

SABRINA MARIA FADEL BECUE

INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL:

As contribuições que Lei Modelo da UNCITRAL pode proporcionar para o Brasil.

Tese de Doutorado

Orientador Prof. Dr. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo –SP

2018

SABRINA MARIA FADEL BECUE

Versão original

INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL:

As contribuições que Lei Modelo da UNCITRAL pode proporcionar para o Brasil.

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Comercial, sob a orientação do Prof. Dr. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo –SP

2018

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Ficha Catalográfica
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Becue, Sabrina Maria Fadel Becue.

Insolvência transnacional: As contribuições que Lei Modelo da UNCITRAL pode proporcionar para o Brasil./ Sabrina Maria Fadel Becue- São Paulo: USP/ Faculdade de Direito, 2018.

143f.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo.

Tese (Doutorado), Universidade de São Paulo, USP, Programa de Pós- Graduação em Direito, Direito Comercial, 2018.

Versão Original

1. Insolvência transnacional; 2. Lei Modelo da UNCITRAL; 3. Cooperação Jurídica Internacional. I. Toledo, Paulo Fernando Campos Salles de, orient. II. Título

CDD 340.

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

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr.

Instituição:

Julgamento:

Prof. Dr.

Instituição:

Julgamento:

Prof. Dr.

Instituição:

Julgamento:

Prof. Dr.

Instituição:

Julgamento:

Prof. Dr.

Instituição:

Julgamento:

RESUMO

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

O Brasil nem sempre permaneceu alheio ao debate sobre insolvência transnacional, porém desde 1973 carece de normativa específica. A lacuna da lei, no entanto, não impede que os casos cheguem ao Poder Judiciário. Nos últimos anos, o número de processos desta natureza aumentou de forma considerável e apesar de terem atingido certo consenso quanto à solução encontrada pelos tribunais, a fundamentação das decisões expõe a fragilidade do sistema e a necessidade de reforma legislativa. A prevalência da UNCITRAL entre as demais organizações internacionais e o limitado escopo e estrutura da Lei Modelo sobre Insolvência Transnacional, permitiram que este instrumento de *Soft Law* fosse aceito como o padrão normativo mais adequado e internacionalmente reconhecido. A Lei Modelo da UNCITRAL contribui para segurança jurídica e previsibilidade no comércio internacional, por meio da harmonização do procedimento de insolvência transnacional em países oriundos de diferentes tradições jurídicas – *Civil Law* e *Common Law* – e que estão em diferentes estágios de desenvolvimento. A harmonização se restringe a regras comuns para o reconhecimento de um processo estrangeiro, medidas de assistência e cooperação entre tribunais, sem, contudo, avançar em questões de direito material que, como sabido, são sensíveis e refletem políticas internas de cada Estado. Assim, uma das principais vantagens da Lei Modelo é promover a cooperação direta entre tribunais e com os representantes da insolvência, a fim de eliminar a dependência dos países no princípio de cortesia internacional ou concessão de *exequatur* aos procedimentos de homologação de sentença estrangeira ou carta rogatória. Apesar dos benefícios proporcionados pela Lei Modelo, muitos países resistem a sua adoção e, entre aqueles que a incorporaram, há diversidade na sua interpretação e aplicação, o que pode colocar em risco o objetivo de harmonização. A fratura entre o texto da lei e sua prática foi objeto da investigação. Inobstante, o Brasil poderia se beneficiar da adoção da Lei Modelo da UNCITRAL, tanto para ampliar os meios de cooperação jurídica internacional, como para promover uma solução estável aos processos transnacionais. Contudo, é preciso entender o alcance deste instrumento e, via de consequência, suas limitações enquanto norma regente, uma vez que as contribuições esperadas da Lei Modelo estão proporcionalmente vinculadas aos seus restritos escopos. A tese questiona, por fim, se existe um sistema internacional de insolvência transnacional fundado no universalismo modificado ou qual o papel que pode ser atribuído a este na solução dos processos judiciais.

Palavras chaves: Insolvência Transnacional – Universalismo Modificado – Cooperação Jurídica Internacional.

ABSTRACT

BECUE, S. M. F. Becue. **Cross-border insolvency: The contributions that UNCITRAL Model Law can provide for Brazil.** 2018. 143 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2018.

Brazil has not always been disconnected from the debate on transnational insolvency, but since 1973 it lacks specific regulations. The gap in legislation, however, does not prevent cases from reaching the courts. In recent years, the number of cases of this nature has increased considerably and although some consensus has been reached on the solution found by the courts, the reasoning of the rulings exposes the fragility of the system and the need for legislative reform. The predominance of UNCITRAL in relation to other international organizations and the limited scope and structure of the Model Law on Transnational Insolvency allowed this Soft Law instrument to be accepted as the most appropriate and as an internationally recognized standard of cross-border regulation. The UNCITRAL Model Law contributes to legal certainty and predictability in the international trade by harmonizing the transnational insolvency proceedings in countries from different legal systems - Civil Law and Common Law - that are at different stages of development. Legal harmonization is restricted to common rules for the recognition of a foreign proceeding, assistance and cooperation between courts, without, however, advancing in matters of substantive law which, as it is well known, are sensitive and reflect public policies of each State. Thus, one of the main advantages of the Model Law is to promote direct cooperation between courts and insolvency representatives in order to eliminate the countries' reliance on international courtesy or the granting of exequatur to the procedures for ratification of a foreign judgment or letters rogatory. Despite the benefits provided by the Model Law, many countries resist their adoption, and among those who incorporate it, there is diversity in their interpretation and application, which may jeopardize the goal of harmonization. The fracture between the law on the books and its practice was the object of this investigation. In spite of this, Brazil could benefit from the adoption of the UNCITRAL Model Law, both to expand the means of international judicial cooperation and to promote a stable solution to transnational processes. However, it is necessary to understand the scope of this instrument and, consequently, its limitations as a governing norm, since the expected contributions of the Model Law are proportionally linked to its restricted scopes. The thesis finally poses the question of whether there is an international system of transnational insolvency based on the modified universalism or the role that can be attributed to it in the resolution of legal proceedings.

Key- words: Cross-border Insolvency; Modified Universalism; Judicial Cooperation.

RÉSUMÉ

BECUE, S. M. F. Becue. **L'insolvabilité transfrontalière: Les contributions que la loi type de la CNUDCI peut apporter au Brésil.** 2018. 143 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2018.

Le Brésil n'est pas toujours resté en dehors du débat à propos de l'insolvabilité transfrontalière, mais depuis 1973 le pays ne dispose pas d'une réglementation normative spécifique concernant ce sujet. Cependant, ce vide juridique n'empêche pas que des affaires soient portées devant les tribunaux. Le nombre des affaires de ce type a augmenté considérablement dans les dernières années et, malgré le fait que les tribunaux sont arrivés à un relatif consensus sur la solution à adopter dans ces cas, la motivation des décisions révèle la fragilité du système et la nécessité d'une réforme législative.

La prééminence de la CNUDCI parmi les autres organisations internationales, la portée et la structure étroites de la Loi type sur l'insolvabilité internationale ont permis à cet instrument de *Soft Law* d'être accepté comme le standard normatif le plus approprié et le plus reconnu internationalement. La Loi type de la CNUDCI contribue à la sécurité juridique et à la prévisibilité du commerce international, par voie de l'harmonisation de la procédure d'insolvabilité internationale dans des pays qui appartiennent à différentes traditions de systèmes juridiques – *Civil Law* et *Common Law* – et qui se situent à différents stades de développement. Cette harmonisation se limite à la définition de règles communes sur la reconnaissance d'une procédure étrangère, des mesures d'assistance et de coopération entre tribunaux, sans avancer en questions de droit matériel qui, comme on le sait, sont délicates et qui reflètent les politiques internes de chaque Etat.

De cette façon, l'un des avantages de la Loi type est de favoriser la coopération entre tribunaux et avec les représentants de l'insolvabilité, pour éliminer la dépendance des pays dérivant du principe de la courtoisie internationale ou d'accorder l'*exequatur* dans la procédure de reconnaissance des décisions étrangères ou de commission rogatoire. Malgré les avantages offerts par la Loi type, de nombreux pays résistent à son adoption et, parmi ceux qui l'ont incorporé, il y a des différences dans son interprétation et application, ce qui peut mettre en danger le but de l'harmonisation. L'écart entre le texte de la loi et son application était l'objet de la recherche.

Néanmoins, le Brésil pourrait profiter de l'adoption de la Loi type de la CNUDCI, soit pour étendre les moyens de coopération juridique internationale, soit pour offrir une solution stable aux procédures transnationales. Toutefois, il faut comprendre la portée de cet instrument et, par conséquent, ses limites en tant que norme régissante, étant donné que les contributions attendues de la Loi type sont proportionnellement liées à sa portée restreinte. La thèse demande, enfin, s'il existe un système international d'insolvabilité transnationale basé sur l'universalisme modifié ou quel rôle peut-on lui attribuer dans la résolution des procédures judiciaires.

Mots-clés: Insolvabilité transfrontalière - universalisme modifié - coopération juridique internationale.

LISTA DE SIGLAS

ABA	American Bar Association
AC	Apelação Cível
AC	Appeal Cases
AI	Agravo de Instrumento
ALI	American Law Institute
BCC	British Chambers of Commerce
CE	Comunidade Europeia
Ch	Chancery Division
CISG	Convenção das Nações Unidas para a Venda Internacional de Mercadorias, sigla em inglês (Convention on Contracts for the International Sale of Goods).
CJI	Cooperação Jurídica Internacional.
COMI	Centre of main interests.
CPC	Código de Processo Civil
Des.	Desembargador
DIPr	Direito Internacional Privado.
DL	Decreto Lei
EIR/(EU)	Regulamento Europeu 2015/848
EU	European Union (União Europeia).
EWHC	England and Wales High Court
FCA	Federal Court of Australia
FCAFC	Federal Court of Australia – Full Court.
FMI	Fundo Monetário Internacional
IBA	International Bar Association
III	International Insolvency Institute
J.	Julgamento
JIN	Judicial Insolvency Network
LINDB	Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.

LRF	Lei de Recuperação e Falência (Lei n. ° 11.101/205).
Min.	Ministro
OCDE Econômico.	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento
OI	Organização Internacional
Rel.	Relator
RISTJ	Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça
S.C.R.	Supreme Court Reports
SE	Sentença Estrangeira
SEC	Sentença Estrangeira Contestada
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.
TST	Tribunal Superior do Trabalho.
UKPC	Judicial Committee of the Privy Council
UKSC	Supreme Court of the United Kingdom
UNCITRAL	Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, sigla em inglês (United Nations Commission on International Trade Law).
WLR	Weekly Law Reports

TABELA DE CASOS

Processos estrangeiros:

Ackers v. Saad Investments Company Ltd, [2013] FCA 738 (30 July 2013) (Austl.).

Akers as a joint foreign representative of Saad Investments Company Limited (in Official Liquidation) v Deputy Commissioner of Taxation [2014] FCAFC 570

Alitalia Linee [2011] EWHC 15 (Ch).

Antwerp Bulkcarriers N.V. v. Holt Cargo Systems, Inc [2001] S.C.R. 951 (Can.)

Cambridge Gas Transport Corp v. Official Committee of Unsecured Creditors, [2006] UKPC 26, [2007] AC 508.

Collins & Aikman Eur. S.A., [2006] EWHC (Ch) 1343 (Eng.)

Daisytek-ISA Ltd [2003] BCC 562.

Fibria Celulose S/A v Pan Ocean Co. Ltd [2014] EWHC 2124 (Ch).

HIH Casualty and General Insurance Ltd [2008] UKHL 21, [2008] 1 WLR 852

In re Nortel Network, [2009] EWHC (Ch) 206.

Nortel Networks Corporation, Court File No. 09-CL-7959, Superior Court of Justice- Ontario.

Nortel Networks, INC., et al, Case No. 09-10138(KG), Bankruptcy Court for the District of Delaware

OAS S.A., 533 B.R. 83 (Bankr. S.D.N.Y. 2015) (Case No. 15-10937 - SMB)

OI Brasil Holdings Coöperatief U.A.; In re: OI Brasil Holdings Coöperatief U.A.; In re: OI S.A., et al.; Case Nos. 17-11888 (SHL), 16-11794 (SHL), 16-11791 (SHL) (Bankr. S.D.N.Y., December 4, 2017)

Rede Energia S.A., 515 B.R. 69, 98 (Bankr. S.D.N.Y. 2014) (Case No. 14-10078-scc).

Rubin v Eurofinance S.A. [2012] UKSC 46

Singularis Holdings Ltd v PwC [2014] UKPC 36

Processos nacionais:

Caso Pan American World Airways Inc. Processo n. ° 0035005-62.1992.8.19.0001, 5ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro.

Caso OGX Petróleo e Gás Participações S/A. Processo n.º 0377620-56.2013.8.19.0001, 4ª Vara Empresarial da Comarca da Capital – Rio de Janeiro, Decisão prolatada em 21.11.2013.

Caso Grupo Grupo Schahin. Processo n.º 1037133-31.2015.8.26.0100, 2ª Vara de Falências e Recuperação Judicial de São Paulo- Capital, Decisão proferida em 04.05.2015.

Caso Grupo OAS. Processo n.º 1030812-77.2015.8.26.0100, 1ª Vara de Falências e Recuperação Judicial de São Paulo- Capital, Decisão proferida em 01.04.2015.

Caso OI. Processo n.º 0203711-65.2016.8.19.0001, 7ª Vara de Direito Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro, Decisão prolatada em 29.06.2016.

STF – SE 919, Rel. Min. PLÍNIO CASADO, *Arquivo Judiciário*, vol. 30/133.

STF – RE 80.004/SE, Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/1977.

STF – SE 2492, Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/1982.

STF – SE 7401, Relator: Min. Presidente, Decisão Proferida pelo Ministro MARCO AURÉLIO, julgado em 11/06/2002.

STJ - RHC 853/BA, Rel. Ministro DIAS TRINDADE, Sexta Turma, julgado em 12/11/1990.

STJ – REsp 19.263, Rel. Ministro ANTONIO TORREÃO BRAZ, Quarta Turma, julgado em 19/04/1994.

STJ - REsp 74.376/RJ, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Terceira Turma, julgado em 09/10/1995.

STJ – REsp 15.708/RS, Rel. Ministro PAULO COSTA LEITE, Terceira Turma, julgado em 28/05/1996.

STJ – REsp 719.855/RN, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, julgado em 17/11/2005.

STJ – RO 64/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 13/05/2008.

STJ - SEC 1.734/PT, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, Rel. p/ Acórdão Ministro FELIX FISCHER, Corte Especial, julgado em 15/09/2010.

STJ - SEC 1.734/PT, voto- vista do Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, julgado em 15/09/2010.

STJ - SEC 1.735/EX, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Corte Especial, julgado em 12/05/2011.

STJ – SEC 11.277/EX, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Corte Especial, julgado em 15/06/2016.

STJ- Rcl 3.364/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Corte Especial, julgado em 05/10/2016.

STJ – AREsp 527215, Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, julgado em 22/05/2017.

TJRJ – AC 0000123-38.1996.8.19.0000, Rel. Des(a). MARCUS ANTONIO DE SOUZA FAVER, Quinta Câmara Cível, julgado em 08/04/1997.

TJRJ – AI 0064658-77.2013.8.19.0000, Rel. Des. GILBERTO GUARINO, julgado em 19.02.2014.

TJRJ – AI n. ° 0051668-49.2016.8.19.0000, Rel. Des. CEZAR AUGUSTO RODRIGUES COSTA, julgado em 31.10.2017.

TJRJ- Requerimento de Efeito Suspensivo n. ° 0065071-51.2017.8.19.0000, Relatora Des.^a MYRIAM MEDEIROS DA FONSECA COSTA, julgado em 05/02/2018.

TJRS – AC n. ° 70072090608, Relator Des. UMBERTO GUASPARI SUDBRACK, Julgamento em 30/03/2017.

TJSP – AI nº 2202572-86.2015.8.26.0000, Rel. Des. CARLOS ALBERTO GARBI, julgado em 17.02.2016.

TJSP – AI nº 2106998-36.2015.8.26.0000, Declaração de voto vencido: Des. FABIO TABOSA, julgado em 13.03.2017.

TJSP – AI nº 2106998-36.2015.8.26.0000, Rel. Des. CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA, julgado em 13.03.2017.

TST- ROAR - 4297500-83.2002.5.02.0900, Relator Ministro GELSON DE AZEVEDO, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, julgado em 14/12/2004.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	15
2. INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL	17
2.1. Caracterização e Estado da Arte.....	17
2.2. Modelos de insolvência transnacional: entre o territorialismo e o universalismo.....	21
2.2.1 Teste de realidade das insolvências transnacionais perante jurisdições estrangeiras	28
2.2.2 Teste de realidade das insolvências transnacionais perante o Judiciário Brasileiro.....	35
2.3. Conclusão Parcial.....	39
3. A PRODUÇÃO NORMATIVA DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS E A PREVALÊNCIA DA UNCITRAL.....	41
3.1 Governança Global e a fragmentação da produção normativa.....	41
3.1.1 A produção normativa das Organizações Internacionais (OIs)	46
3.1.1.1 <i>Fonte de legitimidade, características dos textos normativos e mecanismos de influência das Organizações Internacionais.</i>	47
3.2. Insolvência Transnacional e produção normativa das Organizações Internacionais	50
3.2.1. Principais organizações internacionais e a prevalência da UNCITRAL.....	50
3.2.1.1. <i>Fonte de legitimidade da UNCITRAL, influência e características dos seus textos normativos</i>	53
3.2.1.2. <i>Contribuições da Lei Modelo da UNCITRAL</i>	56
3.2.1.3. <i>Limites da Lei Modelo da UNCITRAL</i>	60
3.3. Conclusão parcial	66
4. INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL E A SUA REGULAMENTAÇÃO NO BRASIL	68
4.1. Contextualização histórica da disciplina normativa da insolvência transnacional no Brasil.....	68
4.2.1. O Código de Bustamante em relação ao regime de insolvência transnacional	76

4.3.	Os movimentos pela reforma legislativa e a ausência da matéria na Lei nº 11.101/2005	79
4.3.1	A análise da reforma legislativa a partir da teoria da recursividade	81
4.3.1.1	<i>Proliferação de casos transnacional e a resposta do Poder Judiciário na vigência da Lei 11.101/2005</i>	84
4.4.	Conclusão parcial	89
5.	DA JUSTAPOSIÇÃO DE REGRAS À FORMAÇÃO DE UM SISTEMA DE INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL: PERSPECTIVAS PARA O ORDENAMENTO BRASILEIRO	92
5.2.	Contexto brasileiro: disciplina normativa esparsa e sua insuficiência em relação às regras de Direito Internacional Privado	92
5.2.1.	Cooperação jurídica internacional: sentido e alcance do princípio	95
5.2.1.1.	<i>Protocolos de cooperação em matéria de insolvência</i>	98
5.3.	Tendência internacional: propositura de um sistema de insolvência calcado no universalismo modificado.....	106
5.4.	Contribuições efetivas da Lei Modelo da UNCITRAL para o cenário brasileiro atual..	110
5.5.	Conclusão parcial: novo movimento reformista e a possibilidade de adoção da Lei Modelo da UNCITRAL	114
6.	CONCLUSÃO	118
7.	BIBLIOGRAFIA	121

1. INTRODUÇÃO

O Brasil não possui disciplina sobre insolvência transnacional. Contudo, a omissão legislativa não torna o tema irrelevante ou desconhecido da prática comercial. O Judiciário brasileiro desde muito convive com casos transfronteiriços e no último decênio presenciou aumento significativo de processos que carregam elemento de estraneidade. O exame da matéria é, portanto, justificável. Quanto ao título, a opção pela expressão ‘insolvência transnacional’ foi assumida em razão da abrangência e da proximidade com a tradução do inglês (*cross-border insolvency*). O termo insolvência foi utilizado como referência à crise econômica da empresa – seja ela sanável ou não – envolvendo tanto a liquidação dos ativos como os meios de salvaguarda da atividade. Por sua vez, as palavras “transnacional”, “transfronteiriço” e, algumas vezes, “insolvência internacional” foram empregadas de forma indistinta ao longo do texto.

Apoiada em casos concretos, estrangeiros e nacionais, que, em razão do porte, ambientaram diversos debates doutrinários, a tese apresenta os modelos teóricos do universalismo e do territorialismo – ambos amplamente esmiuçados pela teoria jurídica – para, como ponto de partida, expor as fraturas entre os tipos ideais e a complexidade dos processos transnacionais que reivindicam regulamentação pela via legislativa e acomodação perante os tribunais. O mote central, porém, é de que forma e com qual extensão a Lei Modelo da UNCITRAL sobre Insolvência Transnacional (simplesmente Lei Modelo da UNCITRAL, a partir deste momento) e o regime por ela adotado – universalismo modificado – respondem às particularidades das crises oriundas da globalização. Uma necessidade comum aos casos transfronteiriços é a cooperação entre tribunais, tema que permeia a lógica da Lei Modelo da UNCITRAL.

A escolha da Lei Modelo como norte de uma possível regulamentação sobre o tema no Brasil é explicitada no terceiro capítulo, a partir da justificativa sobre prevalência do padrão proposto pela UNCITRAL em grande parte do mundo, quando comparada a outras tentativas de disciplina das insolvências transnacionais. O realismo e conveniência recomendam, portanto, que as discussões locais se alicercem nesse instrumento de *Soft Law*, que tem a pretensão de ser transformado em diploma vinculante e internacionalmente assimilado.

Apesar do favorecimento da Lei Modelo junto a grandes potências econômicas, é curioso que sua recepção por países em desenvolvimento, notadamente na América do Sul,

encontre resistência. Esse é o alvo de investigação dos terceiro e quarto capítulos, sendo este último dedicado ao contexto local.

Ademais, dadas as características ímpares da Lei Modelo da UNCITRAL, em especial das matérias por ela não regulamentadas e do grande risco de seu escopo e estrutura serem desvirtuados pelo legislador e julgador locais, é preciso entender o alcance desse instrumento e, via de consequência, suas limitações como norma regente, visto que sua aptidão para melhorar o ambiente institucional – as contribuições esperadas da Lei Modelo – estão proporcionalmente vinculadas aos seus (limitados) escopos e, quiçá, a um sistema do qual parece pertencer.

Ao final, esta tese questiona se, na omissão do legislador brasileiro, há outros mecanismos em nosso ordenamento jurídico com aptidão para fomentar e legitimar a cooperação do judiciário local com tribunais estrangeiros, bem como qual a real necessidade de ser incorporada a Lei Modelo da UNCITRAL pela via legislativa e o sentido que sua adoção deve ganhar no contexto pátrio.

A contribuição que almejamos com a tese caminha no seguinte sentido: a) apontar fatores de resistência à adoção da Lei Modelo da UNCITRAL, inobstante sua prevalência sobre outros instrumentos de *Soft Law*; b) entender a Lei Modelo como integrante de um cenário maior, uma peça que demanda contextualização e respeito ao cunho internacionalista; c) destacar as vantagens de sua adoção pelo Brasil no momento presente e d) se há uma leitura mais adequada da Lei Modelo a ser seguida pelos operadores do Direito.

2. INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL

2.1. Caracterização e Estado da Arte

Por insolvência transnacional podemos, na linha apresentada pela UNCITRAL-Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, classificar os procedimentos coletivos, judiciais e/ou administrativos que cuidam da crise econômico-financeira ou da falência de devedor com bens e atividades distribuídos em mais de um país¹. Da mesma forma que os regimes concursais modernos surgiram em resposta à crise das atividades empresariais conduzidas de acordo com um modelo capitalista, a insolvência transnacional prolifera-se com a integração dos mercados². Temos, assim, a insolvência transnacional como um reflexo do modelo produtivo hodierno, que dispersa centros de produção pelos continentes e realiza transações predominantemente pela internet, contratando com partes independentemente da sua localização geográfica. Além disso, substitui bens de raiz por ativos intangíveis e patrocina a atividade empresarial por meio de transações financeiras que não possuem verdadeira base territorial (títulos de dívidas e investimento em mercados de capitais estrangeiros). Todavia, esse processo não é completamente destacado

¹ UNITED NATIONS. **UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation**. New York, 2014, p. 19. Para Penalva Santos: “a falência internacional é aquela que apresenta um elemento de estraneidade, quando os bens, os credores ou outros elementos se encontram no exterior.” (SANTOS, J.A. Penalva. A Falência no Direito Internacional e o Mercosul. In: SANTOS, Paulo Penalva (Coord.). GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **A nova lei de falências e de recuperação de empresas: Lei nº 11.101/05**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 531). Sintetizam BORK e MANGANO que, enquanto a legislação falimentar doméstica coordena a pluralidade de credores, a regulamentação transnacional visa a coordenar a pluralidade de processos perante diferentes jurisdições e a interface com direito local (BORK, Reinhard; MANGANO, Renato. **European Cross-Border Insolvency Law**. United Kingdom: Oxford University Press, 2016, Capítulo 1, “B- Issues of Cross-border Insolvency”, e-book).

² Referimos-nos aos regimes modernos, porque a falência existe desde o nascimento do comércio. Porém, na Idade Média, as regras priorizavam a punição do devedor e vislumbravam o insucesso do empreendimento como uma ação culposa de seu titular. Da mesma forma, podemos situar a globalização e trocas comerciais a partir do século XV com o Mercantilismo e desde antes – 1302 – há relatos de falência transfronteiriças (conferir NADELMANN, Kurt H. *Bankruptcy Treaties*, **93 U. of Pa. L. Rev.**, pp. 58- 97, 1944). Todavia, delimitamos o escopo deste trabalho à conformação dos mercados globais frutos da industrialização e da sociedade de informação (segunda metade do século XX e XXI). Para ANTUNES, “o sistema económico concentracionístico, nascido nos finais do século XIX e sedimentado nos inícios do século XX, haveria de complexificar-se extraordinariamente a partir de então, com o advento da chamada Terceira Revolução Industrial: *globalização da economia*, eis a nova palavra-chave do novo sistema económico emergente em pleno dealbar do século XXI. (...) A progressiva internacionalização e interdependência dos mercados nacionais (...); a florescência de organizações internacionais vocacionadas à unificação de mercados nacionais a nível regional (...); a homogeneização dos modelos de organização económica numa escala nunca antes vista (...) e a evolução tecnológica (...): enfim, tudo isto veio confrontar os actuais operadores económicos com a necessidade de concorrerem no quadro de um único mercado – o mercado mundial -, respondendo a uma procura eminentemente global – através da implementação multinacional das respectivas operações” (ANTUNES, José A. Engrácia. **Os Grupos de Sociedades: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária**. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2002, p.39).

das fronteiras nacionais e, para alguns, reflete a internacionalização da economia, apesar de estar longe de configurar uma verdadeira globalização das relações econômicas³. Essa constatação atribui ainda maior importância à regulamentação doméstica das insolvências transnacionais, conforme será demonstrado ao longo desta tese.

A falência da gigante em tecnologia canadense, Nortel Networks Corporation (Nortel), ilustra a complexidade das insolvências transnacionais. Fundada em 1883, o grupo era formado por 130 subsidiárias espalhadas por 100 países⁴ e, no ano de 2000, constituía a nona empresa mais valiosa do mundo (avaliada em 260 bilhões de dólares americanos)⁵. Em razão da crise que acometeu empresas de tecnologia e de outros fatores associados à administração do grupo⁶, as atividades da Nortel entraram em declínio e, em 2009, o grupo iniciou processos de insolvência perante as justiças canadense e norte-americana, além de tribunais europeus (principalmente Inglaterra, França e Irlanda). As sociedades constituídas em países africanos e as do Oriente Médio foram colocadas sob a supervisão do tribunal inglês, uma vez que o centro de principais interesses delas estava localizado na Inglaterra. O gigantismo da insolvência traduz-se na abertura de processos paralelos para administração de cada parcela do grupo, sem que apenas um fosse considerado o processo principal, e, quando da

³ Essas ressalvas são feitas por Paul HIRST e Grahame THOMPSON, segundo os quais é mais exato referir-se à internacionalização dos mercados ou da atividade empresarial ao invés de verdadeira globalização, bem como que se trata de movimento bastante antigo e, inclusive, que a economia internacional era muito mais aberta e interconecta antes da Primeira Guerra Mundial em comparação com hoje (*The Limits to Economic Globalization*. In: HELD, David; MCGREW, Anthony (ed.). **The Global Transformations Reader: An Introduction to the Globalization Debate**. Second Edition. Cambridge: Polity Press, 2003, p. 341). E, ainda, destacam os autores que “genuinely transnational companies appear to be relatively rare. Most companies are based nationally and trade multinationally on the strength of a major national location of assets, production and sales, and there seems to be no major tendency towards the growth of truly international companies”, “major consequence of the notion of a globalizing international economy would be the transformation of multinational companies (MNCs) into transnational companies (TNC) as the major players in the world economy. The TNC would be genuine footloose capital, without specific national identification and with an internationalized management, and at least potentially willing to locate and relocate anywhere in the globe to obtain either the most secure or the highest returns. (...) an inter-national economy is one in which the major nationally based manufacturers and the major financial trading and service centres are strongly externally oriented, emphasizing international trading performance. The opposite of globalized economy is not thus a nationally inward-looking one, but an open world marked based on trading nations and regulated to a greater or lesser degree by both public policies of nation-states and supranational agencies”. (*Globalization – A Necessary Myth?* In: HELD, David; MCGREW, Anthony (ed.). **The Global Transformations Reader: An Introduction to the Globalization Debate**. 2nd Edition. Cambridge: Polity Press, 2003, p. 99-105)

⁴ Dados mencionados na decisão. In re: Nortel Networks Corporation, Court File No. 09-CL-7959, Superior Court of Justice- Ontario.

⁵ Dados referidos na decisão. In re: Nortel Networks Inc., et al, Case 09-10138 (Delaware Bankruptcy Court)

⁶ CALOF, Jonathan; RICHARDS, Greg; MIRABEAU, Laurent, et al. An Overview of the Demise of Nortel Networks and Key Lessons Learned: Systemic effects in environment, resilience and black-cloud formation. **The University of Ottawa, Telfer School of Management**, March 17, 2014. Disponível em: <<http://sites.telfer.uottawa.ca/nortelstudy/>>. Acessado em 10 de setembro de 2017.

distribuição dos ativos para satisfação dos credores, a solução também se mostrou inédita e inovadora⁷.

Em 14 de janeiro de 2009, o braço norte-americano do grupo⁸, a empresa mãe canadense⁹ e as afiliadas europeias¹⁰ iniciaram diversos procedimentos de insolvência respectivamente perante o Tribunal Falimentar de Delaware, Ontário e Londres. No âmbito europeu, regido pelo Regulamento da União Europeia n° 1.346/2000, foi instaurado um procedimento secundário apenas em França, destinado à liquidação da companhia francesa Nortel Networks S.A.

Subsequentemente, os tribunais norte-americano e canadense aprovaram um protocolo de cooperação¹¹ para a administração dos procedimentos e um acordo para disciplinar a alocação dos ativos. A alienação de patentes arrecadou mais de 7 bilhões de dólares, que foram mantidos em uma conta garantia enquanto se buscava, através de procedimento de mediação, uma solução consensual entre os credores sobre a divisão desse ativo entre as massas. Frustrada a tentativa de acordo, os magistrados encarregados dos procedimentos canadense e norte-americano realizaram uma audiência em conjunto, por vídeoconferência, para, após 21 dias de julgamento e oitiva de 170 testemunhas, decidirem simultaneamente¹² pela distribuição *pro rata* dos recursos entre os três processos de acordo com o volume de créditos reconhecidos em cada massa (sem admitir a contagem de garantias cruzadas, ou seja, a habilitação mais de uma vez do mesmo crédito perante diversas sociedades falidas para fins do cálculo de alocação *pro rata*).

As decisões foram inovadoras em muitos aspectos. Primeiro, ao reconhecer que o protocolo de cooperação não retirava a independência e a jurisdição exclusiva de cada um dos

⁷ Para Jay WESTBROOK, “[t]here can be little doubt Nortel wins the title for the cross-border insolvency case of the young century” (WESTBROOK, Jay L., *Nortel: The Cross-Border Insolvency Case of the Century*, 2015 **Butterworths Journal of International Banking and Finance Law** 498, 2015). Já John PATTOW destacou sua singularidade e magnitude quanto à distribuição dos ativos (POTTOW, John A. E., *Two Cheers for Universalism: Nortel's Nifty Novelty*. In **Annual Review of Insolvency Law**, edited by J. P. Sarra and B. Romaine, pp. 333-68. Toronto: Carswell, 2015, p. 363).

⁸ A Nortel Networks Inc. ("NNI") e 14 subsidiárias.

⁹ A Nortel Networks Corporation ("NNC") junto com Nortel Networks Limited e outras subsidiárias.

¹⁰ Encabeçado pela Nortel Networks UK Limited ("NNUK") e envolvendo outras 18 afiliadas (Designadas pela sigla EMEA).

¹¹ O protocolo de cooperação teve por objetivo: harmonizar e coordenar as atividades dos tribunais; promover a administração eficiente das insolvências e, assim, maximizar o valor dos ativos; honrar a independência e integridade de cada tribunal; promover cooperação internacional e o respeito ao princípio da cortesia. [In re: Nortel Networks Corporation, Court File No. 09-CL-7959, Superior Court of Justice- Ontario].

¹² As duas decisões foram publicadas em 12 de maio de 2015: [In re: Nortel Networks, INC., et al, Case No. 09-10138(KG), Bankruptcy Court for the District of Delaware]; [In re: Nortel Networks Corporation, Court File No. 09-CL-7959, Superior Court of Justice- Ontario].

tribunais para resolver questões decorrentes dos procedimentos levados a cabo em seu país (os três processos permaneceram como principais e autônomos entre si). Em segundo lugar, quando da definição das regras para alocação dos ativos, a decisão conjunta foi sensível à realidade da estrutura empresarial¹³. Os magistrados ponderaram que o grupo atuava de forma profundamente integrada, com empregados e pesquisas sendo conduzidos em benefício das várias companhias. Assim como as receitas, a identidade da marca e a contabilidade apareciam ao público de modo consolidado porque o grupo era regido por ramos de atuação e não pela localização geográfica das muitas subsidiárias¹⁴. Contudo, a decisão conjunta não ignorou o fato de o grupo ser composto por sociedades legalmente distintas e que os credores contrataram com companhias independentes, razão pela qual os magistrados desenharam a alocação *pro rata* entre os três processos (posteriormente, cada massa redistribuirá o valor entre os credores das empresas-mãe e respectivas afiliadas, segundo as ordens de preferências locais), refutando a reunião de todos os débitos em uma única massa de bens (consolidação substantiva)¹⁵.

O caso Nortel revela o intrincado panorama das insolvências transnacionais de modo a, desde logo, situar o leitor na direção que pretendemos adotar nesta tese. A descrição fática expõe a complexidade da estrutura empresarial e como a composição do grupo se projetou na instauração de múltiplos processos estrangeiros principais, cada qual seguindo uma linha

¹³ As decisões distribuíram universalmente os ativos, mas com respeito à estrutura do grupo de sociedades (WESTBROOK, Jay L., *Nortel: The Cross-Border Insolvency Case of the Century*, passim).

¹⁴ Segundo a fundamentação extraída da decisão de Delaware: “Nortel did not allocate R&D budgets by geographic entity or subsidiary, but rather by line of business (...). *Pro rata* allocation takes into account Nortel’s operations as a unified endeavor. The pro rata allocation model reflects the underlying economics of the “One Nortel” integrated global business. The U.S., Canadian and EMEA Debtors allocation methods do not account for the complete absence of any ex ante agreement among the Nortel entities as to the division of assets in the event of a global insolvency. They wrongly assert that the individual geographic regions functioned autonomously and can thus claim credit for, and retain proceeds from the sale of Nortel’s assets.” [In re: Nortel Networks, INC., et al, Case No. 09-10138(KG), Bankruptcy Court for the District of Delaware, p. 97].

¹⁵ Esclarecem D. J. MILLER e Michael SHAKRA: “In ordering a *pro rata* allocation of the lockbox funds, the courts confirmed that they were not ordering substantive consolidation of the various Nortel entities, (...). In cases where substantive consolidation is ordered, the assets and liabilities of two or more members of a corporate group are combined, intercompany debt is extinguished and a single fund is created from which all claims against the consolidated debtors are satisfied and claims of creditors against separate debtors instantly become claims against a single entity. By contrast, the allocation decisions maintained the separateness of the Nortel entities that were subject to separate insolvency proceedings in each of the various jurisdictions, and claims would continue to be adjudicated by the administrators of each of the insolvency estates within their domestic jurisdiction for the purposes of being entitled to receive a distribution on allowed claims. However, the amount that would be allocated to each entity from the lockbox funds would be determined based on the aggregate allowed claims against each entity, without duplication.” (MILLER, D J; SHAKRA, Michael. *Nortel: The Long and Winding Road*, In **Annual Review of Insolvency Law**, edited by J. P. Sarra and B. Romaine, 281-310. Toronto: Carswell, 2015, p. 301-302).

regulatória própria¹⁶; porém todos – em alguma medida – interligados de modo a permitir a cooperação entre as jurisdições¹⁷.

Desta feita, podemos de plano assinalar que a apresentação dos modelos que normalmente regem o debate doutrinário das insolvências internacionais – modelos universalista e territorialista – não nos fornecem reflexo nítido e simétrico quando confrontados com a realidade¹⁸. Posto isso, nossa exposição visará mais à compreensão de seus limites do que a uma definição pura de cada regime. E por limites queremos enfatizar que a adoção de um ou outro modelo – em qualquer uma das suas nuances – não soluciona todas as complexas questões suscitadas pela insolvência transnacional. De outra parte, não se devem ignorar as contribuições que regras específicas sobre insolvência transnacional proporcionam em termos de segurança jurídica e eficiência procedimental.

2.2. Modelos de insolvência transnacional: entre o territorialismo e o universalismo¹⁹

A elaboração de regime de insolvência transnacional depende de uma ponderação prévia acerca da necessidade de um conjunto específico de normas para tratar da crise de

¹⁶ Importante notar que o nível de cooperação e interação entre as jurisdições foi possível em razão de parcial similitude entre elas e a tradição de deferência de uma com a outra. Nesse sentido, observa Lauren PEACOCK: “It is unlikely that a cross-border trial between the United States and China, for instance, will come to pass in the near future for a host of reasons. But a cross-border trial with a foreign country that shares our legal traditions, language, and time zones-as is the case with Canada-has the potential to develop into a useful and efficient tool to avoid the inefficiencies of duplicative litigation in cross-border insolvency cases when more conventional approaches fail.” (PEACOCK, Lauren L., *A Tale of Two Courts: The Novel Cross-Border Bankruptcy Trial*, 23 *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* 543, 2015, p. 547).

¹⁷ Reforça John PATTOW que os processos foram bastante celebrados como “um triunfo” ou passo importante para o modelo universalista, porque ao invés de se basearem na localização territorial dos bens para fins de definição da regra de distribuição do produto da alienação, o debate focou na maneira – o como – a receita proveniente de propriedade intelectual seria repartida internacionalmente (PATTOW, John A. E., *Two Cheers for Universalism: Nortel's Nifty Novelty*, p. 358).

¹⁸ “The “universalism versus territorialism” debate in the academic literature operates at a high, theoretical level of generality and focuses on “blue skies” questions about what is the normatively appropriate model or system for governing cross-border insolvencies” (WALTERS, Adrian, *Modified Universalisms & the Role of Local Legal Culture in the Making of Cross-Border Insolvency Law* (December 7, 2017). [Forthcoming in *American Bankruptcy Law Journal*]. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3084117> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3084117>>).

¹⁹ Necessário ponderar que essa divisão não decorre de teorias recentes, mas acompanha o direito falimentar desde o século XIX. Por todos, conferir: MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**, vol. VIII, 4ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947. A tese, contudo, funda-se na discussão atual sobre as teorias, que ganharam conotações e marcos regulatórios específicos na década de noventa do século XX.

multinacionais ou de grupo de sociedades que internacionalizaram suas atividades²⁰. A visão clássica responde pela negativa sob o argumento de que a lei concursal se alicerça nos valores de cada país, nas aspirações sociais de seus cidadãos e, portanto, cada nação possui jurisdição²¹ exclusiva para determinar as regras atinentes aos processos de insolvência – como feição de sua soberania – não sendo possível admitir efeitos extraterritoriais para as decisões de tribunais locais e, sobretudo, conceber eficácia local para ordens emanadas de autoridades estrangeiras. O arraigado vínculo das leis falimentares com a ordem pública interna está contemplado no modelo territorialista, o qual afirma ser jurisdição exclusiva o local dos ativos do devedor para abertura e condução do processo de insolvência, com distribuição dos bens exclusivamente entre credores admitidos no processo local. A pluralidade de ativos situados em diferentes países impõe a abertura de diferentes procedimentos, todos independentes entre si e disciplinados, cada qual, por suas leis domésticas.

²⁰ Hoje é particularmente difícil distinguir uma multinacional e um grupo de sociedades, porque, com frequência, os termos são empregados sem precisão técnica. O contexto evolutivo apresentado por Engrácia ANTUNES apresenta-se como o mais adequado: “(multinacional) podemos defini-la genericamente como uma empresa com um centro de decisão situado num determinado país que, através de uma estrutura multidivisional resultante de operações de investimento directo ou indirecto estrangeiro, prossegue a sua actividade económica através de uma rede de unidades de negócios situados em diferentes mercados nacionais. Ora a estrutura organizativa interna da esmagadora maioria destas empresas constitui uma estrutura de cariz plurissocietário, assente que está, por via de regra, em técnicas de coligação e controle intersocietários. É certo que, durante os primórdios do movimento de internacionalização das empresas, a empresa multinacional revestiu sobretudo a forma de empresas unissocietária dotada de uma organização tentacular de divisões sem individualidade jurídica, assegurando assim a transnacionalidade das respectivas operações através da criação de centros de actividade ‘overseas’ destituídos de personalidade jurídica própria (‘maxime’, sucursais e representações comerciais). A partir de meados do século XX, porém, uma tal estrutura organizacional sofreu profunda alteração, perdendo o seu tradicional monolitismo e ganhando um carácter predominantemente multijurídico, graças à crescente canalização do investimento estrangeiro para a aquisição de firmas autóctones já existentes ou a criação de novas, seja totalmente denominadas (‘greenfield investments’, ‘wholly-owned subsidiaries’), seja em conjunto com empresários dos países de acolhimento (‘joint ventures’, ‘fifty-fifty’, ‘subsidiaries’): o organograma de empresa multinacional do nossos dias revê-se assim predominantemente numa rede mais ou menos complexa de numerosas sociedades sediadas em diferentes países (...) **pode assim afirmar-se que a chamada empresa multinacional não constitui, por via de regra e de um ponto de vista técnico-jurídico, senão um verdadeiro grupo de sociedades, acrescido do elemento da transnacionalidade das entidades componentes do seu organograma operativo.**” (Os Grupos de Sociedades: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária, p. 97-98. Destaques nossos)

²¹ É necessário fazer um breve apontamento sobre os conceitos de jurisdição e competência. Explicita CHIOVENDA que “a jurisdição é exclusivamente uma função do Estado, isto é, uma função da soberania do Estado” (p. 9), já a competência é o “conjunto das causas nas quais pode ele (um tribunal) exercer, segundo a lei, sua jurisdição; e, num segundo sentido, entende-se por competência essa faculdade do tribunal considerada nos limites em que lhe é atribuída” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. 2. Tradução por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, p. 183). Esclarecemos ainda que: “A jurisdição é limitada de três formas: a internacional (que leva em conta a soberania dos Estados), a constitucional (que observa a separação dos poderes) e a terceira, que distingue a jurisdição dos juízos ordinários daquele que se atribui aos especiais (que pode ser chamada de competência). Por isso se diz que a jurisdição é una e indivisível, e as repartições ou classificações consistem em critérios de divisão de competências, e não de jurisdição (...) a jurisdição precisa ser distribuída entre os juízos para o seu exercício, o que é feito por meio da fixação de competência, compreendida essa, por um lado, como o conjunto de causas nas quais pode o juízo exercer sua jurisdição e, por outro, como limite fixado em lei para tal exercício” (DEZEM, Renata Mota Maciel Madeira. **A extensão da competência do juízo da recuperação judicial**. São Paulo, 2016. 400f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, p. 152).

Diametralmente oposto, o universalismo defende a aplicação de uma única lei e de uma única jurisdição para tratar de todos os efeitos da insolvência; os tribunais dos demais países onde possam estar espalhados bens e credores devem obrigatoriamente prestar assistência e respeitar a aplicação da lei regente (ainda que seja necessária a abertura de processos auxiliares). Um dos argumentos centrais dessa teoria reside na necessidade de simetria entre o regime concursal e o mercado. Assim, um mercado global demanda um regime capaz de abarcar todos os credores e bens relacionados com a manifestação da crise da empresa, independentemente do número de países envolvidos, e essa necessidade se acentua quando o procedimento almeja a salvaguarda da atividade²².

Em apertada síntese, o primeiro promove a coleta e distribuição dos ativos localizados dentro das fronteiras de um país, segundo a ordem de prioridades da lei nacional e tendo em vista a satisfação dos credores habilitados no processo doméstico; enquanto o segundo visa à reunião de todos os ativos e credores sob o manto de uma única lei e uma única jurisdição escolhidas²³, como regra, a partir do centro de principais interesses da empresa²⁴.

A principal crítica dirigida ao modelo territorialista sustenta que ele conduz ao desmembramento do valor da empresa e incentiva à “corrida desganhada” de credores pela penhora de ativos espalhados em diferentes países. Ao final do dia, os credores locais sofreriam com a ineficiência econômica e com a duplicação de custos decorrentes dos múltiplos procedimentos. Já a justificativa para pensar num modelo universalista seria semelhante às razões que promoveram as leis falimentares domésticas: organizar um

²² “Because bankruptcy is a market-symmetrical law, a global market requires a global bankruptcy law. A global default - that is, the general default of a multinational company - requires a single bankruptcy proceeding that can apply rules and reach results that are conclusive with respect to all stakeholders throughout the global market. Anything short of that procedure is, at best, a temporary accommodation that awaits the political will to achieve the proper legal result.” (WESTBROOK, Jay. *A Global Solution to Multinational Default*. **98 Mich. L. Rev.** 2295, 1999-2000, p. 2287).

²³ “One might also distinguish between unity of proceedings and universalism. The former signifies a single set of proceedings, while the latter imports the idea that the collection and distribution of assets should be done on a global basis. The universalism approach is consistent with the existence of separate insolvency proceedings in jurisdictions where the debtor’s assets happen to be located so long as these separate proceedings are merely mechanisms for the more convenient collection of assets which are then remitted to the insolvency representative in the principal proceedings. If however, separate insolvency proceedings have their own independent rules governing the distribution of assets, then the universalism ideal is compromised.” (McCORMACK, Gerard; HARGOVAN, Anil. *Australia and the International Insolvency Paradigm*. **Sydney Law Review**, 37 (3). pp. 389-416, 2015, p. 392).

²⁴ O conceito de centro de principais interesses da empresa (COMI, na versão inglesa) é bastante discutido na doutrina e na jurisprudência. Para os seguidores da Lei Modelo da UNCITRAL (Art. 16(1)), presume-se que o COMI equivalha ao local da sede estatutária da empresa, mas a presunção, não raro, é afastada para se identificar o local onde são, de fato, conduzidas as atividades empresariais. A definição desse conceito, no entanto, foge ao escopo desta tese. Por todos, consultar: MEVORACH, Irit. *Jurisdiction in Insolvency: A Study of European Courts’ Decisions*, **Journal of Private International Law**, 6:2, pp.327-357, 2010.

procedimento único a fim de maximizar os ativos e garantir uma distribuição equitativa, segundo as prioridades eleitas pelo legislador²⁵. No tocante à tentativa de unificar os efeitos do procedimento sob uma única jurisdição e lei, o modelo esbarra na dificuldade de harmonização das regras regulatórias nacionais²⁶. A disparidade das normas que lidam com conceitos-chave do processo concursal – a exemplo da escala de prioridade entre credores – enfraquece o objetivo final do universalismo e recai num círculo vicioso: sem harmonização legislativa os países não concordam em abrir mão da autoridade local para disciplinar a divisão de bens e a condução da crise econômico-financeira, mas tal harmonização encontra obstáculos nos valores sociais próprios incrustados em cada lei local²⁷.

Os problemas intrínsecos aos dois modelos – desconsideração da integração econômica da atividade empresarial e o irrealismo da proposta de harmonização legislativa²⁸ – conduziram à atualização das propostas, hoje denominadas de “territorialismo cooperativo” e “universalismo modificado”. Aquele defende que o respeito à soberania dos Estados, por meio da abertura de processos paralelos em cada jurisdição para administração dos bens locais, promoverá a cooperação entre os tribunais na medida em que essa cooperação se mostrar benéfica aos interesses dos agentes²⁹. Este propõe uma visão pragmática, confessando os limites do modelo puro desacompanhado da unificação das regras de direito material, com a abertura de um procedimento principal no território onde for identificado o seu centro de principais interesses e de processos auxiliares perante as demais jurisdições em que se

²⁵ KIPNIS, Alexander M., *Beyond UNCITRAL: Alternatives to Universality in Transnational Insolvency*. **36 Denv. J. Int'l L. & Pol'y**, pp. 155-189, 2008, p.156.

²⁶ Uma das críticas levantadas por Lynn LoPUCKI (*The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy*. **Michigan Law Review**, **98(7)**, pp. 2216–2251, 2000). E, ainda: “Universalism can only be applied efficiently if other countries recognize this principle through full cooperation. But the harmonization of laws has been difficult to achieve, as every country is reluctant to give up its autonomy to regulate its own insolvency proceedings” (LOCATELLI, Fernando. *International Trade and Insolvency Law: Is the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency an Answer for Brazil? (An Economic Analysis of its Benefits on International Trade)*. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 63, maio 2009 – set. 2009, p. 203).

²⁷ TUNG, Frederick, *Is International Bankruptcy Possible?* **Michigan Journal of International Law**, Vol. 23, pp. 1-72, 2001. Também para J. M. Farley: “In an ideal world, all countries would share common and unified bankruptcy and insolvency principles. The resolution of international insolvency procedures through a detailed treaty would be desirable, although difficult to achieve, as insolvencies directly affect each nation's internal policies and make it excruciatingly difficult for all nations to realise the common advantages of a unitary system.” (*A Judicial Perspective on Cross-Border Insolvencies and Restructurings*, **24 Int'l Bus. Law**. **220**, 1996, p. 222).

²⁸ Para Jay WESTBROOK: “Is a single international bankruptcy law administered by a single international court system' possible in the foreseeable future? It is implausible, but not, I think, impossible” (*A Global Solution to Multinational Default*. **98 Mich. L. Rev.** **2295**, 1999-2000, p. 2294).

²⁹ “Each court appoints a ‘representative’ for the estate of each entity filing in its jurisdiction. Those representatives then negotiate a solution to the debtor's financial problems. If the estates are worth more in combination than they are separately, it will be in the interests of the representatives to combine them.” (LoPUCKI, Lynn. *The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy*, cit, p. 2219).

encontrarem bens ou credores da empresa. A diferença é que nos processos auxiliares, como o nome indica, o tribunal não gozaria de competência plena para administrar os bens e credores locais, mas se restringiria a ponderar se os credores receberão um tratamento justo e a prestar assistência ao processo principal (a lei local, em regra, não se aplica)³⁰.

Apesar de ambos se assentarem na ideia de cooperação entre tribunais, cada qual possui argumentos teóricos³¹ e econômicos³² em desfavor do outro. Segundo Jay WESTBROOK, uma diferença primordial reside no escopo dos modelos: o universalismo modificado foi desenvolvido como um remédio provisório e pragmático que não se descuida do objetivo final, qual seja, resolver as insolvências no âmbito de uma única jurisdição, orientada por uma única lei³³⁻³⁴; enquanto a forma híbrida do territorialismo se satisfaz com a cooperação entre tribunais, independentemente de esforços futuros para unificação das regras materiais, e,

³⁰ WESTBROOK, J.L., *Multinational Enterprises in General Default: Chapter 15, the ALI Principles, and the EU Insolvency Regulation*. **American Bankruptcy Law Journal**, vol 76, no. 1, pp. 1-40, 2001, p. 10.

³¹ LoPUCKI argumenta que o modelo universalista não propõe a unidade de jurisdição, mas simplesmente a predominância de uma jurisdição e na sua forma modificada, porque os tribunais têm algum grau de liberdade para decidir se cumprem as ordens estrangeiras a partir de ponderações feitas sob a ótica da lei doméstica. Não há grande distinção prática em relação ao territorialismo cooperativo por ele proposto; critica ainda a falta de clara comprovação de que um sistema universal seria melhor do que a atual atuação dos tribunais nacionais e que o modelo universalista não oferece um critério seguro para definição de país-sede da empresa (esse contexto se agrava em relação aos grupos empresariais) ou meio para evitar manipulações às vésperas de um processo concursal. Segundo o autor, mesmo que a jurisdição falimentar fosse orientada pela ferramenta universalista, os demais marcos regulatórios são domésticos e importariam desafios que o modelo universalista não consegue resolver; todavia, esse risco é minimizado na filosofia territorialista, já que os tribunais que devem aplicar as leis conexas com a insolvência são igualmente locais (LoPUCKI, L. M.. *The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy*, cit; LoPUCKI, L. M. *Universalism Unravels*. **79 Am. Bankr. L.J.**, pp. 143-168, 2005). Para os teóricos do universalismo, o prejuízo de uma parcela menor de credores – se comparados à situação em que estariam sob o modelo territorialista – não justifica a adoção de regras locais em desfavor da maioria de credores e, de outra parte, há uma forte tendência de harmonização das leis todas em prol de credores involuntários ou em situação de barganha desfavorável (p.ex, empregados, consumidores lesados e outras vítimas da atividade econômica da empresa devedora). Essa é uma preocupação menor frente aos benefícios econômicos do modelo (GUZMAN, Andrew T.. *International Bankruptcy: In Defense of Universalism*. **Michigan Law Review** **98 (7)**, pp. 2177–2215, 2000).

³² Para os defensores do universalismo, o modelo de LoPUCKI conduz a uma alocação *ex ante* menos eficiente de investimento ao redor do mundo, porque exacerba os interesses dos credores locais; as perdas, no entanto, serão distribuídas para toda sociedade; aumenta os custos em razão da duplicidade de procedimentos, favorece *forum shopping* com a mudança de bens de um país para outro, incentiva comportamento oportunista e reduz o valor da empresa, prejudicando os esforços de recuperação da atividade (BEBCHUK, L. A., & GUZMAN, A. T.. *An Economic Analysis of Transnational Bankruptcies*. **The Journal of Law & Economics**, 42(2), pp. 775–808, 1999; GUZMAN, Andrew T.. *International Bankruptcy: In Defense of Universalism*. **Michigan Law Review** **98 (7)**, pp. 2177–2215, 2000). Já os defensores do territorialismo aduzem que a unificação da jurisdição em vez de aumentar a previsibilidade para os credores, enfraquece os credores com menor potencial de barganha e credores involuntários; que o *forum shopping* nesse modelo é maior, uma vez que demanda apenas a mudança formal da sede da empresa sem que os credores consigam questionar a mudança perante seus tribunais locais (LoPUCKI, L. M.. *The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy*; LoPUCKI, *Universalism Unravels*).

³³ *Multinational Enterprises in General Default*, p. 9.

³⁴ Todavia, de acordo com LoPUCKI “Because universalism depends upon the existence of a dominant link to a single country for every multinational company, globalization has already rendered universalism obsolete and unworkable” (*Universalism Unravels*, p. 165).

conforme alerta Ian FLETCHER, no territorialismo cooperativo, a expectativa de satisfação dos créditos depende de um critério arbitrário: o local de situação dos bens no momento de abertura da insolvência³⁵.

Há, ainda, uma terceira corrente doutrinária bastante debatida ao sustentar que caberia aos particulares a definição da lei e jurisdição aplicáveis. A teoria contratualista está fundada no conceito de ordem privada e defende que as empresas e seus credores estão aptos a definir previamente como será resolvida a crise econômico-financeira, caso ocorra. O primeiro esboço dessa corrente propôs a substituição das leis falimentares em geral³⁶ e recebeu severas críticas sob o argumento de que³⁷: a) os custos de transação para execução de um regime casuístico, desenhado contratualmente, seriam por demais elevados e tornariam impraticável a proposta; b) a lei concursal concede especial tutela para credores frágeis, que não estão em situação de paridade de armas para defender seus interesses. Nesse contexto, um regramento privado é potencialmente danoso. Para reduzir os custos de transação decorrentes das múltiplas relações contratuais, Robert RASMUSSEN, principal advogado da teoria e de sua aplicação à insolvência transnacional, recomenda que a seleção de jurisdição e lei aplicáveis conste no contrato social da companhia em vez de ser negociada individualmente³⁸. No tocante ao segundo ponto nevrálgico, afirma o autor que os governos poderiam excetuar a aplicação da teoria contratualista para os credores involuntários ou em situação de fragilidade,

³⁵ FLETCHER, Ian. **Insolvency in Private International Law**. 2nd Edition. Oxford Private International Law Series, 2006, p. 14.

³⁶ ADLER, Barry E., *Financial and Political Theories of American Corporate Bankruptcy*, **45 STAN. L. REV.** **311**, pp. 319-24, p. 1993; BEBCHUK, Lucian Arye, *A New Approach to Corporate Reorganizations*, **101 HAR. L. REV.** **775**, pp. 776-77, 1988; RASMUSSEN, Robert K., *Debtor's Choice: A Menu Approach to Corporate Bankruptcy*, **71 TEX. L. REV.**, pp. 51-121, 1992; SCHWARTZ, Alan, *A Contract Theory Approach to Business Bankruptcy*, **107 YALE L. J.**, pp.1807-1851, 1998.

³⁷ “Anyone who sees bankruptcy as little more than an accretion of two-party contracts makes the central mistake of looking for standard contract efficiencies in a system that encompasses a great deal more (...).Bankruptcy is the forum in which our society makes its final decisions about the life and death of a business and who gets what. To that forum come bank lenders and pensioners, tort victims and trade creditors, unpaid doctors and disappointed bondholders, each with a different economic role in society and each with a different economic relationship with the debtor. It is a sort of economic Judgment Day to which society and its members refer as they create those multiple obligations. In the congregation of so many different social and economic relationships, a two-party contract model cannot build an efficient distribution system” (WARREN, Elizabeth; WESTBROOK, Jay. *Contracting out of Bankruptcy: An Empirical Intervention*. **Harvard Law Review**, **118(4)**, pp. 1197-1254, 2005, p. 1.254).

³⁸ Para Ian FLETCHER, a proposta distorce justamente a regra básica que orienta a teoria contratual – as partes são livres para negociar e chegar ao mútuo consenso – ao permitir que a decisão seja determinada unilateralmente pelo devedor. Ademais, propicia comportamento oportunista do devedor (**Insolvency in Private International Law**. 2nd Edition. Oxford Private International Law Series, 2006, p. 14-15).

seguindo as restrições de ordem pública interna e comuns nas relações de direito internacional privado³⁹.

RASMUSSEN responde às críticas com uma alegação de índole econômica, segundo a qual o mercado (credores e empresários) está mais bem preparado para definir as regras do jogo em comparação aos tribunais ou ao Poder Legislativo⁴⁰. Esse argumento leva em consideração a heterogeneidade das empresas e a necessidade de regras customizadas e que a escolha é anterior à manifestação da crise, afastando assim comportamentos oportunistas (escolha de jurisdições pró-credor ou pró-devedor). Os benefícios residiriam na seleção de uma jurisdição que equilibre todos os interesses e atenda às expectativas dos diversos credores no período de normalidade, a fim de garantir condições contratuais favoráveis. No longo prazo, esse modelo conduziria, de acordo com seus defensores, ao aperfeiçoamento legislativo: os países iriam desenvolver leis concursais em consonância com as expectativas do mercado para atrair para si a seleção do foro^{41_42_43}.

³⁹ RASMUSSEN, R. K. *Resolving Transnational Insolvencies through Private Ordering*. **Michigan Law Review**, **98(7)**, pp. 2252-2275, 2000.

⁴⁰ “There are two institutions which are potential candidates for selecting the insolvency rules that help determine the price of loans: the market, represented by the owners of firms, and the government, represented by the legislature. Here, firms have an advantage over the government because they can ascertain the price of different insolvency rules through the market.” (*A New Approach to Transnational Insolvencies*, **19 Mich. J. Int'l L.**, pp.1-35, 1997-1998, p. 20).

⁴¹ *A New Approach to Transnational Insolvencies*, p.35.

⁴² Robert RASMUSSEN, uma década após sua proposição de aplicação da teoria contratualista às insolvências transnacionais, propôs a reorientação do debate sobre os efeitos transfronteiriços das crises. Na visão do autor, em vez de focarmos no relacionamento entre tribunais, é necessário entender como devedor, e alguns credores estão controlando se e quantas jurisdições eles querem envolver num processo desta natureza: “Rather than focus on countries and the extent to which they cooperate, we need to focus on the market players who are creating modern transnational insolvency practice” (*Where are All the Transnational Bankruptcies?: The Puzzling Case for Universalism*, **32 Brook. J. Int'l L.**, pp. 983-1003, 2007, p. 1003).

⁴³ Em certa medida, Cingapura caminhou nesse sentido e pode ser vista como aplicação concreta do pensamento de RASMUSSEN. O país reformou a legislação pertinente à insolvência com o objetivo declarado de se tornar um centro efetivo (“hub”) de insolvência transnacional, permitindo, por exemplo, a abertura de processo de insolvência de empresas estrangeiras com ‘substancial’ conexão com Cingapura, além de ter formalizado uma rede de comunicação com outras jurisdições (JIN – Judicial Insolvency Network), inclusive Brasil e Argentina, para incrementar a cooperação e comunicação nos processos transnacionais. Consultar: THE REPUBLIC OF SINGAPORE. **Committee to Strengthen Singapore as an International Centre for Debt Restructuring**. Disponível em: <<https://www.mlaw.gov.sg/content/dam/minlaw/corp/News/Report%20of%20the%20Committee.pdf>>. Acessado em 20 de novembro de 2017; THE SUPREME COURT OF THE REPUBLIC OF SINGAPORE. **Registrar’s Circular no. 1 of 2017: Issuance of Guidelines for communication and cooperation between courts in cross- border insolvency matters**. Disponível em: <<https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/module-document/registrar/circular/rc-1-2017---issuance-of-guidelines-for-communication-and-cooperation-between-courts-in-cross-border-insolvency-matters-.pdf>>. Acessado em 20 de novembro de 2017. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Brasil ingressa no Judicial Insolvency Network representado por juiz do TJSP**. Notícias. Data 12/09/2017. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=48732>>. Acessado em 20 de novembro de 2017.

Essas são as três teorias mais debatidas na literatura, todavia, como se pode imaginar, não são as únicas⁴⁴. Isso porque a definição de um único ou de múltiplos foros – quer sejam eles impostos por lei ou escolhidos contratualmente – não importa somente para assimilação da autoridade(s) competente(s), e igualmente influi na ponderação sobre lei aplicável. Aqui, por sinal, residem os homéricos conflitos da experiência jurisprudencial e doutrinária. As diversas e constantes tentativas de teorização expõem, em verdade, os obstáculos práticos suscitados pelas insolvências transnacionais. Predomina a visão que ou os países adotam uma vertente puramente territorialista, ignorando o fenômeno transfronteiriço, ou se defrontam com pressões locais e traços culturais que abrandam o ideal universalista. De toda sorte, os regimes regulatórios vigentes – Lei Modelo da UNCITRAL e Regulamento Europeu – incorporaram o universalismo modificado⁴⁵.

2.2.1 Teste de realidade das insolvências transnacionais perante jurisdições estrangeiras

A apreciação de algumas soluções encontradas por diferentes tribunais nos casos de insolvência transnacional comprova que mesmo perante países que já desenvolveram leis específicas para lidar com o tema, e ainda que tais leis tenham sido baseadas na Lei Modelo da UNCITRAL ou estejam complementadas por regulamentos regionais (v.g., Regulamento 1.346/2000/CE⁴⁶), os problemas resistem às construções teóricas. Para ilustrar, separamos

⁴⁴ Para citar alguns exemplos: Edward J. JANGER se refere à Procedimentalismo Universal (“Universal Proceduralism”) e à Territorialidade Virtual (“Virtual Territoriality”), defendendo que deveria haver um esforço de harmonização de apenas regras procedimentais a fim de evitar *forum shopping* e a proliferação de procedimentos concursais, sem alterar as regras de direitos substanciais que continuariam a ser regidas pelas leis escolhidas pelos credores, de modo que a jurisdição principal também colaborasse com as jurisdições auxiliares através do respeito às leis locais (JANGER, Edward J., *Universal Proceduralism*, **32 Brook. J. Int'l. L.**, pp. 819-849, 2007; _____, *Virtual Territoriality*, **48 Colum. J. Transn'l L.**, pp. 401-441, 2010, _____, *Reciprocal Comity*. **46 Tex. Int'l L. J.** 441, pp. 441-458, 2011). Esta posição recebeu críticas: WESTBROOK, Jay Lawrence, *A Comment on Universal Proceduralism*, **48 Colum. J. Transnat'l L.**, pp. 503-518, 2009-2010). Há quem defenda o modelo híbrido da Falência Secundária (“Secondary Bankruptcy”), por meio da qual os ativos são liquidados em um procedimento local e de acordo com a lei nacional; porém, eventual remanescente seria convertido para o processo principal (para descrição e crítica do modelo, ver: LoPUCKI, Lynn M., *Cooperation in International Bankruptcy: A Post-Universalist Approach*, **84 Cornell L. Rev.**, pp. 697-762, 1998-1999).

⁴⁵ Ou, para alguns, um meio-termo entre as duas teorias: Para BORK e MANGANO “[T]he *summa divisio* between universalism and territoriality is very theoretical and is not replicated in real life (...) EIR (Regulamento Europeu n. 1346/2000) does not belong either to the universalistic or the territorial approach. On the contrary, they affirm that the model adopted is the consequence of a compromise between the two.” (BORK, Reinhard; MANGANO, Renato. **European Cross-Border Insolvency Law**, Capítulo 1, “E. Key Features”, e-book).

⁴⁶ O Regulamento (CE) n. ° 1346/2000 foi revogado e substituído pelo Regulamento (EU) 2015/848, que entrou em vigor no dia 26 de junho de 2017.

alguns casos que ganharam notoriedade, quer em razão de seu porte, quer pela inventividade da solução alcançada perante o órgão judiciário competente.

A reestruturação do braço europeu do grupo Collins & Aikman⁴⁷⁻⁴⁸ foi iniciada perante a justiça inglesa como processo principal, porém envolveu 24 companhias constituídas em 10 diferentes países europeus⁴⁹. Alinhada a precedentes anteriores⁵⁰, a justiça inglesa definiu que o centro dos interesses principais (COMI) de todas elas era a Inglaterra, fixando assim sua competência para conduzir os procedimentos de reorganização de todo o grupo europeu. O Regulamento 1.346/2000 assegurava aos credores a abertura de processos secundários quando há bens localizados fora do país do processo principal e este seja de natureza liquidatória⁵¹, a fim de garantir a regra de prioridade local⁵². É bem verdade que a hipótese do Regulamento 1.346/2000 não dizia respeito aos processos de insolvência de grupos empresariais, direcionando-se apenas à existência de estabelecimentos da empresa insolvente perante outras jurisdições, porém, neste e outros casos posteriores⁵³, as sedes das empresas afiliadas foram

⁴⁷ Consultar: *Re Collins & Aikman Europe SA*, [2006] EWHC (Ch) 1343. Antes da abertura do processo europeu, o grupo iniciou um procedimento de reorganização perante a justiça norte-americana em relação às empresas sediadas nos Estados Unidos.

⁴⁸ O caso não foi resolvido pela Lei Modelo da UNCITRAL, uma vez que envolvia empresas europeias atraindo a incidência do Regulamento 1.346/2000. Contudo, há, pelo menos, quatro razões que justificam a análise: a) a Inglaterra é um dos principais centros financeiros europeus e atrai muitas empresas que, se acometidas de crise, estarão suscetíveis ao regime concursal inglês; b) a solução desenvolvida não encontrava respaldo no Regulamento 1.346/2000, portanto, o entendimento jurisprudencial pode ser aplicado em processos que envolvam empresas não europeias; c) a Lei Modelo da UNCITRAL não versa sobre insolvência de grupos empresariais, porém, a UNCITRAL está discutindo uma proposta sobre o tema e o entendimento dos tribunais ingleses, hoje incorporados ao Regulamento 2015/848, pode influenciar a normativa futura; d) com a saída do Reino Unido da União Europeia, ainda não está claro quais regras comunitárias serão incorporadas à legislação doméstica inglesa. Sobre os efeitos do Brexit, com a sujeição do Reino Unido às regras de insolvência transnacional aplicadas a países não europeus, consultar: CARBALLO PIÑEIRO, Laura. *'Brexit' and International Insolvency Beyond the Realm of Mutual Trust*. *Int. Insolv. Rev.*, 26: 270-294, 2017.

⁴⁹ Seis na Inglaterra, uma em Luxemburgo, um na Espanha, um na Áustria, quatro na Alemanha, duas na Suécia, três na Itália, uma na Bélgica, quatro na Holanda e uma na República Tcheca.

⁵⁰ Em especial o caso *Daisytek*: *Re Daisytek-ISA Ltd* [2003] BCC 562.

⁵¹ Essa restrição – quanto à natureza do procedimento – já era ignorada pelos tribunais ingleses e, mais recentemente, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia passou admitir a abertura de procedimento secundário em processo não liquidatório se demonstrado que é a melhor alternativa para assegurar a administração eficiente dos ativos (*Case C-116/11, Bank Handlowy w Warszawie "SA" v. Christianapol Sp. z.o.o.*). Consultar: SANTEN, Bernard P.A.; de VEN, Fabian A. van; BOON, Gert-Jan. **Opening secondary insolvency proceedings in the EU**. 2015. Disponível em: <<https://www.insol-europe.org/download/documents/697>>. Acessado em 21 de setembro de 2017.

⁵² “The purpose of a secondary proceeding is to allow local creditors of a foreign debtor the opportunity to open a bankruptcy case in their native country, chiefly to enjoy the benefit of local bankruptcy Law. (...) Why allow secondary proceedings? The traditional justification is to respect the sovereignty of local courts that have direct jurisdictional power over locally situated assets, as well as to accord local creditors their rights under domestic bankruptcy law. In other words, secondary proceedings are needed to counteract a perceived “over-relinquishment” of sovereignty in a cross-border insolvency to the main proceeding.” (POTTOW, John A. E. *A New Role for Secondary Proceedings in International Bankruptcies*. *Tex. Int'l L. J.* 46, no. 3, pp. 579-99, 2011, p. 580-581).

⁵³ A exemplo do caso *Nortel*: *In re Nortel Network*, [2009] EWHC (Ch) 206.

interpretadas como estabelecimentos⁵⁴ para fins de aplicação da hipótese legal. Como alguns credores das empresas afiliadas constituídas fora da Inglaterra questionaram a sujeição de seus créditos ao regime concursal inglês, o administrador propôs que, em contrapartida a não abertura dos processos secundários, o pagamento dos créditos respeitasse a ordem de prioridade e os benefícios contemplados pelas leis vigentes nas sedes das empresas afiliadas⁵⁵. A proposta foi chancelada pela justiça inglesa. Esse processo é apontado pela doutrina como uma forma inteligente para solucionar o dilema dos grupos empresariais no tocante ao confronto entre a condução centralizada da reestruturação da atividade empresarial – tendo em vista a sua integração econômica – e o respeito às garantias concedidas pelas leis nacionais aos credores de cada entidade com personalidade jurídica própria⁵⁶⁻⁵⁷. A solução foi denominada pela doutrina de “procedimento secundário sintético”, proposta depois incorporada pela reforma do Regulamento Europeu⁵⁸, porém sem a adoção de um COMI único para todas as entidades do grupo de empresas⁵⁹.

⁵⁴ WESSELS, Bob. *Contracting Out of Secondary Insolvency Proceedings: The Main Liquidator's Undertaking in the Meaning of Article 18 in the Proposal to Amend the EU Insolvency Regulation*, **9 Brook. J. Corp. Fin. & Com. L.**, 2014, p. 78.

⁵⁵ “To avoid such secondary proceedings oral assurances were given by or on behalf of the Joint Administrators to creditors at creditors’ meetings and creditors’ committees’ meetings that if there were no secondary proceedings in the relevant jurisdiction then their respective financial positions as creditors under the relevant local law would as far as possible be respected in the English administration. With only minor exceptions creditors did not seek to open secondary proceedings or take other divisive steps but rather supported the broad strategy which the Joint Administrators had proposed. The Joint Administrators attribute both that degree of restraint on the creditors’ parts and the degree of support which they achieved to such assurances so given, which enabled them to conduct sales achieving very favourable realisations, in all some \$45m more than had been the estimates that they had received.” [*In re Collins & Aikman Eur. S.A.*, [2006] EWHC (Ch) 1343 (Eng.), §8].

⁵⁶ “Collins & Aikman will be an obvious model for the way to harmonize the need for centralization and simplicity, on the one hand, and the respecting of local priorities, on the other. The indirect application of local priorities through the provisions of English statute and case law also neatly balances the charges of imperialism and demonstrates that the application of the “head office functions” test has in fact been a triumph of pragmatism” (MOSS, Gabriel, *Group Insolvency- Choice of Forum and Law: The European Experience Under the Influence of English Pragmatism*, **32 BROOK. J. INT’L L.**, pp. 1005-1018, 2007, p. 1018).

⁵⁷ Edward JANGER ressalta, contudo, que a solução alcançada só foi possível em razão da flexibilidade própria do tribunal de common Law (JANGER, Edward. *Silos: Establishing the Distributional Baseline in Cross-Border Bankruptcies*, **9 Brook. J. Corp. Fin. & Com. L.**, 2014, p. 187).

⁵⁸ Gerard MCCORMACK enfatiza a importância deste precedente na mudança do Regulamento Europeu: “The main thrust of the recast Regulation is however to reduce the circumstances in which secondary proceedings may be opened. It does this by generalising and ‘Europeanising’ some of the practices developed by the English courts in cases like *Re Collins and Aikman Europe SA* (...). In *Re Collins and Aikman* the court developed the notion of ‘synthetic’ secondary proceedings, holding that the UK Insolvency Act was sufficiently flexible so that UK IPs could observe promises made to creditors in other EU states that local priorities would be respected in return for not opening secondary proceedings in these states” (McCORMACK, G., *Something Old, Something New: Recasting the European Insolvency Regulation*. **The Modern Law Review**, 79: 121-146, 2016, p. 133-134).

⁵⁹ Considerando os arts. 40 a 46 e 53 do Regulamento (EU) 2015/848. BORK e MANGANO ressaltam, contudo, que a expectativa que a nova versão do regulamento europeu seguisse a jurisprudência inglesa não se concretizou: “The EIR (novo regulamento) does not contain any rules specifically devoted to the international jurisdiction of companies belonging to a group. This feature should be regarded not as a lacuna in the EIR but as

Como nem tudo são flores, os tribunais ingleses têm sido criticados pela posição adotada no precedente Rubin⁶⁰ e casos que o sucederam⁶¹. Para o ponto que interessa para a presente análise, no caso Rubin, a Suprema Corte inglesa entendeu que o pedido de reconhecimento de decisão estrangeira que não dizia respeito à abertura de um procedimento concursal não estava contemplado na Lei Modelo da UNCITRAL, e também rechaçou a visão anterior de que existiria um dever geral de cooperação em processos de insolvência transnacional, para fins de reconhecimento de decisão estrangeira e deferimento de assistência⁶². Assim, se a decisão estrangeira não observou requisitos específicos do ordenamento inglês – regra estatutária – previstos para as hipóteses de ação real e ação pessoal, a justiça inglesa não teria um dever de prestar assistência ao tribunal estrangeiro em nome do universalismo modificado⁶³.

O terceiro caso que merece destaque é o já bastante debatido processo de insolvência do Lehman Brothers. A empresa de 164 anos de existência, em 15 de setembro de 2008, passou a ser a maior falência já vista. O caso gerou a abertura de 75 processos espalhados por 16 países. Em junho de 2009, o juiz do processo principal – Estados Unidos – aprovou um

a specific choice of policy which is consistent with the ‘entity by entity’ approach endorsed by art. 3. This means that, as a general rule, there will be as many COMIs as there are companies. English courts applied the so-called ‘head-of-the-office functions doctrine’, stressing the role of the company which plays a dominant role within the group (usually the parent company) and interpreting art. 3 OR (antigo regulamento) in a consequential way. This occurred, for instance, in the *Re Daisytek ISA Ltda* case. (...) those who drew up the EIR were expected to adopt the ‘one group – one COMI’ approach and, especially, why they were expected to specify the conditions under which it might be used. Nevertheless, the EU regulator refused to deal with this matter by means of a prescription and only provided some guidance through a recital, which is, as such, non-binding.” (BORK, Reinhard; MANGANO, Renato. **European Cross-Border Insolvency Law**, Capítulo 8, “C-International Jurisdiction”, e-book)

⁶⁰ Rubin v Eurofinance S.A. [2012] UKSC 46. Para uma análise crítica da decisão: AXELROD, Tristan G, *UK Supreme Court Highlights Parochial Roadblocks to Cooperative Cross-Border Insolvency in Rubin v Eurofinance SA*. **Wisconsin International Law Journal**, vol. 31, no. 4, pp. 818-853, 2014.

⁶¹ Fibria Celulose S/A v Pan Ocean Co. Ltd [2014] EWHC 2124 (Ch) (aduzindo que a matéria em debate afetaria direito substancial – cláusula de resolução do contrato acionada pela insolvência e regida pela lei inglesa –, e, assim, estaria fora do escopo de aplicação da Lei Modelo ou das regras da *lex fori concursus*); Singularis Holdings Ltd v PwC [2014] UKPC 36 (apesar de reafirmar a existência do princípio do universalismo modificado, entendeu que ele não pode justificar uma ordem – para fornecer documentos e informações por parte de terceiros em favor do administrador da insolvência – que não tinha previsão semelhante no ordenamento jurídico estrangeiro de abertura do processo principal). Análise crítica das decisões: WESTBROOK, Jay Lawrence. *Interpretation Internationale*, **Temple Law Review**, vol. 87, no. 4, pp. 739-758, 2015; OMAR, Paul. *Diffusion of the Principle in Cambridge Gas: A Sad and Singular Deflation*. **Nottingham Insolvency and Business Law e-Journal**, vol. 3, pp. 573-593, 2015; OMAR, Paul. *Judicial Cooperation in the Post-Singularis World*, **International Corporate Rescue**, Vol 15, Issue 1, pp.1-8, 2018.

⁶² In re HIH Casualty and General Insurance Ltd [2008] UKHL 21, [2008] 1 WLR 852; In Cambridge Gas Transport Corp v. Official Committee of Unsecured Creditors, [2006] UKPC 26, [2007] AC 508.

⁶³ O universalismo modificado foi considerado uma mera tendência e não um princípio a ser seguido: “there has been a trend, but only a trend, to what is called universalism (...) What has emerged is what is called by specialists “modified universalism.” (...) The question, therefore, is one of policy. Should there be a more liberal rule for avoidance judgments in the interests of the universality of bankruptcy and similar procedures? In my judgment the answer is in the negative for the following reasons.” (Rubin v Eurofinance S.A. [2012] UKSC 46, parágrafos 16 e 115).

Protocolo que, apesar de não vinculante, objetivava estimular a cooperação entre as diversas jurisdições de tradições de *Civil Law* e *Common Law* e maximizar os ativos. Segundo o juiz que conduziu o processo norte-americano, James M. PECK, o sucesso de um processo de insolvência desse porte exige a compreensão da crise como fenômeno de impacto local, e a cooperação dos credores e demais agentes envolvidos depende da garantia de que suas prioridades não serão ignoradas no âmbito de um procedimento internacional e integrado⁶⁴. Isso porque, na visão do magistrado, a regulamentação atual promovida pelo universalismo modificado e pela Lei Modelo da UNCITRAL, apesar de fomentarem protocolos de cooperação entre tribunais, ainda é insuficiente para impedir que tendências territorialistas imperem, em detrimento à reorganização de grupos empresariais da complexidade do Lehman Brothers⁶⁵. Rosalind MASON et al. destacam ainda, analisando o desenrolar do caso Lehman nos países asiáticos, que muitas das jurisdições envolvidas não possuem legislação própria sobre o tema ou não adotam a Lei Modelo da UNCITRAL. Portanto, apesar desse instrumento ter sido relevante para cooperação entre os tribunais, não se pode atribuir o sucesso do caso Lehman às regras desenvolvidas pela UNCITRAL⁶⁶⁻⁶⁷, pois mesmo entre países adotantes delas houve conflitos sobre lei aplicável ao caso⁶⁸.

⁶⁴ “All insolvencies are local. They are driven by territorial considerations and priorities, and that is true even in the most international of cases like Lehman. Regardless of the jurisdiction, each separate proceeding necessarily will treat the interests of local constituencies as a priority, not the collective needs of what once upon a time had been a functioning enterprise group. Ideals of the internationalist will fade if those ideals do not benefit home court creditors. (...). We do business globally but resolve insolvency risks locally.” (PECK, James Michael. *Cross-border observations derived from my Lehman judicial experience*. **Butterworths Journal of International Banking and Financial Law**, Vol. 30, n. 3, pp. 131-,133, março/2015, p. 133).

⁶⁵ “This *ad hoc* approach to working together as exemplified by the Lehman Protocol is consistent with the doctrine of so-called modified universalism as embodied in the EU Regulations and the Model Law on Cross Border Insolvency adopted in the US as Chapter 15 of our Bankruptcy Code. These statutory frameworks are a major step in the right direction but are incomplete and inadequate for another failure of Lehman’s proportions. (...). Such procedures, protocols and treaties are essential to overcome our territorial tendencies that, if unchecked, potentially may block effective rescue and resolution of corporate groups that operate globally.” (PECK, James Michael. *Cross-border observations derived from my Lehman judicial experience*, p. 133).

⁶⁶ “[T]he Lehman Brothers case proves that the professions and courts can provide solutions to complex cross-border problems where legislative assistance is unavailable” (MASON, Rosalind F., ATKINS, Scott; MAIDEN, Stewart. *The emerging framework of cross-border insolvency in and around Australia: Saad Investments, Japan Airlines and Lehman Brothers – Part Two*. **International Corporate Rescue**, 8(5), pp. 329-339, 2011, p. 339). Ademais, a Lei Modelo da UNCITRAL foi desenvolvida para solucionar a crise de uma sociedade com bens espalhados por diversos países e, portanto, não regula a insolvência de grupos empresariais.

⁶⁷ Para Stephen LUBBEN e Sarah WOO, a Lei Modelo da UNCITRAL é um instrumento inadequado para resolver insolvência transnacional de instituições financeiras e os autores citam duas principais razões: a) a estrutura do grupo, sobretudo do Lehman Brothers, cuja composição envolve inúmeras subsidiárias com o objetivo de servirem exclusivamente de veículos financeiros, sendo que a operação econômica se concentra efetivamente em apenas duas ou três sociedades; b) a distinção entre os reflexos da crise de uma empresa e de uma instituição financeira. Nas palavras dos autores: “Premised on the noble goal of coordination among coequal courts, the existing literature on the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) model laws and various projects to facilitate the implementation of case protocols is ill equipped to deal with the unique nature of financial institutions. In particular, these tools do little to address the structural dependency that we note in financial institutions like Lehman.” (p.298) e sugerem que “[r]ather than treating the

Outro interessante precedente extrai-se do caso *Ackers v. Saad Investments Company Ltd.*⁶⁹. Saad Investments foi uma companhia constituída e que conduzia suas principais atividades nas Ilhas Cayman; porém possuía bens, no valor aproximado de 7 milhões de dólares americanos na Austrália. Acometida por uma crise insanável, foi aberta falência perante o Poder Judiciário das Ilhas Cayman e o procedimento principal foi reconhecido pelos tribunais australianos. Ocorre, todavia, que a autoridade fiscal australiana foi impedida de habilitar crédito decorrente de tributos inadimplidos e multas tributárias perante o processo principal em trâmite nas Ilhas Cayman⁷⁰ e, quando da apreciação do pedido de remissão dos bens arrecadados no território australiano para o processo principal, o Poder Judiciário da Austrália deparou-se com um conflito em relação ao nível de deferência que deveria prestar ao processo principal em detrimento dos interesses da autoridade fiscal nacional. A decisão conclui que apesar de a Lei Modelo, adotada na Austrália em 2008, aceitar a exclusão de demandas por créditos tributários e previdenciários reclamados por autoridades estrangeiras – regra bastante comum e também adotada pela própria Austrália –, essa previsão não deve ser lida como uma proibição para que o Estado da jurisdição auxiliar seja impedido de receber qualquer crédito tributário antes de remeter os bens ao processo principal. Na visão do tribunal australiano, tal raciocínio – de que apenas o Estado onde tramita o processo principal

entities as equal parts of the resolution, our approach instead subordinates them to the position of one claimant among many. (...) our approach should not be confused with substantive consolidation, as sometimes practiced in U.S. corporate bankruptcy cases. Substantive consolidation is somewhat like the bankruptcy cousin of corporate-law veil piercing, allowing for the judicial merger of a corporate group into a single pool of assets and liabilities. Our approach respects the separate existence of structurally dependent subsidiaries; yet we use the power of the parent company and the reality of corporate groups to their fullest extent in an effort to facilitate the survival of the financial institution.” (LUBBEN, Stephen J.; WOO, Sarah P., *Reconceptualizing Lehman*. **Texas International Law Journal**, Vol. 49, 2014, p. 322-323)

⁶⁸ “[I]t is important to acknowledge some of the shortcomings associated with the Lehman Brothers insolvency that occurred on a global level. For instance, a Lehman Brothers decision in the courts in the USA directly conflicted with an earlier decision from the High Court in England, which decision was subsequently upheld by the UK Supreme Court. This conflict had significant ramifications for cross-border insolvency claims. The problem arose because of differences in domestic insolvency laws, specifically on the effect of ipso facto clauses, and despite recognition of best practice in cross-border insolvencies in both jurisdictions, such as through the adoption of the Model Law. A recent development in Lehman Brothers cross-border insolvency litigation is a settlement reached in Australian litigation between the liquidators of Lehman Brothers Australia and its US parent company. It is reported that a local court decision on ‘the obligations of promoters of financial instruments in Australia and to the rights of investors in such products [was] instrumental to the outcome based on the local Australian court having power to rule on the creditor claims [in the liquidation] in Australia despite the Chapter 11 bankruptcy in the United States.’ (...) This case exemplifies that even when jurisdictions have both adopted the Model Law, differences in local laws in States in which the debtor or its associated companies carried on business may still have an impact, and the outcome may still depend upon the parties reaching commercial settlements in the particular legal and factual context.” (DEANE, Felicity; MASON, Rosalind. *The UNCITRAL Model Law on Cross-border Insolvency and the Rule of Law*. **Int. Insolv. Rev.**, 25: 138–159, 2016, p. 156-167).

⁶⁹ In *Ackers v. Saad Investments Company Ltd*, [2013] FCA 738 (30 July 2013) (Austl.).

⁷⁰ A legislação das Ilhas Cayman reconhece crédito tributário estrangeiro apenas quando demonstrada a reciprocidade entre os países no tratamento desses créditos.

estaria autorizado a habilitar créditos tributários, previdenciários ou de qualquer outra natureza, impedindo similar demanda nos Estados de jurisdição secundária ou auxiliar – viola a soberania nacional e também contraria os princípios de administração justa e eficiente das insolvências internacionais que alicerçam a Lei Modelo⁷¹. Os tribunais australianos enfatizaram, nesse sentido, que o princípio do universalismo não pode ser radicalizado a ponto de sacrificar os interesses de credores locais⁷². O caso *Akers* exemplifica o embate entre interesses locais e a condução centralizada dos procedimentos, sob o auspício de uma lei estrangeira⁷³. Em outras palavras, denota que o universalismo modificado da Lei Modelo, temperado pela regra da “proteção adequada dos credores locais”, pode, a depender da atuação jurisprudencial, colocar em xeque o universalismo e regressar ao sistema tradicional de cada jurisdição por si.

Os precedentes citados fornecem certa dimensão do problema que pretendemos expor acerca dos limites do modelo universalista e, em verdade, de qualquer modelo teórico. Tais limites evidenciam-se na ausência de disciplina na Lei Modelo da UNCITRAL para a

⁷¹ “Importantly, there is nothing in the *Model Law* that seeks to discriminate against the operation of domestic laws imposing tax and penalties, as laws of general application, on the debtor’s estate before it is remitted to the debtor’s centre of main interests. It would not be fair to a domestic sovereign, its taxpayers or others doing business in its territory, or to the international body of the debtor’s creditors, for a debtor’s estate to be freed of any taxation obligation except in the debtor’s centre of main interests, merely because the debtor was subject to a cross-border insolvency governed in another jurisdiction wholly or principally by the *Model Law* where, conformably with the rule of public (or private) international law, foreign taxes and penalties could not be recovered or admitted to proof. Nor is there any reason in principle to exempt a debtor in a cross-border insolvency from all taxation liability in every jurisdiction other than that of its centre of main interests.” [In *Ackers v. Saad Investments Company Ltd*, [2013] FCA 738 (30 July 2013) (Austl.), §38].

⁷² “[T]he sacrifice of the rights (or the value in the rights) of local creditors upon an altar of universalism may be to take the general informing notion of universalism too far. The force of this proposition is to be recognised when one appreciates that the universality of the Model Law is qualified (...) where the interests of local creditors are expressly protected” [*Akers as a joint foreign representative of Saad Investments Company Limited (in Official Liquidation) v Deputy Commissioner of Taxation* [2014] FCAFC 570].

⁷³ Nesse caso foi invocado o precedente *HIH (Re HIH Casualty & General Insurance Ltd [2008] I WLR 852)*, decidido por um tribunal inglês, e que beneficiou o procedimento de liquidação conduzido na Austrália. No precedente *HIH*, o tribunal inglês permitiu que, em homenagem ao universalismo modificado (que a decisão entendeu como sendo um fio condutor da *Common Law* para os casos de insolvência transnacional desde o século XVIII), todos os bens situados na Inglaterra fossem remetidos para Austrália, sem prévio pagamento dos credores locais, a despeito de a ordem de preferência de pagamento sob a lei estrangeira ser desfavorável aos interesses dos credores constituídos de acordo com a lei inglesa. Cumpre destacar que o precedente *HIH* é bastante controvertido e o entendimento foi revisto em decisões posteriores [*Re Alitalia Linee [2011] EWHC 15 (Ch)*]. De toda sorte, Gerard MCCORMACK e Anil HARGOVAN destacam que a decisão tomada no caso *Akers* não significa que os tribunais australianos irão negar, a partir desse precedente, a remessa de bens e sujeição de todos os credores à lei estrangeira, com pagamento a ser definido no âmbito do processo principal. Contudo, ainda há dúvidas de como a regra de “proteção adequada dos credores locais” será aplicada para conceder ou restringir a assistência e deferência ao processo principal: “Of course *Akers* is a somewhat extreme example because the Australian creditor would have received nothing in the foreign liquidation, whereas in the ‘normal’ scenario, the Australian creditor would receive some return in the foreign proceedings, albeit less than under a local distribution. This was the fact situation in *HIH* and it raises the question whether local creditors are adequately protected in these circumstance” (McCORMACK, Gerard; HARGOVAN, Anil. *Australia and the International Insolvency Paradigm*, cit).

insolvência de grupos empresariais, grandes diferenças nas legislações aplicáveis no tocante ao direito material e, sobretudo, nas preocupações com a proteção de credores locais. Saltam aos olhos que as respostas dadas pela jurisprudência são pragmáticas, customizadas para o tratamento de cada um dos processos que bateram às portas do Judiciário e, não raro, reabrem as discussões sobre reciprocidade entre nações na seara do Direito Internacional Privado⁷⁴.

2.2.2 Teste de realidade das insolvências transnacionais perante o Judiciário Brasileiro

Em outros estudos, tivemos a oportunidade de demonstrar que as insolvências de matiz transnacional já chegaram ao Judiciário Brasileiro e, a depender do momento histórico, receberam tratamentos distintos⁷⁵. A tendência da jurisprudência, ao longo dos séculos XX e início do século XXI, estava calcada no modelo territorialista puro, vislumbrando no reconhecimento de qualquer efeito transfronteiriço aos casos falimentares uma violação à soberania nacional⁷⁶.

Não obstante, assim que a Lei 11.101/2005 entrou em vigor, o Judiciário enfrentou dois casos de grande repercussão no Brasil e no exterior, por força da crise de empresas multinacionais. Os casos Parmalat e Varig já foram amplamente debatidos pela doutrina⁷⁷ e

⁷⁴ Consultar: Rubin v Eurofinance S.A. [2012] UKSC 46, § 128.

⁷⁵ Conferir: BECUE, Sabrina Maria Fadel. Insolvência Transfronteiriça: Contribuição Para Fortalecimento do Mercosul. **Rev. Secr. Trib. Perm. Revis.**, v. 7, p. 247-261, 2016; _____, Insolvência Transnacional e a Necessidade de Cooperação entre Tribunais como Resposta aos Novos Desafios Regulatórios. **Monografia vencedora do Prêmio Mario e Inaiah Barros 2015** (nesses trabalhos expusemos a evolução do pensamento do Poder Judiciário desde o caso da Companhia Port of Pará, decidido em 1933 pelo STF, passando pelos processos da Varig e Parmalat, até chegar aos casos mais recentes envolvendo as empresas do empresário Eike Batista e aos processos iniciados em 2015).

⁷⁶ Em 1933 o STF negou a homologação de sentença falimentar proferida por um tribunal francês envolvendo a Companhia Port of Para, sob o argumento que não era possível a homologação se os efeitos pretendidos incidiam exclusivamente em imóvel situado em nosso país (STF - SE 919, Rel. Min. PLÍNIO CASADO). Sob a égide do Decreto-lei 7.661, Trajano de Miranda VALVERDE comentou o caso da PAN AM, destacando que “o ativo da companhia norte-americana que estava no Brasil responderá exclusivamente pelo passivo aqui assumido, não sendo arrecadado pelo juízo no exterior.” (VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências**. 4ª ed. atual. por J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos, v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 144). Em anos mais recentes, o STJ negou a homologação de sentenças de falência proferidas pela justiça portuguesa com o argumento de competência exclusiva da justiça brasileira (STJ - SEC 1734/PT, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, j. 15/09/2010; SEC 1735/EX, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, j. 12/05/2011).

⁷⁷ CHRISTOPH, Megan. *Airline Reorganization under the New Bankruptcy and Restructuring Law of Brazil*, **13 Law & Bus. Rev. Am.** 451, 2007; LOBO, Otto Eduardo Fonseca et al., *Varig Airlines: Flying the Friendly Skies of Brazil's New Bankruptcy Law with Help from Old § 304*, **AM. BANKR. INST. J.**, July/Aug. 2007; GAUNT, Kevin. *Caveat Lessor: U.S. Aircraft Financiers Beware: 11 U.S.C. § 1110 Expectations May Not Be Met in Cross-Border Insolvencies*, **6 BYU Int'l L. & Mgmt. R.** 43, 2010; CHAMPI JR, Afonso;

veículos especializados⁷⁸, todavia ainda guardam importância por terem sido os dois primeiros testes da então nova lei concursal brasileira, editada num período de economia globalizada, e que inaugurava o instituto da recuperação judicial.

O caso Parmalat iniciou-se, em verdade, ainda sob a égide do Decreto-lei 7.661/1945, por intermédio do procedimento de concordata preventiva⁷⁹, porém com vistas a incluir mecanismos mais próximos de um plano de reestruturação nos padrões da lei que aguardava período de *vacatio legis*⁸⁰. Ao presente estudo, importam os relatos sobre a cooperação *ad hoc* estabelecida entre os Poderes Judiciários brasileiro, italiano e norte-americano, ainda que desacompanhada de protocolo formal, com o objetivo de possibilitar condições favoráveis à reestruturação das sociedades sediadas aqui e nos demais países⁸¹.

Por sua vez, o processo da Varig deve ser contextualizado em um cenário de colapso do setor aéreo que, até o advento da Lei 11.101/2005, não podia se beneficiar do procedimento de concordata para equacionar suas dívidas. Em suas disposições finais e transitórias, a LRF disponibilizou seus institutos para as companhias aéreas com a ressalva que os contratos de

BARBOSA, Djalma Gonçalves. **Diário de uma crise: lições do caso parmalat**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2004.

⁷⁸ **MIGALHAS**. Advogados da Parmalat entram com o primeiro pedido de recuperação de empresas em São Paulo, quarta-feira, 29 de junho de 2005. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI13602,11049-Advogados+da+Parmalat+entram+com+o+primeiro+pedido+de+recuperacao+de>>. Acessado em 04.07.2016.

⁷⁹ A concordata foi consequência da crise que acometeu a matriz italiana do grupo, após seus dirigentes serem acusados de fraude, e perante o Judiciário as concordatárias enfrentaram intervenção judicial, além da demora de quase cinco meses na avaliação do pedido de concordata por força de disputa acerca da definição do juízo competente para apreciar o pedido. Em 24 de junho de 2005, poucos dias após a Lei 11.101/2005 entrar em vigor, foi requerida a “migração” da concordata preventiva para o procedimento de recuperação judicial e o pedido foi prontamente aceito. Ver: MOREIRA, Talita. Parmalat brasileira aguarda concordata. **Valor Econômico**, 05.07.2004. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/arquivo/421525/parmalat-brasileira-aguarda-concordata>>. Acessado em 04.07.2016; PORFÍRIO, Fernando. SALVA PELO GONGO: Justiça aceita pedido de recuperação judicial da Parmalat, **Consultor Jurídico**, 30 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005-jun-30/justica_aceita_recuperacao_judicial_parmalat>. Acessado em 04.07.2016.

⁸⁰ A esse respeito, consultar: BASTOS, Joel Luís Thomaz. O Caso Parmalat. In: OLIVEIRA, Fátima Bayma de. **Recuperação de Empresas: uma múltipla visão da lei**. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

⁸¹ Segundo Fernando LOCATELLI: “Although the Brazilian court had applied the territoriality principle to exercise jurisdiction over all the assets located in Brazil, the international feature presented had forced the Brazilian courts to work very closely with foreign courts, creditors, and competent authorities to coordinate the global company restructuring. Although international protocols were not made at that moment, the interested parties in Brazil, Italy and the United States established a sort of ad hoc coordination of litigation occurring in each country. Moreover, the creditors’ representatives and intervener appointed by the Italian government also coordinated the actions between themselves” [LOCATELLI, Fernando. *International Trade and Insolvency Law: Is the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency an Answer for Brazil? (An Economic Analysis of Its Benefits on International Trade)*, cit. p. 226]. Mesma opinião manifestada por COLOMBO, Giuliano; et. al. **Cross-Border Insolvency in Brazil: A Case for the Model Law**. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Papers_for_Congress/117-COLOMBO_KAYE_LANGEN_LUTKUS_SHIRLEY_and_TURETSKY-Cross-Border_Insolvency_in_Brazil.pdf>. Acessado em 16 de setembro de 2017.

arrendamento mercantil, ou qualquer modalidade de arrendamento de aeronaves, não seriam suspensos e os créditos deles derivados não se submeteriam aos efeitos da recuperação judicial⁸²⁻⁸³. A realidade, via de regra, desafia o texto legal e entre os muitos debates em torno do caso Varig estava justamente o arresto de aeronaves perante a justiça norte-americana. A cooperação *ad hoc* entre o magistrado encarregado do processo de recuperação brasileiro e o juiz norte-americano, que concedeu proteção à empresa a fim de evitar a constrição dos aviões, foi fundamental para que os mecanismos de soerguimento não fracassassem naquele momento inicial⁸⁴. Vemos, desse modo, que às vésperas de sua promulgação e dias após a entrada em vigor, a lei concursal já não trazia respostas aos dilemas confrontados pelo Judiciário Brasileiro e às necessidades das empresas multinacionais.

Em anos mais recentes, o Judiciário Brasileiro enfrentou a intrincada questão sobre a possibilidade de inclusão de empresas constituídas no estrangeiro em processo de recuperação judicial iniciado no Brasil. O entendimento prevalente, até o momento, é que, por inexistir vedação expressa em nosso ordenamento⁸⁵ e, segundo, tratando-se de empresas estrangeiras não operacionais, dedicadas tão somente a atuar como veículos de financiamento das sociedades brasileiras, a inclusão é necessária para não comprometer o sucesso do plano de salvamento. Inobstante a ausência de regramento pátrio sobre o tema, o Poder Judiciário valeu-se de conceitos próprios de regimes internacionais, a exemplo do critério definidor de competência baseado no centro de interesses principais, para justificar o posicionamento favorável à inclusão⁸⁶.

⁸² MAIA, Vinícius Fernandes Costa. A Lei 11.101/2005 Aplicada ao Caso de Recuperação Judicial da Varig, **Revista Direito e Liberdade - ESMARN** - v. 10, n. 1, p. 255 – 272 – jan/jun 2009.

⁸³ O processo de recuperação judicial foi ajuizado em 17 de junho de 2005, apenas oito dias após a entrada em vigor da Lei 11.101/2005, e nesta mesma data a empresa buscou proteção perante a justiça norte-americana através da abertura de um procedimento acessório nos termos do revogado § 304 da lei falimentar daquele país.

⁸⁴ Nesse sentido, consultar: CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. *The Legal Framework for Cross-Border Insolvency in Brazil*, **Houston Journal of International Law**, vol. 32, pp. 97-159, 2009.

⁸⁵ No caso OGX Petróleo, a decisão de primeiro grau indeferiu a inclusão de empresas estrangeiras sob o argumento de que: “O direito pátrio não pode ser aplicado e muito menos a sua proteção jurídica pode ser concedida para uma empresa chinesa, coreana, tailandesa, austríaca ou holandesa, sob pena de violação da soberania da legislação pátria daqueles países ou absoluta inaplicabilidade sem o amparo legal.” (OGX Petróleo e Gás Participações S/A. Processo n.º 0377620-56.2013.8.19.0001, 4ª Vara Empresarial da Comarca da Capital – Rio de Janeiro, Decisão prolatada em 21.11.2013). Todavia, foi reformada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: “[N]ão se está erigindo o Estado Juiz à condição de legislador positivo. A ausência de previsão normativa quanto à aplicação do instituto da recuperação judicial além dos limites territoriais, se não o autoriza, por outro lado não o veda.” (TJRJ- AI n.º 0064658-77.2013.8.19.0000, 14ª CC, Rel. Des. GILBERTO CAMPISTA GUARINO, J. 19.02.2014).

⁸⁶ “A existência de empresas estrangeiras no polo ativo da presente demanda não é vedada por lei. Não obstante o Brasil não tenha ainda adotado a Lei Modelo da UNCITRAL para falências transnacionais, nada impede que empresas constituídas no exterior, mas que tenham no Brasil o centro principal de suas atividades (COMI – Center of Main Interest) e sejam inequivocamente controladas e integrantes de grupo econômico

Observamos que eventos de insolvência transnacional estão se avolumando perante o Judiciário brasileiro⁸⁷ e também levantando questionamentos acerca do reconhecimento de decisões proferidas pelos tribunais nacionais no exterior⁸⁸. Os dilemas são muitos: nos casos Parmalat e Varig, o Poder Judiciário buscou e sabiamente se valeu da cooperação direta com tribunais estrangeiros a fim de resguardar os procedimentos de recuperação judicial, inobstante a ausência de instrumentos legais típicos para tanto; ao passo que os casos posteriores revelaram as incertezas sobre a possibilidade de sujeição de empresas estrangeiras (indispensáveis para sucesso da reestruturação do grupo empresarial sediado no Brasil) às decisões proferidas por magistrados brasileiros, bem como o aumento de processos judiciais iniciados pelas e para proteção das empresas brasileiras perante tribunais estrangeiros. Ademais, o Judiciário brasileiro atua de modo contraditório, como veremos mais adiante, ao admitir a sujeição de empresas estrangeiras ao procedimento local; porém, não reconhece os efeitos de decisão estrangeira de abertura de processo de insolvência⁸⁹.

Os precedentes brasileiros também expõem o conflito doutrinário subjacente aos modelos teóricos – modelos universalista e territorialista –, nos termos descritos sumariamente acima e, sobretudo, que a ausência de regras próprias para insolvência transnacional impõe obstáculos, mas não pode permitir que o Judiciário feche os olhos para essa realidade.

empresarial brasileiro, requeiram perante a Justiça brasileira a tutela legal prevista na Lei 11.101/2005. No caso, as requerentes constituídas no exterior são integralmente controladas pela OAS S/A e atuam apenas e tão somente como instrumentos de captação de recursos no exterior, sem atuação operacional.” (Caso Grupo OAS. Decisão proferida em 01.04.2015 no processo n.º 1030812-77.2015.8.26.0100, em trâmite perante a 1ª Vara de Falências e Recuperação Judicial de São Paulo- Capital).

⁸⁷ Por exemplo: Caso Grupo Grupo Schahin. Decisão proferida em 04.05.2015 no processo n.º 1037133-31.2015.8.26.0100, em trâmite perante a 2ª Vara de Falências e Recuperação Judicial de São Paulo- Capital.

⁸⁸ Como exemplo, citamos a decisão de reconhecimento nos Estados Unidos do processo de recuperação judicial do Grupo OAS, que tramita no Brasil, como processo principal para fins de aplicação das regras assentadas na lei modelo da UNCITRAL: In re OAS S.A., 533 B.R. 83 (Bankr. S.D.N.Y. 2015) (Case No. 15-10937 - SMB). Sobre o processo envolvendo a Construtora OAS, consultar: SEIFE, Howard; VAZQUEZ, Francisco. Experiência Transnacional de Empresas Brasileiras nos Estados Unidos e os Benefícios da Lei Modelo. In: ELIAS, Luiz Vasco. **10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências - Reflexões Sobre A Reestruturação Empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, pp. 173-198, 2015. Também a decisão da Rede Energia S/A: In re Rede Energia S.A., 515 B.R. 69, 98 (Bankr. S.D.N.Y. 2014) (Case No. 14-10078-scc).

⁸⁹ A título de exemplo citamos o Caso Manacá, no qual o STJ entendeu que a homologação de sentença estrangeira que decretou falência de sociedade sediada nas Ilhas Virgens Britânicas, mas que era detentora de 95% do capital social de uma sociedade brasileira em recuperação judicial (Manacá S/A Armazéns Gerais e Administração) ofenderia a soberania nacional, porque poderia colocar em risco a recuperação judicial desta. E, ainda: “o deferimento do pedido homologatório chancelaria uma decretação "parcial" de falência do Grupo do qual faz parte a empresa requerida, o que não é possível. Com efeito, a empresa requerida tem sede no Brasil e aqui exerce suas atividades. Assim, a validação de sentença de quebra de empresa (Gutmen) que representa quase que a totalidade das ações da empresa aqui sediada (Manacá S. A. Armazéns Gerais e Administração) desrespeitaria o disposto no art. 3º da Lei nº 11.101/2005” (STJ- SE 11.277 – EX, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, j. 15 de junho de 2016).

2.3 Conclusão Parcial

Essas linhas iniciais objetivaram ilustrar, partindo de casos concretos, as dificuldades advindas das crises transfronteiriças, e que tais embaraços não decorrem exclusivamente da ausência de um regime próprio de insolvência transnacional; por conseguinte, não serão solucionados pela mera promulgação de regras formais para disciplinar procedimentos dessa natureza. Os casos *Collins & Aikman e Ackers v. Saad Investments* exprimem a complexidade das relações jurídicas e dos interesses envolvidos num procedimento transnacional, exigindo, em razão das particularidades de cada processo, respostas customizadas. Por sua vez, os processos de Nortel, Lehman Brothers, Parmalat e Varig – cada qual dentro de seu contexto – revelam outra faceta: a imprescindibilidade de cooperação entre tribunais de diferentes jurisdições, com envolvimento direto e ativo das autoridades que dirigem os processos concursais. Já o precedente *Rubin* é bastante criticado por refrear a cooperação entre jurisdições.

Todavia, a assimilação pelo Poder Judiciário brasileiro de processos com efeitos transnacionais não pode ser feita de forma unilateral, fracionada ou condicionada ao fato de a sociedade estrangeira ser mero veículo financeiro (desprovida de atividade operacional) do grupo empresarial sediado no Brasil. A defesa de soluções casuísticas, moldadas às necessidades de cada estrutura empresária, não se confunde com paroquialismo e não pode ocasionar insegurança jurídica, ou seja, invocar conceitos da Lei Modelo da UNCITRAL para sujeitar sociedades estrangeiras aos efeitos do processo iniciado aqui, ignorando o dinamismo do mercado e que em outras circunstâncias – tal como verificamos nos processos dos *Lehman Brothers* e *Nortel* – a acentuada integração econômica dos grupos empresariais reivindica cooperação entre ordenamentos jurídicos.

Desta feita, a exposição a partir das dificuldades suscitadas pelos casos concretos não visa a desconsiderar as vantagens de regras calcadas na Lei Modelo da UNCITRAL ou em outros padrões aceitos globalmente; ao contrário, não resta dúvida de que a adoção de um regime de insolvência transnacional traz ganhos à segurança jurídica. No entanto, esses precedentes indicam a insuficiência do arquétipo legal, que demandam até o momento soluções pragmáticas⁹⁰, e que a ausência de regramento não protege o Poder Judiciário contra

⁹⁰ A doutrina, de forma majoritária, destaca e qualifica o universalismo modificado e o regime da Lei Modelo como um compromisso pragmático, ainda em construção. Nesse sentido: Westbrook, Jay. *Chapter 15 at last. American Bankruptcy Law Journal* 79(3), pp. 713-728, 2005, p. 716 (“Universalism is now characterized as modified universalism, meaning a pragmatic approach that seeks to move steadily toward the ideal of

processos desse matiz. Ocorre que o pragmatismo dos tribunais, inobstante sua importância nos momentos iniciais e diante da indefinição do melhor regime a ser adotado para insolvências transnacionais, não fornece alicerces para formação de uma teoria sólida⁹¹ ou construção de um sistema.

Na tentativa de suplantar o mero casuísmo, os próximos capítulos serão dedicados a demonstrar quais são os escopos e os limites da Lei Modelo da UNCITRAL, bem como as possíveis razões para sua predominância na seara do comércio internacional e, de outra parte, os possíveis fatores de resistência para sua incorporação à legislação brasileira, para, ao final e a partir da doutrina estrangeira, aludir às bases iniciais de formação de um sistema que auxilie na adoção e interpretação de regras transfronteiriças pelo Brasil.

universal proceedings while accepting the reality of step-by-step progress through cooperation”); McCORMACK, Gerard; *Universalism in Insolvency Proceedings and the Common Law*, **Oxford Journal of Legal Studies**, Volume 32, Issue 2, Pages 325–347, June/2012, p. 347 (“A universalist aspiration has had to give way to pragmatic realities. In short, there is no ‘end of history’ for international insolvency Law”); WALTERS, Adrian, *Modified Universalisms & the Role of Local Legal Culture in the Making of Cross-Border Insolvency Law*, p. 3 (“Universalism’s ambitions are grand. Yet its methods are pragmatic and realistic”).

⁹¹ FLESSNER, Axel, *Philosophies of Business Bankruptcy Law: An International Overview*, in: ZIEGEL, Jacob S. (ed.), **Current Developments in International and Comparative Corporate Insolvency Law**, Oxford, pp. 19- 28, 1994.

3. A PRODUÇÃO NORMATIVA DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS E A PREVALÊNCIA DA UNCITRAL

3.1 Governança Global e a fragmentação da produção normativa

Não é possível abordar a insolvência transnacional de forma dissociada da globalização e, ainda, da governança global. Globalização é um vocábulo bastante abrangente, cujo significado varia a depender da lente empregada na investigação⁹². Contudo, podemos adotar como base conceitual a ideia de intensificação das relações, numa escala mundial e de forma regular, associada aos reflexos que a expansão e a intensidade de trocas – não apenas econômicas, mas também a comunicação e o relacionamento político e social – provocam no contexto local⁹³. Por sua vez, governança refere-se à fragmentação da autoridade política, distribuída entre atores governamentais e não governamentais, em oposição à noção de governo como autoridade central que emana do Estado e retira sua legitimidade do sistema constitucional. Assim, governança e governo são tipos ideais que representam lados opostos em uma escala entre fragmentação e centralização de autoridade⁹⁴. Governança global, portanto, refere-se à fragmentação da autoridade em âmbito internacional ou supraestatal, por meio da interação de diferentes atores (agentes públicos e privados, Estados, Organizações Não Governamentais, associações profissionais, entre outros), cujos interesses são

⁹² Afirma Boaventura de Souza SANTOS que “não existe estritamente uma entidade única chamada globalização; existem, em vez disso, globalizações; em rigor, este termo só deveria ser usado no plural” (SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. **Lua Nova**, São Paulo, n. 39, p. 105-124, 1997, p. 107).

⁹³ Para David HELD et.al: “Globalization can be taken to refer to (...) a transformation in the organization of human affairs by linking together and expanding human activity across regions and continents. Without reference to such expansive spatial connections, there can be no clear or coherent formulation of this term. Accordingly, the concept of globalization implies, first and foremost, a *stretching* of social, political and economic activities across frontiers such that events, decisions and activities in one region of the world can come to have significance for individuals and communities in distant regions of the globe. (...) Beyond this, globalization implies that connections across frontiers are not just occasional or random, but rather are regularized such that there is a detectable *intensification*, growing magnitude, of interconnectedness, patterns of interaction and flows” (*Rethinking Globalization*. In: HELD, David; McGREW, Anthony. **The Global Transformations Reader: An Introduction to the Globalization Debate**. Second Edition. Cambridge: Polity Press, pp. 67-74, 2003, p. 67). De modo similar: “Globalization can thus be defined as the intensification of worldwide social relations which link distant localities in such a way that local happenings are shaped by events occurring many miles away and vice versa. (...) *Local transformation* is as much a part of globalization as the lateral extension of social connections across time and space.” (GIDDENS, Anthony. *The Globalizing of Modernity*. In: HELD, David; McGREW, Anthony. **The Global Transformations Reader: An Introduction to the Globalization Debate**, pp. 62-66, p. 62).

⁹⁴ “[G]overnment and governance can be understood as the ideal typical poles of a continuum that differentiates centralized and fragmented authority along seven dimensions: geography, function, distribution of resources, interests, norms, decisionmaking, and policy implementation”. (KRAHMANN, Elke. *National, Regional, and Global Governance: One Phenomenon or Many?* **Global Governance**, vol. 9, no. 3, pp. 323-346, 2003, p. 332).

heterogêneos e serão tutelados por modelos plurais de corpos normativos, vinculantes e não vinculantes. A ausência de uma autoridade central fragiliza a noção de hierarquia na produção de normas e do poder coercitivo na fase de execução, razão pela qual o foco de análise deve ser de que maneira e com que extensão essas outras esferas de autoridade (ou a pluralidade de atores referidos acima) – para usar a expressão de James ROSENAU – conseguem convencer o público-alvo a seguir suas orientações e respeitar as normas por elas editadas⁹⁵. No entanto, ainda que governança e governo estejam situados em polos opostos da gradação referida, isso não significa que o Estado esteja encolhendo⁹⁶, mas tão somente que há um compartilhamento (mais) horizontal⁹⁷ de poder e de políticas públicas a ser conduzidas pelos Estados e por, ou em conjunto com, instituições privadas. Esse fenômeno foi ampliado com a globalização e guarda relação com as referências doutrinárias ao pluralismo jurídico⁹⁸ ou, especificamente, com o denominado Direito Transnacional. Este último deve ser entendido como uma ferramenta metodológica, cujo foco de investigação é a transformação das instituições jurídicas no contexto evolutivo da sociedade⁹⁹ e propõe que as normas sejam tomadas por sua perspectiva funcional, superando a presunção de base territorial da lei com determinado

⁹⁵ ROSENAU, James N. *Governance in a New Global Order*. In: HELD, David; MCGREW, Anthony (ed.). **The Global Transformations Reader: An Introduction to the Globalization Debate**, pp. 223-233, p. 227.

⁹⁶ “The global does not exclude the local, but rather they interact in very complex, sometimes contradictory ways” (TWINING, William. **Globalisation & Legal Theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 5). No mesmo sentido: MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. **Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no direito transnacional**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 35.

⁹⁷ SLAUGHTER, Anne-Marie. *Governing the Global Economy through Government Networks*. In: BYERS, Michael (ed.). **The Role of Law in International Politics**. Oxford University Press, 2000.

⁹⁸ Este conceito também não é unívoco, porque apesar de, como regra geral, sintetizar a coexistência de múltiplas ordens jurídicas que produzem normas estatais e não estatais, para alguns este fenômeno se coloca num plano dual entre forças estatais e forças de mercados, ordem privada *versus* ordem pública (AMAN, Alfred C. *The Limits of Globalization and the Future of Administrative Law: From Government to Governance*, **Indiana Journal of Global Legal Studies**, Vol. 8, Iss. 2, 2001); enquanto, na visão de outros estudiosos esta contraposição não existe (ZUMBANSEN, Peer. *Defining the Space of Transnational Law: Legal Theory, Global Governance, and Legal Pluralism*. **Transnational Law and Contemporary Problems**, vol. 21.2, 2012). Para Lauro GAMA JR: “uma visão calcada no *pluralismo jurídico* logra acomodar os fenômenos jurídicos de criação não-estatal, superando a (falsa) identificação entre Estado e direito que o positivismo impôs ao pensamento jurídico contemporâneo. Deste modo, a hipóteses pluralista permite apreciar as várias ordens jurídicas – estatais ou não – em sua interação recíproca, influenciando-se mutuamente, em verdadeiro *diálogo das fontes*.” (**Contratos Internacionais à luz dos Princípios do UNIDROIT 2004**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 159).

⁹⁹ Nesse sentido também se manifestam Andreas FISCHER-LESCANO e Gunther TEUBNER: “[I]mpact of societal fragmentation upon law, which requires us both to extend our concept of law to encompass norms lying beyond the legal sources of Nation-State and international law, and, at the same time, to reformulate our concept of the regime. (...). Transnational communities, or autonomous fragments of society, such as, the globalized economy, science, technology, the mass media, medicine, education and transportation, are developing an enormous demand for regulating norms which cannot, however, be satisfied by national or international institutions. Instead, such autonomous societal fragments satisfy their own demands through a direct recourse to law” (TEUBNER, Gunther, FISCHER-LESCANO, Andreas. *Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*. **Michigan Journal of International Law**, Vol. 25, No. 4, pp. 999-1046, 2004, p. 1010). Mas diferente de Peer ZUMBANSEN, os autores parecem reconhecer ainda uma dicotomia entre as esferas de autonomia transnacional, com o espaço nacional ou internacional.

Estado. Peer ZUMBANSEN teoriza sobre direito transnacional como uma maneira de suplantiar as dicotomias entre público/privado, forma/substância, nacional/internacional e, sobretudo, para ultrapassar a categorização entre lei e ‘não lei’: “*transnational Law emerges as a particular perspective on Law as part of a society that itself cannot sufficiently be captured by reference to national or de-nationalised boundaries*”¹⁰⁰. Pretende o autor explicar os regimes que não são completamente independentes dos ordenamentos nacionais, porém alcançam além das fronteiras nacionais e se relacionam com espaços tidos por transnacionais ou híbridos. Portanto, a análise funcional repudia a categorização do que é norma, em especial se há vínculo com o Estado, para, em vez disso, apreciar o papel e a relação entre regulação e sociedade¹⁰¹. Nessa mesma orientação, a dinâmica entre local e global é bem apreendida por Saskia SASSEN¹⁰² ao apontar que agentes privados, ao fomentarem a utilização de instrumentos normativos de origem externa, precisam convencer cada Estado a legitimá-los e incorporá-los.

A tônica proposta não é, portanto, escolher entre regimes antagônicos – se emanado do Estado ou oriundo de forças do mercado – mas compreender a sobreposição das múltiplas fontes normativas, seu entrelaçamento e recíproca influência. Daí porque inquirir sobre as normas produzidas por ou no âmbito de organizações internacionais – seus atores específicos e objetivos subjacentes –, sobre os métodos de sua propagação, sobre a forma como legisladores e reguladores nacionais se envolvem no processo normativo e seus respectivos limites, ganham um significado próprio.

Alinhados ao cenário acima, Terence C. HALLIDAY e Bruce G. CARRUTHERS¹⁰³⁻¹⁰⁴ desenvolveram a Teoria da Recursividade¹⁰⁵ da lei, com especial aplicação para insolvência

¹⁰⁰ ZUMBANSEN, Peer. *Defining the Space of Transnational Law: Legal Theory, Global Governance, and Legal Pluralism*. **Transnational Law and Contemporary Problems**, 21.2, 2012, p. 325.

¹⁰¹ Para ZUMBANSEN, a partir da visão funcional da lei/Direito, não há como se admitir uma crise da lei em razão da globalização. As rupturas e crises precedem a globalização e são decorrência das mudanças sociais. Dentre as muitas mutações, ele cita o campo da insolvência que “(has) long been understood as embedded in historically evolved political and regulatory economies. Today, these fields display a distinctly transnational character” (*Defining the Space of Transnational Law: Legal Theory, Global Governance, and Legal Pluralism*, p. 314).

¹⁰² “[The] emergent orderings contribute to produce an operational space partly embedded in particular components of national legal systems which have been subjected to specialized denationalizations; thereby these orderings become capabilities of an organizing logic that is not quite part of the national state even as that logic installs itself in that state” (SASSEN, Saskia. *Neither global nor national: novel assemblages of territory, authority and rights*, **Ethics & Global Politics**, 1:1-2, pp. 61-79, 2008, p. 65).

¹⁰³ Consultar: HALLIDAY, Terence C. *Recursivity of Global Normmaking: A Sociolegal Agenda*, **Annual Review of Law and Social Science**, Vol. 5:263-289, 2009; HALLIDAY, Terence C; CARRUTHERS, Bruce G. *The Recursivity of Law: Global Norm Making and National Lawmaking in the Globalization of Corporate Insolvency Regimes*, **112 American Journal of Sociology** 1135, 2007.

transnacional. Tanto a Teoria da Recursividade, como a origem da nossa curiosidade científica, decorrem de duas importantes constatações: i) a existência de uma intensa produção normativa desenvolvida em escala supranacional e que, em alguma medida, influencia a regulamentação nacional; ii) a identificação de padrões normativos internacionais que alcançaram significativo consenso entre diferentes atores e instituições e, inobstante, não refletem uma convergência absoluta quando confrontados com as práticas nacionais. A partir dessas constatações, HALLIDAY e CARRUTHERS introduziram uma ferramenta metodológica para pesquisar como e de onde emergem os padrões internacionais; de que maneira a produção legislativa nacional se envolve na elaboração de normas transnacionais e vice-versa e, principalmente, quais os limites ou lacunas entre a lei formal e sua adoção dentro do contexto globalizado, enfatizando que o processo de construção normativa e a vivência prática das normas estão umbilicalmente relacionados.

A metodologia proposta por HALLIDAY e CARRUTHERS coloca o processo de produção normativa como peça central para compreender as mudanças nas orientações políticas e nos regimes legais, quer estejam eles limitados às fronteiras estatais ou não, bem como para avaliar o abismo que pode existir entre lei formal e a prática. Nessa linha, as mudanças normativas são frutos de um procedimento dinâmico e recursivo¹⁰⁶, de modo que o resultado depende da influência exercida pelos atores do processo, do sentido incrustado nos conceitos legais adotados, do poder das instituições e, por fim, do formato da norma. O ingrediente principal da análise não é a norma isoladamente – como uma cobaia em laboratório –, mas os ciclos de reforma orientados pelo abismo entre lei formal – positivada – e sua adoção efetiva. Na seara da insolvência transnacional, os ciclos de reforma respondem

¹⁰⁴ A teoria da recursividade legal é reconhecida por muitos autores e foi aplicada em diversas áreas do conhecimento e não apenas em relação ao regime de insolvência transnacional. Ver: Levy, D., *Recursive cosmopolitization: Argentina and the global Human Rights Regime*. **The British Journal of Sociology**, 61: 579–596; Baker, RB, 2016; _____, *Legal Recursivity and International Law: Rethinking the Customary Element*, **Dartmouth Law Journal**, 14 (1), pp. 41-66.

¹⁰⁵ O termo já tinha sido empregado por John BRAITHWAITE e Peter DRAHOS: “The recursive quality of global regulation means that there are many possible points of entry to influence the direction of change. Some actors, however, are major motors of transformation and others are not” (**Global Business Regulation**. Cambridge: Cambridge University Press, Capítulo 20, ebook)

¹⁰⁶ HALLIDAY define processo recursivo da seguinte maneira: “by recursivity, I emphasize the dynamic interplay of multiple reform cycles between law on the books and law in action within and between national and global lawmaking forums and sites of implementation. By framework, I specify an approach to domestic and global legal change that offers a way to conceptualize and generate questions about legal change. More than this, the framework incorporates a set of hypotheses about when settling occurs from efforts at legal change and how the long arc of episodes of legal change begin, proceed, and end.” (*Recursivity of Global Normmaking: A Sociolegal Agenda*, p. 269, nota 3).

ou decorrem também de pressões internacionais¹⁰⁷ e podem ser avaliados por três perspectivas: i) produção normativa entre atores globais; ii) produção normativa no âmbito nacional, e iii) interação entre produção nacional e global.

Em essência, afirma HALLIDAY, “*normmaking (...) is an exercise of power, a struggle among competing actors in global arenas, a source of conflict between the global and local*”¹⁰⁸, já que todo processo envolve algum nível de negociação atinente à escolha do formato das normas e do seu conteúdo, além de ser desencadeado por crises e contradições internas. A utilização das normas aponta para deficiências e lacunas a ser corrigidas por mudança normativa; contudo, por sua vez, aquelas mesmas lacunas e o modo de adoção das normas possuem raízes também no processo de produção normativa. Isso porque, se o procedimento de criação está maculado por vícios quanto à legitimidade de seus atores e à justiça procedimental ou, ainda, não acarreta mudanças institucionais necessárias para a aplicação eficiente do conteúdo normativo, a prática não seguirá fielmente o modelo teórico almejado.

Ciente de que a prática afeta a produção normativa com a mesma intensidade com que o processo criativo disciplina o grau de sucesso na adoção das normas, a sociologia jurídica busca aproximar esses dois momentos. É possível, assim, mapear as razões que asseguram maior efetividade a algumas normas, em oposição a resistências ou deformações por elas sofridas, e o limite de cada corpo normativo na promoção de mudanças. O escrutínio inicia com a delimitação das tensões entre lei formal e a prática da lei, a partir de quatro pontos críticos: a) o descompasso entre os autores responsáveis pela produção normativa e os destinatários dos textos; b) a indeterminação e a ambiguidade ínsita aos textos normativos; c) diagnósticos que, em regra, vão ocasionar diferentes opiniões sobre a raiz dos problemas e possíveis soluções; d) contradições internas do texto normativo. No primeiro item, a exclusão de atores-chave, envolvidos no cotidiano da lei, da discussão acerca da reforma aumenta a resistência que aqueles atores farão ao novo regime. Contradições internas, indeterminações e abstrações podem ser fruto de competição entre os articuladores da norma ou, ainda, do confronto de ideologias, mas inevitavelmente estarão sempre presentes. Por fim, diagnósticos falhos, em razão de diferentes visões do problema e/ou porque realizados por entidades

¹⁰⁷ Pressão econômica imposta por fortes instituições financeiras e Nações bem desenvolvidas; poder de persuasão de instituições internacionais e modelos normativos sugeridos por organizações internacionais que gozam da confiança dos países menos desenvolvidos.

¹⁰⁸ HALLIDAY, Terence C., *Recursivity of Global Normmaking: A Sociolegal Agenda*, p. 269.

desprovidas de real conhecimento do ambiente institucional, também contribuem para proliferação de tensões e reformas ineficientes¹⁰⁹.

Dada a matiz internacional do objeto em estudo, daremos maior ênfase ao terceiro ciclo, ou seja, o inter-relacionamento entre mudanças normativas nacionais e supranacionais.

A teoria recursiva tem em seu favor a constatação que reformas domésticas – pelo menos em alguns campos, como o da insolvência – não são imunes ao contexto internacional e que toda mudança é decorrência de tentativas e erros, adaptações e negociações¹¹⁰. Isso não significa que os agentes envolvidos estão em condições de igualdade, ao contrário, os quatro pontos de tensão enumerados acima evidenciam a assimetria de poder e a teoria avança justamente ao incorporar todos esses fatores e discrepâncias no processo dinâmico de produção e implementação normativa.

O processo recursivo é histórico, contingente e dinâmico. A trajetória histórica vai condicionar os avanços e, por isso, as reformas explicitam soluções factíveis para dado momento. Contingente ao reconhecer, além dos limites impostos pelo contexto, o grau de influência de cada agente e o risco inerente às possíveis escolhas. Dinâmico por refletir as negociações entre interesses globais e locais.

3.1.1 A produção normativa das Organizações Internacionais (OIs)

A produção normativa fragmentada e levada a cabo também por entidades desvinculadas do Estado é um dado que, conforme discorrido acima, reflete o denominado pluralismo jurídico ou Direito Transnacional. A sociologia jurídica está, hoje, menos preocupada em classificar os textos editados ou atribuir-lhes maior ou menor força

¹⁰⁹ “So long as key actors are absent, diagnoses are flawed, contradictions fuel instability, and indeterminacy sows regulatory confusion, then global norms will remain in flux, cycles of global-global and global-local/local reform efforts will continue, and normative convergence on an authentically negotiated universal standard(s) will falter” (HALLIDAY, Terence C., *Recursivity of Global Normmaking: A Sociolegal Agenda*, cit, p. 282).

¹¹⁰ Para HALLIDAY e CARRUTHERS globalização é um processo de negociação. Diante das diversas facetas que a globalização pode demonstrar, quando ela de fato permite negociações – ainda que entre poderes assimétricos – a teoria da recursividade mostra-se bastante útil. Porém, Marcus Faro de Castro fez importante observação atinente à insuficiência desta teoria em esferas que não dão espaço para intermediações e soluções negociadas, a exemplo de políticas monetárias (CASTRO, Marcus Faro de. *Monetary impacts and currency wars: a blind spot in the discourse about Transnational Legal Orders*. **Rev. bras. polít. int.**, Brasília, v. 60, n. 1, 2017).

normativa¹¹¹, e mais atenta para os atores e o quão influentes eles são no meio em que atuam, com os textos produzidos e com o processo de persuasão da audiência alvo das normas.

Para John BRAITHWAITE e Peter DRAHOS a globalização regulatória exprime-se por intermédio de diferentes atores, que se valem de uma pluralidade de mecanismos/fatores de influência – tais como coerção, sistema de recompensas, modelação, ajustes recíprocos, coordenação não recíproca e criação de capacidades – para fomentar ou enfraquecer os princípios (não necessariamente no sentido jurídico do termo) orientadores de condutas¹¹². Os atores, em regra, alicerçam-se no diálogo – em vez de se utilizarem de estratégias coercitivas – e priorizam o mecanismo de modelagem¹¹³ para atingir seus objetivos. Dentre os atores, o Estado continua a ser o mais importante de todos e pode, inclusive, valer-se das Organizações Internacionais para concretizar seus interesses. Sob o enfoque das OIs, é necessário destacar que há assimetria de poder e elas buscam legitimar suas atuações de forma distinta e pela escolha dos instrumentos normativos.

3.1.1.1 Fonte de legitimidade, características dos textos normativos e mecanismos de influência das Organizações Internacionais.

O grau de legitimidade atribuído a uma Organização Internacional (OI) depende não apenas da sua organização interna, mas da forma como ela é vista perante terceiros. Essas entidades galgaram espaço no meio jurídico e são tidas como centros de produção de tecnologias jurídicas, ou seja, arranjos sociais ou corpos normativos voltados à produção de um determinado resultado. Considerando que a produção normativa consiste, essencialmente, em normas não vinculantes – *Soft Law*¹¹⁴ – cuja adoção depende de seu poder persuasivo, as

¹¹¹ Julia BLACK e David ROUCH destacam que normas tidas por *Soft Law* pode ter força bastante impositiva e não voluntarista: “private standards are not necessarily voluntary in practice, despite their “soft law” status. In practice, the marketplace may require compliance, with failure resulting in exclusion by other market participants (the “cold shoulder” given to those who would not accept the edicts of the UK Takeover Panel, for example). Or they may be required within the political community: nation states can find themselves subject to soft law norms through peer pressure (...). Secondly, soft law norms can “harden”. Market practices can be given judicial recognition, or can be incorporated into national legal systems” (BLACK, Julia; ROUCH, David. *The Development of the Global Markets as Rule-Makers: Engagement and Legitimacy*, 2 **Law & Fin. Mkt. Rev.** 218, 2008, p. 243-244).

¹¹² Princípios possuem aqui conotação instrumental, representando os objetivos que se pretende atingir com a regulação. Podem ser, por exemplo, transparência, melhores práticas, desregulação, aprimoramento contínuo.

¹¹³ Para John BRAITHWAITE e Peter DRAHOS “*modelling*” é o mecanismo básico e mais importante da globalização regulatória: “there is a worldwide patterning of regulatory institutions and a recurrent dynamic of institutional change that can be understood by modelling the process of modelling.” (**Global Business Regulation**. Cambridge: Cambridge University Press, Capítulo 25, e-book).

¹¹⁴ Sobre conceito multifacetado de *Soft Law* e sua abordagem pela doutrina brasileira, consultar: NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e Normas do Direito Internacional: um estudo sobre a Soft Law** São Paulo:

organizações internacionais precisam convencer o público-alvo da necessidade de incorporação das normas propostas, sua adequação e, sobretudo, que o modelo de produção é legítimo e satisfaz as exigências de seus tomadores. Ocorre que esse público é composto por Estados e agentes estatais – a serem convencidos sobre a conveniência política da reforma e os benefícios em um contexto macro –, profissionais do ramo – a serem imbuídos acerca da eficiência da norma – e outras organizações internacionais que precisam também ser persuadidas sobre a legitimidade da entidade que assumiu a liderança e a possibilidade de cooperação entre eles, a fim de se evitarem indevidas sobreposições de textos legais.

A legitimidade extrai-se, segundo HALLIDAY, BLOCK-LIEB e CARRUTHERS, de três fontes ou mandados: representatividade, justiça procedimental e eficiência¹¹⁵. O trabalho da organização internacional será mais ou menos legítimo se congregar vários interessados, assegurando voz e participação igualitária a todos no processo normativo, e seus produtos aparentarem ter coerência e clareza. O teste de eficiência é bem sucedido quando recebe o aval de nações desenvolvidas, já que a adoção por agentes com maior poder e influência (critério qualitativo) é melhor reflexo de aceitação do produto que a mera incorporação por significativo número de países, mas de pouca expressão no mercado internacional.

A legitimidade de determinada organização internacional está intrinsecamente vinculada aos seus textos normativos. Estes podem auxiliar no reforço de legitimidade, ao mesmo tempo em que revelam os interesses subjacentes àquela entidade e, assim, também servem como registro de alguma característica singular da organização que pode ampliar ou não sua aceitação perante terceiros. Ademais, diante da pluralidade de Organizações Internacionais atuando no mesmo espaço, as OIs podem optar por concorrer entre si ou colaborar uma com a outra num cenário de interdependência. A escolha da tecnologia legal empregada por cada OI

Atlas, 2005. Ver, ainda: GOLDMANN, Matthias, *We Need to Cut Off the Head of the King: Past, Present, and Future Approaches to International Soft Law*. **Leiden Journal of International Law**, Vol. 25, Issue 2, pp. 335-368, 2012 (argumentando que mais importante do que conceituar e diferenciar norma vinculante e não vinculante, é necessário conceituar de forma ampla as autoridades públicas internacionais, de modo a incluir os diversos instrumentos produzidos por estas instituições internacionais e, assim: “the concept of law would play a modified role. It would be discharged from the function of identifying authoritative from non-authoritative acts, but it would continue to serve the identification of authoritative acts that immediately give rise to normative expectations, as opposed to authoritative acts giving rise to cognitive expectations. Legal standard instruments would function in ways similar to the traditional sources, with the only difference being that they would also comprise soft law”) (p. 367).

¹¹⁵ 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, January 2010.

também revela a estratégia de cooperação¹¹⁶: diferentes OIs atuando no mesmo espaço podem segmentar suas atuações por meio de diferentes formatos das normas editadas, de modo a não sobrepor os objetivos e as audiências de cada uma delas.

Interessante notar que as percepções acerca da organização internacional e sua legitimidade estão associadas não apenas ao conteúdo normativo produzido, como também ao tipo que encapsula as normas. Cada organização internacional possui a seu dispor um repertório de instrumentos legais – tecnologias legais¹¹⁷ – e a escolha de cada um deles não é desprovida de significado. Assim, a opção entre redigir uma convenção internacional, elaborar uma lei-modelo, guias legislativos ou, ainda, a opção entre escrever relatórios/diagnósticos ou propor um corpo principiológico, é, em parte, consequência do momento histórico e guarda relação com a legitimidade que organização internacional goza ou quer reforçar. A forma dos textos traduz o método de persuasão do qual a organização internacional se vale: convenções internacionais são produtos fechados, com regras uniformes a todos os seus adeptos, e que traduzem autoridade; lei-modelo traz certa flexibilidade, já que os Estados podem adotá-la em parte e realizar modificações ao esqueleto proposto; enquanto relatórios, princípios e melhores práticas costumam invocar argumento de autoridade, por meio da comparação entre sistemas tidos por mais e menos eficientes, ainda que na maior parte das vezes se prestem a diagnosticar o problema, e não a prescrever soluções.

Por fim, mas não menos importante, o modo como a OI “convence” sua “plateia” pode ser revelado por mecanismos que variam entre coerção econômica, apelo à reciprocidade, persuasão ou modelagem (“*modelling*”)¹¹⁸. A escolha de um ou outro depende do ator e da necessidade de fortalecer ou não as bases de sua legitimidade, mas, já referimos, hodiernamente prevalece a opção por modelar padrões normativos e, por conseguinte, a influência da OI estará incrustada também em seus textos normativos.

¹¹⁶ Sobre o conceito de tecnologias legais: “A primary medium by which relations of inter-dependency are expressed and negotiated occur through the respective texts produced by IOs. (...) The form of texts themselves become a subject of negotiation insofar as different IOs bet on particular products which they believe will be most persuasive to key audiences (...). Hence, the legitimation politics of a global inter-organizational field become ultimately crystallized in the final products of IOs, most often their normative scripts.” (*Rhetorical legitimation: global scripts as strategic devices of international organizations*, cit, p. 83-84).

¹¹⁷ “[A] social technology is defined as a systematic social means of achieving a particular outcome. Technologies emerge from organizations and they are expressed in many ways—as codified standards, managerial protocols, regulatory regimes, or regularized practices. International organizations are production centers of technologies” (HALLIDAY, Terence C. *Legitimacy, Technology, and Leverage: The Building Blocks of Insolvency Architecture in the Decade Past and the Decade Ahead*, 32 *Brook. J. Int’l L.*, 2007, p. 1.085).

¹¹⁸ HALLIDAY, Terence C., *Legitimacy, Technology, and Leverage: The Building Blocks of Insolvency Architecture in the Decade Past and the Decade Ahead*, 32 *Brook. J. Int’l L.*, 2007, p. 1087.

3.2. Insolvência Transnacional e produção normativa das Organizações Internacionais

A insolvência transnacional já foi objeto de discussão e tentativa de regulamentação por muitas organizações internacionais. Dentre todas elas, a UNCITRAL se destacou em razão da fonte de sua legitimidade e características dos seus textos normativos. Esses são os pontos abordados a seguir, junto com as contribuições da Lei Modelo e o que designamos de limites desse instrumento de *Soft Law*.

3.2.1. Principais organizações internacionais e a prevalência da UNCITRAL¹¹⁹

Na década de noventa¹²⁰, sobretudo após a crise asiática, a promulgação de regras para tratar da crise das empresas e de insolvência transnacional ganhou a pauta das reuniões do G-22, G-7 e da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE. Com auxílio de organizações internacionais de destaque no âmbito da insolvência, como a INSOL, IBA – International Bar Association e ABA- American Bar Association, o clube de nações mais poderosas e as instituições financeiras internacionais e regionais – FMI, Banco Mundial, Banco Asiático de Desenvolvimento (ABD, na sigla em inglês) e Banco Europeu para a Reconstrução e o Desenvolvimento (EBRD, na sigla em inglês) – engajaram-se na elaboração de relatórios e, na sequência, de princípios e melhores práticas que deveriam orientar reformas legislativas nacionais. Predominava, todavia, um cenário esfacelado e concorrente de normas que visavam a diagnosticar o problema dos países em desenvolvimento e, em alguns casos, propor recomendações¹²¹.

¹¹⁹ Para uma visão completa sobre o papel das organizações internacionais na produção normativa e, em especial, a respeito da UNCITRAL, consultar: BLOCK-LIEB, Susan; HALLIDAY, Terence C. **Global Lawmakers: International Organizations in the Crafting of World Markets**. United Kingdom: Cambridge University Press, 2017.

¹²⁰ Antes disso já encontramos tentativa de regulamentação de insolvência transnacional, via instrumentos de *Soft Law*, como o MIICA – The Model International Insolvency Code proposto pela International Bar Association (IBA) e o IBA Concordat (voltado para práticas judiciais), além de tratados internacionais: o Código de Bustamante (1928), Tratado de Montevideu (1889 e 1940), Convenção Nórdica de Falência (1933) e todas as tratativas europeias que culminaram no Regulamento n.º 1346/2000/CE.

¹²¹ Para HALLIDAY e CARRUTHERS há cinco grupos de atores relevantes neste movimento de reforma legislativa doméstica a partir de padrões internacionais no campo da insolvência: a) clube das nações mais influentes, representadas pelo G-7, G-22 e OECD; b) instituições financeiras internacionais e regionais, como o FMI, Banco Mundial, Banco Asiático de Desenvolvimento; c) organizações internacionais como a ONU e seus

Essas iniciativas, quando confrontadas com os pressupostos da teoria da recursividade, denotam sérios déficits de legitimidade. Se pegarmos, como exemplo, a atuação do FMI, podemos concluir que sua autoridade decorre da posição de financiador de países em crise, o que, por outro lado, compromete suas intenções e como é visto perante as nações que eram as destinatárias de seus relatórios. Para superar esse problema, o FMI amparou-se em renomados profissionais do setor para elaborar um relatório sobre possíveis causas das crises e apresentar recomendações, a partir de experiência de países desenvolvidos, sem, entretanto, impor um modelo fechado e ideal para as nações endividadas¹²². De forma semelhante, os princípios e diretrizes do Banco Mundial, assim como os instrumentos de diagnóstico, enfrentavam críticas por terem sido usados como moeda de troca na concessão de empréstimos e estarem associados demasiadamente ao modelo de insolvência norte-americano¹²³.

Não obstante a pluralidade de organizações internacionais sugerindo diferentes corpos normativos para, em alguma medida, dirigir as reformas nos regimes de insolvência de cada país, a UNCITRAL destacou-se em meio a todos. A prevalência decorre de sua estrutura interna, que assegura representatividade a maior gama de países no processo de elaboração normativa – provenientes de todos os continentes e numa mescla entre países desenvolvidos e em desenvolvimento –, quando comparada aos Clubes de Nações Ricas e OCDE; também pela equidade procedimental, já que todos os 60 membros efetivos¹²⁴ possuem direito a voto e

braços, como a UNCITRAL; d) organizações internacionais de profissionais do ramo, como a INSOL, IBA, IBA; e (v) países mais influentes, como Estados Unidos, Inglaterra, Alemanha. (**Bankrupt: Global Lawmaking and Systemic Financial Crisis**, p. 20). Sobre as tecnologias empregadas, temos, por exemplo, a MIICA e a Concordat propostas pela IBA; “Statement of Principles for a Global Approach to Multi-Creditor Workout” encabeçado pela INSOL em 1997; o Relatório do G-22 “Report of the Working Group on International Financial Crises, Executive Summary” de 1998; diagnósticos do Banco Europeu a partir de 1999; o estudo do FMI “Orderly and Effective Insolvency Procedures” editado primeiro em 1999; “melhores práticas” sugeridas pelo ADB, em 2000; “Principles and Guidelines” do Banco Mundial, a partir do ano 2001. Além do Projeto iniciado no âmbito do NAFTA - ALI Transnational Insolvency Project- em 2003, mas que hoje pretende ser global.

¹²² “In 1999 the IMF published a small book entitled *Orderly and Effective Insolvency Procedures* (“Blue Book”). The Blue Book (IMF 1999) begins with general objectives and a list of common issues that all insolvency regimes, of whatever legal and historical provenance, must confront. (...) instead of extensive evaluation with a limited normative template, it offers an extensive normative template without public assessments.” (HALLIDAY, T. C.; CARRUTHERS, B. G. *The recursivity of law: Global norm making and national lawmaking in the globalization of corporate insolvency regimes*. **American Journal of Sociology**, 112(4), pp; 1135-1202, 2007, p. 1180-1181).

¹²³ **Bankrupt: Global Lawmaking and Systemic Financial Crisis**, capítulo 3.

¹²⁴ A partir de 2002, a UNCITRAL passou a ter 60 (sessenta) membros efetivos (Estados), eleitos para o período de seis anos, sendo 14 (quatorze) da África, 14 (quatorze) da Ásia, 8 (oito) da Europa Oriental, 10 (dez) da América Latina e Caribe e 14 (quatorze) Estados da Europa Ocidental e outros Estados. Quando da aprovação da Lei Modelo, eram apenas 36 (trinta e três) membros efetivos (Consultar: UNITED NATIONS. **A Guide to UNCITRAL: Basic facts about the United Nations Commission on International Trade Law**. Vienna, 2013. O Brasil foi membro efetivo nos períodos de 1968-1989; 1995-2007; 2010-2016 e 2016-2022, tendo participado de quase todas as sessões do Grupo V (Insolvência Transnacional), segundo os relatórios disponibilizados no sítio eletrônico da UNCITRAL, porém não encaminhou representante para a 30ª Sessão, realizada em maio de

os membros observadores podem se pronunciar; e pela presunção de eficiência dos textos normativos, uma vez que, além de os representantes dos Estados, as organizações de profissionais (INSOL, ABA, IBA etc.)¹²⁵ e instituições financeiras de relevância internacional também prestam suas contribuições aos trabalhos dessa organização internacional.

A UNCITRAL, contudo, galgou paulatinamente o espaço e o prestígio que atualmente exhibe. HALLIDAY e CARRUTHERS aduzem que as reformas nos regimes de insolvência passaram por três fases. A primeira resume-se às alterações da lei falimentar norte-americana em 1978 e britânica em 1986 que, apesar de estarem voltadas ao mercado local, serviram de inspiração para outros países. Na sequência, em resposta às insolvências transnacionais na década de 1990, que envolveram principalmente Estados Unidos, Inglaterra e Canadá, começaram a ser editados instrumentos de *Soft Law* e a segunda fase culminou na edição da Lei Modelo da UNCITRAL em 1997. A terceira fase foi evidenciada com a crise asiática e proliferação de iniciativas transfronteiriças concorrentes até que, em 2005, todas elas convergiram sob o manto da UNCITRAL e do recém-editado Guia Legislativo¹²⁶. Em suma, essa junção de esforços para consagrar um modelo normativo global não foi alcançada de modo tranquilo¹²⁷ e envolve, como toda produção normativa global, disputa de poder¹²⁸.

Não é possível ignorar, por fim, as normas supranacionais tais como as que disciplinam os procedimentos no âmbito da União Europeia e aquelas comuns aos integrantes da OHADA – Organização para a Harmonização em África do Direito dos Negócios. Ocorre que, se por um lado a Lei Modelo não é o único padrão internacional que busca harmonização legislativa, é inegável que mesmo no âmbito supranacional esse instrumento se imiscuiu e denota prevalência. Apesar de ter sido originalmente influenciada pelos debates que culminaram no

1997, na cidade de Viena, que finalizou a proposta da Lei Modelo: http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/5Insolvency.html#18th

¹²⁵ A Lei Modelo foi produzida com assistência direta prestada pela INSOL e pelo International Bar Association. Vide: UNITED NATIONS. **UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation**, cit, p. 22.

¹²⁶ **Bankrupt: Global Lawmaking and Systemic Financial Crisis**, p. 403.

¹²⁷ “From 2002 to 2005, friction occurred between the World Bank and UNCITRAL secretariat and many of its delegates. Rather than channeling its efforts through UNCITRAL, as had other international organizations, the Bank proceeded with what appeared to be a rival set of norms. (...) But the rivalry over the substantive heart of the *Legislative Guide* and *Principles* respectively aggravated many leaders of the global reform movement. Even the U.S. Treasury and the U.S. State Department fretted that rival standards would confuse adopting nations and impede convergence. Through negotiations over the past two years an agreement has been reached. UNCITRAL would publish its *Guide* independently. The Bank would publicize its *Principles*, without its accompanying commentary. The two would be substantively reconciled in a document that would show where World Bank *Principles* coincided with UNCITRAL recommendations.” (HALLIDAY, Terence C., *Legitimacy, Technology, and Leverage: The Building Blocks of Insolvency Architecture in the Decade Past and the Decade Ahead*, cit, p. 1090).

¹²⁸ **Bankrupt: Global Lawmaking and Systemic Financial Crisis**, p. 404.

Regulamento 1346/2000, a Lei Modelo da UNCITRAL foi posteriormente incorporada por alguns desses países no que diz respeito às insolvências transnacionais envolvendo nações não integrantes do bloco europeu¹²⁹ e serviu de inspiração indireta na reforma de outras tantas legislações domésticas¹³⁰. Por sua vez, os integrantes da OHADA possuem desde 1999 regras comuns para disciplinar o procedimento de insolvência transnacional¹³¹ e com a incorporação da Lei Modelo da UNCITRAL, em 2015, as regras passaram a vigorar para países não contratantes dentro e fora da África¹³².

3.2.1.1. Fonte de legitimidade da UNCITRAL, influência e características dos seus textos normativos

Conforme exposto, a UNCITRAL atende às três principais fontes de legitimidade – afiança representatividade, sua produção é vista como procedimentalmente justa e eficiente. O grau de eficiência foi validado após a adoção da Lei Modelo pelos Estados Unidos, Reino Unido, Japão, Austrália, a partir de 2005. Também chama a atenção que as pessoas nomeadas pelos países não precisam ser representantes diplomáticos e, não raro, são profissionais com vasta experiência na área de insolvência dentro de seus países.

O berço de sua ampla legitimidade reside ainda na técnica usada na produção normativa, notadamente no formato escolhido para seus principais produtos. Em 1997, o Grupo de Trabalho da UNCITRAL, dedicado à insolvência transnacional, finalizou a Lei Modelo. Esse instrumento é essencialmente procedimental, deixando de fora matérias atinentes ao direito material, o que facilita a obtenção de consenso entre os agentes envolvidos

¹²⁹ A exemplo de Romênia, Polônia, Reino Unido, Eslovênia e Grécia.

¹³⁰ Pontua Bob WESSELS que: “several other EU Member States have implemented international insolvency rules which are rather similar to or strongly inspired by the Model Law, for instance the rules in Spain, Germany, Belgium and (the volatile pre-draft in) the Netherland” (**Should the EU Adopt UNCITRAL Model Law on Cross-border Insolvency?** Disponível em: < <http://bobwessels.nl/2016/10/2016-10-doc12-should-the-eu-adopt-uncitral-model-law-on-cross-border-insolvency/>>. Acessado em 23 de outubro de 2017.

¹³¹ Uniform Act Organising Collective Proceedings for Wiping off Debts ou Acte Uniforme Portant Organisation Des Procédures Collectives D'apurement du Passif. Disponível em: < http://biblio.ohada.org/pmb/opac_css/doc_num.php?explnum_id=16>. Acessado em 23 de outubro de 2017.

¹³² “The one feature that was missing from this regional arrangement was that the Uniform Act did not ensure that the cross-border aspects of the insolvency regime extended to non-Contracting States within and outside Africa. This gap was closed in September 2015 when all the OHADA states incorporated the Model Law through the ‘recast’ Uniform Act.” (MANNAN, M. *Are Bangladesh, India and Pakistan Ready to Adopt the UNCITRAL Model on Cross-Border Insolvency?* **Int. Insolv. Rev.**, 25: pp. 195–224, 2016, p. 209).

no processo. Segundo POTTOW, a estratégia da UNCITRAL foi genial¹³³, ao preferir a construção paulatina de um determinado modelo, ciente de suas limitações por força das características culturais enraizadas em toda legislação falimentar. A Lei Modelo tem a virtude de tentar harmonizar regras procedimentais específicas para insolvência transnacional e incentivar a cooperação entre jurisdições, sem, todavia, invadir áreas sensíveis aos legisladores nacionais¹³⁴. Também se contentou com um meio-termo entre os modelos regulatórios baseados no universalismo e territorialismo, pendendo discretamente para o primeiro¹³⁵.

Por meio do Guia Legislativo¹³⁶, a UNCITRAL consagrou sua predominância entre as OIs e, ao mesmo tempo, um escopo ambicioso de modernizar as legislações falimentares¹³⁷. Isso porque a publicação do Guia Legislativo representou o fim do embate entre UNCITRAL e Banco Mundial no tocante à edição e à sugestão de normas orientadoras de reformas

¹³³ POTTOW, John A. E. *Procedural Incrementalism: A Model for International Bankruptcy*. **Va. J. Int'l L.** 45, no. 4: 935-1015, 2005, p. 939.

¹³⁴ Bob WESSELS destaca que a harmonização pretendida pela Lei Modelo não envolve regras procedimentais referentes aos processos de insolvência nacionais e também não visa à harmonização do Direito Material (WESSELS, Bob. **International Insolvency Law. Part I: Global Perspectives on Cross-Border Insolvency Law**. 4th edition. Deventer: Wolters Kluwer, 2015, p. 177). O Guia de Promulgação da Lei Modelo igualmente esclarece que: “The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, adopted in 1997, is designed to assist States to equip their insolvency laws with a modern, harmonized and fair framework to address more effectively instances of cross-border proceedings (...). The Model Law respects the differences among national procedural laws and does not attempt a substantive unification of insolvency law.” (UNITED NATIONS. **UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation**, cit, p. 19).

¹³⁵ Nas palavras de POTTOW: “the Model Law takes the soft sell of incrementalism over the harder core, one-step plunge into universalism that was tried, and failed, with previous international efforts such as MIICA”, “my primary claim is that the Model Law's success at receiving warm international reception stems not exclusively from its status as a model law qua model law, but rather from the incrementalism inherent in its overall design and scope. Rather than seeking complete universalism, the Model Law retained some territorialist components, but ultimately inserted some baby steps-in discrete, unassuming areas-towards universalism.” (POTTOW, John A. E. *Procedural Incrementalism: A Model for International Bankruptcy*, cit, p. 988 e 992). Isso pode ser percebido, segundo o autor, pela regra que define a lei regente dos procedimentos, baseada no Centro dos Principais Interesses (COMI), e as consequências do procedimento principal sobre os demais, que estão alinhadas a perspectiva universalista, ao mesmo tempo em que admite exceções àquela quando a sujeição de outros Estados à lei regente viola a soberania nacional, não protege adequadamente os interesses dos credores locais e, ainda, pela norma que permite a abertura de um procedimento de insolvência local inobstante a existência de procedimentos principal no estrangeiro já reconhecido neste Estado. Esta conjuntura mista entre universalismo e territorialismo reduz a resistência dos países, enquanto o incentivo à cooperação e diálogo direto aproximam os Estados adotantes da Lei Modelo do modelo universalista.

¹³⁶ Não é um instrumento voltado à insolvência transnacional, ao contrário, tem por objetivo auxiliar os Estados na elaboração de leis domésticas para tratar a crise das empresas de modo geral, inclusive com algumas normas sobre direito aplicável. (UNITED NATIONS. **UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law**. **New York, 2005**, p. 1).

¹³⁷ Susan BLOCK-LIEB e Terence HALLIDAY alegam que no momento de sua criação, nos idos de 1966, era bastante claro o objetivo da UNCITRAL em promover a harmonização e unificação das normas voltadas ao comércio internacional. Com o passar dos anos, a UNCITRAL ampliou seu escopo e, agora, visa a modernização das normas, sobretudo na seara de insolvência. Consultar: BLOCK-LIEB, Susan; HALLIDAY, Terence C., *Harmonization and Modernization in UNCITRAL's Legislative Guide on Insolvency Law*. **Texas International Law Journal**, vol. 42:3, 2007.

legislativas no campo da insolvência¹³⁸, reforçou sua legitimidade através da junção de esforços com uma rede de profissionais e instituições de renome dessa seara¹³⁹, bem como introduziu uma nova tecnologia legal que, apesar de aparentar ser menos eficiente que convenções e leis-modelos – um mero Guia Legislativo –, conseguiu congrega o que foi aceito como um padrão global de regras para legislaturas nacionais. Em certa medida, essa estratégia já tinha sido empregada com o Guia de Promulgação da Lei Modelo¹⁴⁰, mas o Guia Legislativo utilizou técnicas inteligentes como um glossário próprio, pretensamente neutro; comentários sobre os pontos críticos e as principais divergências; princípios que devem ser resguardados¹⁴¹ para, na sequência, propor recomendações que mesclam uma gama de regras de diferentes intensidades¹⁴².

O respeito que goza decorre dos mecanismos de modelagem – através das tecnologias que hoje predominam em seu repertório – e de persuasão – com incentivo ao diálogo e diplomacia – permitindo que a UNCITRAL avance em seus objetivos e se sobreponha a outras organizações internacionais. Todavia, HALLIDAY¹⁴³ alerta que o prestígio da UNCITRAL não é suficiente para propagação de seus produtos, razão pela qual ela precisa contar com o auxílio das associações de profissionais de insolvência – INSOL, ABA etc. – e com a força das instituições financeiras, além de não conseguir negar a influência exercida por grandes nações – sobretudo pelos Estados Unidos – em seus trabalhos¹⁴⁴. Se por um lado

¹³⁸ Vide supra nota 127

¹³⁹ HALLIDAY, Terence C., *Legitimacy, Technology, and Leverage: The Building Blocks of Insolvency Architecture in the Decade Past and the Decade Ahead*, **32 Brook. J. Int'l L.**, vol. 32:3, 2007.

¹⁴⁰ “UNCITRAL recognized that domestic legislatures could do more than enact legislation to implement a model law or reject its terms in toto (...) guides to enactment developed a secondary purpose: With a model law that offered an array of choices to national audiences, the accompanying guide to enactment explained how alternatives might work in practice and the competing policies and principles embedded in the choices offered.” (BLOCK-LIEB, Susan; HALLIDAY, Terence C., *Harmonization and Modernization in UNCITRAL's Legislative Guide on Insolvency Law*, cit, p. 20).

¹⁴¹ BLOCK-LIEB, Susan; HALLIDAY, Terence C., *Harmonization and Modernization in UNCITRAL's Legislative Guide on Insolvency Law*, cit, p. 24.

¹⁴² “[B]y inventing an array of rule-types within the recommendations made in the legislative guide, UNCITRAL enabled the Working Group to speak authoritatively and in great detail on a range of topics, but on other issues to say little in deference to social and political concerns. In short, UNCITRAL succeeded in this arena by embracing its diplomacy as a strength and not a weakness. (...) A legislative guide is on its face less harmonizing than a model law, just as a model law is on its face less harmonizing than a convention. Nonetheless, we argue that less is more, at least in this instance” (BLOCK-LIEB, Susan; HALLIDAY, Terence C., *Harmonization and Modernization in UNCITRAL's Legislative Guide on Insolvency Law*, cit, p. 5).

¹⁴³ HALLIDAY, Terence C., *Legitimacy, Technology, and Leverage: The Building Blocks of Insolvency Architecture in the Decade Past and the Decade Ahead*, cit.

¹⁴⁴ Em um interessante levantamento acerca das participações dos países e entidades convidadas nas reuniões do Grupo V da UNCITRAL – sobre Insolvência Transnacional –, bem como a predominância em relação aos debates, comprova que o formato e abertura da UNCITRAL não afasta a prevalência das nações mais ricas nas conduções dos trabalhos e também das instituições de profissionais que, na essência, representam estes mesmos países: “Consistent with the cluster of theories emphasizing state power and economic interests, we find that the economies at the center of the world system are also at the core of deliberations on global norms

essas OIs auxiliam no convencimento sobre a eficiência e tecnicidade do repertório da UNICTRAL, de outro, podem comprometer sua “autoridade moral”¹⁴⁵.

3.2.1.2. Contribuições da Lei Modelo da UNCITRAL

A principal contribuição da Lei Modelo sobre Insolvência Transnacional está alinhada com a razão de existir da UNCITRAL, qual seja, promover a progressiva harmonização e modernização legislativa, por meio de um instrumento capaz de oferecer soluções para regimes jurídicos de diferentes tradições legais e em diferentes estágios de desenvolvimento¹⁴⁶.

No campo da insolvência transnacional, esse veículo de harmonização veio para superar as dificuldades decorrentes da interação entre jurisdições estrangeiras agindo por meio de quatro pontos nodais: cooperação e coordenação entre tribunais; na facilitação de acesso dos representantes e credores estrangeiros aos tribunais dos procedimentos paralelos; no reconhecimento de decisões estrangeiras, e nas medidas de assistência que podem ser concedidas pelo tribunal local, em caráter liminar e após o reconhecimento do procedimento estrangeiro¹⁴⁷. Isso porque a disparidade de práticas e mecanismos presentes no Direito

governing trade and finance. That deliberative core includes a bloc centered on at least several of the world’s leading economies – US, France, Germany, Japan, and Australia (...). Contrast France and the US with the other three major economies in the inner core of delegations/delegates to UNCITRAL’s WG on Insolvency. Japan and Germany, while seated at the table of the most frequent attenders, said little or nothing during proceedings or through informal channels outside the UN chamber. In other words, attributes of the delegates and delegations of these several advanced economies led to widely varying degrees of participation and influence. (...). Attendance data and supporting qualitative evidence demonstrate that the three delegations of professionals (IBA, INSOL, and III), which shared collegial training and practice with most delegates in the other most participatory delegations, were arguably the critical technical drivers of the deliberative process. They attended consistently and with a large and diverse group of delegates; they intervened frequently, and, not least, they held the ear of the US delegation. (...)the delegation/delegate analysis shows that the promise of representativeness, which would carry heavy political legitimacy, falters when actual attendance and participation are measured more precisely. Not only do our data show that WG V was populated predominately by a few powerful countries at the core of the world economy, but they also indicate the “double representation” of these countries through the inclusion of professional and IO non-state actors that themselves were hosted by a very few countries (UK, US, Canada), from the same core of the world economy.” (HALLIDAY, T. C., PACEWICZ, J; BLOCK-LIEB, S, *Who governs? Delegations and delegates in global trade lawmaking. Regulation & Governance*, 7: 279–298, 2013, p. 294).

¹⁴⁵ **Bankrupt: Global Lawmaking and Systemic Financial Crisis**, p. 426.

¹⁴⁶ Esse é o escopo geral da UNCITRAL. Consultar: UNITED NATIONS. **A Guide to UNCITRAL**, cit, p.1.

¹⁴⁷ Nas palavras de Felicity DEANE e Rosalind MASON, a Lei Modelo é regida por estes quatro princípios que atuam nas seguintes frentes: “These principles are as follows: access, recognition, relief and finally, cooperation and coordination. The access principle establishes the circumstances in which a foreign insolvency representative has rights of access to the receiving court in the enacting State from which recognition and relief

Internacional para disciplinar o diálogo entre jurisdições e/ou o reconhecimento de decisões estrangeiras impede solução rápida e eficiente de insolvências transnacionais, em prejuízo à recuperação dos investimentos dos credores e soerguimento da atividade empresarial em crise. Pretendeu-se eliminar a divisão entre reciprocidade, presente nos países de *Common Law*, e a exigência de homologação de decisão estrangeira e expedição de carta rogatórias, típico dos países de *Civil Law*, bem como o limitado mecanismo de carta rogatória para concessão de assistência entre tribunais. Esses mecanismos, inobstante de longa tradição no Direito Internacional Privado, comprometem a segurança jurídica e sujeitam os envolvidos a formalidades burocráticas próprias de cada país, mas desconhecidas por agentes estrangeiros.

Assim, a Lei Modelo teve uma ambição limitada¹⁴⁸, conforme mencionado, ao não avançar em questões de direito material, porém, bastante visionária ao dinamizar o acesso, reconhecimento de decisão estrangeira e de suas consequências, envolvendo aqui medidas de caráter liminar, e o diálogo entre jurisdições¹⁴⁹. Para POTTOW, a estrutura da Lei Modelo divide-se em dois grupos: provisões administrativas e provisões substanciais. As regras administrativas são aquelas que facilitam a cooperação entre tribunais e representantes estrangeiros, bem como as que vedam ações discriminatórias. Estas últimas regras objetivam tanto assegurar o acesso direto do representante estrangeiro ao procedimento local, como coibir restrições impostas a credores estrangeiros quanto à abertura e à participação do procedimento doméstico. As regras de cunho substancial são aquelas, para o autor, que disciplinam o reconhecimento do procedimento estrangeiro e as medidas que dele derivam

are sought. The recognition principle permits the receiving court to make an order recognizing the foreign insolvency proceedings (...).The relief principle applies to three distinct situations. Interim relief may be granted to protect assets within the jurisdiction of the receiving court where an application for recognition is pending. Automatic relief applies if a receiving court recognises the foreign proceedings as a main proceeding. Finally, discretionary relief is available, in addition to automatic relief, in respect of main proceedings as well as recognised non-main proceedings. The cooperation and coordination principle places obligations on both courts and insolvency representatives in different jurisdictions to communicate and cooperate to the maximum extent possible, to ensure that a debtor's insolvent estate is administered fairly and efficiently , with a view to maximising benefits to creditors.” (DEANE, Felicity; MASON, Rosalind. *The UNCITRAL Model Law on Cross-border Insolvency and the Rule of Law*. *Int. Insolv. Rev.*, 25: 138–159, 2016, p. 147-148).

¹⁴⁸ “The Model Law contains necessarily only partial and rather abstract provisions. This is the inescapable consequence of its global approach (...) important features are just left aside.” (WESTBROOK, Lawrence; BOOTH, Charles D.; PAULUS, Christoph G.; RAJAK, Harry. *A Global View of Business Insolvency Systems*. Washington, DC: World Bank and Brill, 2010, p. 250).

¹⁴⁹ O Guia de Promulgação destaca qual é o âmbito de atuação e objetivo da Lei Modelo: “UNCITRAL should have the limited but useful goal of facilitating judicial cooperation, court access for foreign insolvency representatives and recognition of foreign insolvency proceedings” (UNITED NATIONS. *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation*, cit, p. 23). Complementa Ian Fletcher: “The strategy underlying the Model Law aims to achieve effectiveness through selectivity. By identifying those matters which, in the light of practical experience, are found to be of the greatest functional importance on the successful management of a cross-border case, this initiative represents **an exercise in realism and in ‘the art of the possible’**” (*Insolvency in Private International Law*. 2nd Edition, p. 453, destaques nossos).

(ou podem ser pleiteadas liminarmente), em especial a ordem de suspensão de execuções e ações individuais dos credores e a remessa de ativos para uma jurisdição estrangeira¹⁵⁰.

Essa contribuição pode parecer singela, mas diante do forte antagonismo entre os regramentos falimentares que encontramos ao redor do mundo e seus estreitos vínculos com políticas sociais de cada Estado, as vantagens da Lei Modelo reverberam como o padrão internacional de maior aceitação, cujos benefícios foram cancelados por importantes OIs e nações bem desenvolvidas.

Uma segunda contribuição, atrelada à primeira, decorre do ajuste da Lei Modelo às legislações domésticas, não apenas pela flexibilidade ao admitir modificações pela legislatura local, mas, sobretudo, porque sua linguagem não conflita com políticas internas. A Lei Modelo não afeta as regras nacionais e, de outra parte, baseia-se em terminologia neutra e plenamente apreendida por países de distintas tradições¹⁵¹. Nasce, assim, um paralelismo de regras, inobstante os países sejam de línguas e sistemas jurídicos completamente distintos. Ademais, por não entrar em conflito e restringir-se à fórmula acesso/cooperação/reconhecimento/assistência, os países adotantes têm poucas razões para desviar do arquétipo sugerido pela UNCITRAL¹⁵². Em teoria, a Lei Modelo azeita os interesses locais com os objetivos para os quais foi desenhada.

Necessário pontuar, ainda, que o fomento à cooperação e à coordenação entre jurisdições estrangeiras constitui o núcleo duro da Lei Modelo. Pretende o texto que tribunais e representantes da insolvência possam cooperar entre si antes e independentemente do reconhecimento do processo estrangeiro. O Guia de Promulgação reconhece que, apesar de a cooperação ser um princípio respeitado e enaltecido na seara internacional, as provisões da Lei Modelo dão concretude a ele e moldam-no à situação particular das insolvências transnacionais. Assim, para promover a cooperação em países não habituados a dialogar

¹⁵⁰ POTTOW, John A. E. *Procedural Incrementalism: A Model for International Bankruptcy*, p. 961.

¹⁵¹ Consultar: BECUE, Sabrina Maria Fadel. Barreiras Idiomáticas por meio de Conceitos Jurídicos “Neutros”. In: GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin (coord.). **Questões de Direito Internacional: pessoa, comércio e procedimento II**. Curitiba: JML, 2018.

¹⁵² Isso não significa que os países não façam modificações na Lei Modelo ao adotá-la. O levantamento feito por Irit MEVORACH mostra que diferenças são identificadas, sobretudo em relação às medidas concedidas por cada país após o reconhecimento do processo estrangeiro, como principal ou não principal. A autora aponta diferenças com viés mais restritivo da Lei Modelo, por exemplo, no Japão, Coréia do Sul e México. O estudo conclui, porém, que a adoção da Lei Modelo auxilia na propagação do universalismo e que, na maioria dos casos, os países reconhecem processos de insolvência estrangeiro e concedem as medidas decorrentes do reconhecimento (MEVORACH, Irit. *On the road to universalism: a comparative and empirical study of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*. **European Business Organization Law Review**, 12 (4). pp. 517-557, 2011).

diretamente com autoridades estrangeiras, a Lei Modelo contém uma lista não exaustiva de meios de cooperação que podem ser empregados¹⁵³.

Com a adoção da Lei Modelo, esse instrumento de *Soft Law* transforma-se em norma vinculante. Contudo não afasta todas as dúvidas sobre a formação de um dever de cooperação das partes envolvidas no procedimento ou se a cooperação continua sendo um princípio orientador¹⁵⁴. O debate entre norma vinculante – dever de cooperação – e princípio é irrelevante se a natureza transnacional desse regramento for bem compreendida. John BRAITHWAITE aduz que princípios podem garantir igual segurança jurídica justamente por serem simples e adaptáveis a circunstâncias complexas, assim, “*non-binding rules backed by binding principles*”¹⁵⁵, não raro, revelam-se ferramentas mais eficazes de regulação. Quer seja a cooperação pretendida pela Lei Modelo interpretada como um dever ou como um princípio vetor de suas disposições, em ambos os casos o resultado final deve caminhar para o incentivo ao diálogo e para a atuação conjunta entre tribunais e representantes estrangeiros de modo a suplantar barreiras domésticas tendenciosas ao isolamento.

Para Felicity DEANE e Rosalind MASON, a Lei Modelo da UNCITRAL promove o Estado de Direito e, com a globalização das relações comerciais, os predicados de transparência, *accountability*¹⁵⁶ e previsibilidade ganham ainda mais relevo e são necessários para a estabilidade dos sistemas financeiros e de crédito¹⁵⁷. A Lei Modelo, nessa visão, incentiva o tratamento igualitário e justo por meio do direito de acesso e participação nos

¹⁵³ Consultar: CLIFT, Jenny, *The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency – A Legislative Framework to Facilitate Coordination and Cooperation in Cross-Border Insolvency*, 12 *Tul. J. Int'l & Comp. L.* 398, pp. 307- 345, 2004.

¹⁵⁴ Ian FLETCHER sustenta que a Lei Modelo introduz um dever de cooperação, porém não retira a discricionariedade dos tribunais em decidir o modo e grau de efetividade da cooperação (**Insolvency in Private International Law**. 2nd Edition, p. 480). Por sua vez, Renato MANGANO também destaca a introdução de um dever de cooperação na evolução da legislação europeia: “within the EIR, courts and insolvency practioners cooperated ‘in the shadow of soft Law (...) within the Recast EIR, courts and insolvency practioners will cooperate ‘in the shadow of hard law” (MANGANO, R.. *From ‘Prisoner's Dilemma’ to Reluctance to Use Judicial Discretion: The Enemies of Cooperation in European Cross-Border Cases*. **Int. Insolv. Rev.**, vol. 26, pp. 314–331, 2017).

¹⁵⁵ BRAITHWAITE, John. *Rules and Principles: A Theory of Legal Certainty*. **Australian Journal of Legal Philosophy**. 27, 2002.

¹⁵⁶ Utilizamos a expressão em inglês, porque o termo ainda não possui tradução exata para português. A esse respeito, consultar: PINHO, José Antonio Gomes de; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. *Accountability: já podemos traduzi-la para o português?* **Revista de Administração Pública FGV**, n. 43(6), pp. 1343-1368, nov./dez. 2009.

¹⁵⁷ “[L]egal pluralism cannot be a barrier to the rule of law; however, its existence makes it all the more important for rules associated with adjudication in any such system to be clear and promulgated. This paper therefore accepts that legal pluralism can legitimately exist on a transnational basis but argues that within the scope of different legal systems, central rule of law concepts such as predictability and clarity can exist in governance and adjudication of cross-border transactions, even if consistency in the substantive rules themselves does not currently exist.” (DEANE, Felicity; MASON, Rosalind. *The UNCITRAL Model Law on Cross-border Insolvency and the Rule of Law*, cit, p. 139).

processos locais, franqueado ao representante e credor estrangeiros (arts. 13 e 14 da Lei Modelo). Em segundo lugar, a uniformização dos procedimentos e das medidas de assistência assegura previsibilidade e transparência aos agentes envolvidos.

O tributo à Lei Modelo, portanto, justifica-se pela promoção de segurança jurídica¹⁵⁸-¹⁵⁹, da cooperação e, quiçá, do Estado de Direito no que diz respeito à interação entre atores internacionais e diversas jurisdições. Essas contribuições poderiam eventualmente ser alcançadas de maneiras diversas ou com recurso a arranjos bilaterais; contudo, outras iniciativas de *Soft Law* e de *Hard Law* falharam por completo ou gozam de aplicação limitada¹⁶⁰. A estrutura da Lei Modelo, alinhada à legitimidade e influência da UNCITRAL, são os diferenciais que avalizam a superioridade desse instrumento¹⁶¹.

3.2.1.3. Limites da Lei Modelo da UNCITRAL

Além dos limites óbvios da Lei Modelo decorrentes do seu restrito âmbito de incidência, é necessário compreender as consequências da transposição legal ou, alinhadas à teoria da recursividade, os fatores de resistência que influem em todo processo de reforma legislativa. Assim, o otimismo quanto aos benefícios da Lei Modelo deve ser sopesado em relação às mudanças que sua adoção está apta a produzir e sob quais circunstâncias aquelas são factíveis de ser concretizadas.

¹⁵⁸ Para Jay Westbrook, perante os tribunais norte-americanos, a adoção da Lei Modelo da UNCITRAL assegurou os predicados de segurança jurídica e cooperação, facilitando o reconhecimento de procedimentos estrangeiros (WESTBROOK, Jay Lawrence. *An Empirical Study of the Implementation in the United States of the Model Law on Cross Border Insolvency*. **87.2 Am. Bankr. L.J.** 247, 2013). Também destaca Andrew Dawson que a introdução da Lei Modelo nos Estados Unidos, principalmente após a decisão prolatada no caso Bear Stearns, reduziu a utilização de paraísos fiscais para fins de abertura de procedimentos principais de insolvência (DAWSON, Andrew B., *Offshore Bankruptcies*. **Nebraska Law Review**, vol. 88, issue 2, pp. 317-340, 2009. Disponível em: <<https://digitalcommons.unl.edu/nlr/vol88/iss2/3>>. Acessado em 02 de fevereiro de 2018).

¹⁵⁹ Defende Rodrigo KAYSSERLIAN que a adoção da Lei Modelo da UNCITRAL constituiria uma “verdadeira ferramenta de combate à fraude e, até porque intimamente ligado, à lavagem do dinheiro”, permitindo a recuperação, pelo administrador judicial, de ativos ocultados no exterior (KAYSSERLIAN, Rodrigo. *Falência Transnacional e Recuperações de Ativos*. In: COSTA, Daniel Carnio (coord.). **Comentários Completos à Lei de Recuperação de Empresas e Falências**, vol. III. Curitiba: Juruá, pp. 321-332, 2015, p. 323).

¹⁶⁰ Para DEANE e MASON, a Lei Modelo não é o único instrumento que assegura o primado da ordem jurídica – os protocolos podem ser usados para obter previsibilidade, transparência e responsabilidade ética –, porém, sua adoção reduz conflitos e dá mais consistência ao relacionamento entre tribunais. DEANE, Felicity; MASON, Rosalind. *The UNCITRAL Model Law on Cross-border Insolvency and the Rule of Law*, cit. p. 144).

¹⁶¹ Em sentido contrário, S. Chandra MOHAN argumenta que a adesão limitada e com variações no conteúdo da Lei Modelo da UNCITRAL é indicativo de que ela não fornece aos Estados um instrumental realmente necessário ou adequado às necessidades daqueles (MOHAN, S. C. *Cross-border Insolvency Problems: Is the UNCITRAL Model Law the Answer?* **Int. Insolv. Rev.** 21, pp. 199–223, 2012).

Ao mesmo tempo em que o escopo reservado facilita a sua propagação, o texto não elimina os principais embates suscitados pela insolvência transnacional. Isso porque, apesar de possuir uma regra genérica de solução de conflito entre leis, baseada na identificação de um processo principal (lei do foro)¹⁶², a Lei Modelo não enfrenta todos os possíveis conflitos sobre lei aplicáveis ao direito material, não cuida de grupos societários – realidade que aniquilou a figura de uma sociedade multinacional única com atividade dispersa ao redor do mundo – e também ameniza a aplicação de uma lei regente em vista da proteção de interesses locais.

O primeiro problema – referente ao conflito de leis – não encontra resposta na Lei Modelo; porém, o Guia Legislativo tem o propósito específico de harmonizar e fornecer orientações sobre a escolha da lei aplicável. Portanto, essa é uma lacuna profunda, cuja possível solução está fora do instrumento em debate e que ainda não encontra consenso entre os doutrinadores¹⁶³. Vimos que os estudiosos mais apegados ao universalismo modificado defendem, como regra geral¹⁶⁴, a aplicação da lei reinante no processo principal também pela autoridade encarregada dos procedimentos auxiliares, enquanto outras teorias – a exemplo do universalismo procedimental ou territorialismo virtual – advogam em favor da aplicação da lei doméstica dos procedimentos auxiliares e/ou credores estrangeiros no bojo do processo principal. Aduz Edward J. JANGER que a questão é bastante complexa, porque pressupõe, primeiro, a verificação de se o tribunal local tem autorização para aplicar internamente uma lei estrangeira e, segundo, a harmonização, em contexto transnacional, de critérios para pacificar conflitos de leis, uma vez que as demandas atinentes à insolvência transnacional não são apenas processuais – resolvidas pela *lex fori* – e envolvem direitos subjetivos

¹⁶² “While the Model Law does not resolve all of the classic choice of law concerns, it does provide a choice of forum rule, through the COMI test (...). The development of specific choice of laws rules fell largely outside the narrow scope of the 1993 UNCITRAL consensus” (CLIFT, Jenny. *Choice of Law and the UNCITRAL Harmonization Process*, 9 **Brook. J. Corp. Fin. & Com. L.**, 2014, p. 26-27).

¹⁶³ Para Allan L. GROPPER, por exemplo, a regra geral do Guia Legislativo com deferência quase que absoluta à lei do foro não seria recepcionada pela legislação norte americana (GROPPER, Allan L., *The Curious Disappearance of Choice of Law as an Issue in Chapter 15 Cases*, 9 **Brook. J. Corp. Fin. & Com. L.**, 2014). De modo similar, apontando problemas e insuficiência da regra geral proposta pelo Guia: JANGER, Edward J., *Silos: Establishing the Distributional Baseline in Cross-Border Bankruptcies*, 9 **Brook. J. Corp. Fin. & Com. L.**, 2014.

¹⁶⁴ “Modified universalism replaces the “must” of deference to the home country’s bankruptcy laws under the choice of law protocol with a “may.””, contudo as exceções – proteção de interesses locais – deveriam ser interpretadas restritivamente (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. 1899-1949, 2006, p. 1918).

disciplinados por uma gama de diplomas jurídicos¹⁶⁵, além da expectativa de que as garantias legais e as obrigações contratuais formalizadas antes da crise serão observadas. A regra do COMI – definidor da jurisdição principal – não se mostra suficiente, segundo o autor, para sanar os conflitos de leis¹⁶⁶ e ao longo da tese restou evidenciado o dissenso doutrinário sobre o tema.

A segunda restrição decorre diretamente da prevalência de grupos societários no comércio internacional. Não obstante ser possível extrair da Lei Modelo alguma orientação¹⁶⁷ – como, por exemplo, os elementos para identificação do principal estabelecimento ou do centro de principais interesses das sociedades do grupo –, no mais das vezes, a realidade pulsante dos grupos exigirá uma normativa própria e suplementar ao texto de 1997.

O terceiro limite é o mais intrincado de ser resolvido. O enfraquecimento de uma única lei regente para todos os procedimentos (ideal do modelo universalista puro) subdivide-se na adequada proteção dos interesses dos credores locais¹⁶⁸ e, ainda, nos interesses do Estado, ou seja, nas políticas sociais atreladas ao sistema de insolvência doméstico. Essa constatação sobre bipartição do que se entende por proteção a interesses locais, reivindica, na opinião de POTTOW, remédios distintos, porquanto os credores locais não estarão necessariamente desguarnecidos pela sujeição a um procedimento estrangeiro, ainda que, por desconhecimento e ‘ganância’, possam tendencialmente preferir a aplicação do direito processual e substancial que lhes é familiar¹⁶⁹. Já os Estados podem negar o reconhecimento de um processo estrangeiro, mesmo quando não há interesses de credores locais em risco, exclusivamente por

¹⁶⁵ Jay WESTBROOK et.al referem-se à lei falimentar como uma ‘meta-lei’, justamente porque está associada com muitas outras legislações (WESTBROOK, Lawrence; BOOTH, Charles D.; PAULUS, Christoph G.; RAJAK, Harry. *A Global View of Business Insolvency Systems*, cit, p. 239).

¹⁶⁶ JANGER, Edward J., *Silos: Establishing the Distributional Baseline in Cross-Border Bankruptcies*, **9 Brook. J. Corp. Fin. & Com. L.**, 2014.

¹⁶⁷ Nesse sentido, consultar: MEVORACH, Irit. *On the road to universalism: a comparative and empirical study of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*, cit (A autora sustenta que a Lei Modelo facilita a concentração dos processos de insolvência de todos ou maioria dos membros do grupo de sociedade sob uma mesma jurisdição, ainda que para tanto precise afastar a presunção sobre o COMI residir na sede da empresa, porém, inegavelmente é necessário algum ajuste com tratamento específico dos grupos de sociedade).

¹⁶⁸ A referência a credores locais não pode ser confundida com credores nacionais, já que a grande maioria dos países não faz esta distinção e concede igual tratamento a credores nacionais e estrangeiros cujos créditos foram constituídos ou devem ser reivindicados no país. O problema reside nas distinções entre as regras de prioridade concedida aos credores que variam de país a país e, assim, enseja conflito quanto à aplicação de uma ou outra lei.

¹⁶⁹ Jay WESTBROOK denomina esta preferência pela aplicação da regra de prioridade doméstica de ‘localismo’, arguindo que não há prova *ex ante* que a prioridade local beneficiará os credores locais, bem como não existe uma relação necessária entre a situação dos bens – sobretudo aqueles de natureza intangível – e os direitos creditórios e/ou expectativas de credores. Ao contrário, apenas em algumas circunstâncias específicas o credor pode esperar que os ativos locais servirão, em grau prioritário, para satisfação de seu crédito (v.g, créditos trabalhistas; créditos com garantia real e tributários) (*Breaking Away: Local Priorities and Global Assets*. **46 Tex Intl LJ**, pp. 601-622, 2011, passim).

‘orgulho’, por não quererem abrir mão de parte de sua soberania – refletida nas leis domésticas – e prestar deferência a uma jurisdição forasteira¹⁷⁰. Os anseios dos credores locais são tutelados pelo equilíbrio da Lei Modelo entre o objetivo universalista e as concessões locais, sobretudo pelo teor de seu artigo 21(2) e 22¹⁷¹. Todavia, em relação ao apego dos Estados às suas leis falimentares internas, a Lei Modelo não fornece resposta e esse enfrentamento não é meramente hipotético¹⁷².

Assim, a incorporação da Lei Modelo, ainda que de forma fiel ao texto original, não é solução para todas as complexas questões geradas pelas insolvências transnacionais. A produção normativa da UNCITRAL¹⁷³, nessa área, corrobora a tese de insuficiência da Lei Modelo, além dos debates sobre edição de novos instrumentos dessa natureza¹⁷⁴.

¹⁷⁰ POTTOW, John A. E. *Greed and Pride in International Bankruptcy: The Problems of and Proposed Solutions to 'Local Interests'*.

¹⁷¹ Redação original, segundo a proposta pela UNCITRAL:

“Article 21. Relief that may be granted upon recognition of a foreign proceeding

2. Upon recognition of a foreign proceeding, whether main or nonmain, the court may, at the request of the foreign representative, entrust the distribution of all or part of the debtor’s assets located in this State to the foreign representative or another person designated by the court, provided that the court is satisfied that the interests of creditors in this State are adequately protected.

Article 22. Protection of creditors and other interested persons

1. In granting or denying relief under article 19 or 21, or in modifying or terminating relief under paragraph 3 of this article, the court must be satisfied that the interests of the creditors and other interested persons, including the debtor, are adequately protected.

2. The court may subject relief granted under article 19 or 21 to conditions it considers appropriate.

3. The court may, at the request of the foreign representative or a person affected by relief granted under article 19 or 21, or at its own motion, modify or terminate such relief.”.

¹⁷² O autor exemplifica o ‘orgulho’ dos Estados com o caso *Antwerp Bulkcarriers N.V. v. Holt Cargo Systems, Inc* [2001] S.C.R. 951 (Can.), no qual os tribunais canadenses, instigados por credores norte-americanos, se recusaram a atender um pedido de remessa de bens da sociedade falida para Bélgica – jurisdição reconhecida como principal –, em razão de diferenças existentes nas leis falimentares, ainda que a discussão não envolvesse interesses de credores canadenses ou créditos constituídos no Canadá. Quanto à solução, sugere John Pottow que a saída ideal seria fomentar a reciprocidade difusa, com a percepção que quando os Estados reconhecem decisões e jurisdições estrangeiras eles não estão minando suas soberanias, mas fortalecendo laços e atividades econômicas em benefício local (no mesmo sentido: WESTBROOK, Jay Lawrence. *Priority Conflicts as a Barrier to Cooperation in Multinational Insolvencies*, **Penn State International Law Review**: Vol. 27: No. 3, Article 18, 2009). Porém, entende que uma via pragmática seria mais realista e formula a proposta de cisão parcial (“carve-out”) do patrimônio para ser administrado pelo Estado e em favor dos credores locais: “The carve-out idea is straightforward. When an international company files for bankruptcy in a universalist regime, a small, fixed amount of the locally available assets should be subject to distribution in accordance with local bankruptcy law and carved out from turnover to the controlling jurisdiction. The amount can be small, say 5 percent” (POTTOW, John A. E. *Greed and Pride in International Bankruptcy: The Problems of and Proposed Solutions to 'Local Interests'*, cit, p. 1939). Concordamos com Pottow no tocante ao duplo aspecto dos ‘interesses locais’ e como esta questão pode ser um limitante à aplicação eficiente da Lei Modelo, todavia, a solução proposta não nos parece adequada.

¹⁷³ Aqui fazemos referência aos guias legislativos, recomendações e notas explicativas que a UNCITRAL aprovou depois de 2004 em relação ao tratamento de grupos de sociedade, além das notas sobre cooperação e documentos destinados a auxiliar a aplicação da lei pelos magistrados.

¹⁷⁴ Para parte da doutrina, é necessário buscar a harmonização de regras de conflito sobre aplicação do Direito Material. Consultar: POTTOW, John A. E. *Beyond Carve-Outs and Toward Reliance: A Normative Framework for Cross-Border Insolvency Choice of Law*. **Brook. J. Corp. Fin. & Com. L.** 9, no.1, 2014;

Ademais, as resistências e limitações mais fortes ao escopo da Lei Modelo podem acontecer no momento de sua aplicação, como consequência do hiato entre lei formal e de sua prática¹⁷⁵. Enquanto alguns estudos apontam que os tribunais de diferentes países que já incorporaram a Lei Modelo tendem a respeitar suas disposições¹⁷⁶; recentemente a doutrina expôs a fratura entre interpretação da Lei Modelo pelos tribunais ingleses e norte-americanos¹⁷⁷. A aplicação da lei está a cargo de magistrados que carregam seus valores internos, estando mais propícios a interpretar esse instrumento internacional a partir de lentes locais¹⁷⁸, bem como, diante da ausência de regras sobre conflitos de leis, a ceder às preferências dos credores locais¹⁷⁹. Isso porque, diferentemente do Estado, a quem interessa cooperar com jurisdições estrangeiras em nome de um bom relacionamento na esfera internacional; o magistrado provavelmente irá lidar apenas casos isolados de insolvência transnacional, sem a preocupação com a mútua reciprocidade entre as jurisdições ou com consequências negativas de uma conduta não cooperativa¹⁸⁰.

MOONEY JR, Charles W., *Harmonizing Choice-of-Law Rules for International Insolvency Cases: Virtual Territoriality, Virtual Universalism, and the Problem of Local Interests*, 9 **Brook. J. Corp. Fin. & Com. L.**, 2014. No mesmo sentido caminha a proposta do ALI – The American Law Institute: AM. LAW INST., *Global Rules on Conflict-of-Laws Matters in Insolvency Cases*, in **Transnational Insolvency: Global Principles For Cooperation In International Insolvency Case**, 2012.

¹⁷⁵ “It is not that global norms are irrelevant, nor that their impact is negligible. Many do get institutionalized in national laws and new and reformed local institutions. But by the time they reach practice, they are translated and redefined, adapted and domesticated. (...) Recursive processes of legal change do not guarantee that a global norm will deliver anything like its promise when implemented. Implementation gaps are the rule, not the exception.” (HALLIDAY, Terence C.; CARRUTHERS, Bruce G. **Bankrupt: Global Lawmaking and Systemic Financial Crisis**, p.427).

¹⁷⁶ Ver supra 152. Irit MEVORACH afirma, contudo, que não há base de dados suficientes para extrair conclusões definitivas, em especial quanto à comparação entre as jurisdições.

¹⁷⁷ Consultar: McCORMACK, G. *US exceptionalism and UK localism? Cross-border insolvency law in comparative perspective*. **Legal Studies**, vol. 36, No. 1, pp. 136–162, 2016; _____, *Foreign Law and Public Policy in the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: A Transatlantic Perspective*. **Nottingham Insolvency and Business Law e-Journal**, vol. 3, pp. 477- 492, 2015; WALTERS, Adrian., *Giving effect to foreign restructuring plans in Anglo-US private international law*. **Nottingham Insolvency and Business Law e-Journal**, 3 (20), pp. 375-392, 2015; WALTERS, Adrian, *Modified Universalisms & the Role of Local Legal Culture in the Making of Cross-Border Insolvency Law* (December 7, 2017). [Forthcoming in **American Bankruptcy Law Journal**]. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3084117>.

¹⁷⁸ De outra parte, lembra Ian FLETCHER que a interpretação de tratados internacionais por tribunais nacionais incorre neste mesmo problema, portanto não é a natureza da Lei Modelo que dá ensejo à falta de uniformidade na aplicação das regras (**Insolvency in Private International Law**, cit, p. 446).

¹⁷⁹ “With judges sometimes forced to choose between purpose-oriented international norms and domestic law, it is hardly surprising that “glocal” judging generates inconsistent outcomes that do not satisfy universalists. Ultimately, judicial authority is constituted by domestic legal frameworks and cultures (...). Judges, as creatures of their own systems, work within leeways that are shaped by the manner of local legislative implementation and the judicial sense of how the Model Law “fits” within domestic cross-border insolvency law as a whole.” (WALTERS, Adrian, *Modified Universalisms & the Role of Local Legal Culture in the Making of Cross-Border Insolvency Law*, cit, p. 8).

¹⁸⁰ Argumento deduzido por Frederick TUNG: “judges are not states; though states may be repeat players in the universalist cooperation game, judges typically are not. For each judge, the decision whether to defer to a foreign insolvency proceeding looks more like a one-shot game. The judge will understand the immediate prejudice to local interests from deferring to a foreign proceeding, but may not perceive or care about the long-

Como a Lei Modelo foi editada e reflete o poder hegemônico de nações ricas, em especial dos Estados Unidos, sua adoção por países fora desse eixo encontrará resistências naturais. A Lei Modelo é um exemplo do que Boaventura de Souza SANTOS identifica como localismo globalizado (exportação de um padrão desenhado por ator poderoso) e globalismo localizado (o impacto da internalização de uma tendência externa no cenário nacional)¹⁸¹⁻¹⁸². Também impõe modificações para ajustar a realidade local que, na visão de Terence HALLIDAY e Bruce CARRUTHERS, é desejável¹⁸³⁻¹⁸⁴. Em suma, a Lei Modelo sofrerá mutações em todos os países aos que for incorporada, seja por meio de reformas legislativas expressas com o objetivo de moldá-la ao contexto doméstico, seja em razão de sua interpretação por parte dos operadores do Direito e da conjuntura do ordenamento local.

term consequences of defection. The judge's dominant single -play strategy is therefore defection." (*Is International Bankruptcy Possible?* **Mich. J. Int'l L.**, vol. 23, pp. 31-102, 2001, p. 82-84). Em resposta, Jay Westbrook desacredita os argumentos de dificuldade de cooperação por parte dos magistrados e resistência em remeter bens para uma jurisdição estrangeira (*Breaking Away: Local Priorities and Global Assets*. **46 Tex Intl LJ**, pp. 601-622, 2011).

¹⁸¹ “[O]s países centrais especializam-se em localismos globalizados, enquanto aos países periféricos é imposta a escolha de globalismos localizados. O sistema-mundo é uma trama de globalismos localizados e localismos globalizados” (Uma concepção multicultural de direitos humanos. **Lua Nova**, p.110).

¹⁸² Benhaji Shaaban MASOUD argumenta, na esteira do que foi apresentado neste capítulo sobre a teoria da recursividade, pela necessidade dos países que compõem a África Subsaariana discutirem um regime de insolvência transnacional adequado as suas necessidades locais e os perigos das reformas guiadas apenas com o objetivo de atrair investimentos estrangeiros, copiando regras dos países desenvolvidos e de seus ex-colonizadores: MASOUD, Benhaji Shaaban. *The Context for Cross-Border Insolvency Law Reform in Sub-Saharan Africa*, **Int. Insolv. Rev.**, **23**, pp. 181–200, 2014. De forma similar, Adrian WALTERS: “‘Glocal’ judges are not guaranteed to accept such an exercise of American soft power, especially those judges who expect to see choice-of-law issues dealt with explicitly by convention or statute rather than by judicial rulemaking. Thus a harmonizing interpretive principle, freighted with US jurisprudence under chapter 15, encounters resistance in other countries where local Model Law enactments reinforce local path dependencies.” (WALTERS, Adrian, *Modified Universalisms & the Role of Local Legal Culture in the Making of Cross-Border Insolvency Law*, cit, p. 77).

¹⁸³ **Bankrupt: Global Lawmaking and Systemic Financial Crisis**, passim. Ver também: HALLIDAY, Terence C.; *Legitimacy, Technology, and Leverage: The Building Blocks of Insolvency Architecture in the Decade Past and the Decade Ahead*, cit, p. 1101-1102 (argumentando que a noção de ‘melhores práticas’ é falaciosa diante das grandes variações entre mercado e modelos capitalistas em cada região, sendo necessário desenvolver “a theory of the conditions under which certain kinds of bankruptcy systems will best fit certain kinds of markets”).

¹⁸⁴ Katarina PISTOR et al. defendem que a transposição de instrumento internacional, seja ele um tratado ou *Soft Law*, terá mais chances de sucesso em concretizar seus objetivos se a transposição for voluntária e permitir adaptações ao cenário local, bem como que a lei é uma instituição cognitiva no sentido que, para moldar comportamentos, ela deve ser compreendida pelos seus “consumidores” e pelas instituições que aplicam a lei (p.ex, juizes). Consultar: BERKOWITZ, Daniel; PISTOR, Katharina; RICHARD, Jean-Francois. *The Transplant Effect*. **The American Journal of Comparative Law** **51**, no. 1, 2003; PISTOR, Katharina. *The Standardization of Law and Its Effect on Developing Economies*. **The American Journal of Comparative Law** **50**, no. 1, 2002. Sem os devidos ajustes e envolvimento efetivo dos operadores que utilizaram as normas transpostas, os resultados são “contradictory and unpredictable, sometimes suggesting openness to new forms of legality in the governance of market relations and sometimes displaying rather xenophobic tendencies” (MILHAUPT, Curtis J.; PISTOR, Katharina. **Law & Capitalism: What Corporate Crises Reveal about Legal Systems and Economic Development around the World**. Chicago: The University of Chicago Press, 2008, Chapter Eleven, E-book). Ainda sobre os problemas causados pelo mero transplante de leis estrangeira: MARTIN, Nathalie. *The Role of History and Culture in Developing Bankruptcy and Insolvency Systems: The Perils of Legal Transplantation*, **28 B.C. Int'l & Comp. L. Rev.** **1**, 2005.

Destarte, a apreciação do comportamento da lei nas mãos daqueles que se valem diretamente desse instrumento passa ser relevante e um limitador natural aos seus desígnios de harmonização.

3.3. Conclusão parcial

Os parâmetros sugeridos por HALLIDAY e CARRUTHERS e a adoção da Lei Modelo da UNCITRAL por países de destaque no cenário internacional corroboram com a tese de que a UNCITRAL, de fato, tem prevalência entre organizações internacionais e exerce grande influência nas reformas legislativas nacionais.

Ademais, a estrutura e os objetivos traçados pela Lei Modelo parecem proporcionar ganhos no tocante à segurança jurídica – por meio da harmonização legal em relação ao procedimento e seus pontos-chave – e da cooperação entre Estados, independentemente das diferenças abissais entre culturas e sistemas jurídicos, e desvinculada da homologação de sentença estrangeira ou de expedição de carta rogatória. De outro lado, não podemos ignorar os limites e fatores de resistência ao instrumento da UNCITRAL. Circunscrever a Lei Modelo dentro daquilo que ela pode oferecer e, sobretudo, de que forma sua utilização pode surpreender (modificar) os escopos originários, é tão ou mais importante que propagar seus benefícios, porquanto submete a norma a um teste de realidade.

Nessa toada, a resistência dos países em desenvolvimento, a exemplo da maioria dos integrantes do BRICS¹⁸⁵, com exceção da África do Sul¹⁸⁶, e da grande maioria dos países

¹⁸⁵ Consultar a esse respeito as análises de Steven T. KARGMAN: *Emerging Economies and Cross-Border Insolvency Regimes: Missing BRICs in the International Insolvency Architecture (Part I)*, **Insolvency and Restructuring International**, Vol. 6 No. 2, September 2012; *Emerging Economies and Cross-Border Insolvency Regimes: Missing BRICs in the International Insolvency Architecture (Part II)*, **Insolvency and Restructuring International**, Vol. 7, No. 1, April 2013 (argumentando que há vários fatores que explicam a não adoção da Lei Modelo da UNCITRAL ou outro regramento específico para insolvência transnacional, entre eles, a infraestrutura dos tribunais, o estágio de desenvolvimento da legislação falimentar doméstica e a visão do Poder Legislativo sobre a necessidade desta adoção. O autor concorda com a tese de Halliday e Carruthers que a imposição de regras desta natureza por agentes externos não assegura uma reforma legislativa substancial e eficiente). Consultar, ainda, sobre a não incorporação da Lei Modelo entre os países do BRIC e por Bangladesh e Paquistão: MANNAN, Morshed. *The prospects and challenges of adopting the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency in South Asia (Bangladesh, India and Pakistan)*. **Thesis (LLM)**. Leiden, Netherlands: Leiden University, 2015.

¹⁸⁶ A África do Sul não compunha originalmente o bloco dos países em desenvolvimento de maior relevância no comércio internacional – BRIC. Além disso, apesar de ter adotado formalmente a Lei Modelo da UNCITRAL no ano 2000 – Cross-Border Insolvency Act 42 of 2000 –, a versão incorporada incluiu uma regra bastante restritiva de reciprocidade, impondo que a lei é aplicável apenas aos países integrantes de uma lista

latino-americanos em adotar o modelo de insolvência desenhado pela UNCITRAL é sintomática.

Todavia, os denominados por esta tese de limites e fatores de resistência à Lei Modelo não pretendem desaconselhar a sua adoção, já que a atuação da UNCITRAL em resposta aos dilemas de cunho transnacional: “*do not start with a solution and work your way backward, but rather you have to start at the beginning, address the problem, and let the process then proceed toward a solution*”¹⁸⁷.

O próximo capítulo vai submeter a realidade brasileira aos pressupostos da teoria recursiva para, com isso, tentar identificar os pontos de resistência à adoção de regras sobre insolvência transnacional e uma avaliação do cenário que se descortina.

elaborada pelo Ministro da Justiça – “designation provision” – e que, até 2014, nenhuma indicação tinha sido feita, de modo que a lei permanecia inoperante. Consultar: RAS, Clinton. *The future of Cross-Border Insolvency Act 42 of 2000 in view of developments elsewhere. Dissertation (LLM)--University of Pretoria*, 2015; MOHAN, S. C. *Cross-border Insolvency Problems: Is the UNCITRAL Model Law the Answer?*

¹⁸⁷ REDMOND, Christopher J., *Working Methods of UNCITRAL Working Group V (Insolvency) and Choice of Law*, 9 *Brook. J. Corp. Fin. & Com. L.*, 2014, p. 61.

4. INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL E A SUA REGULAMENTAÇÃO NO BRASIL

4.1. Contextualização histórica da disciplina normativa da insolvência transnacional no Brasil

O tratamento de insolvência transnacional não é um fato recente e, como vimos, constitui preocupação bastante antiga¹⁸⁸ e que sempre esteve na mira dos estudiosos e tratadistas de Direito Internacional¹⁸⁹⁻¹⁹⁰, inclusive no Brasil. Inegavelmente, as características dos mercados atuais e os contornos da globalização econômica provocaram mudanças nos problemas que a regulação atual precisa enfrentar, mas não são eles os criadores das regras que versam sobre a crise transfronteiriça das relações comerciais.

O Brasil fornece um exemplo interessante sobre o embate teórico entre o universalismo e o territorialismo no âmbito legislativo e as oscilações entre uma e outra vertente. Por meio do Decreto 6.982, de 1878, de autoria do Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira, foram atribuídos pela primeira vez efeitos à sentença estrangeira que decretava falência de comerciante domiciliado no estrangeiro, que possuía bens no Brasil¹⁹¹. Para ter eficácia em

¹⁸⁸ Por vezes foi objeto de acordos bilaterais, como, por exemplo: Convênios firmados entre França e Bélgica em 1899; entre Bélgica e Holanda em 1925, entre Reino Unido e Bélgica em 1934 (ver, CALDERON, Silvio Javier Battello. **Falência Internacional no Mercosul: proposta para uma solução regional**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 69; Julián González Pascual; OLIVEIRA, Ana Katarina Pessoa de. *El papel de la UNCITRAL (CNUDMI) en las insolvencias transfronterizas*. **Panorama Socioeconómico**, año 31, n. 46, pp. 41-57, 2013, p. 41).

¹⁸⁹ Segundo Haroldo VALLADÃO: “O problema da falência no direito internacional privado foi abordado longamente desde as origines de nossa ciência, desde a teoria dos estatutos, classificado o instituto ora como pessoal (incapacidade do falido) levando à extraterritorialidade, e, pois à unidade e universalidade da falência (Ansaldus, DeLuca), ora como real (referente aos bens ou em geral ou para alguns: só quanto aos bens imóveis) conduzindo à territorialidade, à pluralidade da falência (Casaregis), e até segundo outros, ora real ora pessoal, teria mista ou sistema intermediário” (**Direito Internacional Privado**, vol. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, p. 39).

¹⁹⁰ Haroldo VALLADÃO demonstra que a insolvência transnacional não era uma preocupação adstrita ao debate doutrinário, mas também estava na pauta de proposições legislativas, como iremos referir em relação ao Brasil e à América Latina que, menciona o autor, foi precursora “quanto às Convenções Internacionais Plurilaterais” (**Direito Internacional Privado**, vol. III, p. 40). Segundo Carvalho de MENDONÇA a lei alemã de 17 de maio de 1898 consagrava, em seus artigos 237 e 238, efeitos próximos ao universalismo ao permitir que sentença estrangeira de abertura de falência executasse bens situados no Império alemão, desde que o devedor não possuísse sede industrial ou foro geral no país (**Tratado de Direito Comercial Brasileiro**, vol. VIII, p. 462).

¹⁹¹ Art. 14º Serão exequíveis no Brasil as sentenças estrangeiras que abrirem fallencia a negociantes que tenham o seu domicilio no paiz, onde forem proferidos.

Art. 15º As ditas sentenças, depois de receberem o - cumpra-se - dos Juizes brasileiros (arts. 1º e 2º) e depois da publicação do mesmo - cumpra-se -, produzirão no Imperio os efeitos que por direito são inherentes ás sentenças de declaração de fallencia, salvo as restricções dos arts. 17, 18, 19 e 20.

nosso território, a sentença estrangeira estava sujeita ao procedimento específico de homologação e expedição do *exequatur*, exigia a prova de reciprocidade da nação estrangeira (art. 1º), porém o síndico poderia realizar atos para proteger interesses e direitos da massa independentemente da recepção da sentença estrangeira e desde que tais atos não importassem arrecadação e alienação de bens¹⁹². O reconhecimento de efeitos extraterritoriais encontrava algumas limitações: a) a abertura de falência de comerciante domiciliado no exterior não repercutia em estabelecimento brasileiro, mesmo depois de recepcionada pelo juiz brasileiro, permanecendo a universalidade de bens como garantia dos credores locais e sujeita exclusivamente à jurisdição do Império¹⁹³; b) credores locais, com garantia hipotecária, conservavam suas preferências mesmo após a recepção da sentença estrangeira e os credores quirografários, cujos créditos estivessem sendo executados judicialmente na data do ‘cumpra-se’ outorgado à decisão estrangeira, poderiam prosseguir com suas demandas e executar os bens aqui localizados¹⁹⁴.

A primeira lei de falência do Brasil¹⁹⁵, editada em 1890, reproduziu as regras anteriores, eliminando, contudo, o requisito de reciprocidade ou exigência de caução para que o síndico da massa falida estrangeira atuasse em solo brasileiro, e trouxe uma disciplina minuciosa da matéria. Também repetiu a vedação imposta pelo Decreto 6.982 em relação à execução de sentença falimentar estrangeira quando o comerciante é domiciliado no Brasil, porém introduziu uma nova condição: que o comerciante fosse domiciliado em nosso território e de

¹⁹² Art. 16º Independentemente do - cumpra-se -, e só com a exibição da sentença e do acto da nomeação, em fôrma authentica, os syndicos, administradores ou curadores terão qualidade para, como mandatarios, requererem no Imperio diligencias conservatorias dos direitos da massa, cobrar dividas, transigir, si para isso tiverem poderes, e intentar açções. Mas todos os actos que importam directamente execução da sentença, como são a arrecadação e arrematação de bens do fallido, não poderão ser praticados, senão depois que a sentença se tornar executoria pelo - cumpra-se -, e mediante autorização do Juiz brasileiro, guardando-se as formulas do direito patrio.

¹⁹³ Art. 19º A sentença estrangeira que abrir fallencia a negociante que tenha dous estabelecimentos, um no paiz do seu domicilio e outro distincto e separado no Brazil, não comprehenderá nos seus effeitos o estabelecimento existente no Brazil. A fallencia deste estabelecimento só poderá ser decretada pelas justiças brasileiras; e os credores do mesmo estabelecimento serão pagos pela respectiva massa, de preferencia aos credores do estabelecimento existente no estrangeiro.

¹⁹⁴ Art. 17º Sem embargo de haver sido declarada executoria a sentença estrangeira de abertura de fallencia, os credores domiciliados no Brazil, que tiverem hypotheca sobre immoveis aqui situados, pertencentes ao fallido, não ficam inhibidos de demandar os seus creditos e excutir os ditos immoveis.

Art. 18º A disposição do artigo anterior é applicavel aos credores chirographarios, igualmente domiciliados no Brazil, que na data do - cumpra-se - tenham açções ajuizadas contra o fallido. Ser-lhes-ha licito proseguir nos termos ultteriores do processo e executar os bens do fallido, sitios ou existentes no Imperio.

¹⁹⁵ Decreto 917 disciplinou a matéria em seus artigos 91 a 106, sob o título “Das Fallencias Declaradas Fóra da Republica”.

nacionalidade brasileira¹⁹⁶⁻¹⁹⁷. Sobre a fase legislativa anterior ao Decreto-Lei 7.661/1945, Miranda Valverde concluiu que:

A matéria, que foi regulada nos arts. 14 a 22, com a proficiência de Lafayette, foi alterada e ampliada pelo dec. n.º 917, de 1890, recomposta, com emendas para pior, pela lei n.º 2.014, de 1908, tratada com sensível deficiência pelo dec. n.º 5.746, de 1929, cujos dispositivos foram revogados pelo Cód. de Proc. Civil¹⁹⁸.

De modo geral, a disciplina da insolvência transnacional nas legislações falimentares brasileiras, entre o século XIX e início do século XX, era marcada pelos seguintes traços: a) o domicílio definia a jurisdição para abertura de falência e, portanto, o devedor, independentemente da nacionalidade, se domiciliado no exterior poderia ter sua falência reconhecida no Brasil ou, se domiciliado no Brasil, restaria consolidada a competência local para decretação da quebra¹⁹⁹ ou concessão de concordata; b) eventual estabelecimento existente no Brasil ficava resguardado dos efeitos da sentença estrangeira e servia para pagamento dos credores locais em regime de preferência aos credores estrangeiros que, inobstante, estavam autorizados a habilitar seus créditos²⁰⁰; c) por credores locais entendiam-

¹⁹⁶ Art. 106. Não são susceptíveis de execução na Republica as sentenças estrangeiras que declararem a fallencia do commerciante aqui domiciliado, sendo brasileiro.

¹⁹⁷ Já o Decreto 6.982 previa em seu art. 21: “Fica entendido que não são susceptíveis de execução no Brazil as sentenças estrangeiras que declararem a fallencia de negociantes domiciliados no Imperio (art. 2º § 1º)” e, na parte inicial, “Art. 2º. Não obstante concorrerem os requisitos do artigo antecedente, as ditas sentenças não serão executadas se contiverem decisão contraria: § 1º A Soberania Nacional, como si, por exemplo, subtrahissem algum brasileiro á competencia dos Tribunaes do Imperio”.

¹⁹⁸ VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências: Decreto- lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945**. Vol. IV. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 66.

¹⁹⁹ Pontua J.X. Carvalho de MENDONÇA: “[O] instituto da falência não é um privilégio dos brasileiros, mas uma forma de execução, instituída em beneficio geral dos que residem no Brasil (...). Não há diversidade de tratamento entre credores brasileiros e credores estrangeiros na falência de estabelecimentos situados no Brasil, pertençam a brasileiros ou a estrangeiros, se aquela é declarada por tribunais da República. A situação jurídica de todos é a mesma.” (**Tratado de Direito Comercial Brasileiro**, vol. VIII, 4ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947, p. 478-479). Todavia, a Lei 2.024, ao impedir a homologação de sentença estrangeira pela regra do domicílio no território brasileiro, se referia a “devedor brasileiro aqui domiciliado”, distinção que foi corrigida pelo Decreto 5.746 para simplesmente “devedor aqui domiciliado”. A mudança, afirma Haroldo VALLADÃO, consagrou a “equiparação constitucional de brasileiro e estrangeiros residentes” (**Direito Internacional Privado**, p. 41).

²⁰⁰ Com o Decreto 5.746 esta regra ficou clara e dispensava a homologação da sentença estrangeira para fins de prova do crédito do credor estrangeiro. Reproduzimos os artigos que regulavam o tema:

Art. 161. A sentença estrangeira que abrir fallencia a commerciante ou sociedade anonyma ou outra, composta de socios de responsabilidade limitada, que tenha dous estabelecimentos, um no paiz do seu domicilio e outro distincto e separado na Republica, sendo homologada, não comprehenderá em seus effeitos o estabelecimento existente na Republica. **Paragrapho unico**. Os credores locaes, isto é, aquelles cujos creditos deverão ser pagos na República, poderão requerer a fallencia do estabelecimento aqui situado e serão pagos pela respectiva massa, de preferência aos credores do estabelecimento situado no estrangeiro”

Art. 166. Declarada por juiz da República, a fallencia daquelles a quem se referem os artigos antecedentes, podem concorrer a ella os credores admittidos ao passivo na fallencia dos mesmos devedores, aberta em paiz estrangeiro, sem dependencia de homologação pelo Supremo Tribunal Federal, desde que apresentem titulos legaes do seu credito ou representação, nos termos desta lei.”

se aqueles cujos créditos deveriam ser pagos aqui, sem qualquer discriminação baseada na nacionalidade; d) a sentença estrangeira só produzia efeitos depois de homologada pelo STF, porém os representantes da massa estavam autorizados a praticar atos conservatórios de direitos, independentemente da homologação; e) a sentença falimentar estrangeira, ainda que homologada, não inibia a execução das garantias hipotecárias dos bens situados no Brasil, em favor dos credores domiciliados em nosso país; f) credores quirografários, domiciliados aqui, desde que tivessem ação ajuizada contra falido em data anterior à homologação da sentença estrangeira, poderiam prosseguir com suas demandas; g) havendo pluralidade de massas falidas, a lei local – lei do foro – disciplinava a classificação de créditos.

A regra do domicílio era regida pelo domicílio comercial; portanto, assemelhava-se à compreensão de estabelecimento e não meramente de domicílio civil. Ademais, as regras da insolvência transnacional, quando disciplinadas na legislação especial, subsumiam-se a previsão geral de competência interna fixada pelo local do principal estabelecimento ou da filial de sociedade estrangeira, hipótese que, quando verificada, afastava a homologação da sentença estrangeira. Isso ficou ainda mais claro com o Decreto 5.746, através do seu art. 165²⁰¹. Alguns embates jurisprudenciais confirmavam a prevalência da jurisdição brasileira sempre que o comerciante ou sociedade comercial exercia atividade relevante e organizada no Brasil²⁰²⁻²⁰³.

²⁰¹ Art. 164. Não são susceptíveis de execução no Brasil as sentenças estrangeiras que declararem a falência do devedor aqui domiciliado.

Art. 165. A disposição do artigo antecedente estende-se aos estrangeiros não residentes no país, mas que nêle exercem o seu comércio, por meio de representantes idoneos, e ás sociedades legalmente constituídas fóra do territorio nacional, dêsde que aquêles e estas tenham estabelecimentos sómente no Brasil. (Redação dada pelo Decreto nº 23.044, de 1933).

A primeira versão do art. 165 dispunha que não seria suscetível de execução no Brasil sentença estrangeira que declarasse falência de estrangeiro e de sociedade estrangeira, ambos residentes e não domiciliados no país, mas que tivessem aqui um estabelecimento. Em 1933, foi incluída a palavra “somente” na parte final do artigo, com o intuito de afastar sua aplicação quando o estrangeiro ou sociedade estrangeira possuísem estabelecimento no Brasil e em outro país. Segundo Haroldo VALLADÃO: “a alteração foi provocada e realizada durante o julgamento no STF da homologação de Sentença Estrangeira da França, que decretara a falência da Cia Port of Pará (...) o advogado do credor francês requerente conseguiu desencavar a discussão do Projeto da Lei, no Senado, em 1929 e provou que o texto então aprovado do art. 165 tinha a palavra ‘somente’. Daí o decreto ratificativo.” (**Direito Internacional Privado**, vol. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, p. 46).

²⁰² Carvalho de MENDONÇA cita um acórdão de 27/12/1906: “A 1ª Câmara da Côrte de Apelação (...) julgou que o fato de ter uma sociedade anônima a sua sede na Bélgica, não impedia se decretasse no Brasil a sua liquidação forçada (hoje falência), desde que tivesse aqui a sede da sua administração, com a direção de seus negócios” (**Tratado de Direito Comercial Brasileiro**, p. 477, nota 1).

²⁰³ Caso interessante é da Cia Port of Pará. A sociedade era constituída nos Estados Unidos e tinha autorização para funcionar no Brasil. Foi decretada sua falência na França, com base no art. 14 do Código Civil Francês que permitia a abertura de falência quando não cumprida obrigação contraída naquele país com um credor francês, independentemente do domicílio ou presença de estabelecimento. O síndico da massa pleiteou a homologação da sentença no Brasil, porém o pedido foi indeferido sob o argumento que apenas a jurisdição

Não passou ao largo dos debates doutrinários e jurisprudenciais do período a distinção entre os modelos universalista e territorialista, bem como o entendimento sobre a posição adotada pelo legislador brasileiro.

Na visão do Conselheiro Lafayette:

Os escritores mais adiantados instam para que a falência perante o direito internacional privado revista de caracteres de una e universal. (...) Não podemos caminhar tanto, (...), atenta a distância que estamos das grandes nações estrangeiras (...). No decreto, pois, consagrou-se, em princípio, a unidade e a universalidade da falência. Impuseram-se-lhe, porém, [as] restrições²⁰⁴.

Tantas eram as restrições, sobretudo na regra que autorizava que credores quirografários persistissem com as ações já ajuizadas contra o falido, que Miranda VALVERDE concluiu que a universalidade da falência “preconizada por Lafayette, não passava, como não passa, de uma bela frase”²⁰⁵.

brasileira seria competente para abrir falência, já que a empresa possuía domicílio e estabelecimento no Brasil. O voto do relator, Ministro Plínio Casado, enfrentou a mudança na redação do art. 165 para concluir que “cotejando-se os dois textos, o primitivo e o retificado, verifica-se que, no fim deste, foram incluídas as palavras *sómente no Brasil*. Dessa rectificação resultou o seguinte: *Ex-vi* do texto velho, a questionada sentença franceza, declaratória da fallencia da Companhia ‘Port of Pará’ não é susceptível de execução no Brasil, porque a referida Companhia, além de ter estabelecimento em paiz estrangeiro, tem também no Brasil, ao passo que, *ex-vi* do texto novo, a referida sentença é susceptível de execução no Brasil, porque a Companhia ‘Port of Pará’ tem estabelecimento *não sómente no Brasil* (...). Qual dos dois textos deve reger a espécie sujeita? (...) Ora, é princípio consagrado na doutrina, na legislação e na jurisprudência que ‘o direito de iniciar a execução de sentença se regula pela lei vigente no dia em que foi proferida a mesma sentença’ (...). Logo, deve ser aplicada ao caso vertente a antiga disposição do art. 165”. Todavia, o primeiro relator, Ministro Carvalho Mourão, divergiu parcialmente da fundação por entender que: “a sentença não é executória no Brasil, nem segundo o texto antigo da lei de fallencia, nem segundo o texto modificado. (...) O Estado de Maine, nos Estados Unidos, é, (...), pura e simplesmente, a séde, o domicílio de eleição, o domicílio convencional da companhia. Estabelecimento não tem ella lá, (...), pois ella não realiza negócio algum nos Estados Unidos, que constitua seu objeto social, uma vez que é seu fim simplesmente realizar, por meio de contrato que tem como o Governo Brasileiro, as obras de construção e subsequente exploração do Porto de Belém do Pará. (...) Em direito commercial, realmente, faz-se distinção entre domicílio e estabelecimento; e, quanto a domicilio, distingue-se (...) o domicílio de eleição, convencional (...) do domicílio real, o qual, até certo ponto, é o principal, o que deve ser levado em consideração, por ser o lugar onde o commerciante ou a sociedade anonyma realiza o negócio que constitue o seu fim social e onde tem os seus estabelecimentos (...). Mas para fixação de competência, a lei toma em consideração o estabelecimento principal”. (STF- SE 919, j. 25.08.1933. Disponível em **Arquivo Jurídico**, 30/133, pp. 133-138). A título de curiosidade, interessante citar que a sociedade Cia Port of Pará foi colocada, em 31/05/1916, sob o regime do *receivership* norte-americano, denotando que a existência, de fato, de uma crise financeira que, em outro momento histórico e associado com a repercussão no França e Brasil, poderia caracterizar uma insolvência transnacional (UNITED STATES. District Court (New York: Southern District). **George B. Heath, Complainant, Vs. Port of Para: Empire Trust Company, As Trustee, Etc., And National Trust Company, As Trustee, Etc., Defendants. No. 12-207, Equity. First Report of Receivers**, September 1st, 1918, New York, 1918. Disponível em: <<https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=nyp.33433019203888;view=1up;seq=1>>. Acessado em 12/12/2017).

²⁰⁴ Exposição de Motivos do Decreto 6.982. Apud: VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências: Decreto- lei n. ° 7.661, de 21 de junho de 1945**, p. 65.

²⁰⁵ VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências: Decreto- lei n. ° 7.661, de 21 de junho de 1945**, p. 67.

De modo similar àquele, Carvalho de MENDONÇA entendia o modelo universalista como superior, porém artificioso²⁰⁶ e desvantajoso para o contexto brasileiro²⁰⁷. Na visão do autor: “A Lei n. 2.024 estabeleceu uma fórmula intermédia, ou mista”²⁰⁸. Cita, ainda, o posicionamento predominante no Congresso Jurídico Americano, realizado pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros em 1900, onde se entendeu que deveriam ser impostas restrições ao ideal da unidade e da universalidade da falência²⁰⁹.

No caso *Companhia Port of Pará*, o parecer do Ministro Procurador da República também enfatizou a distinção dos modelos, com preferência por um sistema intermediário²¹⁰.

A partir de 1939, com a promulgação do Código de Processo Civil, a matéria atinente à insolvência transnacional foi retirada da legislação especial e transferida para o diploma processual. A mudança foi duramente criticada porque afetou a sistematização dessa matéria própria do direito comercial e culminou em um tratamento equivocado²¹¹. O CPC/1939 reproduziu a estrutura anterior, mas incorreu em diversas deficiências técnicas, além de omitir

²⁰⁶ Nas palavras do autor: “O instituto da falência encontra-se organizado em tôdas as legislações cultas, predominando o caráter de unidade e de universalidade”, e continua em outro trecho: “É atraente, sem dúvida, o sistema da unidade e universalidade da falência sob o ponto de vista internacional, desde que, partindo da ideia básica do instituto, a *par conditio creditorum*, lhe dá a maior extensão possível correspondente ao caráter eminentemente cosmopolita do comércio. Por outro lado, é indiscutível que êste sistema contraria as normas de direito positivo sôbre a competência dos tribunais a respeito dos estrangeiros (...). Ainda pelo lado prático, que é tudo nesta matéria, êle não traz vantagens, desde que não prevalecem em todos os países as mesmas normas legais sôbre a propriedade imóvel, sôbre a forma da realização do ativo, sôbre a limitação da falência aos comerciantes, sôbre a revogação dos atos do devedor praticados antes da falência, sôbre as causas de preferência, etc., etc., o que sômente pela lei territorial pode ser solvido. (...) O que se alega em favor da pronta liquidação e economia das despesas com só processo universal não passa de artificioso argumento” (MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**, p. 457 e 468).

²⁰⁷ “Quanto ao ponto de vista brasileiro, não vemos a vantagem apregoada em teoria ao sistema da unidade e da universalidade. A nossa Lei n. 2.024 acentuou o caráter executivo da falência. As leis de execução são eminentemente territoriais. A distância que nos separa dos grandes centros comerciais da Europa e da América do Norte e a nossa situação de país novo, precisando do concurso de imigração, constituem, especialmente, empecilhos para a adoção daquele sistema.” (MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**, p. 469).

²⁰⁸ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**, p. 470.

²⁰⁹ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**, p. 467.

²¹⁰ “O princípio da unidade e universalidade da fallencia, decorrência lógica da regra jurídica que considera a integralidade do patrimônio do devedor como penhor commum dos seus credores, e por isso mesmo preconizado pelo progresso das idéas em direito internacional privado (...), nem por isso exclue determinadas restrições que se justificam no systema opposito da territorialidade (estatuto real), para permitir a pluralidade de procedimentos fallimentares quando razões de ordem pública determinem a inexecutabilidade, no território nacional, da respectiva sentença estrangeira (...). Dahi a constituição de um systema intermediário, onde se encontram consagrados preceituações de ambos os referidos princípios, de cuja aceitação, é o juiz único o Estado, que assim os adoptar. Foi o preferido pela nossa lei”. (STF- SE 919, j. 25.08.1933. Disponível em **Arquivo Jurídico**, 30/133, p. 133).

²¹¹ Fortes foram as palavras de Haroldo VALLADÃO: “O CPC de 1939 reduziu os textos do DIP falimentar, omitindo normas relevantes, alterou para pior os que acolheu, enfim, desarticulou e prejudicou a matéria. Em princípio a lei de falência poderia manter os respectivos preceitos dos conflitos de leis. Ela é um grande estuário jurídico, processual e substantivo, contendo normas e preceitos de todos os ramos de direito, inclusive do civil e do penal.” (**Direito Internacional Privado**, p. 42).

disposições importantes. A título de exemplo de redação confusa²¹², tem-se o art. 788²¹³, que fazia crer “ser possível a homologação de sentença estrangeira declaratória de falência de comerciante estabelecido no Brasil, [mas] isso não é exato”²¹⁴, quando, na verdade, o dispositivo pretendia disciplinar a hipótese de devedor com domicílio comercial em mais de um país, inclusive o nosso. Quanto a omissões, o CPC/1939 não incorporou o critério de conflito de leis para disciplinar a classificação de créditos e a regra que previa a preferência dos credores locais sobre credores estrangeiros, quando da abertura de falência do estabelecimento situado no Brasil²¹⁵.

Trajano de Miranda VALVERDE parece ser um entusiasta do modelo universalista, mas ciente das dificuldades de sua implantação²¹⁶. O anteprojeto da Lei de Falências elaborado por ele, em 1939, refletia as normas consagradas pelo histórico da legislatura pátria – sobretudo o Decreto nº 5.746/1929 –, com mais detalhamento em relação a conceitos jurídicos²¹⁷. Apesar da defesa teórica do autor ao procedimento uno e universal, uma regra que, a nosso ver aniquila a pretensão universalista, estava prevista no art. 172, § 4º do anteprojeto, com a seguinte redação: “Não obstante a homologação da sentença, os credores, cujos créditos são exigíveis ou domiciliados no Brasil, poderão acionar o devedor e executar os bens, sitos na República”. A disposição vai além da proteção aos credores locais em relação ao estabelecimento situado em nosso país (também contemplada no art. 173 do anteprojeto) e, inclusive, contradiz a unidade procedimental instituída pelo art. 414 do Código

²¹² Podemos incluir aqui: o art. 786 que declarava inexecutável sentença estrangeira que abre falência de “comerciante brasileiro domiciliado no Brasil”, cujo duplo critério – de domicílio e nacionalidade – já tinha sido superado pelo Decreto 5.746 e confrontava com a Constituição de 1937; o art. 787, III, repetiu a regra que “credores domiciliados no Brasil, que tiverem, na data da homologação, ações ajuizadas contra os falidos” podem prosseguir com suas demandas, porém retirou a referência específica a credores quirografários e hipotecários (em relação a estes últimos, por força de outras disposições, será sempre legítimo prosseguir com a execução da garantia).

²¹³ Art. 788. A sentença estrangeira que abrir falência a comerciante estabelecido no território nacional, embora homologada, não compreenderá em seus efeitos o estabelecimento que o mesmo possua no Brasil.

²¹⁴ SANTOS, J.M. Carvalho. **Código de Processo Civil Interpretado**, vol. IX. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 45.

²¹⁵ VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências**: Decreto- lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945, p. 95-97.

²¹⁶ Aduz o comercialista: “nenhuma dúvida há sobre as enormes vantagens que decorrem do sistema da unidade da falência. (...) Como quer que seja, é impossível negar-se a vitória doutrinária do sistema da unidade e da universalidade da falência, cuja justificativa é simples e fácil, por se assentar em princípios indiscutíveis (...). Explica-se a repugnância que a grande maioria dos internacionalistas sente contra o princípio territorialista da falência, reconhecendo embora a impossibilidade atual e mesmo em próximo futuro de se implantar na ordem internacional o sistema unitário, com todas as suas jurídicas consequências” (VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências**: Decreto- lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945, p. 53-55).

²¹⁷ Consultar: VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências**: Decreto- lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945, p. 74, nota 35.

de Bustamante²¹⁸. De toda forma, a proposta não foi acatada e na reforma de 1945, que culminou na edição do Decreto-lei 7.661, a lei falimentar não deu tratamento à insolvência transnacional, porquanto, à época, a matéria era afeta à seara processual²¹⁹.

A lacuna instaurou-se com o advento do Código de Processo Civil de 1973, que não repetiu as normas anteriores e dispunha de apenas dois artigos sobre homologação de sentença estrangeira²²⁰. A omissão recebeu severas críticas²²¹.

Tem-se, segundo esse panorama, um tratamento específico das insolvências transnacionais desde as legislações do Império até a década de 70 do século passado. Sobre o regramento do CPC/1939, Rubens REQUIÃO defendeu que, ao contrário da opinião de alguns doutrinadores, a legislação brasileira permanecia fiel à corrente territorialista e os efeitos da sentença de abertura de falência proferida por juiz brasileiro eram restritos aos bens situados em nosso país²²². O legislador do Decreto-lei 7.661/1945 preferiu deixar a matéria a

²¹⁸ Redação do Art. 414: Se o devedor concordatário ou fallido tem apenas um domicilio civil ou mercantil, não pode haver mais do que um juízo de processos preventivos, de concordata ou fallencia, ou uma suspensão de pagamentos, ou quitação e moratoria para todos os seus bens e obrigações nos Estados contractantes.

²¹⁹ Essa foi a razão apresentada pelo então Ministro da Justiça, Dr. Alexandre MARCONDES FILHO: “O anteprojeto não cogita da homologação das sentenças de falência proferidas no estrangeiro. A matéria está hoje perfeitamente regulada no Cod. Proc. Civil, e nenhuma disposição peculiar à falência deve ser introduzida ao sistema preconizado na lei processual. Em consequência, a homologação e o cumprimento das sentenças estrangeiras, nessa matéria, continuarão regulados pelos mesmos princípios fixados na lei processual civil, sem qualquer alteração pela Lei de falência.” (MARCONDES FILHO, Alexandre. Justificativa do Anteprojeto de Lei de Falências, **Revista Forense**, n. pp. 777-781, p. 781).

²²⁰ CPC/1973: “Art. 483. A sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal. Parágrafo único. A homologação obedecerá ao que dispuser o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.”

Art. 484. A execução far-se-á por carta de sentença extraída dos autos da homologação e obedecerá às regras estabelecidas para a execução da sentença nacional da mesma natureza.

²²¹ Para Haroldo VALLADÃO: “O desprezo pela matéria, e pela sua sistemática e classificação, chegou ao máximo com o novo Cód. de Proc. Civil, de 1973, que a *suprimiu do Código*, relegando-a para o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o qual da mesma não cuidou nem podia cuidar! E a matéria da falência no DIP, disciplinada secularmente, desde o Dec. de 1878, ficou, assim, não legislada (!) pela primeira vez na história do direito pátrio, e com a máxima probabilidade, na história do direito mundial.” (**Direito Internacional Privado**, p. 42).

²²² “Na verdade, a lei brasileira não consagrou a unidade e universalidade do juízo da falência, em relação aos países estrangeiros (...). Desde que se admite a não-extensão dos efeitos da sentença declaratória da falência por juiz estrangeiro ao estabelecimento situado no Brasil, em nosso entender prevalece, no plano internacional privado, o sistema da territorialidade. A unidade e universalidade do juízo falimentar se limita, portanto, aos efeitos internos da sentença declaratória da falência, quando proferida por juiz brasileiro a empresário domiciliado no Brasil.” (REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**, Vol.1, p. 86). A questão sobre efeitos extraterritoriais da decisão de abertura de processo de insolvência proferida por juiz brasileiro divide a doutrina: para Beat Walter RECHSTEINER o procedimento de insolvência iniciado no Brasil abrange também bens situados no exterior, ressaltando que a “outra questão é se o Estado estrangeiro com ativos do devedor aceita a projeção do direito brasileiro” (RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito falimentar internacional e MERCOSUL**. São Paulo: J. Oliveira, 2000, p. 152). Já para Spencer VAMPRÉ a falência decretada no Brasil produz “consequências (...) restrictas ao território nacional” (VAMPRÉ, Spencer; **Tratado Elementar de Direito Comercial**, vol. III. Rio de Janeiro: F. Briguit, 1921, p. 160).

cargo da legislação processual e, infelizmente, na sucessão dos códigos de processo civil, a especialidade da insolvência transnacional foi relegada.

4.2.1. O Código de Bustamante em relação ao regime de insolvência transnacional

O Código de Bustamante, ratificado em 1929 pelo Brasil, é considerado um instrumento de monumental importância, inclusive no que toca à insolvência transnacional²²³. Diferente do Tratado de Montevideu que dá tratamento discriminatório em favor de credores locais, mesmo quando há apenas um procedimento, o Código de Bustamante não caminhou para o protecionismo local²²⁴. Este prevê a unidade do procedimento de insolvência, com efeito extraterritorial abarcando “todos os seus bens e obrigações nos Estados contractantes” (art. 414) quando o devedor possui apenas um domicílio comercial, porém, permite a pluralidade e independência de processos na hipótese de o devedor possuir diversos estabelecimentos, situados em países distintos, e economicamente autônomos entre si (art. 415). Nenhuma das hipóteses altera a competência territorial determinada pela localização de bens imóveis (art. 420). Críticas são tecidas ao art. 329, que oportunizaria aos credores a faculdade de iniciar um procedimento em local distinto do domicílio do devedor²²⁵.

A universalidade do processo, com a atribuição de efeitos extraterritoriais, é prevista para as seguintes circunstâncias: a) declaração de incapacidade do devedor; b) executividade da sentença declaratória de insolvência perante outros Estados, desde que respeite o procedimento interno de homologação; c) efeitos retroativos da sentença e anulação de atos do devedor, regidos pela lei do foro de abertura da insolvência (*Lex loci concursu*); d) reabilitação do falido; e) concessão da concordata (hoje, procedimento recuperatório), salvo em relação a credores com garantia real que se opuserem a ela.

²²³ Para Miranda VALVERDE o “Código representa um grande esforço das nações americanas em prol das boas relações internacionais. Nada se fez de mais notável até agora. (...). Como quer que seja, não se legislou em vão. O exemplo fica” (**Comentários à Lei de Falências**: Decreto- lei n. ° 7.661, de 21 de junho de 1945, p. 103-104).

²²⁴ Destaque feito por NADELMANN, Kurt H. *Bankruptcy Treaties*, cit, p. 70.

²²⁵ Miranda VALVERDE sustenta que este artigo “não pode, entretanto, prevalecer contra a regra especializada do art. 414, que expressamente declara não poder haver mais de um juízo de falência quando o devedor somente tem um domicílio” (**Comentários à Lei de Falências**: Decreto- lei n. ° 7.661, de 21 de junho de 1945, p. 105). No mesmo sentido: CALDERON, Silvio Javier Battello. **Falência Internacional no Mercosul**: proposta para uma solução regional. Curitiba: Juruá, 2011, p. 115.

Kurt NADELMANN observa que o Código de Bustamante estava, em grande medida, em sintonia com as regras desenvolvidas por países da Europa continental²²⁶. Tais similitudes estariam, por exemplo, na fixação da competência a partir do domicílio do devedor; na exigência de *exequatur* para produção de efeitos em outros territórios; nos poderes concedidos ao representante da massa para atuar extraterritorialmente, independentemente de homologação de decisão que o nomeou ou outras formalidades; da competência territorial para regular questões sobre propriedade imobiliária. Concluiu o autor que essas características são compartilhadas por países de tradição romano-germânica, o que explica as razões pelas quais os países da Comunidade Britânica e Estados Unidos nunca formalizaram tratados sobre insolvência transnacional²²⁷.

As virtudes ou limitações do Código de Bustamante merecem ser apreciadas em respeito ao contexto histórico de sua edição, ainda que para os dias atuais seja, de fato, anacrônico, sobretudo por não dispor de norma sobre cooperação internacional. Contudo, aduz Thomas FELSBERG que o tratado foi importante para introduzir alguns princípios tendentes à concepção universalista e, ainda, por criar procedimento uniforme entre seus signatários quanto à definição da competência e à execução das decisões²²⁸.

No Brasil, em referência à insolvência transnacional, não localizamos precedente judicial baseando a decisão ou conflito de leis no Código de Bustamante²²⁹. Uma possível

²²⁶ “Except for the rule which admits several bankruptcies in the case of separate establishments, the Bustamante Code does not fundamentally differ from the type of treaty which has developed in Europe”. (NADELMANN, Kurt H. *Bankruptcy Treaties*, cit, p. 71).

²²⁷ NADELMANN, Kurt H. *Bankruptcy Treaties*, cit, p. 78.

²²⁸ Nas palavras do autor: “The Code of Bustamante provides a modest starting point for the introduction of some universality principles in Brazil, applying principles that attempt to effect equal treatment among creditors of member states. The Code creates some uniformity of procedure among its signatory states, particularly with respect to jurisdiction and enforcement matters” (FELSBERG, Thomas Benes. *Cross-Border Insolvencies and Restructurings in Brazil*. **31.3 Int'l Bus. Law.** **109**, 116, 2003, p. 110).

²²⁹ Todavia, o Código de Bustamante foi utilizado, em parecer de lavra do Professor Alfredo de Assis GONÇALVES NETO, como argumento em favor da competência da jurisdição brasileira para processar a recuperação judicial de sociedades estrangeiras integrantes do Grupo Oi, seguindo o princípio da unidade e universalidade. Aduz o comercialista: “convém enveredar na análise dos preceitos contidos no Código de Bustamante, que, embora um tanto esquecido, (...) traz alguma luz ao problema quando enuncia que ‘se uma mesma pessoa ou sociedade possuir em mais de um Estado contratante vários estabelecimentos mercantis, inteiramente separados economicamente, pode haver tantos juízos de processos preventivos e de falência quantos estabelecimentos mercantis’ (art. 415). Interpretada a regra a *contrario sensu* dessa permissão, tem-se que, havendo estabelecimentos economicamente dependentes ou integrados, o juízo de processo preventivo e de falência há de ser um só – aquele onde estiver o principal estabelecimento ou, mais modernamente, aquele onde estiver o centro de interesses dos negócios do devedor.” (GONÇALVES NETO. Alfredo de Assis. **Parecer Caso Oi**, agosto/2016, anexado ao Processo n. ° 0203711-65.2016.8.19.0001, 7ª Vara de Direito Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro, pp. 100552-100578, p. 100557-100558).

razão para tanto é sua vinculação apenas aos quinze²³⁰ Estados que ratificaram o tratado²³¹. Outra, a nosso ver bastante significativa, é que a promulgação de lei posterior ao Código de Bustamante tratando da insolvência transnacional – o Código de Processo Civil de 1939 – revogou²³² ou tornou ineficazes²³³ as disposições do tratado internacional. A jurisprudência dos tribunais superiores consolidou entendimento que, no Brasil, salvo tratado de direitos

²³⁰ Bolívia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Nicarágua, Panamá, Peru, República Dominicana e Venezuela.

²³¹ Dúvida existe se o tratado, uma vez incorporado ao direito pátrio, pode ser aplicado para um processo de competência interna e direito de um estrangeiro pertencente a país que não signatário. Sustenta Nadia de Araujo que: “não faz sentido aplicar-se uma convenção, que tem caráter genérico, a um grupo determinado de países e manter os princípios da lei antiga para os demais. Veja-se o papel do Código de Bustamante, que já foi considerado pela jurisprudência como fonte de DIPr, mesmo entre países não signatários”, fazendo referência à decisão do STF: SE n.º 993, in **Revista dos Tribunais**, vol. 136, p. 824 (ARAUJO, Nadia de. **Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira**. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016, cap. II, ebook). A despeito do precedente mencionado, o Superior Tribunal de Justiça negou a aplicação do Código de Bustamante para parte não signatária:

PENAL. CRIME COMETIDO A BORDO DE NAVIO MERCANTE. APLICAÇÃO DA LEI PENAL BRASILEIRA. CODIGO DE BUSTAMANTE. AO CRIME COMETIDO EM AGUAS TERRITORIAIS DO BRASIL A BORDO DE NAVIO M ERCANTE, DE OUTRA NACIONALIDADE, SE APLICA A LEI PENAL BRASILEIRA, AFASTADA A INCIDENCIA DO ART. 301 DO CODIGO DE BUSTAMANTE, POR IMPORTAR A SUA PRATICA EM PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE DO NOSSO PAÍS, TANTO MAIS QUANDO OS PAISES DE NACIONALIDADE DE AUTOR E VITIMA E DA BANDEIRA DO NAVIO NÃO SÃO SIGNATARIOS DA CONVENÇÃO DE HAVANA DE 1928. **Trecho da decisão: “nem o país de origem do autor da vítima, nem o da bandeira da embarcação, são subscritores da Convenção da qual resultou o Código de Bustamante, a significar que resultaria impossível estabelecer a competência para o processo de que se cuida”** (STJ - RHC 853/BA, Rel. Ministro DIAS TRINDADE, Sexta Turma, julgado em 12/11/1990, DJ 03/12/1990, destaques nossos). Em decisão mais recente, o STJ admitiu o processamento de Recurso Especial, sendo um dos fundamentos a violação do Código de Bustamante apesar da contenta envolver conflito com lei inglesa e italiana. Até novembro de 2017, o mérito do recurso não tinha sido apreciado e, portanto, a suposta violação do Código de Bustamante pode não ser relevante ou levada em consideração (STJ - AREsp 527215, Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Julgamento em 22/05/2017).

²³² O caso paradigmático foi decidido pelo STF em 1977 – RE 80.004 – usando o termo revogação do tratado por lei posterior. A questão posta é se um tratado internacional subsume-se aos critérios internos de revogação, com base no conflito de leis ordinárias, ou se exige a denúncia formal. A decisão tomada naquela ocasião continua prevalecendo. Em 2005, precedente do STJ também se valeu do termo revogação de tratado por lei posterior: “os dispositivos aos quais se alega a negativa de vigência - Tratado Internacional de Montevideu de 1980, que criou a ALADI - Associação Latino-Americana de Integração, ao Decreto Legislativo nº 66, de 16.11.1981, que aprovou o mencionado tratado, o Acordo de Alcance Parcial Para a Facilitação do Transporte de Produtos Perigosos, firmado em 30.12.94, o Decreto nº 1.797/96 e o Decreto nº 2.866/98, em seu artigo 3º, alínea b, do Anexo III - não contêm comandos capazes de infirmar a conclusão do acórdão recorrido que decidiu a lide com base no art. 2º, § 1º, da LICC. A conclusão desse acórdão foi a de que, no ponto em discussão na presente demanda, houve revogação, pelo Código de Trânsito Brasileiro, dos comandos insertos naqueles dispositivos legais, porquanto essas normas estão no mesmo padrão hierárquico das normas infraconstitucionais, qual seja, o de lei ordinária, e a lei posterior derroga a anterior quando trata de forma diversa da mesma material” (STJ -REsp 719.855/RN, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, julgado em 17/11/2005, DJ 05/12/2005, p. 235).

²³³ Sobre o tema, defende Nadia de ARAUJO que: “para a jurisprudência brasileira uma lei interna superveniente poderá afetar um tratado em vigor pois, uma vez incorporado, o tratado integra o ordenamento jurídico no patamar de lei ordinária, podendo, portanto, por ela ser modificado posteriormente. (...). Todo tratado, após sua entrada no ordenamento jurídico pátrio, pode ser submento à interpretação a partir do critério de *especialidade* das regras nele contidas em relação ao direito interno – *lex posterior generalis non derogat legi priori specialis*. Sobre o tema, o STJ se manifestou no sentido de que o tratado não é revogado pela lei, mas apenas perde sua eficácia, prevalecendo a lei posterior. Não obstante, não há hierarquia ou regra para a escolha da utilização do critério cronológico ou de especialidade” (ARAUJO, Nadia de. **Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira**, item 8.3.5.2, ebook).

humanos, os diplomas internacionais são recebidos na mesma hierarquia de lei ordinária²³⁴ e, assim, sujeitam-se aos critérios temporal e de especialidade, para solução de antinomias oriundas das sucessões de leis no tempo. Se acolhida a tese de mera ineficácia das disposições do tratado que são incompatíveis com lei posterior, então, poder-se-ia sustentar que, diante de lacuna, as regras recuperariam a vigência, a exemplo do Código de Bustamante e o CPC/1939 (se entendido que este foi completamente revogado pelos Códigos de Processo Civil posteriores).

De toda sorte, o que é relevante para a presente tese é que o Código de Bustamante teve sua relevância histórica e que, atualmente, a manutenção ou não de suas disposições frente ao ordenamento pátrio está sujeita ao conflito ordinário de normas, segundo as diretrizes do art. 2º, da LINDB.

4.3. Os movimentos pela reforma legislativa e a ausência da matéria na Lei nº 11.101/2005

A Lei 11.101/2005, como se sabe, não dispõe de capítulo próprio sobre a insolvência transnacional ou qualquer regramento acerca da homologação de sentença estrangeira que decreta insolvência alhures²³⁵. A competência interna é fixada pelo art. 3º, que, em grande medida, repete e atualiza a regra do Decreto-lei 7.661/1945²³⁶. Todavia, isso não significa que o tema ficou completamente alijado dos debates doutrinários e reformistas.

²³⁴ TRATADO INTERNACIONAL - LEI ORDINÁRIA - HIERARQUIA. O TRATADO INTERNACIONAL SITUA-SE FORMALMENTE NO MESMO NÍVEL HIERÁRQUICO DA LEI, A ELA SE EQUIPARANDO. A PREVALÊNCIA DE UM OU OUTRO REGULA-SE PELA SUCESSÃO NO TEMPO. DIREITO DE AUTOR. A OBRIGAÇÃO ASSUMIDA PELO BRASIL DE PROTEÇÃO DO DIREITO AUTENTAL, NO CAMPO INTERNACIONAL, NÃO SIGNIFICA DEVA SER OUTORGADA AQUELA QUE TEM O AUTOR EM SEU PAIS, MAS QUE SERA DISPENSADO O MESMO TRATAMENTO CONCEDIDO AOS SOB SUA JURISDIÇÃO. (STJ - REsp 74.376/RJ, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Terceira Turma, julgado em 09/10/1995, DJ 27/11/1995).

²³⁵ Comparativamente às legislações que precederam a Lei 11.101/2005, parcela da doutrina classificou a omissão legislativa como grave e, inclusive de “involução normativa acerca do assunto” (TIBURCIO, Carmen. Efeitos Extraterritoriais da Falência. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, vol. 62, 2013).

²³⁶ Comentando o art. 3º da Lei 11.101/2005, Paulo F.C. Salles de TOLEDO observa: “O dispositivo em tela, logo se percebe, é uma atualização do art. 7º da antiga Lei de Falências. Optou-se, mais uma vez, por se fixar a competência para os processos regulados nesta lei, pelo principal estabelecimento do devedor” e, a respeito da parte final do artigo que fixa a competência a partir da localização da “filial de empresa que tenha sede fora do Brasil”, aduz o referido professor: “Aqui também o legislador repete, com outras palavras, o que a antiga Lei de Falências dispunha. A razão de ser é a de que se respeita o princípio da territorialidade, em virtude do qual, na síntese de Nelson Abrão, os efeitos da sentença de falência (e, por extensão, acrescenta-se, a homologação da recuperação extrajudicial ou o deferimento da recuperação judicial) limitam-se ao próprio país,

A partir da década de 70 do século XX, muitas foram as vozes que pugnaram por uma reforma da legislação falimentar, apontando o descompasso entre o DL/45 e o contexto socioeconômico brasileiro. A insolvência transnacional não ocupava o holofote reformista, dada a premência de outros assuntos, tais como a modernização do processo de falência, a divisão equilibrada entre proteção de devedor e credores, além da substituição da concordata por mecanismos que permitissem a efetiva superação da crise e recuperação da empresa²³⁷. Contudo, a primeira versão do Projeto de Lei 4.376/1993, que culminou na Lei 11.101/2005, trazia algumas orientações sobre o tema, apesar de não estabelecer um rito exaustivo sobre o reconhecimento de sentença estrangeira (bem como seus possíveis efeitos) e ignorar regras de cooperação com autoridades estrangeiras²³⁸. A exposição de motivos do Projeto de Lei, de autoria do então Ministro da Justiça, Dr. Maurício CORREIA, não faz qualquer referência à insolvência transnacional e, logo no início de sua tramitação, através da Emenda 24/1994²³⁹, o assunto foi removido do projeto. Ao chegar ao Senado, após dez anos de tramitação e já

além de se reconhecer ‘a prioridade da justiça local, caso a pessoa jurídica estrangeira aí possua sucursal ou estabelecimento’. Desse modo, em se tratando de empresa estrangeira, é competente para decretar a falência *de sua filial* o juízo do local onde estiver situada. A sentença ou decisão será eficaz tão somente no território nacional.” (_____. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. TODELO**, Paulo F.C. Salles de; **ABRÃO**, Carlos Henrique (coords.). 6ª Ed. Rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 47-48, e-book).

²³⁷ Dentre os principais expoentes do movimento reformista, citamos, por todos, Rubens REQUIÃO (A classificação dos créditos na falência. In: **Aspectos Modernos de Direito Comercial**, Vol.2. São Paulo: Saraiva, 1980, pp. 129-143), Fábio Konder COMPARATO (**Aspectos Jurídicos da Macroempresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970) e Nelson ABRÃO (**O Novo Direito Falimentar: nova disciplina jurídica da crise econômica da empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985).

²³⁸ A matéria sobre competência estava distribuída em quatro artigos:

Art. 4º A autoridade judiciária brasileira é competente para conhecer da falência, concordata e recuperação das empresas individuais e sociais que têm o centro de suas atividades no país.

§ 1º Entende-se por centro de atividades o lugar onde o devedor exerce habitualmente a administração de seus principais interesses econômicos.

§ 2º Considera-se que o centro de atividades das pessoas jurídicas é o lugar onde está situada a sua sede contratual ou estatutária.

Art. 5º Compete à autoridade judiciária brasileira conhecer as matérias previstas no artigo anterior, quando:

I - o devedor não tem no Brasil a sede da administração dos seus interesses, porém exerce atividade empresarial no território nacional, por meio de representante ou sucursal, ou adquiriu bens para esse fim;

II - o devedor cuja atividade empresarial no país faz parte de um grupo de empresas, cuja controladora tem o centro de suas atividades em território estrangeiro, não havendo sentença de falência do grupo proferida no exterior e homologada.

Art. 6º Compete à autoridade judiciária brasileira conceder medida de natureza cautelar relativa ao patrimônio do devedor que tenha domicílio, sede social ou estabelecimento secundário no país, mediante prova da decretação de sua falência no exterior.

Art. 7º O juiz da falência, da concordata ou da recuperação da empresa supervisionará, dirigirá e impulsionará o exercício das funções atribuídas por esta Lei aos demais órgãos judiciários, exercerá plena jurisdição sobre o patrimônio do devedor, e será o único competente para ordenar ou autorizar medidas sobre os bens que o compõem.

²³⁹ Antes disso, porém, com a Emenda 23/94, foi proposta a inclusão de parágrafo único ao art. 6º sob a justificativa de: “assegurar a tutela da ordem jurídica brasileira aos interesses dos que no Brasil se relacionam com empresa que tenha centro de atividades no exterior”. A redação proposta era a seguinte: “Os bens localizados no Brasil e as obrigações assumidas no Brasil, ou por com brasileiros, por empresas com centro de atividades fora do país, estão sujeitos à autoridade judiciária brasileira”.

bastante alterado²⁴⁰, o projeto de lei foi praticamente refeito²⁴¹ e, de novo, não se cogitou um regramento sobre insolvência transnacional.

Diante da omissão no DL/45 e do longo interregno até a promulgação da Lei 11.101/2005 que, novamente, permaneceu silente, parte da doutrina passou a sustentar que as disposições do CPC/1939, referentes à homologação de sentença falimentar estrangeira, permaneciam em vigor²⁴²⁻²⁴³. O importante, aqui, é reforçar que a matéria não ficou esquecida pelos estudiosos.

4.3.1 A análise da reforma legislativa a partir da teoria da recursividade

Especificamente sobre a adoção da Lei Modelo da UNCITRAL, vimos que o Brasil, na qualidade de membro efetivo entre 1995 e 2007, participou de quase todas as sessões do Grupo V que desembocaram, em 1997, na aprovação desse instrumento de *Soft Law* e também, em 2004, no Guia Legislativo²⁴⁴. Assim, ante a parcial simultaneidade entre as discussões travadas em nível internacional, nas quais o Brasil tomava parte, e a reforma legislativa proposta em solo nacional, cabe indagar quais seriam as possíveis razões para que o assunto – sob o viés da lei modelo ou estrutura semelhante – não tenha vindo à tona com o movimento reformista.

²⁴⁰ “O Projeto de Lei nº 4.376, de 1993, foi apresentado pelo Poder Executivo durante o Governo do Presidente Itamar Franco. Depois de 484 emendas e 5 substitutivos, apresentados durante seus dez anos de tramitação, a matéria foi votada e aprovada pelo Plenário da Câmara dos Deputados, na forma da Subemenda Substitutiva de Plenário, apresentada pelo relator, Deputado Osvaldo Biolchi, na sessão deliberativa de 15 de outubro de 2003.” TEBET, Ramez. Parecer n.º 534, DE 2004. In: **Lei de Recuperação de Empresas: Lei 11.101, 2005**. Brasília, 2005, p. 9.).

²⁴¹ Conforme descrito no Relatório do Senador Ramez TEBET revelou-se “mais adequada a elaboração de substitutivo ao PLC nº 71, de 2003, mesmo porque, dos 222 artigos constantes do texto original, apenas oito são integralmente aproveitados na redação que propomos” (TEBET, Ramez. **Parecer n.º 534**, de 2004, p. 23).

²⁴² Nesse sentido: REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**, Vol. 1, p. 83; SANTOS, J. A. Penalva. A Falência no Direito Internacional e o Mercosul. In: SANTOS, Paulo Penalva (Coord.). GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **A nova lei de falências e de recuperação de empresas: Lei nº 11.101/05**, p. 555.

²⁴³ Paulo CAMPANA FILHO destaca que, em um julgado de 1981 (STF - SE 2492 - Espólio de Gero Wecker), sobre homologação de sentença estrangeira de falência, o STF invocou o CPC/1939 em sua fundamentação, corroborando com o entendimento doutrinário que as disposições atinentes a essa matéria permaneceriam em vigor, inobstante a promulgação do CPC/1973 (CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A recuperação judicial de grupos societários multinacionais: contribuições para o desenvolvimento de um sistema jurídico brasileiro a partir do Direito comparado**. São Paulo, 2013. 241f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, p. 174).

²⁴⁴ Vide nota supra 124.

Em primeiro lugar, seria incorreto afirmar que os nossos doutrinadores²⁴⁵ e, por conseguinte, o corpo legislativo²⁴⁶, estavam desatentos às tendências das legislações estrangeiras; todavia, isso não significa que a influência buscada lá fora tivesse por escopo normas atinentes às relações transfronteiriças. Em segundo lugar, havia, no período em que o projeto tramitou nas duas casas legislativas, alguma pressão de órgãos internacionais pela reforma geral de nosso sistema, com adoção de normas de insolvência transnacional baseada na UNCITRAL²⁴⁷. Em terceiro lugar, na vigência das antigas leis falimentares, não apenas do Decreto Lei 7.661, o Judiciário brasileiro não permaneceu imune a casos que tinham alguma nuance transnacional. No entanto, inegavelmente a demanda era pequena quando comparada a outros temas de direito falimentar e, no período anterior à Lei 11.101/2005, a maioria dos casos que bateram à porta do Judiciário (excetuando o caso Parmalat) eram similares: pedidos de homologação de sentença estrangeira que declarava falência para atingir estabelecimentos ou bens situados no Brasil²⁴⁸; ou procedimentos autônomos de falência de filial brasileira em relação à matriz no estrangeiro²⁴⁹. É verdade que casos paradigmáticos como da Parmalat e,

²⁴⁵ Vide nota supra 237, além de Paulo Fernando Campos Salles de TOLEDO: **Empresa em Crise no Direito Francês e Americano**. São Paulo, 1987. Dissertação de Mestrado em Direito - Universidade de São Paulo; _____, A reforma da lei de falências e a experiência do direito estrangeiro. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 36, p. 82-87, 1992.

²⁴⁶ Segundo Ramez TEBET: “O novo marco legal surgia inspirado na experiência francesa, que focava como objetivo a recuperação da empresa em dificuldade” (TABET, Ramez. Parecer n.º 534, DE 2004, p. 7). Todavia, o ordenamento Francês não adota a Lei Modelo da UNCITRAL e as únicas normas específicas são aquelas impostas pelo regulamento europeu. A esse respeito, consultar: CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais: Contribuições para o Desenvolvimento de um Sistema Jurídico Brasileiro a Partir do Direito Comparado**, p. 154.

²⁴⁷ ROWAT, Malcolm. *Reforming Insolvency Systems in Latin America*. Viewpoint. World Bank, Washington, DC, 1999; WORLD BANK. Principles and guidelines for effective insolvency and creditor rights systems: Introduction, executive summary and principles. Washington, DC: World Bank, 2001.

²⁴⁸ Já nos referimos aos processos da *Cia Port of Pará*, Espólio de Gero Wecker (STF- SE 2492). Podemos mencionar, ainda, processo da G. Potey Rabert & C: “Fallencia. Competencia do juiz brasileiro para abrir a fallencia de uma casa commercial do Rio de Janeiro, fillial de outra em Paris, pelo facto de operar aqui por conta própria sob sua responsabilidade.” (**O Direito: Revista semanal de legislação, doutrina e jurisprudência**, 58º volume. Rio de Janeiro: Typ. Montenegro, 1892, pp. 42-64). Ruber David KREILE menciona outros julgados desde o início do período republicado até o ano de 1996, mas ainda assim é possível classificar como módica a atuação jurisprudencial sobre o tema da falência transnacional. Consultar: KREILE: Ruber David. A falência internacional. **Revista dos Tribunais**, n. 888, pp. 74-146, 2009.

²⁴⁹ Sob a égide do Decreto-lei 7.661, ao atualizar a obra de Trajano de Miranda VALVERDE, J.A Penalva SANTOS e Paulo Penalva SANTOS comentaram o caso da PAN AM: “Neste caso, a filial no Brasil é considerada autônoma da sede no exterior, podendo aqui ser instaurado o processo falimentar em relação aos credores constituídos no Brasil. Se a empresa estrangeira tiver vários estabelecimentos, ou filiais no Brasil, em relação a elas, prevalecerá o critério do principal estabelecimento. Recentemente, a companhia de transporte aéreo norte-americana PAN AM, não conseguiu cumprir nos Estados Unidos seu plano de recuperação econômica, previsto no chapter 11 da Lei Falimentar Norte-Americana tendo, em conseqüência, sido decretada sua quebra. Em relação aos bens da companhia que estavam no Brasil, o Juízo da 5ª Vara de Falência e Concordatas da Comarca do Rio de Janeiro aplicou corretamente o art. 7º, decretando aqui a falência da filial da PAN AM. Portanto, o ativo da companhia norte-americana que estava no Brasil responderá exclusivamente pelo passivo aqui assumido, não sendo arrecadado pelo juízo no exterior.” (VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à lei de falências**: Decreto-Lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945, vol. I. 4º ed. rev. e atualizada por J.A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 144). O caso da PAN AM -

no primeiro ano de vigência da Lei 11.101/2005, mas com sinais de crise anteriores à sua promulgação, como foi o processo da Varig, trouxeram tensão ao Poder Judiciário e expuseram a lacuna.

Todavia, além da urgência e da pluralidade de temas que reivindicavam mudança em relação à lei de 1945, o processo legislativo iniciou-se antes da edição da Lei Modelo e foi concluído igualmente antes da adoção dessa por países de maior relevância econômica²⁵⁰.

Pan American World Airways Inc (Processo n. ° 0035005-62.1992.8.19.0001, 5ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro) – é um exemplo interessante, porque, talvez, se na época existisse possibilidade de cooperação entre as jurisdições brasileiras e norte-americanas os credores de ambas as massas falidas poderiam ser beneficiados, inclusive credores trabalhistas brasileiros. Foram vários os processos ajuizados perante a justiça brasileira que tentaram tornar a United Airlines Inc sucessora da PAN AM para fins de responsabilização pelo passivo inadimplido, a esse respeito citamos dois julgados:

AÇÃO RESCISÓRIA. SUCESSÃO TRABALHISTA. ALIENAÇÃO DO FUNDO DE COMÉRCIO E CONTINUIDADE NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. VIOLAÇÃO LITERAL DE LEI E DOLO PROCESSUAL NÃO CONFIGURADOS. Decisão rescindenda em que se concluiu que não houve sucessão ou substituição da Pan American pela United Airlines Inc. Sucessão trabalhista não configurada, porque não houve ato negocial entre as partes, de alienação do fundo de comércio, nem continuidade da prestação de serviços. Recurso ordinário a que se nega provimento.

Trecho do acórdão: “Não houve a transferência do fundo de comércio ao sucessor, porque a aquisição do direito de explorar as rotas não se deu por força de negócio jurídico de cessão, mas sim por arrematação de bens da massa falida na Justiça Americana. Também não houve a continuidade da prestação de serviços, porquanto os Reclamantes não prestaram serviços à United Airlines Inc. Ressalte-se, que os Autores alegaram ter requerido a declaração da condição de sucessora da United Airlines Inc., porque não conseguiram encontrar bens penhoráveis da Pan American”. (TST- ROAR - 4297500-83.2002.5.02.0900, Relator Ministro: GELSON DE AZEVEDO, Julgamento: 14/12/2004, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DJ 18/02/2005).

EMPREGADO APOSENTADO. AÇÃO ORDINÁRIA. CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS POR EMPRESA ESTRANGEIRA QUANDO DA APOSENTAÇÃO. PANAMERICAN WORLD AIRWAYS INC. FALÊNCIA DECRETADA. INOCORRÊNCIA DE SUCESSÃO PELA EMPRESA QUE ASSUMIU SUAS LINHAS AÉREAS NO BRASIL. PRETENSÃO A SER EXERCITADA PERANTE O JUÍZO DA FALÊNCIA NOS ESTADOS UNIDOS. PEDIDO IMPROCEDENTE. SENTENÇA CORRETA. RECURSO DESPROVIDO.

Trecho do acórdão: “Quanto à pretensão do apelante em relação à Massa Falida da Pan American World Airways Inc, temos que na realidade as obrigações foram assumidas pela empresa norte-americana e, não com a massa falida ora apelada. Tal se deduz da leitura e interpretação do documento cuja tradução se encontra às fls. 186/188, demonstrando que o contrato do autor foi feito com a empresa norte-americana e não com a massa falida ora apelada. Na verdade o apelante já habilitou seu crédito junto a Corte de Nova Iorque, devendo aguardar a classificação e julgamento do mesmo. Eventual substituição tem que restar expressa, não podendo ser presumida. Nesta ordem de ideias, temos como correta a assertiva de que a habilitação de crédito deva ser feita apenas perante a Corte de Falências Norte Americana, sendo esta uma obrigação a ser executável neste país, eis que ali contraída e por ali adimplida até a sobrevivência da quebra.” (TJRJ – AC 0000123-38.1996.8.19.0000, Rel. Des(a). MARCUS ANTONIO DE SOUZA FAVER, Julgamento: 08/04/1997 - Quinta Câmara Cível).

²⁵⁰ Podemos citar a adoção da Lei Modelo pelos Estados Unidos (2005), Reino Unido (2006), Austrália (2008). Não significa, contudo, que estes países desconhecem regras sobre insolvência transnacional; ao contrário, desde 1978 os Estados Unidos já possuíam regramento sobre o tema e o Reino Unido desde 1985. Interessante pontuar que o processo legislativo para incorporação da Lei Modelo da UNCITRAL por estes países foi demorado. No tocante aos Estados Unidos, Gil HOPENSTAND destaca que: “In 1998, the U.S. National Bankruptcy Review Commission unanimously recommended that Congress adopt the Model Law, the Department of State unanimously endorsed it, and United States bankruptcy courts have cited it favorably. Express congressional support for the Model Law is apparent via its inclusion in the Bankruptcy Reform Acts of 1999, 2000, 2001 and 2002 without any debate” (HOPENSTAND, Gil. *Why Toss out the Baby with the Bath Water - Saving the Uncitral Model Law on Cross-Border Insolvency from the Perpetually-Stalled Bankruptcy Reform Act*, **Washington University Global Studies Law Review** vol. 2, no. 1, p. 255-272, 2003, p. 268); por sua vez, Bruce LEONARD relata que nos idos do ano 2.000, Inglaterra, Canada, Austrália e Nova Zelândia já

Comparada com as outras deficiências da nossa lei falimentar, a insolvência transnacional não constituía o ponto mais nevrálgico. Isso se percebe pelos estudos doutrinários e demandas judiciais. Conta-se facilmente o número de procedimentos falimentares com repercussão transfronteiriça analisados pelo Poder Judiciário ou envolvendo interesses de sociedades brasileiras com atuação no estrangeiro. De outra parte, com raras exceções²⁵¹, a doutrina passou a se dedicar com mais afinco ao tema após a promulgação da lei 11.101²⁵².

Dadas, portanto, as características do processo recursivo – histórico, contingente e dinâmico – é compreensível que a Lei Modelo não tenha sido recepcionada pelo legislador àquela época e não parecem justas as críticas pela não regulamentação quando de sua promulgação²⁵³. Hoje, no entanto, a situação é diversa.

4.3.1.1 Proliferação de casos transnacional e a resposta do Poder Judiciário na vigência da Lei 11.101/2005

Após a crise econômica de 2008 e, sobretudo nos últimos anos como consequência da Operação Lava-Jato, um número mais expressivo de processos de insolvência com efeitos transnacionais chegou ao Poder Judiciário brasileiro. Diferentemente do ocorrido nos séculos passados, as questões não se restringem a pedidos de homologação de sentença estrangeira; envolvem também debates sobre a competência do juiz brasileiro em relação a sociedades

consideravam adotar a Lei Modelo da UNCITRAL (LEONARD, E. Bruce. *The International Year in Review*, **Am. Bankr. Inst. J.**, Dec. 2000. Disponível em: < <https://www.abi.org/abi-journal/the-international-year-in-review-0>>. Acessado em 19.11.2017).

²⁵¹ E aqui citamos: RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito falimentar internacional e MERCOSUL**. São Paulo: J. Oliveira, 2000; FELSBURG, Thomas Benes. *Cross-Border Insolvencies and Restructurings in Brazil*. **31.3 Int'l Bus. Law**. 109, 116, 2003.

²⁵² A título ilustrativo: CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A recuperação judicial de grupos societários multinacionais: contribuições para o desenvolvimento de um sistema jurídico brasileiro a partir do Direito comparado**; LOCATELLI, Fernando. *International Trade and Insolvency Law: Is the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency an Answer for Brazil? (An Economic Analysis of its Benefits on International Trade)*; FELSBURG, Thomas Benes; CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. *Corporate Bankruptcy and Reorganization in Brazil: National and Cross-border Perspectives*. **Norton Annual Review of International Insolvency**, pp. 275-300, 2009; CALDERON, Silvio Javier Battello. **Falência Internacional no Mercosul: proposta para uma solução regional**. Curitiba: Juruá, 2011.

²⁵³ Discordamos de Renata Dezem quando a autora sustenta que: “O silêncio da Lei n. 11.101 sobre o tema parece injustificável, sobretudo diante da realidade na qual foi editada, sem perder de vista os movimentos de alteração das leis concursais ao redor do mundo, que levaram em conta as diretrizes do Banco Mundial em matéria de insolvência e nas quais constava menção ao tratamento transnacional, ou seja, ao contrário da realidade que contornou a edição do Decreto-Lei n. 7.661/45 e mesmo da Lei n. 2.024 de 1908 (...). O Brasil perdeu uma boa oportunidade para relugar a matéria, na edição da Lei n. 11.101/05.” (DEZEM, Renata Mota Maciel Madeira. **A extensão da competência do juízo da recuperação judicial**, p. 221).

estrangeiras que, inobstante não possuírem filial no Brasil, integram grupos empresariais cuja atividade relevante se desenvolve em nosso país.

Até o momento, os casos buscam a recuperação, judicial ou extrajudicial,²⁵⁴⁻²⁵⁵ das empresas e todas as sociedades estrangeiras são classificadas como braços financeiros do grupo e, assim, desprovidas de uma atividade própria no exterior. Um primeiro aspecto que merece atenção é a proliferação de processos, introduzindo o debate sobre insolvência transnacional no âmbito do Poder Judiciário após a promulgação da Lei 11.101²⁵⁶. Destaca Paulo Campana que o tema adquiriu relevância prática com o pedido de recuperação judicial do Grupo OGX, expondo o Judiciário à lacuna da lei e aos embates doutrinários sobre o modelo regulatório mais apropriado²⁵⁷⁻²⁵⁸.

Tem-se, hoje, uma maior aceitação por parte da magistratura a respeito da possibilidade de serem incluídas sociedades estrangeiras nos processos recuperatórios que tramitam em território pátrio. Todavia, ainda não há jurisprudência consolidada, porquanto restrita a dois tribunais estaduais,²⁵⁹ e as decisões se embasam em diferentes fundamentos jurídicos. Esse é um segundo ponto de reflexão.

²⁵⁴ Podemos citar os casos de recuperação judicial da Aralco e recuperação extrajudicial da Lupatech, esses dois aparentemente sem causar divergência quanto à inclusão das sociedades estrangeiras, além dos casos de recuperação judicial da OGX, Sete Brasil, OAS, Schahin e OI que suscitaram embates entre devedores e credores, bem como nos tribunais.

²⁵⁵ Mais recentemente, na recuperação extrajudicial do Grupo Odebrecht, um dos credores tentou impugnar a inclusão de empresas estrangeiras.

²⁵⁶ Apesar da experiência anterior com o caso Varig, até então o Poder Judiciário não tinha se deparado com um real conflito transfronteiriço a ser resolvido pela jurisdição brasileira.

²⁵⁷ “As posições territorialistas e universalistas defendidas no caso OGX reproduziram, em grande parte, os argumentos utilizados pelos autores defensores das respectivas correntes teóricas. O caso inaugurou não apenas o início de salutares discussões judiciais a respeito do assunto no Brasil, como também de soluções ousadas e criativas, de cunho universalista, que, a exemplo do que ocorreu em outros países, poderão servir de exemplo para futuros casos.” (CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. O caso OGX e a questão do ajuizamento de recuperação judicial de sociedades estrangeiras no Brasil. **Revista Comercialista**, n.º 13, v. 5, 2015, p. 31).

²⁵⁸ É inegável que a decisão do TJRJ no processo da OGX facilitou a admissão das sociedades estrangeiras nos casos posteriores, podendo ser considerada paradigmática. Não por outra razão, ao deferir a recuperação judicial das sociedades PORTUGAL TELECOM INTERNATIONAL FINANCE B.V. (“PTIF”) e OI BRASIL HOLDINGS e COÖPERATIEF U.A. (“OI COOP”), o magistrado singular entendeu que sua decisão deveria “valorizar os precedentes jurisprudenciais” (Caso OI. Processo n.º 0203711-65.2016.8.19.0001, 7ª Vara de Direito Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro, Juiz Fernando Cesar Ferreira Viana, Decisão prolatada em 29.06.2016).

²⁵⁹ O tema ainda não atingiu consenso entre os julgadores, a exemplo do indeferimento em primeiro grau quanto à inclusão das sociedades estrangeiras nos casos OGX e Sete Brasil, bem como voto divergente e vencido no caso Schahin Engenharia (TJSP – AI nº 2106998-36.2015.8.26.0000, Declaração de voto vencido: Des. FABIO TABOSA, julgamento em 13.03.2017. Trecho do voto: “considero efetivamente inviável o requerimento de recuperação judicial, no Brasil, de sociedades empresárias estrangeiras, sujeitas, nos termos do art. 11 da LINDB, à lei do Estado de constituição (...). É certo que a própria Lei nº 11.101/2005 estabelece, em seu art. 3º, uma aparente exceção, que todavia nada mais é do que uma confirmação dessa regra, ao prever a competência do foro do local da filial para o processamento de recuperação judicial ou falência de empresa que tenha sede fora do Brasil (...), a *contrario sensu*, inexistindo qualquer base formal de atuação no território brasileiro de empresa

As decisões reconhecem a omissão legislativa e, com arrimo no art. 4º da LINDB, a necessidade de o Poder Judiciário construir uma resposta. Porém, apesar das constantes referências à Lei Modelo da UNCITRAL e a seus conceitos (a exemplo do COMI²⁶⁰), bem como uma tentativa de conjecturar os efeitos que a decisão causaria no país sede das sociedades estrangeiras²⁶¹, o segundo passo, a nosso ver, não foi dado. Não existe uma linha argumentativa sólida e consistente com o ordenamento brasileiro que, no momento atual, justifique a inclusão de pessoas jurídicas constituídas no estrangeiro²⁶². Os precedentes divergem também sobre a classificação da legislação brasileira entre os modelos territorialista e universalista, o que dificulta o desenho de uma solução, já que na visão de alguns julgadores

estrangeira, não há como pretender aqui cogitar do conhecimento de pedido de recuperação judicial ou de falência.”).

²⁶⁰ Enquanto que no processo da OGX, o termo de COMI - centro de principal interesse do devedor – foi referido sem qualquer exposição teórica; mais recentemente, nos processos da Sete Brasil e da Odebrecht, os tribunais buscaram aproximar o conceito de COMI ao de estabelecimento principal e, ainda, justificar que o estabelecimento de todo Grupo estaria situado no Brasil para fins de aplicação da Lei 11.101. Todavia, no recurso envolvendo o Grupo Oi, o acórdão afirma que, segundo precedentes brasileiros, o “critério de determinação de competência (é) o centro principal de atividade do grupo, em detrimento da sede estatutária da empresa” quando, sabe-se, que o tema é bastante debatido pela doutrina e tribunais estrangeiros e inexistente regra interna sobre o assunto (TJRJ – AI n.º 0051668-49.2016.8.19.0000, Rel. Des. CEZAR AUGUSTO RODRIGUES COSTA, j. 31.10.2017).

²⁶¹ Consultar decisão de segundo grau no caso OGX – declarando que, segundo a legislação austríaca, não existe óbice ao reconhecimento de uma decisão estrangeira se o COMI estiver situado no exterior e o processo estrangeiro for comparável ao austríaco (TJRJ – AI 0064658-77.2013.8.19.0000, Rel. Des. GILBERTO GUARINO, julgador 19.02.2014). No processo do Grupo Oi, o TJRJ entendeu que a decretação de falência, na Holanda, da sociedade estrangeira construída naquele país em nada obsta sua inclusão na recuperação judicial que tramita no Brasil, uma vez que “os efeitos das decisões aqui proferidas, por óbvio, limitam-se ao território nacional e, assim, também em razão das restrições do modelo territorialista, atingem apenas os bens localizados no Brasil” (TJRJ – AI n.º 0051668-49.2016.8.19.0000, Rel. Des. CEZAR AUGUSTO RODRIGUES COSTA, j. 31.10.2017). Já no processo da Schahin, a sociedade estrangeira foi mantida no polo ativo da recuperação judicial porque: “não trouxe a Agravante qualquer instituto do direito inglês que indique o impedimento para que sociedade constituída em tal nacionalidade apresente pedido de Recuperação Judicial no Brasil” (TJSP – AI nº 2106998-36.2015.8.26.0000, Rel. Des. CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA, j. 13.03.2017).

²⁶² Os fundamentos das decisões são distintos: Nos casos da OGX e Grupo Sete Brasil, as decisões de primeiro grau consignaram que, diante do vácuo legislativo, o Poder Judiciário não possui embasamento para admitir a presença de sociedades estrangeiras sem qualquer estabelecimento no Brasil; as decisões foram reformadas pelo TJRJ, no primeiro caso, com a justificativa que o magistrado deve atender ao princípio da preservação da empresa e decidir por analogia, e, no segundo, com remissão aos arts. 21, II e 22, III do CPC sobre competência concorrente da autoridade brasileira. No caso Schahin Engenharia, por decisão majoritária, o TJSP entendeu que, inexistindo vedação legal expressa para aplicação da lei 11.101 às sociedades estrangeiras, nos termos do seu art. 2º, então, a omissão legislativa deve ser suprida a despeito da regra do art. 11 da LINDB (que dispõe que a lei aplicável às sociedades é a do Estado de sua constituição) e em consonância com os princípios da instrumentalidade das formas e preservação da empresa. No processo do Grupo OAS, o TJSP se manifestou favoravelmente à manutenção das sociedades estrangeiras com arrimo no art. 88, II, do CPC/73 (atual art. 21, II, do CPC/2015) e art. 8º da LINDB. No processo do Grupo Oi, além da invocação do art. 47 da LRF, o acórdão se baseia no art. 8º da LINDB (“Para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados”). Por fim, no caso do Grupo Odebrecht, segundo o TJRJ o “art. 3º da Lei nº 11.101/2005 deve se submeter à interpretação teleológica (art. 5º da LINDB), ou se melhor convier, colmatando-se lacuna legislativa expressa (art. 4º da LINDB), sob pena de engessamento do sistema de recuperação ou falimentar ao retrógrado modelo puramente territorial, em que somente é possível fazer valer leis locais, às empresas locais, em relação à bens e impactos econômico-financeiros também locais” (TJRJ- Requerimento de Efeito Suspensivo n.º 0065071-51.2017.8.19.0000, Relatora Des.ª MYRIAM MEDEIROS DA FONSECA COSTA, j. 05/02/2018).

nossa lei está presa a um modelo arcaico – exclusivamente territorial –²⁶³, enquanto que, no entender de outros, há como justificar o princípio universalista a partir do art. 3º da LRF²⁶⁴-²⁶⁵.

Todos os precedentes citados expõem a lacuna de nosso ordenamento jurídico e a necessidade premente de serem editadas normas próprias para insolvência transnacional. Nesse particular, o clamor dos tribunais e a prática cotidiana justificam e, inclusive, foram responsáveis por algumas iniciativas de lei que favorecem a adoção da proposta da UNCITRAL²⁶⁶.

Não obstante, não podemos ignorar que a jurisprudência que dá suporte à Lei Modelo da UNCITRAL caminha de forma unilateral: sustenta a viabilidade de serem incluídas sociedades estrangeiras, sem filial ou sucursal no Brasil, no processo de insolvência doméstico e que esse processo seja reconhecido perante outras jurisdições como feito principal. Contudo, não se discutem meios de cooperação entre tribunais de diferentes nacionalidades ou o reconhecimento de sentença estrangeira de insolvência. De um lado, não há impedimento, em tese, para homologação de sentença estrangeira que decreta falência ou defere algum mecanismo de salvaguarda da atividade²⁶⁷. De outro, porém, em face da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a homologação de sentença estrangeira nessa matéria mostra-se de êxito improvável. Isso porque a mera existência, no Brasil, de bens do devedor, sem maiores digressões sobre a configuração de um estabelecimento (principal ou

²⁶³ Consultar: Processo n. ° 0203711-65.2016.8.19.0001, 7ª Vara de Direito Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro, Juiz FERNANDO CESAR FERREIRA VIANA, Decisão prolatada em 29.06.2016, Caso OI.

²⁶⁴ Consultar: TJRJ- Requerimento de Efeito Suspensivo n. ° 0065071-51.2017.8.19.0000, Relatora Des.ª MYRIAM MEDEIROS DA FONSECA COSTA, j. 05/02/2018, Caso Odebrecht.

²⁶⁵ A nosso ver, a jurisprudência por vezes, sobretudo do STJ, possui uma interpretação equivocada do princípio da universalidade ao sustentar que o mesmo é violado diante dos pedidos de homologação de sentença estrangeira na hipótese de incidência do art. 3º LRF. Quando, na verdade, o universalismo não serve para justificar apenas a competência das autoridades brasileiras, mas para definir, a partir de um critério objetivo, a jurisdição principal e lei regente do procedimento de insolvência transnacional. Se determinado país nega em absoluto os efeitos de uma decisão estrangeira, não há como se sustentar o princípio do universalismo. Consultar: STJ – SEC 11.277/EX, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Corte Especial, julgado em 15/06/2016 e SEC 1.735/EX, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Corte Especial, julgado em 12/05/2011, DJe 03/06/2011.

²⁶⁶ O Ministério Público do Estado de São Paulo, por iniciativa do promotor de Justiça Eronides Aparecido Rodrigues dos Santos, em 26/05/2011, propôs a adoção da Lei Modelo da UNCITRAL (**MP-SP propõe elaboração de projeto de lei sobre falência transnacional**). Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/publicacao_noticias/2011/junho_2011/MP-SP%20prop%C3%B5e%20elabora%C3%A7%C3%A3o%20de%20projeto%20de%20lei%20sobre%20fal%C3%A7%C3%A2ncia%20transnacional>. Acessado em 24/02/2018). Depois, com os Projetos de Código Comercial (PL 1.572/2011 – a partir da Emenda n. 194/2013 – e PLS 487/2013) e o PL 3.741/2015.

²⁶⁷ A esse respeito, conferir: STJ – REsp 19.263, Rel. MINISTRO ANTONIO TORREÃO BRAZ, Quarta Turma, julgado em 19/04/1994; STJ – REsp 15.708/RS, Rel. Ministro PAULO COSTA LEITE, Terceira Turma, julgado em 28/05/1996, DJ 24/03/1997.

secundário) ou a natureza (móvel ou imóvel) dos bens, tem sido usada para indeferir os pedidos de homologação²⁶⁸. A análise também expande, indevidamente, o conceito de soberania nacional como obstáculo ao reconhecimento²⁶⁹⁻²⁷⁰.

²⁶⁸ O debate travado no processo de homologação de sentença estrangeira n.º 1.734, perante o STJ, é interessante: a requerida, pessoa física, foi decretada falida perante a jurisdição portuguesa e, aparentemente, não possuía bens em Portugal, mas era detentora de 10% do capital social de uma sociedade limitada constituída no Brasil; o voto condutor entendeu que, nestas circunstâncias, é possível concluir que o estabelecimento da falida é o Brasil, afastando a competência da justiça portuguesa para decretar a falência [Consta da ementa: “que a legislação pátria aplicável prescreve que a declaração de falência está restrita, como regra, ao juízo do local onde o devedor possui o centro de suas atividades, haja vista o princípio da universalidade (artigo 3º da Lei n.º 11.101/2005). IV - Nesse sentido, incabível a homologação de sentença estrangeira para os fins pretendidos pelo requerente, uma vez que a declaração de falência é de competência exclusiva da justiça brasileira, sob pena de ofensa à soberania nacional e à ordem pública”]. Todavia, coadunamos do entendimento dos votos vencidos de lavra dos Ministros Teori Zavascki e João Otávio de Noronha. Destaca o primeiro – Min. Teori Zavascki – que “a falência decretada não é de empresa brasileira ou sediada no Brasil, mas sim da cidadã portuguesa (...). A sentença cuja homologação se pede foi proferida pelo 1º Juízo do Tribunal de Comércio de Lisboa, e declarou a insolvência da requerida, relativamente às suas atividades desenvolvidas em Portugal. (...). Ora, se a sentença homologanda não decretou a falência de sociedade brasileira, mas se referiu apenas à empresária requerida, cidadã portuguesa, relativamente a seus negócios em Portugal, fica superada a questão relativa à competência da autoridade judiciária brasileira”. Por sua vez, o Min. Noronha corretamente pontuou que: “a. a sentença que se pretende homologar equivale à insolvência civil, e não a falência de empresário, porque o Juízo estrangeiro considerou a requerida insolvente na condição de pessoa física; daí por que não há falar em competência exclusiva da Justiça brasileira; b. a espécie não encontra óbice nas disposições do artigo 89, I, do Código de Processo Civil, porquanto os possíveis bens imóveis da sociedade empresarial da qual a requerida é sócia cotista não respondem por suas dívidas particulares; c. não há óbice na homologação de sentença estrangeira de falência para que ela tenha efeitos parciais, no sentido de admitir-se a aplicação das disposições do parágrafo único do art. 1.030 do Código Civil” (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).

²⁶⁹ Nos dois precedentes envolvendo pedido de homologação de sentença estrangeira que decretou a falência/insolvência civil de cidadãos portugueses, o STJ concluiu que, se acolhido o pedido, como “objetivo da execução coletiva é proporcionar a satisfação paritária aos credores do devedor, a ser concretizada com o rateio apurado a partir da expropriação dos bens do devedor (...) **a homologação requerida ofende a soberania nacional, uma vez que restringe a jurisdição brasileira, pois impede tanto o prosseguimento quanto a instauração de novas execuções contra a devedora aqui no Brasil**” (STJ - SEC 1.734/PT, voto-vista do Min. LUIS FELIPE SALOMÃO. Destaques nossos), ou porque “**obstará aqui a instauração ou o prosseguimento de qualquer ação executiva contra o falido assim, a jurisdição brasileira. Destarte (...) a sentença não merece ser homologada, sob pena de ofensa à soberania nacional.**” (STJ- SEC 1.735/EX, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Corte Especial, julgado em 12/05/2011, DJe 03/06/2011. Destaques nossos).

²⁷⁰ Em precedente posterior, o STJ também estendeu, indevidamente, o conceito de ordem pública e soberania nacional ao concluir que: “a Gutmen, cuja quebra foi decretada, é sócia majoritária (com 99,5% - noventa e nove e meio por cento) da Manacá S. A. Armazéns Gerais e Administração, pertencente ao Grupo Manacá. Nesse cenário, a homologação da sentença frustraria o objetivo da recuperação judicial previsto no art. 47 da Lei nº 11.101/2005 (...) Além disso, me parece que o deferimento do pedido homologatório cancelaria uma decretação “parcial” de falência do Grupo do qual faz parte a empresa requerida, o que não é possível. Com efeito, a empresa requerida tem sede no Brasil e aqui exerce suas atividades. Assim, a validação de sentença de quebra de empresa (Gutmen) que representa quase que a totalidade das ações da empresa aqui sediada (Manacá S. A. Armazéns Gerais e Administração) desrespeitaria o disposto no art. 3º da Lei nº 11.101/2005.” (STJ- SEC 11.277/EX, Rel. MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Corte Especial, julgado em 15/06/2016). A decisão é equivocada ao antecipar os efeitos que a homologação teria no processo de recuperação judicial, já deferido e em trâmite no Brasil, supondo que a transferência dos direitos de sócios para o liquidante da sociedade estrangeira iria inviabilizar a recuperação judicial; quando esta avaliação, nos parece, deveria ser reservada para um momento posterior de execução da sentença homologatória.

4.4. Conclusão parcial

Desde a época do Império, a legislação, a jurisprudência e a doutrina brasileira debatem, em algum grau, sobre insolvência transnacional e qual o modelo mais adequado para socorrer os conflitos jurisprudenciais. No entanto, a conformação da prática comercial e a necessidade das sociedades empresárias que atuam no Brasil foram alteradas.

Hoje, predomina a discussão sobre a adoção do padrão proposto pela UNCITRAL. Todavia, o diagnóstico daqueles que estão à frente do debate ainda é incompleto. Há inequívoco apoio à incorporação da Lei Modelo para suprir as dificuldades dos nossos tribunais em começar procedimentos, em território nacional, que envolvam sociedades estrangeiras e por iniciativa das devedoras, a fim de evitar a constrição de bens no exterior, de modo a não comprometer o sucesso do processo de insolvência nacional²⁷¹. Contudo, o exame é enviesado e fecha os olhos aos demais pilares da Lei Modelo da UNCITRAL: a necessidade de cooperação entre jurisdições e o comprometimento para reconhecer e prestar assistência a processos que tramitam no exterior.

A complexidade dos processos judiciais tende a crescer, quer porque a realidade dos grupos econômicos não se restringirá a subsidiárias não operacionais, demandando a cooperação efetiva entre tribunais; quer em razão da conduta dos credores mais sofisticados com recursos para instaurar conflitos entre jurisdições e, assim, compelir a devedora a negociar condições mais favoráveis aos seus interesses. Segundo Andrew Rosenblatt e Francisco Vazquez, isso ocorreu no caso do Grupo OAS: os credores da OAS Finance adotaram uma estratégia agressiva a fim de ver reconhecida a predominância da jurisdição das Ilhas Virgens Britânicas sobre a jurisdição brasileira. Ao final, o impasse foi resolvido consensualmente, mas os credores estrangeiros obtiveram vantagem na negociação do plano de recuperação judicial²⁷².

²⁷¹ Segundo Howard SEIFE e Francisco VAZQUEZ: “aproximadamente trinta empresas que estão sendo ou foram liquidadas ou reorganizadas conforme a legislação brasileira têm procurado reconhecimento nos Estados Unidos nos termos do Capítulo 15” (Experiência Transnacional de Empresas Brasileiras nos Estados Unidos e os Benefícios da Lei Modelo. In: ELIAS, Luiz Vasco. **10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências - Reflexões Sobre A Reestruturação Empresarial**, cit, p. 186).

²⁷² Sustentam os autores que: “The strategy pursued by the U.S. noteholders resulting in dual and competing proceedings for OAS Finance created a dynamic that, at the time, raised a multitude of critical questions (...). Although a settlement was ultimately reached, it is clear that the aggressive actions of the U.S. noteholders provided them some degree of leverage in negotiations with the debtors. As discussed below, this same strategy has been used in connection with another recent Brazilian bankruptcy case and it is not difficult to

Além dos riscos expostos acima, não se deve ignorar a importância que o princípio da cooperação – e/ou cortesia – ²⁷³ goza na seara internacional. Até o presente, os tribunais estrangeiros, sobretudo norte-americanos²⁷⁴, cancelaram a legalidade do procedimento de

imagine that creditors in future cases may follow it as well. This would have the potential of creating a roadblock for Latin American debtors or, at a minimum, increasing the potential delay, cost and uncertainty surrounding insolvency proceedings filed in Latin America.” Ao cabo, concluem que apesar da Lei Modelo não impedir a abertura de procedimentos paralelos, as regras incentivam a cooperação entre jurisdições para minimizar comportamentos oportunistas dos credores. (ROSENBLATT, Andrew; VAZQUEZ, Francisco. *The risk of competing insolvency proceedings highlights the need for Latin American Countries to adopt the UNCITRAL Model Law on Cross-Border insolvency*. **Insol World, Focus: Latin America**, 4th Quarter, 2017, pp. 14-16, p. 14).

²⁷³ Referimo-nos a cooperação porque, segundo a doutrina especializada, a cooperação jurídica internacional já se converteu em obrigação do Estado, se distanciando por completo das noções de cortesia (ver: OTÁVIO, Rodrigo. **Direito Internacional Privado, Parte Geral**. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1942, p. 115; CERVINI, Raúl, TAVARES, Juarez. **Princípios de Cooperação Judicial Penal Internacional no Protocolo do Mercosul**. São Paulo: RT, 2000, p. 53). Todavia, a doutrina estrangeira refere-se, ainda e sobretudo, no âmbito das insolvências transnacionais, às expressões cortesia (“comity”) e reciprocidade (“reciprocity”). Por *comity* os doutrinadores descrevem um agir colaborativo, de deferência a decisões estrangeiras quando os sistemas jurídicos são equiparáveis e o conteúdo da decisão não viola a ordem pública interna; enquanto o termo reciprocidade parece impor uma condicionante: o reconhecimento da decisão estrangeira depende da certeza que a nação estrangeira agiria da mesma forma. Sobre a distinção, Ralf MICHAELS resume: “The first of these principles is → comity, defined much later by the United States Supreme Court in a decision denying recognition to a French judgment as neither a matter of absolute obligation on the one hand nor of mere courtesy and good will... it is the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive or judicial acts of another... (Hilton v Guyot). The other principle is → reciprocity, the idea that States will and should grant others recognition of judicial decisions only if, and to the extent that, their own decisions would be recognized. This requirement can create an unwelcome situation in which each country waits for the other to act first; it is problematic also because it punishes private litigants for the omissions of States” (*Recognition and Enforcement of Foreign Judgments*. In: **Max Planck Encyclopedia of Public International Law 672**. Rdiger Wolfrum ed., 2012. Disponível em: <www.mpepil.com>. Acessado em 18 de fevereiro de 2018). Conferir também: YAMAUCHI, K. D., *Should reciprocity be a part of the UNCITRAL Model Cross-Border Insolvency Law?* **Int. Insolv. Rev.**, 16, 2007, pp. 145–179 (afirmando que apesar de não ser posição predominante ou recomendável, alguns países incluíram regra de reciprocidade como condição para reconhecimento de processos estrangeiros de insolvência transnacional, quer na incorporação da Lei Modelo da UNCITRAL – p.ex, África do Sul – ou modelo semelhante – p.ex, Espanha). Para Edward JANGER: “Even in a regime such as that envisioned by the Model Law, comity remains important as a structural principle. The possibility of a war of courts continues to limit the power of the main proceeding. Cooperation must be earned” (JANGER, Edward J., *Universal Proceduralism*, p.843). Com opinião semelhante, sustenta Jay WESTBROOK: “Although critical-mass reciprocity will be essential to the development of full international cooperation in insolvency, a reciprocity requirement is full of dangers and pitfalls, which is the very good reason scholars of private international law have often opposed such a requirement in various contexts (...). Negative reciprocity invites cooperation, especially if it is generously understood to assume reciprocal treatment until noncooperation is clearly demonstrated (...). Because reciprocity is both important and risky (...) reciprocity must enter the process if it is to proceed beyond fairly limited cooperation” (WESTBROOK, Jay Lawrence, *Theory and Pragmatism in Global Insolvencies: Choice of Law and Choice of Forum*, **Am. Bankr. L.J.**, vol. 65, pp. 457-490, 1991, p. 468).

²⁷⁴ Conferir: a) In re Rede Energia S.A., 515 B.R. 69, 98 (Bankr. S.D.N.Y. 2014) (Case No. 14-10078-sec) [salientando que a cortesia/cooperação é um princípio importante para o *Chapter 15*, mas opera no nível de concessão de medidas adicionais, após o reconhecimento do procedimento como principal ou não principal. Nos termos exatos da decisão: “A central tenet of chapter 15 is the importance of comity in cross-border insolvency proceedings. (...) Pursuant to section 1507, the court is authorized to grant any ‘additional assistance’ available under the Bankruptcy Code or under ‘other laws of the United States,’ provided that such assistance is consistent with the principles of comity and satisfies the fairness considerations set forth in section 1507(b) (...). Chapter 15 thus provides courts with broad, flexible rules to fashion relief that is appropriate to effectuate the objectives of the chapter in accordance with comity”]; b) In re OAS S.A., 533 B.R. 83 (Bankr. S.D.N.Y. 2015) (Case No. 15-10937 - SMB); c) In re OI Brasil Holdings Coöperatief U.A.; In re: OI Brasil Holdings Coöperatief U.A.; In re: OI S.A., et al. Case Nos. 17-11888 (SHL), 16-11794 (SHL), 16-11791 (SHL) (Bankr. S.D.N.Y.,

insolvência brasileiro; mas a ausência de mecanismo de cooperação e de regras claras para reconhecimento e assistência a decisões estrangeiras podem ocasionar o indeferimento de futuros pedidos apresentados por empresas brasileiras.

O problema está posto e pendente de solução. As decisões proferidas por tribunais brasileiros são casuísticas e enfrentam a questão por uma perspectiva puramente doméstica. Urge refletir se o sistema vigente, através das regras de Direito Internacional Privado, responde aos conflitos de insolvência transnacional e em que medida a incorporação da Lei Modelo da UNCITRAL poderia fornecer um panorama mais adequado para tratar do assunto.

December 4, 2017) [Enfatizando o sentido deste princípio e âmbito de incidência: “But while comity is crucial to a proper functioning of Chapter 15, the Court disagrees that it should defer to the Dutch courts in assessing COMI under Chapter 15. International comity is ‘the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens, or of other persons who are under the protection of its laws.’ (...). The doctrine is ‘concerned with maintaining amicable working relationships between nations, a ‘shorthand for good neighbourliness, common courtesy and mutual respect between those who labour in adjoining judicial vineyards.’(...). American courts have long recognized the importance of comity ‘[p]articularly in the bankruptcy context, because ‘[t]he equitable and orderly distribution of a debtor’s property requires assembling all claims against the limited assets in a single proceeding’ (...).In the case of recognition under Chapter 15, ‘[b]oth the plain language and legislative history of Chapter 15 requires [a bankruptcy court to make] a factual determination with respect to recognition before principles of comity come into play.’(...). Recognition of a proceeding requires the application of ‘objective criteria’, and it is only post-recognition relief which ‘turns on subjective factors that embody principles of comity’”].

5. DA JUSTAPOSIÇÃO DE REGRAS À FORMAÇÃO DE UM SISTEMA DE INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL: PERSPECTIVAS PARA O ORDENAMENTO BRASILEIRO

5.2. Contexto brasileiro: disciplina normativa esparsa e sua insuficiência em relação às regras de Direito Internacional Privado

A insolvência transnacional é um tema candente. Suscita embates sobre políticas regulatórias sensíveis aos ordenamentos jurídicos e também intrincadas questões de Direito Internacional. Isso porque a insolvência transnacional dialoga com a “*tríade contemporânea do DIPr*”²⁷⁵: concurso de leis, determinação de jurisdição e cooperação jurídica internacional²⁷⁶. Além de inexistir regramento específico para insolvência transnacional, conforme já referido, é um complicador a ausência de legislação de DIPr, no âmbito interno, consentânea com o estado atual das relações internacionais, sobretudo, em razão da globalização.

A Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB) revela sua inadequação quando impõe regras de qualificação e regência das obrigações, desprestigiando a autonomia privada (art. 9º, *caput*)²⁷⁷; ao definir de modo abrangente a competência internacional

²⁷⁵ RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. **Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, Parte II, Capítulo 1, Item 1.3, e-book.

²⁷⁶ RECHSTEINER, Beat Walter. A Insolvência Internacional sob a Perspectiva do Direito Brasileiro. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord). **Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, pp. 671-699, 2005, p. 675-677.

²⁷⁷ A doutrina está bastante dividida sobre se e qual a abertura que referido artigo concede à autonomia da vontade, para que as partes possam livremente escolher a lei aplicável aos contratos sem sujeitar as obrigações à lei do local da celebração. Dentre aqueles que defendem uma (re)interpretação menos restritiva do art. 9º à luz da Constituição Federal e do diálogo com outras fontes, a despeito da óbvia opção do legislador pela exclusão da autonomia da vontade, para permitir a livre escolha das partes em relação à lei aplicável aos contratos, citamos: RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. **Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**; GAMA JR, Lauro. Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Direito Internacional Privado brasileiro: uma leitura constitucional do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável. In: TIBURCIO, Carmem; BARROSO, Luís Roberto (coord). **O Direito Internacional Contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger**. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 599-626, 2006. Todavia, muitas vezes entendem que a norma do art. 9º, *caput*, é imperativa e de ordem pública interna: BASSO, Maristela. Comentários aos Artigos 7º a 19 da Lei de Introdução ao Código Civil de 1942. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord). **Teoria Geral do direito civil**. São Paulo: Atlas, pp.114-185, 2008, p. 133; ARAUJO, Nadia de. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**. Porto Alegre: Revolução, capítulo 19, 2016, e-book.

exclusiva em razão da situação de imóveis (art. 12, § 1º)²⁷⁸ e a restrição cominada pela ordem pública, soberania nacional e bons costumes (art.17)²⁷⁹, bem como ao reduzir a cooperação jurídica internacional ao procedimento de *exequatur* e homologação de sentença estrangeira (art. 12, § 3º e art. 15). Isso apenas para ilustrar com os pontos de maior conexão com o objeto desta tese. De modo gradativo, legislações posteriores lograram êxito em atualizar a normativa doméstica, a exemplo da valorização da autonomia privada com a lei de arbitragem e CISG – quanto à escolha da lei aplicável e possibilidade de derrogação de normas – e também com o CPC/2015 – em relação à jurisdição internacional²⁸⁰⁻²⁸¹. Ademais, esse último instrumento modernizou as regras de cooperação jurídica e também consagrou uma visão internacionalista dos conflitos transfronteiriços ao circunscrever a invocação da ordem pública à manifesta violação dos valores do Estado (art. 39 e art. 963,VI).

²⁷⁸ A questão posta é acerca da extensão da competência exclusiva do juízo brasileiro, se abarca indistintamente e todas as ações que envolvam imóveis ou apenas ações reais. Este artigo inspirou o CPC/1973 (art. 89, I) e o CPC/2015 (art. 23, I). Para uma visão geral sobre assunto, consultar: GRUENBAUM, Daniel. Proximidade e tolerância: competência internacional para demandas relativas a imóveis. In: TIBURCIO, Carmem; BARROSO, Luís Roberto (coord). **O Direito Internacional Contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger**. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 229- 288, 2006 (o autor critica a corrente mais abrangente alegando que: “a soberania, frequentemente lançada como a justificativa para tal competência internacional é insuficiente. Em primeiro lugar, porque o povo, assim como o território, é elemento do Estado e, nem por isso, a competência internacional fundada no domicílio do réu é exclusiva. Em segundo lugar, a soberania não pode ser afetada pelo reconhecimento de uma decisão estrangeira versando sobre imóveis situados no país, já que a decisão estrangeira não produziria efeitos senão após e por meio dos órgãos jurisdicionais nacionais”, p. 233). Dentre aqueles que interpretam que a competência atinge inclusive ações fundadas em direito pessoal, citamos: RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito Internacional Privado – teoria e prática**. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 282; MILLER, Marcello. Comentário ao art. 23. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, e-book, p. 76.

²⁷⁹ A utilização das expressões soberania nacional e bons costumes, ao lado de ordem pública, pode transparecer um intuito expansivo, da mesma forma que o RISTJ incluiu como impeditivo da homologação de decisão estrangeira a ofensa à dignidade humana. Contudo, por serem conceitos indeterminados, não é a presença dos termos que, por si só, banalizará a invocação da regra. André de Carvalho Ramos, a esse respeito, enfatiza a importância de se distinguir entre ordem pública interna – limitação à autonomia da vontade – e ordem pública de DIPr, que servirá como restrição à aplicação de direito estrangeiro, cooperação jurídica e fixação da jurisdição. Ademais, continua o autor, “a ordem pública é caracterizada pela *indeterminação* e, conseqüentemente, é *instável*, podendo variar ao sabor da mudança de valores essenciais defendidos pelo Estado. Sua determinação é sempre *contemporânea*, pois depende da atualidade dos valores nela contidos.” (RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. **Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**, Parte II, Capítulo 2, e-book).

²⁸⁰ “[A] autonomia da vontade foi valorizada duplamente pelo novo CPC no que tange à jurisdição: (i) serve para fundamentar a ampliação da jurisdição internacional (princípio da submissão) e (ii) serve para fundamentar a derrogação da jurisdição internacional (somente a relativa ou concorrente). Foi superada a visão de que as regras de jurisdição internacional são de ordem pública e, conseqüentemente, insuscetíveis de modificação pela vontade das partes.” (RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. **Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**, Parte II, Capítulo 2, e-book).

²⁸¹ Consultar: SILVA, Jorge Cesa Ferreira da; STEINER, Renata. *Party Autonomy in Brazilian International Private Law*. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar; TRIPODI, Leandro (eds.). **CISG and Latin America: regional and global perspectives**. The Hague: Eleven International, pp. 345-358, 2016.

Se, por um lado, a legislação de DIPr permanece fragmentada²⁸² e, em algumas searas, reflete a tendência do século XIX²⁸³, por outro, o Brasil tem conseguido superar esses entraves por intermédio da ação paulatina da doutrina e da jurisprudência²⁸⁴, que caminham para superar dicotomia entre esferas privada e pública e fomentar o diálogo entre fontes, bem como pela tendência universalista do DIPr. A esse respeito, defende André de Carvalho Ramos que as normas de direito privado passaram a regular **diretamente** os fatos transnacionais por meio de tratados internacionais que não se subsumem a meras regras de conflito e enfrentam as questões transnacionais de modo explícito; pela utilização de regras de conexão mais flexíveis e, ainda, pela importância dada à cooperação jurídica internacional²⁸⁵. A ambição universalista, descrita pelo autor, tem consequências importantes na interpretação

²⁸² Pontua André Ramos de CARVALHO que, no tocante aos tratados internacionais, foi feita uma opção de “produzir tratados segmentados, evitando-se o desgaste da tentativa de adoção de um código geral de DIPr (...) mas também é fruto da constatação do fracasso da Convenção Panamericana de Direito Internacional Privado, também denominada Código de Bustamante, ratificada pelo Brasil e por 14 outros Estados, que possuía a ambição de reger todas as facetas do DIPr (conta com 437 artigos)”. Já no que diz respeito à legislação doméstica de DIPr, diz o autor: “[a] matriz legal sofre com o envelhecimento da LINDB há décadas, sem que os projetos de lei contendo uma nova codificação tenham prosperado no Congresso Nacional. Em contrapartida, houve uma dispersão de normas de direito internacional privado inseridas em lei esparsas, como se viu no novo Código de Processo Civil”. RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. **Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**, Parte II, Capítulos 1 e 2, e-book.

²⁸³ O sistema do método conflitual consagrado na LINDB é criticado nos dias atuais, pois está orientado pela doutrina clássica que atribuía ao DIPr um papel bastante limitado. Sobre o método conflitual, explica Ferrer CORREIA: “o direito internacional privado tem por objecto prover por modo adequado à regulamentação das situações da vida jurídica internacional, tarefa de que tradicionalmente ele se desempenha por via indirecta, isto é, designando o sistema de direito ao qual deverá ser pedida a regra material aplicável ao caso concreto. Não lhe pertence indicar directamente a regra que haja de dirimir o litígio, mas apenas determinar a lei a que a norma aplicável deverá ser pedida.” (CORREIA, A. Ferrer. O método conflitual em direito internacional privado e as soluções alternativas. **Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. Rio de Janeiro, n. 1, p. 1-24, jul. 1982, p. 01). A respeito das críticas, consultar: ARAUJO, Nadia de. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**. Porto Alegre: Revolução, capítulo três, 2016, e-book; RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. **Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**, passim.

²⁸⁴ Consultar os precedentes: a) STF - SE 7401, Relator: Min. Presidente, Decisão Proferida pelo Ministro MARCO AURÉLIO, julgado em 11/06/2002, publicado em DJ 20/06/2002 (“É de frisar que a regra concernente à competência exclusiva do Judiciário brasileiro para conhecer de ações relativas a imóveis localizados no Brasil - artigos 12 da Lei de Introdução ao Código Civil e 89 do Código de Processo Civil - deve ser aplicada com a cabível cautela, já que a existência de conflito de interesses sobre o bem leva a uma conduta completamente diferente quando, no divórcio, as próprias partes chegam a um acordo, ultrapassando qualquer impasse. Assim, à luz da jurisprudência desta Corte, tratando-se de composição, não há falar-se em atuação única e exclusiva da autoridade judicante brasileira”), b) STJ – RO 64/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 13/05/2008, DJe 23/06/2008 (“A competência (jurisdição) internacional da autoridade brasileira não se esgota pela mera análise dos arts. 88 e 89 do CPC, cujo rol não é exaustivo. Assim, pode haver processos que não se encontram na relação contida nessas normas, e que, não obstante, são passíveis de julgamento no Brasil. Deve-se analisar a existência de interesse da autoridade judiciária brasileira no julgamento da causa, na possibilidade de execução da respectiva sentença (princípio da efetividade) e na concordância, em algumas hipóteses, pelas partes envolvidas, em submeter o litígio à jurisdição nacional (princípio da submissão)”).

²⁸⁵ RAMOS, André de Carvalho. Direito Internacional Privado e a Ambição Universalista. In: TIBURCIO, Carmem; MENEZES, Wagner; VASCONCELOS, Raphael (coord). **Panorama do direito internacional privado atual e outros temas contemporâneos**. Belo Horizonte: Arraes, pp. 14-33, 2015, p. 33.

das normas de DIPr, de modo a assegurar seu caráter internacional, e para superar visões xenofóbicas, reservando a invocação de ordem pública a hipóteses excepcionais²⁸⁶.

Predomina na atualização do DIPr, como subterfúgio ao antigo esquema das regras conflituais, diplomas voltados à harmonização legislativa²⁸⁷, quer via tratados internacionais, quer, no âmbito do comércio internacional, por intermédio de instrumentos de *Soft Law*, a exemplo de leis-modelo desenhadas pela UNCITRAL. A temática da insolvência transnacional, portanto, dialoga e reflete o âmbito de atuação do DIPr, tanto por constituir um fato social *plurilocalizado*, com íntima convivência com instrumentos de *Soft Law*, como pela tônica que a cooperação jurídica internacional desempenha no atual contexto.

5.2.1. Cooperação jurídica internacional: sentido e alcance do princípio

A cooperação jurídica internacional (CJI) encontra sua raiz na Constituição da República (art. 4º, IX) e, assim, deve ser o norte de atuação dos três poderes. Para além da norma constitucional²⁸⁸, a cooperação se erige como dever dos Estados²⁸⁹ no estágio atual das

²⁸⁶ Nesse sentido, aduz Gabriel Valente dos REIS: “Um dos parâmetros cosmopolitas de reflexão é exatamente a necessidade de se buscar um equilíbrio entre o particular e o universal, entre o respeito à diferença e um mínimo universal inegociável. Há necessidade de se evitar tanto um universalismo soberbo, arrogante; quanto um relativismo absoluto, impotente e acrítico. Nesse contexto, acreditamos que o princípio da ordem pública pode ser utilizado justamente para buscar tal equilíbrio no âmbito do Direito Internacional Privado. (...) Eis exatamente o papel do princípio da ordem pública: afastar a aplicação do direito estrangeiro quando este se chocar gravemente contra valores fundamentais do foro. (...) Para evitar que o princípio sirva ao provincianismo, deve ser sublinhado que a ordem pública é *excepcional*, *i.e.*, para ter sua aplicação afastada, o direito estrangeiro deve implicar uma contradição *manifesta* com os princípios jurídicos fundamentais do foro, não sendo suficiente uma mera diferença de conteúdos.” (REIS, Gabriel Valente dos. *Ordem Pública e Cosmopolitismo*. In: TIBURCIO, Carmem; MENEZES, Wagner; VASCONCELOS, Raphael (coodr). **Panorama do direito internacional privado atual e outros temas contemporâneos**. Belo Horizonte: Arraes, pp. 309-321, 2015, p. 311, destaques originais).

²⁸⁷ Nadia ARAUJO aponta que o processo de atuação está ocorrendo de “fora para dentro”, através da ratificação de instrumentos internacionais e “da utilização pela jurisprudência das convenções internacionais contendo a nova metodologia (adoção de regras materiais, no lugar de regras conflituais). (...) Ademais, as metodologias adotadas das convenções podem ser utilizadas também como fonte também para os países não signatários, substituindo as regras da LINDB já ultrapassadas.” (**Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**, Parte II, Capítulo 6, e-book).

²⁸⁸ E aqui nos referimos à estrutura formal delimitada na Constituição da República para atos de cooperação com Estados estrangeiros, a saber: a) nas tratativas do Poder Executivo para celebração de tratados, convenções ou atos internacionais e também nas demais formas de relação mantida com outro Estado soberano (arts. 21, 76 e 84, VIII); b) em deliberações do Congresso Nacional, nas hipóteses em que o conteúdo dos instrumentos e das decisões tomadas pelo Chefe do Executivo depende da sua chancela (art. 49 e 84); c) no âmbito do Poder Judiciário, em relação aos pedidos de extradição, homologação e execução de sentença estrangeira e de cartas rogatórias.

²⁸⁹ A noção de dever de cooperação é extraída de diversos instrumentos internacionais, em especial da Carta da ONU (Promulgada, no Brasil, pelo Decreto n.º 19.841), a Resolução da Assembleia Geral da ONU n.º

relações internacionais, no qual o grande fluxo de pessoas, mercadorias e transações econômicas ao redor do mundo reivindica o ajustamento do conceito de soberania nacional: cada vez mais distante da noção de monopólio da força, armado para afastar qualquer influência externa dentro do território, para caracterizar a capacidade de interagir na esfera internacional²⁹⁰, explicitando seus valores perante terceiros ao reconhecer atos estrangeiros e ter suas decisões acolhidas no exterior²⁹¹. Privilegia-se o agir cooperativo em detrimento da ação autônoma²⁹². Nessa toada, assinala Paulo CASELLA que “se não por virtude, igualmente por interesse, pode o estado reforçar a repercussão de sua atuação (...) enfatizando o papel da soberania do direito, mais do que da tradicional soberania do estado”²⁹³.

De forma singela, por cooperação jurídica internacional pode-se entender qualquer mecanismo que facilite a colaboração mútua entre Estados e/ou Estados e organizações internacionais, a fim de garantir eficácia ao ato oriundo do exterior no território nacional e vice-versa²⁹⁴, porquanto a questão não encontra solução unilateral²⁹⁵. No âmbito civil-empresarial, os instrumentos comumente aludidos são aqueles que foram detalhados pela legislação infraconstitucional (Código de Processo Civil): a) a homologação de decisão

2.625, entre outros instrumentos internacionais ratificados internamente. A esse respeito, consultar: WEBER, Marianne Mendes. **Direito da concorrência e cooperação jurídica internacional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 75-75; VERGUEIRO, Luiz Fabrício Thaumaturgo. **Implementação da cooperação jurídica vertical**. 272f. Tese - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012; ALLE, Saulo Stefanone. **Cooperação jurídica internacional e dever geral de cooperar**. **Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão**, Vol. 5, Nº. 10, pp. 132-152, 2017; CAPUCIO, Camilla. **Dimensões da cooperação jurídica internacional: do direito à cooperação ao dever de cooperar**. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, vol. 61, n. 3, pp. 277 – 297, set./dez. 2016.

²⁹⁰ SLAUGHTER, Anne-Marie. *Sovereignty and Power in a Networked World Order*, **Stanford Journal Of International Law**, vol. 40, pp. 283-328, 2004; BELANGERO, Juliana Santoro. **Cooperação Jurídica Internacional e a Busca por Valores Comuns: Um Estudo da STC 91/2000**. In: RAMOS, André de Carvalho; MENEZES, Wagner (coord). **Direito Internacional Privado e a Nova Cooperação Jurídica Internacional**. Belo Horizonte: Arraes, pp. 97-114, 2015.

²⁹¹ ALLE, Saulo Stefanone. **Linhas diretrizes da OCDE para as empresas multinacionais e sua implementação no Brasil**. 211 f. Dissertação - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 47-49.

²⁹² “Cooperação, (...), implica a rejeição do direito de ser completamente livre e independente, e, ao invés, significa dividir certa autoridade, competência e poder.” (RAMOS, Mariana dos Anjos. **O Paradigma da Soberania e a Cooperação Jurídica Internacional**. In: RAMOS, André de Carvalho; MENEZES, Wagner (coord). **Direito Internacional Privado e a Nova Cooperação Jurídica Internacional**. Belo Horizonte: Arraes, pp. 115-133, 2015, p. 122).

²⁹³ CASELLA, Paulo Borba. **Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 1242.

²⁹⁴ GOICOECHEA, Ignacio. *Nuevos desarrollos en la cooperación jurídica internacional en materia civil y comercial*. **Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión**, Año 4, n. ° 7, pp. 127-151, mayo 2016.

²⁹⁵ SOARES, Boni de Moraes. **Um Réquiem ao Velho Juízo de Delibação: Homenagem Póstuma à Tradicional Cognição no Direito Processual Internacional Brasileiro**. In: RAMOS, André de Carvalho; MENEZES, Wagner (coord). **Direito Internacional Privado e a Nova Cooperação Jurídica Internacional**. Belo Horizonte: Arraes, pp. 53-78, 2015, p. 55.

estrangeira, b) a carta rogatória e, c) o recém consagrado auxílio direto²⁹⁶. Todavia, em sintonia com o poder-dever assumido pelos Estados, esses instrumentos tradicionais não esgotam a CJI que, inclusive, independe de regramentos particulares²⁹⁷. A complexidade das relações plurilocalizadas impede que a doutrina e o legislador definam, de antemão e taxativamente, quais são as medidas cooperativas passíveis de recepção por nosso ordenamento jurídico. A atipicidade dos veículos de cooperação e a expansão quanto aos sujeitos desse relacionamento espelham a realidade e, por isso, inútil tentar combatê-las.

Assim, em ritmo acelerado, a CIJ horizontal avança com os magistrados envolvidos na causa transfronteiriça ocupando a posição de destaque no relacionamento entre tribunais doméstico e estrangeiro²⁹⁸⁻²⁹⁹. A comunicação via canais diplomáticos, Autoridade Central e o procedimento burocrático de revalidação das ordens estrangeiras pela Corte Superior cedem espaço para contatos diretos e simplificados – propiciados pelos meios tecnológicos – entre julgadores e entre estes e outros representantes estrangeiros³⁰⁰. A insolvência transnacional fornece bom exemplo³⁰¹, com o desenvolvimento de redes de juízes³⁰², de realização de atos judiciais conjuntos via videoconferência e protocolos de cooperação, conforme descritos abaixo.

²⁹⁶ Sobre estes instrumentos, consultar: ARAUJO, Nadia. A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do estado brasileiro no plano interno e internacional. In: Ministério da Justiça - Secretaria Nacional de Justiça, DRCI. (Org.). **Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos - matéria penal**. 4a ed., pp. 39-50, 2013.

²⁹⁷ “A premissa de necessidade de tratado específico para admitir se a cooperação, ou determinadas providências, é equivocada porque transforma um meio facilitador em condicionante. A questão deve ser vista não como de permissão, mas como de viabilidade. Por sua vez, o objetivo dos tratados de cooperação, específicos, deve ser visto não como condição para a existência da cooperação, mas sim como instrumental para torná-la mais simples e acessível.” (ALLE, Saulo Stefanone. *Cooperação jurídica internacional e dever geral de cooperar*, cit, p. 134).

²⁹⁸ Anne-Marie SLAUGHTER introduz o conceito de *judicial comity* para retratar a participação ativa dos magistrados enquanto uma das facetas da CJI. (SLAUGHTER, Anne-Marie. *Judicial Globalization*, **Virginia Journal of International Law**, vol. 40, pp. 1103- 1124, 2000, pp. 1113-1114).

²⁹⁹ Claire L'Heureux-Dube enfatiza: “Judges no longer simply receive the cases of other jurisdictions and then apply them or modify them for their own jurisdiction. Rather, cross-pollination and dialogue between jurisdictions is increasingly occurring” (L'HEUREUX-DUBE, Claire. *The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court*, **Tulsa Law Review**, vol. 34, Issue 1, pp. 15-26, 1998, p. 17).

³⁰⁰ Consultar: GOICOECHEA, Ignacio. *Nuevos desarrollos en la cooperación jurídica internacional en materia civil y comercial*, cit; RAMOS, André de Carvalho. *Direito Internacional Privado e seus Aspectos Processuais: A Cooperação Jurídica Internacional*. In: RAMOS, André de Carvalho; MENEZES, Wagner (coord). **Direito Internacional Privado e a Nova Cooperação Jurídica Internacional**. Belo Horizonte: Arraes, pp. 02-16, 2015.

³⁰¹ MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. Sentido de Teoria Geral do Direito, Globalização e Harmonização do Método Jurídico. In: CASELLA, Paulo Borba; VIEGAS LIQUIDATO, Vera Lúcia. (Org.). **Direito da Integração**. São Paulo: Quartier Latin, pp. 86-104, 2006.

³⁰² Vide nota 43.

O novo Código de Processo Civil é um marco importante para o fortalecimento da CIJ³⁰³. Agora, compete à doutrina reorientar a discussão de modo a sedimentar a necessidade da CIJ³⁰⁴ e voltar a atenção para a formação e a conscientização dos juízes³⁰⁵ e demais operadores quanto aos desafios impostos pela cooperação jurídica internacional e à tolerância com as particularidades de cada ordenamento³⁰⁶.

A valorização do paradigma cooperativo permitirá uma melhor compreensão sobre a finalidade do procedimento de homologação de decisões estrangeiras – e também dos demais instrumentos tradicionais –, admitindo hipóteses de não sujeição das decisões estrangeiras, para fins de recepção no ordenamento interno, e das razões práticas que justificam a ampliação do diálogo direto com tribunais estrangeiros, a exemplo dos protocolos de cooperação em matéria de insolvência. Temas que passamos a enfrentar.

5.2.1.1. Protocolos de cooperação em matéria de insolvência

A cooperação direta e próxima entre tribunais é essencial em um processo de insolvência transnacional, justamente porque alinha e pacifica as muitas diferenças no tocante

³⁰³ Apesar dos avanços, Nadia ARAUJO criticou a regra que dispõe que, na ausência de tratado, a CIJ poderá ser realizada na base da reciprocidade: “Porquanto a menção aos tratados internacionais como fonte primária da cooperação jurídica internacional seja positiva, a referência à reciprocidade não é boa. Isso porque o Brasil jamais fez essa exigência para cumprir pedidos de cooperação” (ARAUJO, Nadia. A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do estado brasileiro no plano interno e internacional, cit).

³⁰⁴ “As conclusões tradicionais sobre os princípios da cooperação jurídica internacional geralmente partem da análise dos instrumentos e meios de cooperação (rogatória, homologação, extradição, auxílio direto, autoridades centrais, atores, etc.) e não da necessidade cooperação. É como se essas soluções estudassem o remédio para descobrir a doença. E como os remédios (instrumentos de cooperação) existentes não foram criados para tratar os problemas de hoje, muitas necessidades ficam sem solução” (MADRUGA, Antenor. Como entender a cooperação jurídica internacional. **Conjur – Consultor Jurídico**, 24 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-ago-24/cooperacao-internacional-entender-cooperacao-juridica-internacional>. Acessado em 27 de julho de 2017).

³⁰⁵ “Mas não basta celebrar bons acordos e editar novas leis. É fundamental desenvolver entre nossos juízes e operadores do Direito uma cultura de cooperação internacional. Não podemos mais formar gerações de juristas ensimesmados no direito interno, desatentos aos aspectos internacionais da problemática jurídica.” (MADRUGA, Antenor. O Brasil e a jurisprudência do STF na Idade Média da Cooperação Jurídica Internacional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 54, pp. 291-311, maio/jun. 2005, p. 296).

³⁰⁶ “O problema central da cooperação jurídica internacional do século XXI, aliás, é o mesmo do Direito Internacional Privado: conciliar o indispensável uso do direito estrangeiro em face das inevitáveis diferenças de interpretação desses mesmos direitos, que podem redundar em alegações de respeito à ordem pública e normas imperativas do foro.” (RAMOS, André de Carvalho. O novo Direito Internacional Privado e o conflito de fontes na cooperação jurídica internacional. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 108, pp. 621-647, jan./dez. 2013, p. 622).

ao direito material e aos procedimentos judiciais de cada país³⁰⁷. Nesse contexto, os protocolos de cooperação surgiram no vácuo da lei³⁰⁸, definindo as diretrizes de comunicação e compartilhamento de informações entre os atores dos processos, acesso dos credores e dos representantes da insolvência aos tribunais estrangeiros e, inclusive, a depender da complexidade do caso, o tratamento de garantias e obrigações cruzadas das empresas em crise, bem como ações para liquidação ou reestruturação conjunta dos ativos de cada massa³⁰⁹. Esse instrumento fomenta uma ampla cooperação entre magistrados e demais operadores situados em jurisdições distintas, sem que o protocolo retire a autonomia decisória do julgador nem interfira com os direitos das pessoas envolvidas no procedimento. Os protocolos foram equiparados a uma lei confeccionada sob medida para solucionar as particularidades do caso concreto³¹⁰. Em razão da impossibilidade de harmonização procedimental e legislativa em âmbito supranacional, por meio dos protocolos busca-se a convergência de práticas no caso individual e a predefinição de regras de conflito, a fim de reduzir custo, maximizar os ativos e dar previsibilidade³¹¹.

Desse modo, os protocolos de cooperação, ao solucionar uma necessidade premente e da conjuntura do caso, podem suscitar a formação de costumes internacionais nessa área, conduzindo de forma gradual para aproximação das leis e dos métodos de enfrentamento das insolvências transnacionais³¹². O emblemático caso *Maxwell Communication Corporation (MCC³¹³)* comprova a concepção e utilização bem sucedida do protocolo de cooperação por

³⁰⁷ Defendemos em outro trabalho que a cooperação é a solução para as insolvências transnacionais mais complexas e também na ausência de legislação específica: 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**, vol. 16, pp. 143-176, 2016.

³⁰⁸ CLIFT, Jenny. *The UNCITRAL model law on cross-border insolvency - a legislative framework to facilitate coordination and cooperation in cross-border insolvency*, **Tulane Journal of International and Comparative Law**, vol.12, pp. 307-345, 2004.

³⁰⁹ Consultar: ZUMBRO, Paul H., *Cross-Border Insolvencies and International Protocols-An Imperfect but Effective Tool*, **Business Law International**, vol.11, N. 2, pp. 157-169, 2010.

³¹⁰ WESTBROOK, Jay Lawrence; BOOTH, Charles D.; PAULUS, Christoph G.; RAJAK, Harry. **A Global View of Business Insolvency Systems**, cit, p. 245.

³¹¹ Aduz Thomas GAA: “the necessity for cooperation in contemporary international insolvency and bankruptcy cases is so overwhelming that cooperation on a case by- case basis has emerged as the de facto norm”, “the ‘international common law of bankruptcy’ being generated on an ad hoc basis represents the most efficient means to satisfy the common concerns of all participants in any insolvency or bankruptcy matter: predictability in results, efficiency and equity in distribution of the estate's assets, and finality” (GAA, Thomas M., *Harmonization of International Bankruptcy Law and Practice: Is It Necessary? Is It Possible?* **The International Lawyer**, vol. 27, Issue 4, pp. 881-909, 1993, p. 899 e 909)

³¹² GAA, Thomas M., *Harmonization of International Bankruptcy Law and Practice: Is It Necessary? Is It Possible?* p. 903.

³¹³ Foram ajuizados dois procedimentos principais e paralelos de insolvência perante a justiça norte-americana e inglesa, afastando, por isso, a aplicação da *Section 304* da legislação falimentar dos Estados Unidos, cujo procedimento de cooperação dependia da existência de um processo principal e outro meramente auxiliar. Sobre o caso, consultar:

aqueles que estavam à frente dos processos de insolvência transnacional, ao perceberem a insuficiência da moldura legislativa da época³¹⁴. Constatada a carência normativa, o caso MCC deu ensejo a diversos instrumentos de *Soft Law* direcionados a promover a cooperação jurídica internacional³¹⁵.

A conclusão a que esse e outros precedentes nos conduzem é que a lacuna da lei não constitui impeditivo para tratar dos processos de insolvência transnacional de acordo com o modelo universalista, com respaldo nas medidas de cooperação jurídica internacional³¹⁶. Se do plano específico da lei falimentar a lacuna não é, *per se*, um obstáculo insuperável; forçoso averiguar se o juiz brasileiro encontra fundamento no aparato legal para dialogar e cooperar diretamente com uma autoridade estrangeira. Por tudo que já foi explanado, sobretudo em razão do assento constitucional dado ao princípio da cooperação, a resposta é um sonoro sim. Segundo Wagner MENEZES, a cooperação jurídica não se amolda a tipologias fechadas e deve ser apreendida como um movimento de fertilização do direito interno pelas práticas que se mostraram eficazes e funcionais na experiência estrangeira³¹⁷. Concluiu o doutrinador:

A cooperação jurídica tem reforçado o seu papel utilitarista, que não pode ser outro senão atender um ideal de materialização da justiça em seu estado mais puro, não permitindo adequações e exercícios de juízos de conveniência, ou o preconceito a elementos jurídicos externos, cuja ação depõe contra o sentido do agir coletivo para compreender o direito e seus procedimentos de uma só forma. É urgente a sistematização teórica da cooperação jurídica como ramo autônomo do direito (...). É quimera poética que mundo não pode ter fronteiras, mas sim horizontes, sendo que esse ideal permeia a essência da cooperação jurídica e, se a busca pelo horizonte nunca se exaure, existindo sempre novos aléns, a cooperação jurídica no cenário contemporâneo abre novas perspectivas normativas, possibilitando o estabelecimento de pontes para a busca do ideal de integração entre os povos unidos pelo determinismo da espécie sob o manto civilizacional do direito.³¹⁸

³¹⁴ Segundo John POTTOW: “rather than being a second-best outcome, the “ad hoc” of the *Maxwell* case was actually its greatest strength: a functionalist tour-de-force of institutions working across jurisdictional boundaries and traditional constraints to deal with a specific legal problem.” (POTTOW, John A. E., *The Maxwell Case*. In: RASMUSEN, Robert (ed). **Bankruptcy Law Stories**, pp. 222-237, 2007; U of Michigan Public Law Working Paper No. 89. Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=1000448>>, p. 235).

³¹⁵ A exemplo dos Princípios da Concordat da IBA, a Lei Modelo da UNCITRAL, ALI Principles.

³¹⁶ “A falta (ou mesmo a existência) de normas específicas não tem sido obstáculo para os processos de insolvência, que parecem convergir para o universalismo em um movimento trópico. Esses esforços conjuntos têm sido valiosos na construção de um Direito transnacional das insolvências internacionais baseado na autonomia da vontade e que é mais engenhoso e personalizável do que um sistema guiado por normas vinculativas poderia jamais sonhar – e, portanto, mais adequado a enfrentar os desafios impostos pela quebra de empresas dispersas por um mundo imprevisível, multifacetado e globalizado.” (SATIRO, Francisco; CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. *A Insolvência Transnacional: para além da regulação estatal e na direção dos acordos de cooperação*. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco (coord.). **Direito das Empresas em Crise: problemas e soluções**. São Paulo: Quartier Latin, pp. 119-140, 2012, p. 139).

³¹⁷ MENEZES, Wagner. *Cooperação Jurídica Internacional e seus Paradoxos*. In: RAMOS, André de Carvalho; MENEZES, Wagner (coord). **Direito Internacional Privado e a Nova Cooperação Jurídica Internacional**. Belo Horizonte: Arraes, pp. 17-52, 2015.

³¹⁸ MENEZES, Wagner. *Cooperação Jurídica Internacional e seus Paradoxos*, cit, p. 47.

O magistrado brasileiro não está autorizado a simplesmente declinar um pedido de cooperação apresentado por tribunal estrangeiro, sob pena de violar o dever geral imposto ao nosso Estado e que tempera, a partir da Constituição, toda normativa infraconstitucional. Diante dessa assertiva, os protocolos de cooperação são instrumentos de grande valia para orientar a condução de processos de insolvência transnacional iniciados no Brasil ou por solicitação de uma autoridade estrangeira. Essa engenhosa ferramenta, até hoje não incorporada pela jurisprudência em razão das características dos casos demandados até o momento, não merece ser desacreditada ou ignorada apenas em razão de sua atipicidade já que, como assentado, encontra respaldo na visão mais ampla da CJI. Não há como supor que os processos transfronteiriços iniciados aqui serão sempre limitados a empresas estrangeiras não operacionais.

As causas das crises econômicas no mundo globalizado podem ser conhecidas, mas suas consequências e alcance são governados pelo acaso. Nesse ambiente errático, o protocolo de cooperação tem o potencial de oxigenar o sistema falimentar frente às novas e sempre inovadoras situações impostas pela prática comercial.

5.2.1.2. A inadequação do procedimento de homologação de sentença estrangeira para os processos de insolvência transnacional

A recepção de decisão estrangeira – e o simples ato de cogitar que decisão estrangeira *lato sensu* possa produzir efeitos no Brasil – provoca uma reação quase imediata de sujeição daquela aos procedimentos de homologação ou concessão de *exequatur* à carta rogatória. Inclusive no âmbito falimentar já se afirmou que “a aplicação da teoria universalista não significa a dispensa do processo de homologação da sentença estrangeira de falência para que essa possa produzir efeitos extraterritoriais”³¹⁹. A conclusão é apressada e equivocada.

Nos idos de 1978, Vicente GRECO FILHO já havia feito a distinção entre a prova da existência de uma sentença estrangeira (hoje, adaptada a qualquer decisão definitiva), independentemente de juízo de validação pelos tribunais brasileiros, e a atribuição de efeito

³¹⁹ TIBURCIO, Carmen. Efeitos Extraterritoriais da Falência. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, vol. 62, 2013, p. 202.

executivo após a deliberação³²⁰. A doutrina diverge se uma sentença estrangeira, antes da homologação, possui efeitos próprios de sentença e autoridade de coisa julgada³²¹, mas ninguém nega a qualidade da decisão como documento ou fato e sua eficácia enquanto tal³²².

Ademais, parcela dos doutrinadores sustenta, pelo menos desde a Emenda Constitucional nº 45/2004³²³, que a competência definida na Constituição Federal no tocante ao processo de homologação e concessão de *exequatur* (art. 105, I, i), bem como da competência da justiça federal para executar tais ordens (art. 109, X), não equivale a submeter toda e qualquer decisão estrangeira ao juízo de deliberação³²⁴⁻³²⁵. À luz do Código de Processo Civil de 1973, defendeu Marcela Harumi Takahashi PEREIRA:

³²⁰ “A existência, por conseguinte, da sentença estrangeira como tal, não depende de providência constitutiva jurisdicional brasileira, porque decorre do reconhecimento de outra soberania, feito, previamente, no plano político e que se traduz, no plano jurídico processual, na autodelimitação da competência internacional. A eficácia do conteúdo declarativo de certeza jurídica existe, independentemente da homologação, e poderá ser reconhecida, a qualquer tempo, em qualquer grau de jurisdição, inclusive através de cognição incidental. (...) Ao processo de homologação, (...), compete a constituição da eficácia executiva para a ordem jurídica brasileira” (GRECO FILHO, Vicente. **Homologação de sentença estrangeira**. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 101-102).

³²¹ Para GRECO FILHO “a sentença estrangeira antes de homologada é verdadeira sentença, não dependendo de ação, no Brasil, para o reconhecimento de sua existência e de sua eficácia (...). O efeito da coisa julgada, em si mesmo, não depende de homologação” (GRECO FILHO, Vicente. **Homologação de sentença estrangeira**, cit, p. 106). Em sentido oposto, Maristela BASSO: “O reconhecimento seria tão somente atribuir-lhe o efeito de declaração de coisa julgada; e a execução seria considerá-la como título executivo judicial, dar-lhe executividade (...). Antes da conclusão do procedimento de homologação, uma sentença estrangeira não possui força de sentença.” (BASSO, Maristela. Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeiras no Brasil – Estudo a partir dos ensinamentos do mestre Jacob Dolinger. In: TIBURCIO, Carmem; MENEZES, Wagner; VASCONCELOS, Raphael (coord). **Panorama do direito internacional privado atual e outros temas contemporâneos**. Belo Horizonte: Arraes, pp. 181-194, 2015, p.197 e 201).

³²² Marcela Harumi Takahashi PEREIRA distingue entre efeitos típicos próximos, a exigir na atual sistemática brasileira a homologação da decisão ou concessão de exequatur, e efeitos atípicos e típicos remotos que independem de procedimento específico para serem sentidos, ainda que sujeitos ao controle pela ordem pública. Consultar: PEREIRA, Marcela Harumi Takahashi. **Dos casos em que é desnecessário homologar uma sentença estrangeira**. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) –Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Rio de Janeiro, 2009, p. 67 e 96.

³²³ “[A] EC n. 45/2004 trouxe outra mudança significativa, ao menos potencial. É que a Constituição voltou a utilizar a expressão ‘homologação de sentenças estrangeiras, como faziam as Constituições de 1934 e 1937, e não ‘homologação das sentenças estrangeiras’, como faziam as de 1946, 1967 e 1988, até esta emenda (...). o texto constitucional, para além de permitir, nos termos da lei, a ausência de deliberação para execução de algumas sentenças estrangeiras ou para a produção de alguns de seus efeitos – relatividade da deliberação –, permite também que haja mecanismos de cooperação jurídica internacional não sujeitos a juízo de deliberação. É constitucional, portanto, a adoção por nosso ordenamento de mecanismos outros de cooperação, diversos da carta rogatória e da homologação de sentença estrangeira.” (SOARES, Boni de Moraes. Um Réquiem ao Velho Juízo de Deliberação: Homenagem Póstuma à Tradicional Cognição no Direito Processual Internacional Brasileiro, cit, p. 71-72).

³²⁴ “Também não merece prosperar a afirmação de que a Constituição Federal obriga a homologação de todas as sentenças e para todos os efeitos. (...) a norma constitucional é de atribuição de competência originária, cabendo à lei dizer quais as sentenças estrangeiras a serem homologadas.” (GRECO FILHO, Vicente. **Homologação de sentença estrangeira**, cit, p. 105). De modo similar, consultar: MADRUGA, Antenor. Pelo fim da homologação prévia de sentença estrangeira. **Consultor Jurídico -Conjur**, 16 de novembro de 2011.

³²⁵ De modo similar, Ricardo Perlingeiro Mendes da SILVA: “Uma leitura desatenta poderia levar à conclusão de que existem, na ordem jurídica brasileira, somente esses três procedimentos de cooperação passiva (extradição, homologação de sentença estrangeira e carta rogatória), não cabendo ao legislador

Como está redigido, o artigo (art. 483) parece condicionar todo e qualquer valor da sentença estrangeira à homologação, como se, sem ela, não tivesse relevo jurídico algum, senão o de servir de título para a própria homologação. Mas o dispositivo não pode ser interpretado literalmente por vários motivos (...) a norma quer significar que a sentença estrangeira, somente com a homologação, produzirá sua eficácia típica diretamente no Brasil, ou seja, será reconhecida – *em regra*. Sim, apenas em regra; se se quisesse vetar, a priori, a possibilidade de leis e tratados consagrarem o reconhecimento automático, o veto teria de ser constitucional (...) a norma pode ser excepcionada por outras leis e tratados posteriores, ou mesmo anteriores, desde que especiais.³²⁶

O novo Código de Processo Civil corrigiu algumas ambiguidades do diploma anterior. Primeiro, ao consagrar a cooperação jurídica internacional em capítulo próprio, inclusive com referência à transmissão espontânea de informações a autoridades estrangeiras (art. 26, V) e um rol meramente exemplificativo acerca do objeto da CIJ (art. 27, VI). Segundo, incorporou a prática jurisprudencial³²⁷ e reconhecida em tratados³²⁸ que tanto o procedimento de homologação, quanto o da concessão de *exequatur* à carta rogatória, podem envolver atos decisórios (inclusive, sentenças) (art. 40 c/c art. 960³²⁹), enfraquecendo a distinção entre eles³³⁰. Por sua vez, definiu o auxílio direto por exclusão, como o mecanismo que não

infraconstitucional inovar. Entretanto, a norma constitucional em questão não tem em foco procedimentos de cooperação, mas sim a competência originária e privativa de órgãos judiciais superiores, e neste ponto, apenas neste ponto, deve ser interpretada restritivamente.”, contudo, defende o referido autor que “a Constituição Federal deseja que toda cooperação jurisdicional seja da competência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça”. (SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Cooperação jurídica internacional e auxílio direto*. In: TIBURCIO, Carmem; BARROSO, Luís Roberto (coord). **O Direito Internacional Contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger**. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 797-807, 2006, p. 804). Esta última conclusão não nos soa acertada, vez que nada impede que a legislação infraconstitucional preveja meios de cooperação jurisdicional não sujeitos aos procedimentos tradicionais e que escapariam, portanto, à competência dos tribunais superiores.

³²⁶ PEREIRA, Marcela Harumi Takahashi. **Dos casos em que é desnecessário homologar uma sentença estrangeira**, p. 105-106.

³²⁷ Sobre a evolução da jurisprudência, consultar: ARAUJO, Nádia de, coord. **Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça: Comentários à Resolução n.º 9/2005**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

³²⁸ O exemplo mais referido é o Protocolo de Las Leñas que prevê a homologação e execução de sentença estrangeira oriunda do Mercosul através do procedimento de carta rogatória, como medida para acelerar a tramitação.

³²⁹ A terminologia do atual CPC é bastante abrangente ao empregar o tempo verbal “poderá” e conjunção alternativa ao tratar da matéria, além de admitir exceções ao juízo de deliberação a serem definidas em lei ordinária.

“Art. 40. A cooperação jurídica internacional para execução de decisão estrangeira dar-se-á **por meio de carta rogatória ou de ação de homologação de sentença estrangeira**, de acordo com o art. 960.”

“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.” (destaques nossos).

³³⁰ Pontua Marcela Melo PEREZ: “com a admissibilidade de execução de decisões interlocutórias estrangeiras, por meio de ‘cartas rogatórias executórias’, nas quais seria exercido um juízo de deliberação similar a aqueles exercido na ação de homologação de sentença estrangeira, o procedimento das cartas rogatórias adquiriu traços muito semelhantes ao da ação de homologação. Apesar da similitude de procedimento, o que vem

depende de juízo de delibação (art. 28). O auxílio direto se distancia da carta rogatória não pelo objeto, portanto, mas pelo rito a ser seguido³³¹. Terceiro, supera as divergências sobre a possibilidade de lei ordinária – incluindo tratados – dispensar o procedimento de homologação e *exequatur* para que a decisão estrangeira tenha eficácia no Brasil (arts. 961 e 962, §4º³³²)³³³.

Há um ponto negativo. Infelizmente, no tocante aos instrumentos de CJI, na esfera cível, o regramento de 2015 aparenta circunscrever aqueles aos mecanismos tradicionais³³⁴, quando a doutrina especializada enfatiza que não há lista taxativa “já que os pedidos de cooperação jurídica internacional podem ser veiculados até mesmo por simples petição – como usualmente ocorre nos casos em que a via escolhida é o contato direto.”³³⁵. Melhor seria

reforçado pelo art. 963 deste CPC/2015, o legislador manteve a distinção entre a ação de homologação de decisão estrangeira e o procedimento de carta rogatória. A ação de homologação foi reservada para as decisões judiciais definitivas, bem como para as não judiciais que tiverem natureza jurisdicional (art. 961, §1º), e, por sua vez, o procedimento da carta rogatória foi destinado à execução de decisão interlocutória de autoridade jurisdicional estrangeira que exija juízo de delibação. Ressalve-se, porém, que os pontos de contato entre a ação de homologação e a carta rogatória têm levado autores a questionar sobre a utilidade da existência de duas modalidades distintas de cooperação internacional para o cumprimento de decisões jurisdicionais estrangeiras.” (PEREZ, Marcela Melo. Comentários ao art. 960. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, e-book, p. 1407).

³³¹ A carta precatória visa cumprir ordem estrangeira e, por isso, submetida ao juízo de delibação de competência do STJ – cognição restrita a critérios formais e não desrespeito à ordem pública. Já o auxílio direto “é um procedimento nacional, que é iniciado por solicitação do Estado estrangeiro para que, caso seja necessária um ordem judicial, um juiz nacional conheça de seu pedido e seja iniciada uma demanda interna” a cargo da Autoridade Central e com possibilidade de ampla revisão do mérito da decisão por um juiz federal (ABADE, Denise Neves. Carta Rogatória e o Auxílio Direto na Cooperação Jurídica Internacional. In: RAMOS, André de Carvalho; MENEZES, Wagner (coord). **Direito Internacional Privado e a Nova Cooperação Jurídica Internacional**. Belo Horizonte: Arraes, pp. 79-96, 2015, p. 87).

³³² A redação atual traz inequívoca autorização para que uma lei especial ou tratado afasta o juízo de delibação e, ainda, a competência privativa da justiça federal para execução das decisões estrangeiras. Vejamos: “Art. 961. A decisão estrangeira somente terá eficácia no Brasil após a homologação de sentença estrangeira ou a concessão do exequatur às cartas rogatórias, **salvo disposição em sentido contrário de lei ou tratado.** (...)”

§ 5º A sentença estrangeira de divórcio consensual produz efeitos no Brasil, independentemente de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça.

§ 6º Na hipótese do § 5º, **competirá a qualquer juiz examinar a validade da decisão**, em caráter principal ou incidental, quando essa questão for suscitada em processo de sua competência.”

“Art. 962. É passível de execução a decisão estrangeira concessiva de medida de urgência. (...)”

§ 4º Quando dispensada a homologação para que a sentença estrangeira produza efeitos no Brasil, a decisão concessiva de medida de urgência dependerá, para produzir efeitos, de ter sua validade expressamente reconhecida pelo juiz competente para dar-lhe cumprimento, dispensada a homologação pelo Superior Tribunal de Justiça.” (destaques nossos).

³³³ Carlos Alberto CARMONA advogada que o CPC/2015 andou bem ao incorporar a brecha trazida pela EC 45, permitindo expressamente a dispensa do procedimento de homologação, através de tratado ou lei ordinária, para que as decisões produzam efeito no Brasil (CARMONA, Carlo Alberto. Comentário ao art. 960. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvin et. al. (coords). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 2374).

³³⁴ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. Comentário ao art. 26. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério et.al. **Código de processo civil anotado**. Rio de Janeiro: LML Mundo Jurídico, 2016, p.37.

³³⁵ RAMOS, André de Carvalho. **Direito Internacional Privado e seus Aspectos Processuais: A Cooperação Jurídica Internacional**, cit, p. 13.

que o nosso legislador tivesse, de forma análoga ao novo Código Civil e Comercial Argentino, também aprovado em 2015, fomentado a comunicação direta entre magistrado brasileiro e estrangeiro³³⁶.

Apesar dos avanços proporcionados pelo CPC/2015, sua regência é insuficiente e inadequada para as insolvências transnacionais. Inclusive o mecanismo do auxílio direto, que teria condão de ampliar o conteúdo da cooperação, uma vez que instaura um procedimento nacional com revisão alargada do mérito do ato estrangeiro e a pedido de uma autoridade central brasileira, sofre com o inconveniente de ser processado na justiça federal e com a resistência dos tribunais quanto a sua extensão³³⁷. Os procedimentos falimentares tramitam tradicionalmente na justiça estadual e, por essa razão, conduzem à especialização progressiva das instâncias julgadoras; algo que se perderia com a transferência de pedidos de cooperação, nessa matéria, para justiça federal.

Por fim, destacamos que a cooperação almejada pela Lei Modelo da UNCITRAL não se restringe ao cumprimento de atos judiciais isolados – decisão judicial definitiva, por meio da homologação, e decisão interlocutória, através das cartas rogatórias –, para os quais foram desenhados os mecanismos tradicionais de CJI. A complexidade das insolvências transnacionais requer o agir colaborativo e a comunicação direta entre os julgadores ao longo de todo o procedimento de liquidação de bens ou tentativas de salvaguarda da empresa e/ou grupo de empresas, ponto que retomaremos adiante. Em suma, o rito da homologação de sentença estrangeira, assim com os outros dois instrumentos aludidos, é inconciliável com os propósitos da Lei Modelo.

³³⁶ “Art. 2612: [Asistencia procesal internacional]: Asistencia procesal internacional. Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, las comunicaciones dirigidas a autoridades extranjeras deben hacerse mediante exhorto. Cuando la situación lo requiera, los jueces argentinos están facultados para establecer comunicaciones directas con jueces extranjeros que acepten la práctica, en tanto se respeten las garantías del debido proceso. Se debe dar cumplimiento a las medidas de mero trámite y probatorias solicitadas por autoridades jurisdiccionales extranjeras siempre que la resolución que las ordena no afecte principios de orden público del derecho argentino. Los exhortos deben tramitarse de oficio y sin demora, de acuerdo a las leyes argentinas, sin perjuicio de disponer lo pertinente con relación a los gastos que demande la asistencia requerida.” Sobre o tema, consultar: SCOTTI, Luciana Beatriz. Diálogo de fuentes: las normas regionales del MERCOSUR y las nuevas disposiciones del derecho internacional privado argentino. **Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión**, [S.l.], pp. 152-184, abr. 2016.

³³⁷ Duas decisões do STJ sumarizam a incompreensão da jurisprudência acerca do que a doutrina defende como “diluição do vínculo entre determinados veículos e conteúdos” (p. 13). Em precedente de 2009, a Corte Superior avançou a admitir que não possui monopólio sobre os meios de CJI, contudo afirma que no que diz respeito ao relacionamento entre Poderes Judiciários, a ordem estrangeira depende do juízo de delibação (STJ- Rcl 2.645/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 18/11/2009, DJe 16/12/2009). Esta decisão serviu de fundamento para que, em 2016, o STJ concluisse que o auxílio direto não poderia envolver ato judicial de sequestro de bens, sob pena de usurpar competência daquele tribunal (STJ- Rcl 3.364/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Corte Especial, julgado em 05/10/2016, DJe 26/10/2016).

5.3. Tendência internacional: propositura de um sistema de insolvência calcado no universalismo modificado

Em capítulo anterior, esta tese denunciou os limites da Lei Modelo da UNCITRAL, assim qualificados porque expõem a insuficiência desse instrumento para solucionar toda a complexidade de um procedimento transfronteiriço. As restrições podem ser agrupadas e classificadas em três ordens distintas: a primeira decorre do escopo reservado da Lei Modelo e, assim, sua omissão quanto ao direito material aplicável (ou mesmo a uma regra conflitual clara) e a construção de procedimento centrado da sociedade multinacional, mas que ignora a prevalência de grupos empresariais; a segunda, refere-se à mitigação do universalismo, através da proteção dos interesses locais; e, por fim, a fratura entre lei formal e sua aplicação, como efeito do transplante de uma legislação moldada por organizações internacionais.

É fato, portanto, que o esqueleto da lei e a literalidade de suas disposições não têm aptidão para, sozinhos, dar conta do elemento de estraneidade que envolve a crise das empresas nos dias atuais. Ademais, é necessário assumir o modelo universalista como ponto de partida das regulamentações, uma vez que sua antítese – territorialismo – é, na essência, uma negativa do caráter transnacional³³⁸.

Ocorre que em vez de debater acerca da distância que os ordenamentos jurídicos estão do modelo universalista puro, é mais salutar interpretar a Lei Modelo como um dos elementos do sistema de insolvência transnacional, fixando seus princípios basilares e objetivos. A doutrina especializada caminha por essa estrada.

Jay WESTBROOK³³⁹ advoga que a Lei Modelo não deve ser qualificada como um mero mecanismo de harmonização/uniformização de leis nacionais, mas, alinhado com seu conteúdo internacional, promove os propósitos de um sistema transnacional de insolvência (cooperação célere e eficaz entre diferentes jurisdições). O autor distingue entre instrumentos internacionais que representam textos padrões, cujo objetivo principal é a uniformização; e instrumentos que visam, em primeiro lugar, ao coerente funcionamento do sistema e, de

³³⁸ Para os defensores do territorialismo cooperativo, o caráter transnacional dos procedimentos de insolvência é reconhecido, porém a cooperação entre tribunais não é um regra clara e passível de execução automática, dependerá da vontade dos tribunais de cooperar entre si *ex post*. (DAWSON, Andrew B., *The Problem of Local Methods in Cross-Border Insolvencies*, **Berkeley Business Law Journal**, vol. 12, Issue 1, pp. 45-80, 2015, p. 52).

³³⁹ WESTBROOK, Jay Lawrence. *Interpretation Internationale*, **Temple Law Review**, vol. 87, no. 4, pp. 739-758, 2015.

forma secundária, à uniformização³⁴⁰. A Lei Modelo ocupa, diz ele, a segunda categoria³⁴¹ e a regra de interpretação de acordo com sua natureza internacionalista impõe um ônus aos tribunais: na aplicação da lei modelo, o julgador deve ponderar se dada solução contribui para o funcionamento do sistema internacional de insolvência, afastando-se da simples subsunção da solução ventilada aos olhos de uma interpretação doméstica³⁴². Conclui WESTBROOK que o erro da Suprema Corte inglesa foi justamente analisar o caso *Rubin* a partir da legislação interna, desconsiderando os objetivos de um sistema de insolvência no qual a Inglaterra está inserida após a adoção da Lei Modelo³⁴³.

A teoria de WESTBROOK³⁴⁴ inspira-se no princípio internacionalista proposto por Ian FLETCHER³⁴⁵. Esse princípio parte da constatação óbvia de que os países precisam agir de forma colaborativa, uma vez que, ao admitirem que seus cidadãos se movam e realizem

³⁴⁰ “It seems plausible to divide international instruments into two broad categories: those that seek to establish international (or universal) standards and those that seek to establish an international system. To pick examples far from my own expertise, I would think that the Universal Declaration of Human Rights would be a standards text, while the Rome Statute of the International Criminal Court, establishing the International Criminal Court (ICC), would be a system text. (...) As a general proposition, it would seem that the international rule for the standards texts would usually be focused almost entirely on uniformity, so that states and individual actors could conform their conduct, especially their cross-border conduct, to those international norms, and nations could be consistent in applying those norms. By contrast, uniformity would be an important but subsidiary goal for a system text. There the overriding need is for decisions that enable the international system to function as designed. Uniformity would certainly contribute to that goal, but would hardly be enough by itself.” (WESTBROOK, Jay Lawrence. *Interpretation Internationale*, cit, p. 753).

³⁴¹ “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.” (WESTBROOK, Jay Lawrence. *Interpretation Internationale*, cit, p. 754).

³⁴² A tarefa não é de toda nova e já foi encabeçada pelos tribunais brasileiros em relação à CISG: TJRS – AC n.º 70072090608, Relator Des. UMBERTO GUASPARI SUDBRACK, Julgamento em 30/03/2017 (“Ressalvo, todavia, que a tese defensiva atinente à nulidade do contrato não se submete à Convenção de Viena de 1980, já que essa estipula expressamente não disciplinar a ‘validade do contrato ou de suas cláusulas, bem como a validade dos usos e os efeitos que o contrato pode ter sobre a propriedade das mercadorias vendidas’, na alínea ‘a’ do seu art. 4º. **Esse aspecto do mérito será analisado com base tão somente no marco do Capítulo III dos Princípios Unidroit, porque considero que, a fim de suprir as lacunas existentes no regramento da Convenção de Viena de 1980, o Juiz que a aplica deve reportar-se, primordial e preferencialmente, não ao Direito interno, mas sim às demais normas da ‘nova lex mercatoria’ e de direito uniforme pertinentes aos litígios emergentes do comércio internacional. Afinal de contas, do caráter internacional da Convenção, consagrado no seu art. 7(1), decorre que as soluções jurídicas construídas a partir da Convenção ‘devem ser aceitáveis em sistemas jurídicos diferentes e com diferentes tradições jurídicas e culturas, os quais podem interpretar matérias na área da compra e venda diferentemente e tratá-las diferentemente’, do que extraio a maior aptidão do Direito uniforme, que tem precedência sobre o Direito interno, para suprir as lacunas externas da Convenção**”. Destaques nossos).

³⁴³ “[Th]e complete failure of the Supreme Court of the United Kingdom in *Rubin* to give any attention to the effect of its ruling on the international system that the Model Law sought to create, a goal necessarily adopted by the British Parliament in enacting the Model Law. That court is obviously far more qualified than I am to understand and apply British law, but when that law is part of an international system the other members of that system (those who have adopted the same Model Law) are entitled to discuss its effect on the common goal. The effect of *Rubin* is to call into question the functioning of the entire Model Law system”. (WESTBROOK, Jay Lawrence. *Interpretation Internationale*, cit, p. 755).

³⁴⁴ WESTBROOK, Jay Lawrence, *Ian Fletcher and the Internationalist Principle*. **Nottingham Insolvency and Business Law e-Journal**, vol. 3, pp. 565-572, 2015.

³⁴⁵ FLETCHER, Ian F. **Insolvency in Private International Law**, cit, p. 15-17.

transações comerciais ao redor do mundo, os ordenamentos nacionais não podem mais permanecer insulados das consequências transnacionais. Também reconhece que o modelo universalista requer ajustamentos para, a depender das circunstâncias do caso concreto, ponderar entre um procedimento unitário ou a pluralidade de processos, com respeito aos interesses locais segundo as legítimas expectativas dos envolvidos. No entanto, essa contemporização não é uma deferência ao pragmatismo; ao contrário, defende FLETCHER que o princípio internacionalista é guiado pelos valores que norteiam todos os sistemas falimentares, a saber, da coletividade, do tratamento igualitário dos credores e do respeito aos direitos adquiridos, de modo a espelhar esses princípios e combater decisões meramente casuísticas. Aos juízes compete decidir as causas a partir dos ideais internacionalistas.

Por sua vez, Andrew B. DAWSON defende que a linguagem e a estrutura da Lei Modelo reivindicam um método de interpretação teleológico³⁴⁶, guiada pelos desígnios explicitados em seu preâmbulo³⁴⁷⁻³⁴⁸ e em vista da jurisprudência de tribunais estrangeiros, bem como pelo contínuo trabalho do Grupo V da UNCITRAL (em especial, com respaldo no Guia de Implementação e Interpretação³⁴⁹). Aduz, ainda, que os principais problemas na

³⁴⁶ Reinhard BORK propõe uma interpretação orientada pela ponderação de princípios que o autor entende serem comuns às diversas legislações falimentares e que, segundo ele, gozariam de força sistematizadora. De acordo com a tese deste autor, os princípios são classificados em princípios jurisdicionais – voltados a disciplinar o relacionamento entre Estados soberanos, tais como a ideia de unidade e universalidade de procedimento, equidade, confiança mútua, cooperação, subsidiariedade e proporcionalidade-; princípios procedimentais (eficiência, transparência, previsibilidade, justiça procedimental, litispêndência) e princípios substanciais (tratamento igualitário entre credores de uma mesma classe; ótima distribuição dos ativos; proteção dos interesses do devedor, proteção da confiança e proteção de interesses sociais). Conclui o autor que apesar de organizações internacionais através de instrumentos de *Soft Law*, tribunais e a adoção da Lei Modelo pela legislatura nacional serem importantes para harmonização das regras de insolvência transnacional, apenas a identificação dos princípios/standards comuns e a ponderação entre eles fornece suficiente segurança na moldagem e aplicação uniforme de regras transnacionais nesta seara (BORK, Reinhard. **Principles of Cross-Border Insolvency Law**. Cambridge: Intersentia, 2017). Divergimos das conclusões apresentadas por Bork porque, primeiro, sua tese é respaldada na estrutura do Regulamento Europeu (a exemplo da exposição sobre os princípios classificados como jurisdicionais) e, assim, não pode ser replicada de forma automática; segundo, os princípios ditos procedimentais não decorrem da legislação falimentar e sim da estrutura processual de todo Estado de Direito, oferecendo pouca ajuda na solução de conflitos transnacionais.

³⁴⁷ “The Model Law’s purposive nature is articulated in its preamble (...). The Model Law’s rule of interpretation further supports this purposive nature by mandating that courts consider the law’s ‘international origin’ and ‘the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith’” (DAWSON, Andrew B., *The Problem of Local Methods in Cross-Border Insolvencies*, cit. p. 61).

³⁴⁸ O preâmbulo da Lei Modelo assim dispõe: “The purpose of this Law is to provide effective mechanisms for dealing with cases of cross-border insolvency so as to promote the objectives of: (a) Cooperation between the courts and other competent authorities of this State and foreign States involved in cases of cross-border insolvency; (b) Greater legal certainty for trade and investment; (c) Fair and efficient administration of cross-border insolvencies that protects the interests of all creditors and other interested persons, including the debtor; (d) Protection and maximization of the value of the debtor’s assets; and (e) Facilitation of the rescue of financially troubled businesses, thereby protecting investment and preserving employment.”

³⁴⁹ “[T]he Guide is not a legislative history. It does not serve to support a supposedly elusive concept of ‘legislative intent.’ Instead, it reflects the actual intent of the UNCITRAL Working Group. The Guide does not threaten to usurp the role of courts; rather, it exists to provide background materials to inform courts’ efforts to

aplicação da lei não emanam da proteção de interesses locais – regra que consagra uma exceção à pretensão universalista pura –, mas da análise de suas disposições a partir e segundo a legislação nacional.

Não podemos deixar de citar a proposta de Irit MEVORACH³⁵⁰ para quem o universalismo modificado deve ser encarado como padrão normativo adequado e eficaz para a condução dos procedimentos de insolvência, bem como deve ser alçado ao status de costume internacional. Desse modo, a insegurança e a discrepância jurisprudencial na solução dos casos a partir da Lei Modelo da UNCITRAL – a exemplo do caso Rubin – são reflexos da pressuposição do universalismo modificado como solução intermediária, até que seja possível reunir todo procedimento sob o manto de uma única lei e única jurisdição³⁵¹, e sujeito a ideais territorialistas. Na visão da autora, os desvios ao padrão da UNCITRAL podem ser explicados pela teoria comportamental³⁵², sem caracterizar necessariamente uma preferência pelo territorialismo. Em relação ao fortalecimento do universalismo modificado como regra costumeira, Irit Mevorach reconhece que, hoje, ainda não se atingiu suficiente consenso para tanto, porém teria a vantagem de vincular todos os países, independentemente da promulgação de leis locais, e, em especial, atuar no preenchimento de lacunas, e para evitar aplicações desviadas dos conceitos intentados por um regime internacional de insolvência transnacional³⁵³. Em suma, “*a bright future of cross-border insolvency is on the horizon. A*

comply with the Model Law’s requirement that courts interpret its language ‘with regard to its international origin and to the need to promote uniformity in application and the observance of good faith.’” (DAWSON, Andrew B., *The Problem of Local Methods in Cross-Border Insolvencies*, cit, p. 63).

³⁵⁰ MEVORACH, Irit. **The future of Cross-border Insolvency: overcoming biases and Closing Gaps**. Oxford: Oxford University Press, 2018, e-book.

³⁵¹ A condução de um único processo com efeitos globais demandaria a criação de uma entidade supranacional para solução dos casos, proposta irreal e impraticável, segundo a autora, em razão da pluralidade e diferentes características de cada processo, tanto em relação ao porte, como pelos objetivos, desaconselhando a reunião sob a direção de uma única entidade (MEVORACH, Irit. **The future of Cross-border Insolvency: overcoming biases and Closing Gaps**, cit, p. 15).

³⁵² A teoria comportamental (economia comportamental) demonstra que a resistência a mudança pode derivar do apego ao *status quo*, maior aversão ao risco de perder algo no processo em comparação com a propensão de avaliar os ganhos, e pensamento guiado pelos benefícios imediatos em detrimento dos possíveis ganhos a longo prazo. Assim, os países estariam resistentes a se comprometer com o universalismo modificado por medo de abrir mão de parte de sua soberania para obter vantagens que podem não ser imediatamente perceptíveis.

³⁵³ Aqui, a autora menciona a dificuldade de se desvincular as normas de insolvências das legislações nacionais ou mesmo das regras locais de DIPr (regras conflituais), a fim de criar um regime/sistema baseado no caráter internacional das crises das empresas e, igualmente, das possíveis soluções. Conclui da seguinte forma: “Especially where provisions in instruments are insufficient to address all aspects of a given issue or where the country is not a party to na international framework, modified universalism norms become most relevant. In such cases, instead of, for example, solely relying on inherent discretionary powers in the legal system to assist foreign courts, or grounding decisions on notions such as comity that are often vague and confined to specific countries, courts could explicitly refer to modified universalism as the guiding international law and, in the process, establish the acceptance of modified universalism as CIL (customary international law)”

*regime that fits current market conditions and increases global and local welfare is within reach. It is founded on the emerging norms of modified universalism*³⁵⁴.

As correntes aludidas neste tópico não são absolutamente convergentes³⁵⁵, contudo seguem uma mesma linha mestra: guiar a hermenêutica e a aplicação da Lei Modelo da UNCITRAL a partir de conceitos genuinamente internacionais e desvinculados de normas de DIPr locais, assim como propõe a concepção da Lei Modelo como parte de algo maior e baseada no universalismo modificado. Em outras palavras, os limites desse instrumento derivam da sua literalidade, mas não podem ser atribuídos ao universalismo modificado enquanto sistema internacional de insolvência transfronteiriça. Por fim, a clivagem entre o escopo da Lei Modelo e o sentido dado pelos tribunais é própria do processo recursivo, que, no entanto, pode ser mitigada pela reorientação do universalismo modificado como norma autônoma.

5.4. Contribuições efetivas da Lei Modelo da UNCITRAL para o cenário brasileiro atual

Tomando como premissa que o Brasil reconhece um dever de cooperar com outros Estados a partir da Constituição e de obrigações assumidas internacionalmente, além da disciplina normativa inaugurada pelo novo Código de Processo Civil, que favorece a comunicação entre tribunais, a propositura de regras específicas, calcadas na Lei Modelo da UNCITRAL, soa contraditória. Adiciona-se a esse cenário a constatação do objeto restrito da lei-quadro e a defesa do universalismo modificado como princípio que engloba e, assim, sobrepuja a ferramenta de *Soft Law*.

A despeito de tudo que foi explanado e que conduziria à desnecessidade de o legislador infraconstitucional incorporar a Lei Modelo, entende-se benéfica sua adoção

(MEVORACH, Irit. **The future of Cross-border Insolvency: overcoming biases and Closing Gaps**, cit, p. 113)

³⁵⁴ MEVORACH, Irit. **The future of Cross-border Insolvency: overcoming biases and Closing Gaps**, cit, p. 257.

³⁵⁵ Há quem discorde por completo da tese que o universalismo modificado possa ser admitido como princípio ou padrão normativo. A respeito, consultar: McCORMACK, Gerard; *Universalism in Insolvency Proceedings and the Common Law*, cit; WALTERS, Adrian, *Modified Universalisms & the Role of Local Legal Culture in the Making of Cross-Border Insolvency Law*, cit.

formal. Infelizmente prevalece no país um “fetichismo da lei”³⁵⁶ e uma tradição arrogante³⁵⁷ acerca do princípio universalista em relação ao nosso sistema falimentar; vale dizer, tem pretensões de ser acolhido ao redor do mundo, mas fecha as fronteiras para procedimentos estrangeiros³⁵⁸.

Sem essa providência, portanto, as discussões permanecerão circunscritas ao debate míope sobre competência exclusiva do foro³⁵⁹, sujeição ao procedimento de homologação de decisão estrangeira³⁶⁰⁻³⁶¹ e regras conflituais³⁶². Em agravante, a lacuna da lei parece impedir

³⁵⁶ Expressão referida por Lauro GAMA JUNIOR ao tratar da insegurança jurídica que permeia a interpretação do art. 9º da LINDB (Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Direito Internacional Privado brasileiro: uma leitura constitucional do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável, cit, p. 608).

³⁵⁷ Jay Westbrook et. al. qualificam de “one-sided universality (...) a jurisdiction requests worldwide recognition (or at least expects it) of its own domestic trans-border cases but bars foreign cases with the same claim on its own territory. One-sided universality is not only, shall we say, esthetically disturbing, it is obviously either arrogant or inconsistent.”(WESTBROOK, Jay Lawrence; et.al. **A Global View of Business Insolvency Systems**, cit, p. 231).

³⁵⁸ Evidentemente que este problema não se restringe ao Brasil: “The policy of most states that local bankruptcy laws should be applied universally but that foreign laws should be given only limited (if any) extraterritorial recognition, lies at the very heart of the difficulty in attaining international bankruptcy cooperation” (GITLIN, Richard A.; FLASCHEN, Evan D. *The International Void in the Law of Multinational Bankruptcies*, **The Business Lawyer**, vol. 42, no. 2, pp. 307-326, 1986, p. 309).

³⁵⁹ Para Beat RECHSTEINER: “No Brasil, (...) o país reivindica a competência internacional exclusiva ou absoluta em relação a procedimentos de insolvência abertos no exterior, quando o devedor insolvente possui aqui o seu principal estabelecimento, filial de matriz estrangeira ou bens imóveis. Em todos esses casos, portanto, o Brasil não aceita um procedimento de insolvência quanto aos ativos situados do devedor no país. Assim, neste âmbito, também não resta espaço para a atuação do representante legal estrangeiro desse procedimento no território nacional. Em tese, isso somente é possível, quando os ativos do devedor situados no Brasil, se limitam a bens móveis.” (RECHSTEINER, Beat Walter. *A Insolvência Internacional sob a Perspectiva do Direito Brasileiro*, cit, p. 696).

³⁶⁰ Conferir: RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito falimentar internacional e MERCOSUL**, cit, p. 95.

³⁶¹ Já foi travado debate judicial sobre isso: “Nessa linha de entendimento, ou seja, de que incide a jurisdição brasileira no processo de recuperação de todas as empresas incluídas no pedido, torna a discussão levantada acerca dos efeitos da liquidação provisória decretada na Justiça Britânica resolvida, vez que nada nos autos indica que a decisão é definitiva, com efeitos de coisa julgada, a justificar a homologação no Superior Tribunal de Justiça e, ademais, o processo judicial promovido no estrangeiro não gera litispendência com o processo brasileiro, como reza o art. 90, do Código de Processo Civil em vigor (...). Mesmo que assim não se entenda, a Procuradoria de Justiça, que defende a necessidade da homologação da decisão pelo Tribunal Superior, anotou que ‘o reconhecimento da validade e da eficácia de atos decorrentes dos efeitos da decisão de liquidação provisória das recorrentes reclama o precedente pronunciamento judicial do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, o que não se verificou, a despeito de inquestionável comando constitucional incidente sobre o tema. Não é viável, por essa razão, ter-se em conta, na presente via, poderes de procuradores das agravantes, outorgados pelos liquidantes provisórios. Isso implicaria o reconhecimento da alteração de administração das agravantes, em virtude de sua liquidação provisória emanada de decisão estrangeira, cujos regulares efeitos ainda não se inserem na esfera do ordenamento jurídico pátrio’” (TJSP – AI nº 2202572-86.2015.8.26.0000, Rel. Des. CARLOS ALBERTO GARBI, julgado em 17.02.2016).

³⁶² A exposição feita por Carmen TIBURCIO denota a insegurança jurídica do ordenamento brasileiro: “dependendo da natureza/finalidade atribuída ao processo falimentar, pode-se chegar a respostas distintas quanto à lei aplicável e à jurisdição competente. Como se qualifique o processo falimentar como uma questão *real*, levando-se em conta que a falência tem como principal objetivo dividir o patrimônio do devedor, chega-se ao princípio da *territorialidade*. (...). Por outro lado, qualificando-se o processo falimentar como questão *obrigacional*, tendo-se em conta o fato de que a questão mais importante é a satisfação de créditos, chega-se às teorias da *territorialidade* para determinar a jurisdição e da *universalidade* para determinar a lei aplicável às relações jurídica subjacentes. (...) Por outro lado, qualificando-se a falência como questão de direito coletivo,

a dispensa do processo de homologação e dificultar a ampliação dos métodos de cooperação para além dos três procedimentos previstos no novo CPC.

A recepção da Lei Modelo tem o condão, a nosso ver, além de afastar o procedimento de homologação e assentar a comunicação direta com autoridades estrangeiras, de combater a aversão dos operadores do direito em relação a casos transnacionais e a visão deturpada sobre o conceito de soberania nacional. Isso porque o gatilho para utilização da Lei Modelo é acionado num estágio secundário, para reconhecer e dar assistência a procedimento já em curso. Assim, não se discutem os pressupostos da crise para decretação da quebra ou deferimento de meios de recuperação, mas, em vez disso, se o procedimento deveria ter iniciado em território nacional ou se, justificadamente aberto no exterior, os efeitos do reconhecimento e grau de interação com a jurisdição forasteira. Todavia, a Lei Modelo não impede a abertura de um processo de insolvência em território nacional e, assim, não restringe a jurisdição brasileira quanto aos requisitos legais para decretação da quebra e deferimento de recuperação³⁶³.

O ato de reconhecer, por meio de regras compartilhadas com outros países e rito célere, é uma afirmação do universalismo e da cooperação jurídica internacional. Reforça a confiança mútua entre países e não implica renúncia à soberania nacional, uma vez que todo procedimento interno será supervisionado por um magistrado de primeiro grau e, conforme visto, não retira a autonomia do Poder Judiciário local para abrir procedimento de insolvência e determinar o destino dos bens localizados no país. Ou seja, não há espaço para juízo de delibação (contencioso sabidamente limitado), porquanto não se busca a atribuição de efeito executivo à decisão estrangeira e, de outro norte, a discricionariedade do juízo local é plena para apreciar o cabimento do pedido de reconhecimento, assistência e cooperação.

considerando-se que o lugar do principal estabelecimento do devedor é o maior interessado em que o processo falimentar se desenvolva de forma justa, chega-se à teoria da *universalidade* tanto de lei aplicável quanto de jurisdição. (...). Finalmente, pode-se também qualificar o processo falimentar como questão procedimental, de modo que por se tratar de uma *execução coletiva*, chega-se à aplicação da lei do foro para tudo o que concernir à falência.” (TIBURCIO, Carmen. Efeitos Extraterritoriais da Falência, cit, p. 203).

³⁶³ A esse respeito, basta ler os artigos 11 (pedido de abertura de processo de insolvência pelo representante estrangeiro, a ser apreciado pelo judiciário e segundo lei falimentar local), 12 (direito do representante estrangeiro de participar de processo de insolvência em curso no país), 28 (possibilidade de abertura de processo de insolvência no país, após o reconhecimento de processo principal em curso no exterior, quando o devedor tem bens ou estabelecimento no país) e 29 (incentivo a cooperação entre jurisdições que conduzem simultaneamente procedimentos de insolvência do mesmo devedor). Segundo o Guia de Implementação e Interpretação: “The Model Law imposes virtually no limitations on the jurisdiction of the courts in the enacting State to commence or continue insolvency proceedings. (...). The silent principle embodied in article 29 is that the commencement of a local proceeding does not prevent or terminate the recognition of a foreign proceeding.” (UNITED NATIONS. **UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation**, cit, p. 100 e 103).

A Lei Modelo institui a atuação conjunta e cooperativa entre um tribunal estrangeiro e um doméstico, presumindo que o julgador do procedimento não principal respeitará a supremacia daquele na definição da lei aplicável e na condução centralizada das fases processuais, porém sem se desnudar da independência (soberania) inerente ao poder jurisdicional para garantir a proteção dos interesses locais e o respeito às normas fundamentais que regem o país. Na direção inversa, o Brasil gozaria da igual previsibilidade acerca do passo a passo a seguir quando precisar da colaboração de um tribunal estrangeiro para melhor administrar um processo principal aberto em solo nacional, em prol da atividade econômica aqui desenvolvida e dos credores habilitados no processo doméstico.

Os ganhos são inquestionáveis. Atualmente, nossos tribunais utilizam-se de brechas e interpretações criativas para sujeitar empresas estrangeiras à jurisdição e ao direito material brasileiros em processos de insolvência iniciados aqui, sob a justificativa de que aquelas são meros veículos financeiros e que o centro de interesses principais seria o Brasil, invocando para tanto a Lei Modelo da UNCITRAL. As soluções são frágeis diante das normas que regem nosso ordenamento jurídico. Isso porque a sociedade estrangeira para atuar no país precisa de autorização do Poder Executivo (art. 1.134, CC), sendo vedada a constituição de qualquer estabelecimento, principal ou secundário, antes de obtida a autorização (art. 11, 1º, LINDB), e que definirá o domicílio no Brasil. Ou seja, respeitado o procedimento legal, a sujeição das empresas estrangeiras ao Poder Judiciário brasileiro, seja pela aplicação do art. 3º da Lei 11.101/2005 ou das regras de competência concorrentes do CPC, não encontra obstáculo. Todavia, sem a observância dos ditames legais, a sujeição parece reivindicar justificativa mais aprofundada, uma vez que temerária a rendição de ente estrangeiro ao crivo do Poder Judiciário de outro Estado, diferente de sua constituição, com base apenas em um conceito não recepcionado pelo legislador infraconstitucional e que também não é definido na Lei Modelo da UNCITRAL (da qual, diga-se, o Brasil sequer é parte). Ademais, a fixação da competência com base em previsões do CPC – outra saída encontrada pelos Tribunais, a exemplo do art. 21, inc. II – não atrai automaticamente o procedimento da Lei 11.101/2005, já que as empresas estrangeiras sem filial no país são regidas, no tocante ao seu funcionamento e extinção, pela lei do local de sua constituição (art. 11, caput, LINDB). O debate é intenso³⁶⁴ e

³⁶⁴ Sobre o alcance do art. 11 da LINDB e diferença entre lei aplicável à sociedade estrangeira autorizada a funcionar no Brasil e estabelecimento aberto no Brasil, citamos: “[L]ex *societatis* como critério de conexão baseado na *lei do local de constituição da sociedade* (...) tal ‘estatuto pessoal’ distingue-se das regras relacionadas à criação de filiais e estabelecimentos de uma empresa em outras jurisdições que não aquela do Estado em que tenha sido constituída (...). O artigo 11, § 1º, da LICC de 1942, por sua vez, poderia deixar a concepção de que a fixação da filial, agência ou estabelecimento no Brasil levaria a pessoa jurídica a desprender-

já foi travado perante o Judiciário brasileiro³⁶⁵ acerca da aplicação dessa norma ao processo de recuperação judicial, em que sempre há risco de convalidação em falência, ocasionando a extinção da sociedade, e que, a nosso ver, de todo modo tem aptidão para afetar o funcionamento da sociedade estrangeira.

Mais grave, contudo, é a aplicação fragmentada e descontextualizada da Lei Modelo da UNCITRAL. Ainda que nosso Judiciário acolhesse o universalismo modificado como costume internacional, aplicável ao ordenamento interno, às referências à Lei Modelo demandariam igual respeito aos escopos imbuídos no seu artigo inaugural, sobretudo ao princípio de cooperação com tribunais estrangeiros.

Ao fim e ao cabo, urge abandonar o radicalismo na definição de competência da jurisdição brasileira³⁶⁶ e priorizar soluções que garantam previsibilidade a todos os envolvidos e homenageiem a CJI.

5.5. Conclusão parcial: novo movimento reformista e a possibilidade de adoção da Lei Modelo da UNCITRAL

A adoção da Lei Modelo da UNCITRAL é alternativa recomendada ao cenário atual brasileiro, em nome da segurança jurídica³⁶⁷ e, nomeadamente, para escapar dos métodos

se do ordenamento em que foi constituída e sujeitar-se ao império da lei brasileira. (...) O artigo 11 da LICC, enquanto tenha como escopo a determinação do direito aplicável à criação, funcionamento e extinção da pessoa jurídica de direito estrangeiro, não submete as sociedade e fundações à aquisição de personalidade jurídica de acordo com direito brasileiro em detrimento do ordenamento jurídico de outro Estado. (...). O legislador procurou condicionar o *exercício de atividades operacionais* da empresa estrangeira no Brasil, resguardando, contudo, seu *status* de pessoa jurídica constituída sob as leis de outro Estado.” (BASSO, Maristela. Comentários aos Artigos 7º a 19 da Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, cit. p. 144-147).

³⁶⁵ Caso Schahin Engenharia: TJSP – AI nº 2106998-36.2015.8.26.0000, Declaração de voto vencido: Des. FABIO TABOSA, j.13.03.2017.

³⁶⁶ A fixação da competência do Poder Judiciário brasileiro não é justificativa, por si só, para desconsiderar a cooperação com outros tribunais, uma vez que a sujeição de empresas estrangeiras a procedimento de insolvência local afetar o funcionamento daquelas perante o Estado de sua constituição: “O fato de ter jurisdição sobre pessoas ou fatos sediados no território nacional não autoriza a autoridade judiciária local a determinar, sem recurso à cooperação jurídica internacional, medidas com efeitos processuais em território estrangeiro. (...) Alcançar bens e pessoas em território estrangeiro por meio de soluções unilaterais, à margem dos meios de cooperação jurídica internacional, privilegia a força em detrimento do direito, a extraterritorialidade em detrimento da cooperação, o império em detrimento da convivência harmônica entre soberanias.” (MADRUGA, Antenor. A decisão extraterritorial sem cooperação. **Conjur- Consultor Jurídico**, 6 de julho de 2011).

³⁶⁷ “A orientação criativa adotada por essas decisões judiciais não elimina, portanto, a carência de normas específicas para tratar das questões relativas às repercussões transnacionais dos processos de insolvência. (...). Além disso, outras questões que por vezes demandam uma regulamentação mais complexa – tal como o

tradicionais de cooperação jurídica e do juízo de delibação. O poder legislativo está ciente dessa necessidade, tanto que tramitam na Câmara dos Deputados³⁶⁸ e no Senado Federal³⁶⁹ pelo menos três projetos sobre insolvência transnacional, e o Poder Judiciário tem vivenciado os problemas decorrentes da lacuna da lei.

Destarte, foram superados os obstáculos quanto à aquiescência de um padrão normativo específico e delimitado para insolvências transnacionais. Não obstante, o exame do movimento reformista indica ainda a má compreensão quanto ao tema e pontos de retrocesso³⁷⁰. Apesar de os três projetos se assentarem na cooperação direta com tribunais e representantes estrangeiros, dispensando procedimentos burocráticos de carta rogatória ou intermediação de órgão diplomático, denotam suspeita quanto ao caráter transnacional do processo atribuindo ampla margem de intervenção ao Ministério Público, além de autorizar que seja requerida falência do devedor brasileiro, que teve um processo de insolvência iniciado no exterior, “ainda que ausentes os requisitos do art. 94 da Lei 11.101”³⁷¹⁻³⁷². Também não seguem a estrutura e linguagem consagrada pela Lei Modelo da UNCITRAL³⁷³, que teria a vantagem de uniformização segundo um padrão aceito internacionalmente. O ponto nevrálgico, contudo, decorre do tratamento discriminatório dado aos credores estrangeiros, visto que os três projetos de lei prejudicam a classificação dos créditos pelo simples fato de serem constituídos no exterior segundo lei estrangeira, independentemente da

reconhecimento dos efeitos das falências abertas no estrangeiro; a cooperação e a comunicação entre os administradores das insolvências e os órgãos jurisdicionais nos diversos países; a coordenação do processo em curso no país com aqueles abertos no exterior; o tratamento dos grupos societários multinacionais – dificilmente serão endereçadas de forma adequada na ausência de normas específicas. Desta forma, ainda que as decisões judiciais tomadas em casos isolados ou diversas discussões judiciais que as antecederam, possam ter representado um avanço significativo no tratamento das insolvências internacionais no Brasil, é salutar que a lei sofra as necessárias reformas para adotar normas, tais quais as recomendadas pelo Lei-Modelo da UNCITRAL, que regulam o assunto de maneira adequada.” (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: NEDER CERREZETTI, Sheila C.; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coords.). **Dez Anos da Lei n.º 11.101/2005**: estudos sobre a Lei de Recuperação e Falência. São Paulo: Almedina, p. 468-489, 2015, p. 488-489).

³⁶⁸ O tema é tratado no PL n.º 1.572/2011 (Institui novo Código Comercial) e no PL n.º 3741/2015.

³⁶⁹ No PLS 487/2013 (Institui novo Código Comercial).

³⁷⁰ Exemplo da incompreensão do texto da UNCITRAL e seus reflexos nos projetos de lei que tramitam no Brasil, está evidenciada nesta opinião doutrinária sobre o tratamento de credores estrangeiros: CARVALHO, Marco Aurélio de. O credor estrangeiro na falência transnacional segundo o Projeto de Código Comercial: uma reflexão sobre o dispositivo do Projeto que trata da falência transnacional. **Jota**, 04/07/2016.

³⁷¹ Art. 188-S, §1º, do PL n.º 1.572/2011; art. 167-S, § 1º do PL n.º 3741/2015 e art. 1.077, §1 do PSL 487/2013. Observamos que como ainda estão em tramitação, as referências aos artigos, assim como o conteúdo das propostas podem ser alteradas a qualquer momento.

³⁷² Consultar: DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. Modificações da Lei de Recuperação no projeto de Código Comercial. **Conjur- Consultor Jurídico**, 13/08/2016.

³⁷³ Apenas para citar um exemplo, os projetos se referem a processo principal e subsidiário, porém não trazem definições precisas sobre os conceitos e não seguem os critérios propostos pela UNCITRAL.

natureza³⁷⁴. Essa regra, que não encontra respaldo na legislação falimentar brasileira, pelo menos desde 1945, representa um grande retrocesso e equívoco na interpretação da Lei Modelo da UNCITRAL³⁷⁵.

Embora a lacuna da lei cause complicações na condução de insolvências transnacionais, não é um impeditivo absoluto para a consecução resultados eficientes e mecanismos como o protocolo de cooperação podem auxiliar a suprir o vácuo legislativo. A reforma legislativa traria ganhos em relação a estabilidade e previsibilidade no tocante ao procedimento, desde que não introduza regras discriminatórias e estranhas, até então, à comunidade jurídica. Daí porque é preferível que o Brasil ou bem consagre o modelo proposto pela UNCITRAL, sem divergir de forma substancial de sua estrutura e linguagem³⁷⁶, ou relegue a matéria a ser suprida pela atuação casuística dos tribunais.

A despeito de uma possível mudança no aparato legal, com recepção da Lei Modelo da UNCITRAL, a ação crítica do Poder Judiciário não será mitigada. Em primeiro lugar, porque a estrutura e natureza internacional reivindicarão cautela da hermenêutica jurídica e a complexidade do procedimento transnacional, dissemos, não se encerra com os dispositivos daquela lei, exigindo compromisso com o princípio do universalismo modificado, bem como integração do texto a partir de outros instrumentos de *Soft Law*³⁷⁷ e do trabalho contínuo do Grupo V da UNCITRAL. Em segundo, pela particularidade de disseminação do direito e da

³⁷⁴ Nos três projetos os créditos estrangeiros são classificados após o crédito quirografário, antes das multas pecuniárias: art. 188-L do PL 1.572/2011; art. 167-L do PL 3741/2015 e art. 1.070 do PLS 487/2013.

³⁷⁵ “Em artigo, Marco Aurélio de Carvalho responde à crítica à redação do artigo 188-L da parte do Projeto de Código Comercial dedicada ao regime da ‘falência transnacional’. Afirma que o dispositivo segue a orientação dada pelo art. 13 da Lei Modelo da UNCITRAL sobre Insolvências Transfronteiriças, que teria inspirado todo o regime previsto no Projeto. Desse modo, segundo ele, investidores estrangeiros estariam ‘há décadas’ conformados em ser tratados de maneira discriminatória nos países onde investem. Ocorre que basta uma única leitura do art. 13 da Lei Modelo da UNCITRAL para constatar que ele estabelece exatamente o contrário do que prevê o Projeto de Código Comercial, ou seja, que o crédito do credor estrangeiro não pode ter sua classificação afetada pelo fato de ser estrangeiro, e, notadamente, não pode ser classificado abaixo do crédito nacional sem privilégio, ou seja, o quirografário. A única exceção permitida dá-se quando, por sua natureza, o crédito seria subordinado mesmo que fosse nacional.” (SATIRO, Francisco, CAMPANA FILHO, Paulo Fernando; BECUE, Sabrina. *Insolvência Transnacional e o Projeto de Código Comercial: o que diz a UNCITRAL sobre credores nacionais e estrangeiros*. **Jota**, 05/07/2016).

³⁷⁶ Houve iniciativa de reforma da Lei 11.101, com proposta de adoção quase literal da Lei Modelo da UNCITRAL, através do grupo de trabalho criado pelo Ministério da Fazenda - Portaria nº 467, de 16/12/2016 – cujo objetivo é estudar, consolidar e propor medidas voltadas ao aprimoramento da lei falimentar vigente, contudo ainda não deu início a projeto de lei.

³⁷⁷ Para ilustrar, segundo a doutrina especializada os princípios globais para cooperação em casos de insolvência transnacional, projeto encabeçado pela ABA e III, podem auxiliar na condução dos processos e na atividade dos legisladores nacionais (FLETCHER, Ian F; WESSELS, Bob, *A Final Step in Shaping Rules for Cooperation in International Insolvency. Cases*, **International Corporate Rescue**, Vol. 12, Issue 5, pp. 283-286, 2012).

importância que a atividade judicante exerce no mundo globalizado, quase que descolado do ordenamento interno³⁷⁸ e, simultaneamente, influenciando nos espaços internacionais³⁷⁹.

O que nosso país necessita é, ao lado da reforma legislativa com a devida atualização do diploma falimentar ao nível de integração econômica das empresas multinacionais brasileiras no comércio mundial, a preparação e devida preocupação do Poder Judiciário para o fenômeno transfronteiriço em sua inteireza.

³⁷⁸ Assevera Rodrigo Broglia MENDES: “isso permite conteúdos jurídicos com pretensões de universalização (ainda que essa não seja possível) sejam disseminados não tanto por força de tratados internacionais, mas pelas decisões judiciais. O que garante a possibilidade dessa disseminação é a exposição da *ratio decidendi* voltada não a prescrições legais de determinada ordem estatal, mas como decorrência da compreensão de princípios que passam a ser, em maior ou menos medida, compartilhados pelas instâncias decisórias (tribunais estatais, tribunais arbitrais, órgãos de solução de conflitos etc.)” e que “é possível verificar a tendência de uma ‘globalização’ do direito no plano das instâncias decisórias, o que exige uma reflexão das bases teóricas do direito.” (MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. *Sentido de Teoria Geral do Direito, Globalização e Harmonização do Método Jurídico*, p. 101-103).

³⁷⁹ Conferir: WATERS, Melissa A. *Mediating Norms and Identity: The Role of Transnational Judicial Dialogue in Creating and Enforcing International Law*. **Georgetown Law Journal**, vol. 93, No. 2, pp.487-574, January 2005, p. 502.

6. CONCLUSÃO

Do pragmatismo à construção de um sistema internacional de insolvência transnacional. Essa foi a direção assumida na tese. A omissão da lei favorece e pleiteia construções personalizadas para os casos concretos. Contudo, o casuísmo impede a formação de uma teoria jurídica e compromete a previsibilidade que as partes esperam dos ordenamentos jurídicos. Sem desmerecer a relevância da atuação particular dos tribunais e, sobretudo, da propensão a cooperar ativamente com jurisdições estrangeiras, a longo prazo, o pragmatismo deve ceder espaço para uma regulamentação clara que, nessa temática, requer certa convergência em nível global. A formação de um sistema de insolvência ultrapassa as fronteiras nacionais e, por isso, deve estar baseada num princípio vigente e compartilhado pelos Estados: o universalismo modificado.

Essa mudança no tratamento das insolvências transnacionais encontra respaldo nas novas correntes de Direito Internacional. Imbuído de ambição universalista, o DIPr acolhe com boa vontade a proliferação de agentes e os novos meios de cooperação jurídica internacional, repudiando as antigas normas conflituais e o paroquialismo no tratamento de fatos plurilocalizados. Não por acaso, a insolvência transnacional é tema afeto a esse ramo, dialogando com os principais objetos de estudo do DIPr: conflito de leis e de jurisdição, e cooperação jurídica internacional.

Entre o ponto de partida e o de chegada, apresentamos a Lei Modelo da UNCITRAL como sendo o instrumento de *Soft Law* mais adequado e que alcançou maior consenso entre os agentes de mercados, organizações internacionais e Estados no tocante à regulamentação da insolvência transnacional. Isso se deu, primeiro, em razão do reservado escopo da Lei Modelo que, ao não versar sobre regras de direito material, priorizando uma estrutura procedimental que preserva a autonomia dos juízos dos processos não principais, conquistou a simpatia de muitos países. Segundo, por tratar-se de um instrumento de *Soft Law*, cuja adesão depende e se conforma com as aspirações do legislador local. Terceiro, por consagrar o universalismo modificado e uma linguagem pretensamente neutra, a Lei Modelo afasta o receio de violação da soberania nacional que estaria presente na sujeição, de forma obediente, da jurisdição local a um processo estrangeiro e centralizador.

Estabelecida a preferência pela UNCITRAL, a adoção paulatina de seu texto contribui para segurança jurídica, através do paralelismo das regras de reconhecimento e assistência,

inobstante os países sejam provenientes de tradições jurídicas e idiomas completamente distintos. Outra grande contribuição da Lei Modelo é o fomento à cooperação direta entre tribunais e com representantes da insolvência, de modo a afastar a dependência na reciprocidade diplomática e nas formas arcaicas de sujeição de decisões estrangeiras ao juízo de deliberação, antes que possam ser recepcionadas em outro país.

O Brasil amargura em um ambiente de incertezas e de fragilidade jurídica, já que não possui disciplina sobre insolvência transnacional e a fragmentação das normas de DIPr também denota certo anacronismo em comparação com a pulsante atividade econômica das empresas e dos grupos societários multinacionais brasileiros no comércio internacional. A crescente demanda de insolvências de cunho transfronteiriço nos últimos anos coloca o Poder Judiciário na delicada situação de ter que resolver um conflito emergido em espaço lacunoso. Ocorre que, se por um lado a ausência de lei não constitui impedimento absoluto para solução desses casos e isso restou demonstrado na vasta experiência internacional, por outro, algumas regras de direito interno – a exemplo das disposições da LINDB e dos procedimentos tradicionais de CJI – criam embaraços e incertezas às respostas oferecidas pelos tribunais. Ademais, no estágio atual o Poder Judiciário brasileiro caminha por uma via de mão única e bastante singela quanto aos conflitos transnacionais: processos de recuperação judicial envolvendo empresas estrangeiras não operacionais. Todavia, não é possível supor que a realidade permanecerá assim, admitindo acomodações segundo a normativa vigente. A Lei Modelo da UNCITRAL, portanto, traria grandes contribuições para o momento atual em que o Brasil se encontra, a despeito da resistência verificada anteriormente.

As vantagens de adoção da Lei Modelo estão condicionadas à observância de seus escopos e estrutura. Infelizmente, os projetos de lei que tramitam na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, notadamente as propostas de um novo Código Comercial, abraçam alguns conceitos da Lei Modelo, subvertem a lógica de não discriminação entre nacionais e estrangeiros, além de tenderem para a burocratização dos procedimentos de insolvência transnacional. Logo, a consecução dos resultados almejados pela Lei Modelo da UNCITRAL depende também da compreensão sobre seus limites, da sua natureza internacional e do sistema no qual está inserida.

Para que as empresas multinacionais brasileiras não caminhem à deriva, o legislador nacional deveria recepcionar as normas da UNCITRAL sobre insolvência transnacional de modo fiel e coerente com os propósitos explicitados na Lei Modelo. A incorporação

legislativa, contudo, não abranda a relevância do Poder Judiciário na interpretação das regras segundo o princípio do universalismo modificado e da natureza internacional desse instrumento.

7. BIBLIOGRAFIA.

ABADE, Denise Neves. **Direitos Fundamentais e Cooperação Jurídica Internacional: extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos.** São Paulo: Saraiva, 2013.

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. Comentário ao art. 26. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério et.al (coords.). **Código de processo civil anotado.** Rio de Janeiro: LML Mundo Jurídico, 2016.

ABRÃO, Nelson. **O Novo Direito Falimentar:** nova disciplina jurídica da crise econômica da empresa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

ADLER, Barry E. *Financial and Political Theories of American Corporate Bankruptcy*, **Stanford Law Review**, Stanford, v. 45, n. 2, pp. 311-346, jan. 1993.

ALLE, Saulo Stefanone. Cooperação jurídica internacional e dever geral de cooperar. **Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão**, Vol. 5, Nº. 10, pp. 132-152, 2017.

_____. **Linhas diretrizes da OCDE para as empresas multinacionais e sua implementação no Brasil.** São Paulo, 2013. 211 f. Dissertação de Mestrado - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; ROCHA, Raphael Vieira da Fonseca. Insolvência Transnacional e Direito Falimentar Brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 74, pp. 9-65, 2016.

AMAN, Alfred C. *The Limits of Globalization and the Future of Administrative Law: From Government to Governance.* **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 8, n. 2, pp. 379-400, 2001.

ANTUNES, José A. Engrácia. **Os grupos de sociedades:** estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

ARAÚJO, Nádia de, coord. **Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça:** Comentários à Resolução n. ° 9/2005. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. **Direito Internacional Privado:** teoria e prática brasileira. Porto Alegre: Revolução, 2016, *e-book*.

_____. A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do estado brasileiro no plano interno e internacional. In: Ministério da Justiça - Secretaria Nacional de Justiça, DRCl. (Org.). **Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos - matéria penal**. 4a ed., pp. 39-50, 2013.

_____. A necessária mudança do art. 9º da LINDB: O avanço que faltava para a consagração da autonomia da vontade no DIPr Brasileiro. In: RAMOS, André de Carvalho (coord.). **Direito Internacional Privado: Questões Controvertidas**. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

AXELROD, Tristan G, UK Supreme Court Highlights Parochial Roadblocks to Cooperative Cross-Border Insolvency in *Rubin v Eurofinance SA*. **Wisconsin International Law Journal**, vol. 31, no. 4, pp. 818-853, 2014.

BASSO, Maristela. Comentários aos Artigos 7º a 19 da Lei de Introdução ao Código Civil de 1942. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coords.). **Teoria Geral do direito civil**. São Paulo: Atlas, pp.114-185, 2008.

_____. Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeiras no Brasil – Estudo a partir dos ensinamentos do mestre Jacob Dolinger. In: TIBURCIO, Carmem; MENEZES, Wagner; VASCONCELOS, Raphael (coords.). **Panorama do direito internacional privado atual e outros temas contemporâneos**. Belo Horizonte: Arraes, pp. 181-194, 2015.

BASTOS, Joel Luís Thomaz. O Caso Parmalat. In: OLIVEIRA, Fátima Bayma de. **Recuperação de Empresas: uma múltipla visão da lei**. São Paulo: Pearson Prentice Hall, pp. 114-116, 2006.

BEBCHUK, Lucian Arye. *A New Approach to Corporate Reorganizations*. **Harvard Law Review**, v. 101, pp. 775-804, 1988.

_____; GUZMAN, Andrew. T. *An Economic Analysis of Transnational Bankruptcies*. **The Journal of Law & Economics**, v. 42, n. 2, pp. 775–808, 1999.

BECUE, Sabrina Maria Fadel. Barreiras Idiomáticas por meio de Conceitos Jurídicos “Neutros”. In: GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin (coord.). **Questões de Direito Internacional: pessoa, comércio e procedimento II**. Curitiba: JML, pp. 129-143, 2018.

_____. Insolvência transfronteiriça: contribuição para fortalecimento do Mercosul. **Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión**, v. 7, pp. 247-261, 2016.

_____. Insolvência transnacional e a necessidade de cooperação entre Tribunais como resposta aos novos desafios regulatórios. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**, vol. 16, pp. 143-176, 2016.

BELANGERO, Juliana Santoro. Cooperação Jurídica Internancional e a Busca por Valores Comuns: Um Estudo da STC 91/2000. In: RAMOS, André de Carvalho; MENEZES, Wagner (coord). **Direito Internacional Privado e a Nova Cooperação Jurídica Internacional**. Belo Horizonte: Arraes, pp. 97-114, 2015.

BERKOWITZ, Daniel; PISTOR, Katharina; RICHARD, Jean-Francois. *The Transplant Effect*. **The American Journal of Comparative Law**, v. 51, n. 1, pp. 163-203, 2003.

BLACK, Julia; ROUCH, David. *The Development of the Global Markets as Rule-Makers: Engagement and Legitimacy*. **Law and Financial Markets Review**, v. 2, n. 3, pp. 243-244, 2008.

BLOCK-LIEB, Susan; HALLIDAY, Terence C. **Global Lawmakers: International Organizations in the Crafting of World Markets**. United Kingdom: Cambridge University Press, 2017.

_____; *Harmonization and Modernization in UNCITRAL's Legislative Guide on Insolvency Law*. **Texas International Law Journal**, v. 42, n. 3, 2007.

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

_____; MANGANO, Renato. **European Cross-Border Insolvency Law**. United Kingdom: Oxford University Press, 2016.

_____; MANGANO, Renato. **European Cross-Border Insolvency Law**. United Kingdom: Oxford University Press, 2016.

BRAITHWAITE, John. *Rules and Principles: A Theory of Legal Certainty*. **Australian Journal of Legal Philosophy**, vol. 27, pp. 47/82, 2002.

_____; DRAHOS, Peter. **Global Business Regulation**. Cambridge: Cambridge University Press, [s.d.]. e-book.

CALDERON, Silvio Javier Battello. **Falência Internacional no Mercosul**: proposta para uma solução regional. Curitiba: Juruá, 2011.

CALOF, Jonathan; RICHARDS, Greg; MIRABEAU, Laurent, et al. **An Overview of the Demise of Nortel Networks and Key Lessons Learned**: Systemic effects in environment, resilience and black-cloud formation. The University of Ottawa, Telfer School of Management, March 17, 2014. Disponível em: < <http://sites.telfer.uottawa.ca/nortelstudy/> >. Acessado em: 10 de setembro de 2017.

CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A recuperação judicial de grupos societários multinacionais**: contribuições para o desenvolvimento de um sistema jurídico brasileiro a partir do Direito comparado. São Paulo. 241f. 2013. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

_____, Paulo Fernando. *The Legal Framework for Cross-Border Insolvency in Brazil*. **Houston Journal of International Law**, v. 32, pp. 97-159, 2009.

CAPUCIO, Camilla. Dimensões da cooperação jurídica internacional: do direito à cooperação ao dever de cooperar. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 61, n. 3, pp. 277 – 297, set./dez. 2016.

CARBALLO PIÑEIRO, Laura. *'Brexit' and International Insolvency Beyond the Realm of Mutual Trust*. **International Insolvency Review.**, vol. 26, Issue 3, pp. 270–294, 2017.

CARMONA, Carlo Alberto. Comentário ao art. 960. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvin et al. (coords). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CARVALHO, Marco Aurélio de. O credor estrangeiro na falência transnacional segundo o Projeto de Código Comercial: uma reflexão sobre o dispositivo do Projeto que trata da falência transnacional. São Paulo. **Jota**, 04/07/2016.

CASELLA, Paulo Borba. **Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CASTRO, Marcus Faro de. *Monetary impacts and currency wars: a blind spot in the discourse about Transnational Legal Orders*. **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília, v. 60, n. 1, pp.01-19, 2017.

CHAMPI JR, Afonso; BARBOSA, Djalma Gonçalves. **Diário de uma crise: lições do caso Parmalat**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. 2. Tradução por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.

CHRISTOPH, Megan. *Airline Reorganization under the New Bankruptcy and Restructuring Law of Brazil*, **Law and Business Review of the Americas**, vol, 13, pp. 451-460, 2007.

CLIFT, Jenny. *Choice of Law and the UNCITRAL Harmonization Process*, **Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law**, vol. 9, Issue 1, pp. 20-47, 2014.

_____. *The UNCITRAL model law on cross-border insolvency - a legislative framework to facilitate coordination and cooperation in cross-border insolvency*, **Tulane Journal of International and Comparative Law**, vol.12, pp. 307-345, 2004.

COLOMBO, Giuliano; et al. **Cross-Border Insolvency in Brazil: a case for the Model Law**. Disponível em: < http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Papers_for_Congress/117-COLOMBO_KAYE_LANGEN_LUTKUS_SHIRLEY_and_TURETSKY-_Cross-Border_Insolvency_in_Brazil.pdf >. Acessado em: 16 de setembro de 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos Jurídicos da Macroempresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

CORREIA, A. Ferrer. O método conflitual em direito internacional privado e as soluções alternativas. **Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. Rio de Janeiro, n. 1, p. 1-24, jul. 1982.

DAWSON, Andrew B., *Offshore Bankruptcies*. **Nebraska Law Review**, vol. 88, issue 2, pp. 317-340, 2009.

_____. *The Problem of Local Methods in Cross-Border Insolvencies*, **Berkeley Business Law Journal**, vol. 12, Issue 1, pp. 45-80, 2015.

DEANE, Felicity; MASON, Rosalind. *The UNCITRAL Model Law on Cross-border Insolvency and the Rule of Law*. **International Insolvency Review**, vol. 25, pp. 138–159, 2016.

DEZEM, Renata Mota Maciel Madeira. **A extensão da competência do juízo da recuperação judicial**. São Paulo. 400f. 2016. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. Modificações da Lei de Recuperação no projeto de Código Comercial. São Paulo. **Conjur- Consultor Jurídico**, 13/08/2016.

FARLEY, J. M. *A Judicial Perspective on Cross-Border Insolvencies and Restructurings*, **International Business Lawyer**, vol. 24, pp. 220-222, 1996.

FELSBERG, Thomas Benes. *Cross-Border Insolvencies and Restructurings in Brazil*. **International Business Lawyer**, vol. 31, pp. 109-115, 2003.

_____; CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. A recuperação judicial de sociedades sediadas no exterior: as lições da experiência estrangeira e os desenvolvimentos no Brasil. In: NEDER CERZETTI, Sheila C.; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coords.). **Dez Anos da Lei n.º 11.101/2005: estudos sobre a Lei de Recuperação e Falência**. São Paulo: Almedina, p. 468-489, 2015.

_____; CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. *Corporate Bankruptcy and Reorganization in Brazil: National and Cross-border Perspectives*. **Norton Annual Review of International Insolvency**, pp. 275-300, 2009.

FLESSNER, Axel, *Philosophies of Business Bankruptcy Law: An International Overview*, in: ZIEGEL, Jacob S. (ed.), **Current Developments in International and Comparative Corporate Insolvency Law**, Oxford, pp. 19- 28, 1994.

FLETCHER, Ian F. **Insolvency in Private International Law**. 2nd Edition. Oxford Private International Law Series, 2006.

_____; WESSELS, Bob, *A Final Step in Shaping Rules for Cooperation in International Insolvency. Cases*, **International Corporate Rescue**, Vol. 12, Issue 5, pp. 283-286, 2012.

GAA, Thomas M., *Harmonization of International Bankruptcy Law and Practice: Is It Necessary? Is It Possible?* **The International Lawyer**, vol. 27, Issue 4, pp. 881-909, 1993.

GAMA JR, Lauro. Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Direito Internacional Privado brasileiro: uma leitura *constitucional* do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável. In: TIBURCIO,

Carmem; BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Internacional Contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger**. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 599-626, 2006.

_____. **Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GAUNT, Kevin. *Caveat Lessor: U.S. Aircraft Financiers Beware: 11 U.S.C. § 1110 Expectations May Not Be Met in Cross-Border Insolvencies*, **Brigham Young University International Law & Management Review**, vol. 6, Issue 1, pp. 43-81, 2010.

GIDDENS, Anthony. *The Globalizing of Modernity*. In: HELD, David; MCGREW, Anthony. **The Global Transformations Reader: An Introduction to the Globalization Debate**. 2. ed. Cambridge: Polity Press, pp. 62-66. 2003.

GITLIN, Richard A.; FLASCHEN, Evan D. *The International Void in the Law of Multinational Bankruptcies*, **The Business Lawyer**, vol. 42, no. 2, pp. 307-326, 1986.

GODOY MEDINA, Zingy Steffany; GIRÓN TAFOURT, Andres Felipe. **Régimen de la insolvencia transfronteriza: Colombia, Ecuador, Perú y Panamá**. Tesis (Abogado – Trabajo de Grado). Universidad de San Buenaventura. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Cali, 2014.

GOICOECHEA, Ignacio. *Nuevos desarrollos en la cooperación jurídica internacional en materia civil y comercial*. **Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión**, Año 4, n. ° 7, pp. 127-151, mayo 2016.

GRECO FILHO, Vicente. **Homologação de sentença estrangeira**. São Paulo: Saraiva, 1978.

GROPPER, Allan L. *The Curious Disappearance of Choice of Law as an Issue in Chapter 15 Cases*, **Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law**, vol. 9, Issue 1, pp. 152-179, 2014.

GRUENBAUM, Daniel. Proximidade e tolerância: competência internacional para demandas relativas a imóveis. In: TIBURCIO, Carmem; BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Internacional Contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger**. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 229- 288, 2006.

GUZMAN, Andrew T., *International Bankruptcy: In Defense of Universalism*. **Michigan Law Review**, v. 98, n. 7, pp. 2177–2215, 2000.

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

_____. *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.

_____. *Recursivity of Global Normmaking: A Sociolegal Agenda*, **Annual Review of Law and Social Science**, v. 5, pp. 263-289, 2009.

_____.; BLOCK-LIEB, Susan; CARRUTHERS, Bruce G.. *Rhetorical legitimation: global scripts as strategic devices of international organizations*. **Socio-Economic Review**, v. 8, n. 1, pp. 77-112, jan. 2010.

_____.; CARRUTHERS, Bruce G. **Bankrupt: Global Lawmaking and Systemic Financial Crisis**. [s.l.]: Stanford University Press, 2009.

_____.; CARRUTHERS, Bruce G. *The Recursivity of Law: Global Norm Making and National Lawmaking in the Globalization of Corporate Insolvency Regimes*. **American Journal of Sociology**, v. 112, n. 4, pp. 1135-1202, 2007.

HELD, David. *Rethinking Globalization*. In: HELD, David; MCGREW, Anthony. **The Global Transformations Reader: An Introduction to the Globalization Debate**. 2. ed. Cambridge: Polity Press, pp. 67-74, 2003.

HIRST, Paul; THOMPSON, Grahame. *Globalization – A Necessary Myth?* In: HELD, David; MCGREW, Anthony (ed.). **The Global Transformations Reader: An Introduction to the Globalization Debate**. 2. ed. Cambridge: Polity Press, 2003.

_____.; THOMPSON, Grahame. *The Limits to Economic Globalization*. In: HELD, David; MCGREW, Anthony (ed.). **The Global Transformations Reader: An Introduction to the Globalization Debate**. 2. ed. Cambridge: Polity Press, 2003.

HOPENSTAND, Gil. *Why Toss out the Baby with the Bath Water - Saving the Uncitral Model Law on Cross-Border Insolvency from the Perpetually-Stalled Bankruptcy Reform Act*, **Washington University Global Studies Law Review** vol. 2, no. 1, p. 255-272, 2003.

JANGER, Edward J. *Silos: Establishing the Distributional Baseline in Cross-Border Bankruptcies*, **Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law.**, vol. 9, pp. 180-201, 2014.

_____. *Universal Proceduralism*, **Brooklyn Journal of International Law**, vol. 32, pp. 819-849, 2007.

_____. *Virtual Territoriality*, **Columbia Journal of Transnational Law**, vol. 48, pp. 401-441, 2010.

_____. *Reciprocal Comity*. **Texas International Law Journal**, vol. 46, pp. 441-458, 2011.

KARGMAN, Steven T. *Emerging Economies and Cross-Border Insolvency Regimes: Missing BRICs in the International Insolvency Architecture (Part I)*. **Insolvency and Restructuring International**, v. 6, n. 2, pp. 08-15, set. 2012.

_____. *Emerging Economies and Cross-Border Insolvency Regimes: Missing BRICs in the International Insolvency Architecture (Part II)*. **Insolvency and Restructuring International**, v. 7, n. 1, pp. 06-12, abr. 2013.

KAYSSERLIAN, Rodrigo. Falência Transnacional e Recuperações de ativos. In: COSTA, Daniel Carnio (coord.). **Comentários Completos à Lei de Recuperação de Empresas e Falências**, vol. III. Curitiba: Juruá, pp. 321-332, 2015.

KIPNIS, Alexander M. *Beyond UNCITRAL: Alternatives to Universality in Transnational Insolvency*. **Denver Journal of International Law and Policy**, vol. 36, pp. 155-189, 2008.

KRAHMANN, Elke. *National, Regional, and Global Governance: One Phenomenon or Many?* **Global Governance**, v. 9, n. 3, pp. 323-346, 2003.

KREILE: Ruber David. A falência internacional. **Revista dos Tribunais**, n. 888, pp. 74-146, 2009.

LEONARD, E. Bruce. *The International Year in Review*, **ABI Journal.**, s.p, Dec. 2000.

LEVY, D. *Legal Recursivity and International Law: Rethinking the Customary Element*, **Dartmouth Law Journal**, v. 14, n. 1, pp. 41-66, [s.d.].

LEVY, D. *Recursive cosmopolitization: Argentina and the global Human Rights Regime*. **The British Journal of Sociology**, v. 61, pp. 579–596, 2016.

L'HEUREUX-DUBE, Claire. *The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court*, **Tulsa Law Review**, vol. 34, Issue 1, pp. 15-26, 1998.

LOBO, Otto Eduardo Fonseca et al. *Varig Airlines: Flying the Friendly Skies of Brazil's New Bankruptcy Law with Help from Old § 304*, **American Bankruptcy Institute Journal**, s.p, jul/ago 2007.

LOCATELLI, Fernando. *International Trade and Insolvency Law: Is the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency an Answer for Brazil? (An Economic Analysis of its Benefits on International Trade)*. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 63, pp. 197-232, maio 2009 – set. 2009.

LoPUCKI, Lynn M. *Cooperation in International Bankruptcy: A Post-Universalist Approach*, **Cornell Law Review**, vol. 84, pp. 697-762, 1998-1999.

_____. *Universalism Unravels*. **American Bankruptcy Law Journal**, vol. 79, pp. 143-168, 2005.

_____. *The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy*. **Michigan Law Review**, v. 98, n. 7, pp. 2216–2251, 2000.

LUBBEN, Stephen J.; WOO, Sarah P., *Reconceptualizing Lehman*. **Texas International Law Journal**, Vol. 49, pp. 295-325, 2014.

MADRUGA, Antenor. A decisão extraterritorial sem cooperação. São Paulo. **Conjur-Consultor Jurídico**, 6 de julho de 2011.

_____. O Brasil e a jurisprudência do STF na Idade Média da Cooperação Jurídica Internacional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 54, pp. 291-311, maio/jun. 2005.

_____. Pelo fim da homologação prévia de sentença estrangeira. São Paulo. **Conjur-Consultor Jurídico**, 16 de novembro de 2011.

MAIA, Vinícius Fernandes Costa. A Lei 11.101/05 Aplicada ao Caso de Recuperação Judicial da Varig. **Revista Direito e Liberdade – ESMARN**, v. 10, n. 1, pp. 255-272, jan/jun 2009.

MANGANO, R.. From 'Prisoner's Dilemma' to Reluctance to Use Judicial Discretion: The Enemies of Cooperation in European Cross-Border Cases. **International Insolvency Review**, vol. 26, pp. 314–331, 2017.

MANNAN, Morshed. *Are Bangladesh, India and Pakistan Ready to Adopt the UNCITRAL Model on Cross-Border Insolvency?* **International Insolvency Review**, v. 25, pp. 195–224, 2016.

_____. **The prospects and challenges of adopting the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency in South Asia (Bangladesh, India and Pakistan)**. Thesis (LLM). Leiden, Netherlands: Leiden University, 2015.

MARCONDES FILHO, Alexandre. Justificativa do Anteprojeto de Lei de Falências, **Revista Forense**, n. 97, pp. 777-781, 1944.

MARTIN, Nathalie. *The Role of History and Culture in Developing Bankruptcy and Insolvency Systems: The Perils of Legal Transplantation*, **Boston College International and Comparative Law Review**, vol.28, Issue 1, pp. 01-77, 2005.

MASON, Rosalind F.; ATKINS, Scott; MAIDEN, Stewart. *The emerging framework of cross-border insolvency in and around Australia: Saad Investments, Japan Airlines and Lehman Brothers – Part Two*. **International Corporate Rescue**, v. 8, n. 5, pp. 329-339, 2011.

MASOUD, Benhadj Shaaban. *The Context for Cross-Border Insolvency Law Reform in Sub-Saharan Africa*. **International Insolvency Review**, 23, pp. 181-200, 2014.

McCORMACK, G., Something Old, Something New: Recasting the European Insolvency Regulation. **The Modern Law Review**, 79: 121-146, 2016.

_____. Foreign Law and Public Policy in the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: A Transatlantic Perspective. **Nottingham Insolvency and Business Law e-Journal**, vol. 3, pp. 477- 492, 2015.

_____. US exceptionalism and UK localism? Cross-border insolvency law in comparative perspective. **Legal Studies**, vol. 36, No. 1, pp. 136–162, 2016.

_____; HARGOVAN, Anil. *Australia and the International Insolvency Paradigm*. **Sydney Law Review**, v. 37, n. 3, pp. 389-416, 2015.

_____. *Universalism in Insolvency Proceedings and the Common Law*, **Oxford Journal of Legal Studies**, Volume 32, Issue 2, Pages 325–347, June/2012.

MELLO, Marcelo Pereira de. A perspectiva sistêmica na sociologia do direito: Luhmann e Teubner. **Tempo Social: revista de sociologia da USP**, vol.18, n.1, pp.351-373, 2006.

MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. **Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no direito transnacional**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. Sentido de Teoria Geral do Direito, Globalização e Harmonização do Método Jurídico. In: CASELLA, Paulo Borba; VIEGAS LIQUIDATO, Vera Lúcia. (Org.). **Direito da Integração**. São Paulo: Quartier Latin, pp. 86-104, 2006.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**, v. VIII, 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947.

MENEZES, Wagner. Cooperação Jurídica Internacional e seus Paradoxos. In: RAMOS, André de Carvalho; MENEZES, Wagner (coord). **Direito Internacional Privado e a Nova Cooperação Jurídica Internacional**. Belo Horizonte: Arraes, pp. 17-52, 2015.

MEVORACH, Irit. *Jurisdiction in Insolvency: A Study of European Courts' Decisions*, **Journal of Private International Law**, vol. 6, n. 2, pp.327-357, 2010.

_____. *On the road to universalism: a comparative and empirical study of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*. **European Business Organization Law Review**, v. 12, n. 4, pp. 517-557, 2011.

_____. **The future of Cross-border Insolvency: overcoming biases and Closing Gaps**. Oxford: Oxford University Press, 2018, *e-book*.

MIGALHAS. **Advogados da Parmalat entram com o primeiro pedido de recuperação de empresas em São Paulo**, quarta-feira, 29 de junho de 2005. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI13602,11049-Advogados+da+Parmalat+entram+com+o+primeiro+pedido+de+recuperacao+de>>. Acessado em: 04.07.2016.

MILHAUPT, Curtis J.; PISTOR, Katharina. **Law & Capitalism: What Corporate Crises Reveal about Legal Systems and Economic Development around the World**. Chicago: The University of Chicago Press, 2008. *e-book*.

MILLER, D J; SHAKRA, Michael. *Nortel: The Long and Winding Road*, In **Annual Review of Insolvency Law**, edited by J. P. Sarra and B. Romaine, pp. 281-310. Toronto: Carswell, 2015.

MILLER, Marcello. Comentário ao art. 23. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, e-book.

MOHAN, S. C. *Cross-border Insolvency Problems: Is the UNCITRAL Model Law the Answer?* **International Insolvency Review**, 21, pp. 199–223, 2012.

MOONEY JR., Charles W. *Harmonizing Choice-of-Law Rules for International Insolvency Cases: Virtual Territoriality, Virtual Universalism, and the Problem of Local Interests*, **Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law**, vol. 9, Issue 1, pp. 120-151, 2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras. In: TIBURCIO, Carmem; BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Internacional Contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger**. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 549-558, 2006.

MOREIRA, Talita. Parmalat brasileira aguarda concordata. **Valor Econômico**, 05.07.2004. Disponível em: < <http://www.valor.com.br/arquivo/421525/parmalat-brasileira-aguarda-concordata> >. Acessado em: 04.07.2016.

MOSS, Gabriel. *Group Insolvency - Choice of Forum and Law: The European Experience Under the Influence of English Pragmatism*, **Brooklyn Journal of International Law**, vol. 32, Issue 3, pp. 1005-1018, 2007.

NADELMANN, Kurt H. *Bankruptcy Treaties*, **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 93, pp. 58- 97, 1944.

NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e Normas do Direito Internacional: um estudo sobre a Soft Law** São Paulo: Atlas, 2005.

O DIREITO: Revista semanal de legislação, doutrina e jurisprudência, 58º volume. Rio de Janeiro: Typ. Montenegro, 1892.

OHADA. **Uniform Act Organising Collective Proceedings for Wiping off Debts /Acte Uniforme Portant Organisation des Procédures Collectives D'apurement Du Passif**. Disponível em: < http://biblio.ohada.org/pmb/opac_css/doc_num.php?explnum_id=16 >. Acessado em: 23 de outubro de 2017.

OMAR, Paul. *Diffusion of the Principle in Cambridge Gas: A Sad and Singular Deflation*. **Nottingham Insolvency and Business Law e-Journal**, vol. 3, pp. 573-593, 2015.

_____. *Judicial Cooperation in the Post-Singularis World*, **International Corporate Rescue**, Vol 15, Issue 1, pp.1-8, 2018.

PAIVA, Heloísa Assis de; PALUMA, André. Regras de Competência Judicial Internacional e Análise Crítica do *Forum Shopping e Forum non Conveniens*. In: TIBURCIO, Carmem; MENEZES, Wagner; VASCONCELOS, Raphael. **Panorama do direito internacional privado atual e outros temas contemporâneos**. Belo Horizonte: Arraes, pp. 69-78, 2015.

PASCUAL, Julián González; OLIVEIRA, Ana Katarina Pessoa de. *El papel de la UNCITRAL (CNUDMI) en las insolvencias transfronterizas*. **Panorama Socioeconómico**, año 31, n. 46, pp. 41-57, 2013.

PEACOCK, Lauren L., *A Tale of Two Courts: The Novel Cross-Border Bankruptcy Trial*, **ABI Law Review**, vol. 23, pp. 543-570, 2015.

PECK, James Michael. *Lehman Brothers and the Limits of Universalism*. In: **Insolvency Lawyers Association Annual Dinner**, 2014, [s.l.]. Disponível em: < <http://www.ilauk.org/docs/news/ilaadlecturejpeckdoc.pdf> >. Acessado em: 29 de julho de 2015.

_____. *Cross-border observations derived from my Lehman judicial experience*. **Butterworths Journal of International Banking and Financial Law**, Vol. 30, n. 3, pp. 131-133, março/2015.

PEREIRA, Marcela Harumi Takahashi. **Dos casos em que é desnecessário homologar uma sentença estrangeira**. Rio de Janeiro, 2009. 264 f. Tese Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

PEREZ, Marcela Melo. Comentários ao art. 960. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, e-book.

PINHO, José Antonio Gomes de; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. Accountability: já podemos traduzi-la para o português? **Revista de Administração Pública FGV**, n. 43(6), pp. 1343-1368, nov./dez. 2009.

PISTOR, Katharina. *The Standardization of Law and Its Effect on Developing Economies*. **The American Journal of Comparative Law**, v. 50, n. 1, pp. 97-130, 2002.

POLIDO, Fabrício Bertini. A cooperação jurídica internacional no Código de Processo Civil de 2015: Rumo a convergência com os novos paradigmas do Direito Internacional Privado. In: RAMOS, André de Carvalho (coord). **Direito Internacional Privado: Questões Controvertidas**. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

PORFÍRIO, Fernando. SALVA PELO GONGO: Justiça aceita pedido de recuperação judicial da Parmalat. São Paulo. **Conjur-Consultor Jurídico**, 30 de junho de 2005. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2005-jun-30/justica_aceita_recuperacao_judicial_parmalat >. Acessado em: 04.07.2016.

POTTOW, John A. E. *A New Role for Secondary Proceedings in International Bankruptcies*. **Texas International Law Journal**, v. 46, n. 3, pp. 579-99, 2011.

_____. *Beyond Carve-Outs and Toward Reliance: A Normative Framework for Cross-Border Insolvency Choice of Law*. **Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law**, v. 9, n.1, pp.201-225, 2014.

_____. *Greed and Pride in International Bankruptcy: The Problems of and Proposed Solutions to 'Local Interests'*. **Michigan Law Review**. 104, no. 8, pp. 1899-1949, 2006.

_____. *Procedural Incrementalism: A Model for International Bankruptcy*. **Virginia Journal of International Law**, v. 45, n. 4, pp. 935-1015, 2005.

_____. *The Maxwell Case*. In: RASMUSEN, Robert (ed). **Bankruptcy Law Stories**, pp. 222-237, 2007; U of Michigan Public Law Working Paper No. 89. Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=1000448>>.

_____. *Two Cheers for Universalism: Nortel's Nifty Novelty*. In **Annual Review of Insolvency Law**, edited by J. P. Sarra and B. Romaine, pp. 333-367. Toronto: Carswell, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. Direito Internacional Privado e a Ambição Universalista. In: TIBURCIO, Carmem; MENEZES, Wagner; VASCONCELOS, Raphael (coords). **Panorama do direito internacional privado atual e outros temas contemporâneos**. Belo Horizonte: Arraes, pp. 14-33, 2015.

_____. Direito Internacional Privado e seus Aspectos Processuais: A Cooperação Jurídica Internacional. In: RAMOS, André de Carvalho; MENEZES, Wagner (coord). **Direito Internacional Privado e a Nova Cooperação Jurídica Internacional**. Belo Horizonte: Arraes, pp. 02-16, 2015.

_____. O novo Direito Internacional Privado e o conflito de fontes na cooperação jurídica internacional. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 108, pp. 621-647, jan./dez. 2013.

_____; GRAMSTRUP, Erik Frederico. **Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, Mariana dos Anjos. O Paradigma da Soberania e a Cooperação Jurídica Internacional. In: RAMOS, André de Carvalho; MENEZES, Wagner (coord). **Direito Internacional Privado e a Nova Cooperação Jurídica Internacional**. Belo Horizonte: Arraes, pp. 115-133, 2015.

RAS, Clinton. **The future of Cross-Border Insolvency Act 42 of 2000 in view of developments elsewhere**. Dissertation (LLM)--University of Pretoria, 2015.

RASMUSSEN, Robert K. *Debtor's Choice: A Menu Approach to Corporate Bankruptcy*. **Texas Law Review**, vol. 71, pp. 51-121, 1992.

_____. *Resolving Transnational Insolvencies through Private Ordering*. **Michigan Law Review**, v. 98, n. 7, pp. 2252–2275, 2000.

_____. *Where are All the Transnational Bankruptcies? The Puzzling Case for Universalism*. **Brooklyn Journal of International Law**, vol. 32, pp. 983-1003, 2007.

_____. *A New Approach to Transnational Insolvencies*. **Michigan Journal of International Law**, vol. 19, pp.1-35, 1997-1998.

RECHSTEINER, Beat Walter. A Insolvência Internacional sob a Perspectiva do Direito Brasileiro. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord). **Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, pp. 671-699, 2005.

_____. **Direito falimentar internacional e MERCOSUL**. São Paulo: J. Oliveira, 2000.

_____. **Direito Internacional Privado – teoria e prática**. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

REDMOND, Christopher J. *Working Methods of UNCITRAL Working Group V (Insolvency) and Choice of Law*. **Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law**, vol.9, pp. 48-62, 2014.

REIS, Gabriel Valente dos. Ordem Pública e Cosmopolitismo. In: TIBURCIO, Carmem; MENEZES, Wagner; VASCONCELOS, Raphael. **Panorama do direito internacional privado atual e outros temas contemporâneos**. Belo Horizonte: Arraes, pp. 309-321, 2015.

REQUIÃO, Rubens. A classificação dos créditos na falência. In: _____. **Aspectos Modernos de Direito Comercial**, Vol.2. São Paulo: Saraiva, pp. 129-143, 1980.

_____. **Curso de Direito Falimentar**. V. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

RODRIGUEZ, Mónica Sofia. **Armonización Legislativa en materia de salvataje de empresas en el MERCOSUR: ¿Una quimera o una necesidad?** Buenos Aires, 2010. Edición electrónica gratuita. Texto completo em: www.eumed.net/tesis/2010/msr/.

_____. *Bases De Armonización Legislativa En Materia De Salvataje De Empresas En El Mercosur*. **Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"**, Año II, Número 2, Otoño 2008.

ROSENAU, James N. *Governance in a New Global Order*. In: HELD, David; MCGREW, Anthony (ed.). **The Global Transformations Reader: An Introduction to the Globalization Debate**. 2. ed. Cambridge: Polity Press, pp. 223-233, 2003.

ROWAT, Malcolm. *Reforming Insolvency Systems in Latin America*. **Viewpoint**. World Bank, Washington, DC, 1999.

SANTEN, Bernard P.A.; de VEN, Fabian A. van; BOON, Gert-Jan. **Opening secondary insolvency proceedings in the EU. 2015.** Disponível em: < <https://www.insol-europe.org/download/documents/697> >. Acessado em: 21 de setembro de 2017.

SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. **Lua Nova**, São Paulo, n. 39, pp. 105-124, 1997.

SANTOS, J. A. A Falência no Direito Internacional e o Mercosul. In: SANTOS, Paulo Penalva; GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis (coords). **A nova lei de falências e de recuperação de empresas: Lei nº 11.101/05.** Rio de Janeiro: Forense, pp. 365-388, 2006.

SANTOS, J. M. Carvalho. **Código de Processo Civil Interpretado.** V. IX. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

SASSEN, Saskia. *Neither global nor national: novel assemblages of territory, authority and rights.* **Ethics & Global Politics**, vol. 1, No. 1-2, pp. 61-79, 2008.

SATIRO, Francisco, CAMPANA FILHO, Paulo Fernando; BECUE, Sabrina. Insolvência Transnacional e o Projeto de Código Comercial: o que diz a UNCITRAL sobre credores nacionais e estrangeiros. São Paulo. **Jota**, 05/07/2016.

_____; CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. A Insolvência Transnacional: para além da regulação estatal e na direção dos acordos de cooperação. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco (coord.). **Direito das Empresas em Crise: problemas e soluções.** São Paulo: Quartier Latin, pp. 119-140, 2012.

SCHWARTZ, Alan. *A Contract Theory Approach to Business Bankruptcy.* **Yale Law Journal**, vol. 107, pp.1807-1851, 1998.

SCOTTI, Luciana Beatriz. Diálogo de fuentes: las normas regionales del MERCOSUR y las nuevas disposiciones del derecho internacional privado argentino. **Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión**, [S.l.], pp. 152-184, abr. 2016.

SEIFE, Howard; VAZQUEZ, Francisco. Experiência Transnacional de Empresas Brasileiras nos Estados Unidos e os Benefícios da Lei Modelo. In: ELIAS, Luiz Vasco (coord). **10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências - Reflexões Sobre A Reestruturação Empresarial.** São Paulo: Quartier Latin, pp. 173-198, 2015.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da; STEINER, Renata. *Party Autonomy in Brazilian International Private Law*. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar; TRIPODI, Leandro (ed.). **CISG and Latin America: regional and global perspectives**. The Hague: Eleven International, pp. 345-358, 2016.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Cooperação jurídica internacional e auxílio direito*. In: TIBURCIO, Carmem; BARROSO, Luís Roberto (coords.). **O Direito Internacional Contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger**. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 797-807, 2006.

SLAUGHTER, Anne-Marie. *Governing the Global Economy through Government Networks*. In: BYERS, Michael (ed.). **The Role of Law in International Politics**. Oxford University Press, 2000.

_____. *Judicial Globalization*, **Virginia Journal of International Law**, vol. 40, pp. 1103-1124, 2000.

_____. *Sovereignty and Power in a Networked World Order*, **Stanford Journal Of International Law**, vol. 40, pp. 283-328, 2004.

SOARES, Boni de Moraes. *Um Réquiem ao Velho Juízo de Delibação: Homenagem Póstuma à Tradicional Cognição no Direito Processual Internacional Brasileiro*. In: RAMOS, André de Carvalho; MENEZES, Wagner (coord). **Direito Internacional Privado e a Nova Cooperação Jurídica Internacional**. Belo Horizonte: Arraes, pp. 53-78, 2015.

TEUBNER, Gunther. *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*. **Law and Society Review**, vol. 17, n. 2, pp. 239-285, 1983.

_____; FISCHER-LESCANO, Andreas. *Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*. **Michigan Journal of International Law**, v. 25, n. 4, pp. 999-1046, 2004.

THE AMERICAN LAW INSTITUTE (ALI). **Global Rules on Conflict-of-Laws Matters in Insolvency Cases**. In: **Transnational Insolvency: Global Principles for Cooperation in International Insolvency Case**, 2012.

THE REPUBLIC OF SINGAPORE. **Committee to Strengthen Singapore as an International Centre for Debt Restructuring**. Disponível em: <

<https://www.mlaw.gov.sg/content/dam/minlaw/corp/News/Report%20of%20the%20Committee.pdf>>.

THE SUPREME COURT OF THE REPUBLIC OF SINGAPORE. Registrar's Circular no. 1 of 2017: Issuance of Guidelines for communication and cooperation between courts in cross-border insolvency matters. Disponível em: <<https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/module-document/registrarcircular/rc-1-2017---issuance-of-guidelines-for-communication-and-cooperation-between-courts-in-cross-border-insolvency-matters-.pdf>>.

TIBURCIO, Carmen. Efeitos Extraterritoriais da Falência. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, vol. 62, 2013.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. A reforma da lei de falências e a experiência do direito estrangeiro. **Revista do Advogado**, São Paulo, n.36, p. 82-87, 1992.

_____. Empresa em Crise no Direito Francês e Americano. São Paulo, 1987. **Dissertação de Mestrado**. Programa de Pós-Graduação em Direito - Universidade de São Paulo.

_____. In: _____; ABRÃO, Carlos Henrique (coords.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2016, e-book.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Brasil ingressa no Judicial Insolvency Network representado por juiz do TJSP**. Notícias. Data 12/09/2017. Disponível em: < <http://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=48732>>. Acessado em 20 de novembro de 2017.

TUNG, Frederick. *Is International Bankruptcy Possible?* **Michigan Journal of International Law**, v. 23, pp. 1-72, 2001.

_____. *Is International Bankruptcy Possible?* **Michigan Journal of International Law**, vol. 23, pp. 31-102, 2001.

TWINING, William. **Globalisation & Legal Theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

UNITED NATIONS. **A Guide to UNCITRAL**: Basic facts about the United Nations Commission on International Trade Law. Vienna, 2013.

_____. **UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law**. New York, 2005.

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

UNITED STATES. District Court (New York: Southern District). **George B. Heath, Complainant, Vs. Port of Para: Empire Trust Company, As Trustee, Etc., And National Trust Company, As Trustee, Etc., Defendants. No. 12-207, Equity. First Report of Receivers**, September 1st, 1918, New York, 1918. Disponível em: <
<https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=nyp.33433019203888;view=1up;seq=1>>

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Sistema Integrado de Bibliotecas. **Diretrizes para apresentação de teses e dissertações à USP**. 3ª Ed. São Paulo: SIBi/USP, 2016. Disponível em: <http://www.teses.usp.br>. Acessado em 25 de abril de 2018.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**. V. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências**: Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, vol. I, 4. ed. atual. por J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Comentários à Lei de Falências**: Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, vol. IV. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

VAMPRÉ, Spencer; **Tratado Elementar de Direito Comercial**, vol. III. Rio de Janeiro: F. Briguit, 1921.

VERGUEIRO, Luiz Fabrício Thaumaturgo. **Implementação da cooperação jurídica vertical**. São Paulo, 2012. 272 f. Tese de Doutorado - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

WALTERS, Adrian, *Modified Universalisms & the Role of Local Legal Culture in the Making of Cross-Border Insolvency Law* (December 7, 2017). [Forthcoming in **American Bankruptcy Law Journal**]. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3084117>.

_____. *Giving effect to foreign restructuring plans in Anglo-US private international law*. **Nottingham Insolvency and Business Law e-Journal**, 3 (20), pp. 375-392, 2015.

WARREN, E.; WESTBROOK, J. L. *Contracting out of Bankruptcy: An Empirical Intervention*. **Harvard Law Review**, vol. 118(4), pp. 1197–1254, 2005.

WATERS, Melissa A. *Mediating Norms and Identity: The Role of Transnational Judicial Dialogue in Creating and Enforcing International Law*. **Georgetown Law Journal**, vol. 93, No. 2, pp.487-574, January 2005.

WEBER, Marianne Mendes. **Direito da concorrência e cooperação jurídica internacional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

WESSELS, Bob. *Contracting Out of Secondary Insolvency Proceedings: The Main Liquidator's Undertaking in the Meaning of Article 18 in the Proposal to Amend the EU Insolvency Regulation*. **Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law**, vol. 9, Issue 1, pp. 63-110, 2014.

_____. **International Insolvency Law**. Part I: Global Perspectives on Cross-Border Insolvency Law. 4. ed. Deventer: Wolters Kluwer, 2015.

_____. **Should the EU Adopt UNCITRAL Model Law on Cross-border Insolvency?** Disponível em: < <http://bobwessels.nl/2016/10/2016-10-doc12-should-the-eu-adopt-uncitral-model-law-on-cross-border-insolvency/> >. Acessado em: 23 de outubro de 2017.

WESTBROOK, Jay L., *Nortel: The Cross-Border Insolvency Case of the Century*, **Butterworths Journal of International Banking and Finance Law**, vol. 498, 2015.

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

_____. *A Comment on Universal Proceduralism*, 48 **Colum. J. Transnat'l L.**, pp. 503-518, 2009-2010.

_____. *Ian Fletcher and the Internationalist Principle*. **Nottingham Insolvency and Business Law e-Journal**, vol. 3, pp. 565-572, 2015.

_____. *Theory and Pragmatism in Global Insolvencies: Choice of Law and Choice of Forum*, **American Bankruptcy Law Journal**, vol. 65, pp. 457-490, 1991.

_____. *A Global Solution to Multinational Default*. **Michigan Law Review**, vol. 98, pp. 2276-2328, 1999-2000.

_____. *An Empirical Study of the Implementation in the United States of the Model Law on Cross Border Insolvency*. **American Bankruptcy Law Journal**, v.87, no.2, pp. 247-270, 2013.

_____. *Interpretation Internationale*, **Temple Law Review**, vol. 87, no. 4, pp. 739-758, 2015.

_____. *Multinational Enterprises in General Default: Chapter 15, the ALI Principles, and the EU Insolvency Regulation*. **American Bankruptcy Law Journal**, v. 76, n. 1, pp. 1-40, 2001.

_____. *Priority Conflicts as a Barrier to Cooperation in Multinational Insolvencies*. **Penn State International Law Review**, v. 27, n. 3, pp. 869-878, 2009.

_____; BOOTH, Charles D.; PAULUS, Christoph G.; RAJAK, Harry. **A Global View of Business Insolvency Systems**. Washington, DC: World Bank and Brill, 2010.

WORLD BANK. **Principles and guidelines for effective insolvency and creditor rights systems: Introduction, executive summary and principles**. Washington, DC: World Bank, 2001.

ZUMBANSEN, Peer. *Defining the Space of Transnational Law: Legal Theory, Global Governance, and Legal Pluralism*. **Transnational Law and Contemporary Problems**, v. 21, n. 2, pp. 305-335, 2012.

ZUMBRO, Paul H., *Cross-Border Insolvencies and International Protocols-An Imperfect but Effective Tool*, **Business Law International**, vol.11, N. 2, pp. 157-169, 2010.