3, pp. 1081-1102, 2007.

HO, Look Chan. England. In: HO, Look Chan. **Cross-Border Insolvency: a commentary on the UNCITRAL Model Law**, 3rd edition. Global Business Publishing Ltda, 2012.

LEVY MORCHIO, Jeremy Daniel. Recepción en Chile de la Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional: Breve análisis del centro de principales intereses del deudor como nuevo factor de conexión. **Revista Tribuna Internacional**, 4(8), pp. 165-183, 2015.

MELNIK, Selinda A. United States. In: HO, Look Chan. **Cross-Border Insolvency: a commentary on the UNCITRAL Model Law**, 3rd edition. Global Business Publishing Ltda, 2012.

POTTOW, John A. E. Greed and Pride in International Bankruptcy: The Problems of and Proposed Solutions to 'Local Interests'. **Mich. L. Rev.** **104**, no. 8, pp. 1899-949, 2006.

UNITED NATIONS. **UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation**. New York, 2014.

Texto enviado para publicação em obra coletiva do IASP (no prelo).
Artigo para discussão (Working Paper)

WALTERS, Adrian. Modified Universalisms & The Role of Local Legal Culture in the Making of Cross-Border Insolvency Law. **American Bankruptcy Law Journal**, vol. 93, no. 1, pp. 47-110, 2019.

WESSELS, Bob, et. al. **International Cooperation in Bankruptcy and Insolvency Matters**. Oxford University Press, 2009.

WESTBROOK, Jay Lawrence k, Locating the Eye of the Financial Storm, **32 Brook. J. Int'l L.**, pp. 1019-1040, 2007.

WESTBROOK, Jay Lawrence, Breaking Away: Local Priorities and Global Assets, **46 Texas International Law Journal**, pp. 601-622, 2011.

WESTBROOK, Jay L, Interpretation Internationale, **87 Temple Law Review**, pp. 739-758, 2015.