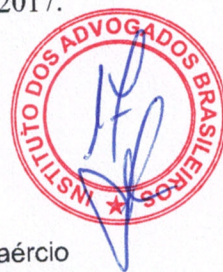


042/2017

Apresentado no nome de
Luiz de 15/08/17
J. L. L. N.

Rio de Janeiro, 02 de agosto de 2017.



À

Comissão Permanente de DIREITO EMPRESARIAL
Instituto dos Advogados do Brasil – IAB

Parecer sobre o Projeto de Lei nº 3.741, de 2015, de autoria do Deputado Laércio Oliveira, que busca alterar a Lei nº 11.101/2005, para dispor sobre a cooperação internacional na falência e recuperação de empresas globais.

Prezados senhores,

Eméritos consórcios, tendo analisado o texto do PL 3741/15, teço aqui as minhas considerações a respeito da redação do referido projeto de lei visando o seu aprimoramento e aperfeiçoamento, que submeto aos colegas para que as apreciem e, caso estejam de acordo, tais sugestões possam ser encaminhadas à Comissão de Constituição e Justiça do Congresso para apreciação pelos parlamentares daquela comissão.

Como já sou estudioso do tema há algum tempo e entusiasta do instituto da falência transnacional, me permitirei introduzir o assunto através de um capítulo preliminar analisando aspectos e nuances da Lei Modelo da UNCITRAL em matéria de Insolvência Transnacional, para depois comentar o texto do projeto de lei propriamente.

I – Introdução:

Embora exista uma miríade de normas jurídicas disponíveis em diversos sistemas judiciais para auxiliar na produção antecipada de provas e de possíveis medidas constritivas para dar curso ou auxiliar em um processo judicial de outra jurisdição, como o dispositivo processual 28 U.S. Code § 1782 dos Estados Unidos e a ordem *Norwich Pharmacal*¹ do sistema inglês, questões de competência de foro e de soberania jurisdicional, e regras de conflitos de leis no tempo e no espaço, dão azo a defesas e exceções a tais medidas, conforme normatizado no precedente paradigmático *The Siskina*² na Inglaterra e pelo

¹ *Norwich Pharmacal v. Customs and Excise Commissioners* [1974] AC 133. Precedente em que a House of Lords reconheceu o poder do juízo de decidir por equidade permitindo assim ordenar a um terceiro, não-parte no litígio mas que de alguma forma se envolveu ou facilitou um ato ilícito praticado, ainda que de receptação, a testemunhar ou prover informações. A “NPO” (*Norwich Pharmacal Order*) pode visar a identificação do fraudador ou a preservação de ativos.

² *Siskina (Cargo Owners) v. Distos Compania Naviera SA* [1979] AC 210.



UFMJA (*Uniform Foreign Money-Judgments Recognition Act*) de Nova York, que, por vezes, ao aplicarem o princípio da territorialidade, impedem que se consiga o efeito almejado em casos de cobranças de dívidas privadas ou de execução para cumprimento de sentenças de outras jurisdições, que normalmente exigem o ajuizamento de cartas rogatórias ou a homologação de decisão transitada pelos tribunais superiores, o chamado “*exequatur*”. Outra medida acautelatória adotada em países anglo-saxões, derivada da *Common Law*, é o mandado *Anton Piller*³, destinado a efetivar medidas de busca e apreensão de documentos e/ou averiguações in loco em instalações visando produção antecipada de provas quando existe fundado receio de que uma parte destrua ou procure evadir tais informações ou documentos.

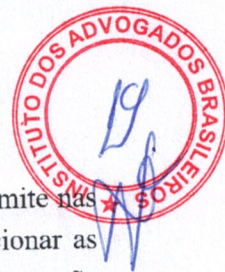
Entretanto, em casos de processos de concurso de credores em processos de insolvência – as *liquidation proceedings*, tal como rotulado no anglo-saxão – a Lei Modelo da UNCITRAL em matéria de insolvência transnacional traz mecanismos bastante eficazes para contornar tais entraves e ter sucesso na recuperação de bens oriundos de fraude a credores, além de possibilitar que se tramitem diligências, tal como para mandar ofícios a bancos, dar ciência às partes e ouvir testemunhas daquela jurisdição, fazer habilitações de créditos *et cetera*.

A “Lei Modelo” em matérias de Insolvência Transnacional da UNCITRAL (acrônimo em inglês para **Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional**) facilita a cobrança de um credor recalcitrante em uma jurisdição estrangeira, mediante o “reconhecimento” de um processo de falência de outra jurisdição. Ela foi adotada por Eritreia, África do Sul, Japão, México, Montenegro, Ilhas Virgens Britânicas, Polônia, Romênia, Sérvia, Estados Unidos da América, Colômbia, Grã-Bretanha, Nova Zelândia, Coreia do Sul, Eslovênia, Austrália, Canadá, Ilhas Maurício, Grécia, Uganda, Ilhas Seychelles, Gibraltar, Congo, Costa do Marfim, Camarões, Burquina Faso, Benin, Togo, Senegal, Nigéria, República do Mali, República do Malawi, Quênia, República da Guiné, Guiné Bissau, Guiné Equatorial, Gabão, República Democrática do Congo e Cingapura.

Eduardo Henrique Bondarczuk⁴, ao citar diversos doutrinadores que discorrem sobre o “princípio da pluralidade” de juízos, aventa como questão de competência

³ *Anton Piller KG v. Manufacturing Processes Ltd*; CA 8 Dec 1975.

⁴ BONDARCZUK, Eduardo Henrique. “Problemas da competência internacional e do direito aplicável no direito de insolvência internacional da União Européia e do Mercosul”. Porto Alegre: 2010, P. 15-17; RECHSTEINER, Beat Walter. “A insolvência internacional sob perspectiva do Direito brasileiro”. (cap. 21), in PAIVA, Luiz Fernando Valente



multijurisdicional ou transnacional, a possibilidade de que o julgamento da lide tramite nas diversas jurisdições em que se encontrem bens de um mesmo devedor. Ao mencionar as diversas correntes que defendem o “princípio da universalidade”, admite ainda a extensão dos efeitos jurídicos de um processo de insolvência nacional aos países em que existam bens do devedor insolvente, ficando esse elemento de conexão condicionado a certas condições materiais da legislação interna de cada jurisdição. É nesse contexto que a Lei Modelo da UNCITRAL e seus guias práticos e legislativos de 2004, 2009 e 2010 visam harmonizar as diversas correntes doutrinárias na medida em que conciliam um processo principal com a possibilidade de procedimentos secundários em outros países.

A Lei Modelo da UNCITRAL, ao prever instrumentos de cooperação jurídica internacional em casos de processos de insolvência multijurisdicionais e o reconhecimento de um processo de falência em outra jurisdição, permite a condução em um juízo estrangeiro de atos processuais como a tomada de depoimentos, realização de perícias, além de medidas satisfativas e constritivas, incluindo indisponibilidade de recursos, sequestro, arresto, busca e apreensão de bens, além de citações, intimações e comunicações.

Com relação ao projeto de lei em comento, cabe ressaltar que o referido texto já havia sido introduzido, *ipsis litteris*, na forma de emenda (Emenda nº 194/2013, apresentada em 04 de novembro de 2013 pelo mesmo Deputado Laércio Oliveira) ao Projeto de Lei nº 1.572/2011, que trata da reforma do Código Comercial brasileiro, em um novo título (Título II) em capítulo próprio do Livro IV, que trata da “Crise da Empresa”.

No que tange às legislações adjetivas de outros países, como o “Capítulo 15” (*Chapter 15*) da Lei de Falências dos Estados Unidos e a Seção 14 do *UK Insolvency Act* de 2000, é possível o reconhecimento da competência acessória para tramitar medidas destinadas à cobrança de devedores insolventes, falidos ou em processo liquidação em seus países, bem como a extensão dos efeitos a terceiros, conforme o caso. No caso do *Chapter 15*, introduzido na lei falimentar dos EUA pela Lei de Prevenção ao Abuso na Falência e Proteção dos Consumidores (*Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act*) de 2005, estão aptos e legitimados a pedir o “*recognition*” do processo acessório sob a égide do *Chapter 15*, o “representante estrangeiro” de um “procedimento estrangeiro”, inclusive de um processo administrativo, desde que sujeito ao escrutínio e supervisão judicial. Para se iniciar tal procedimento acessório, com base no disposto no *11 U.S.C. § 1515*, basta peticionar ao juízo competente sobre os bens do devedor (fraudador) nos

de (coord.) *et al.* **Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. P. 675; p. 673. *Apud* BONDARCZUK, 2010, P. 15.



Estados Unidos, anexando cópias certificadas do processo principal e do ato de nomeação do “representante estrangeiro”.

Tais normas já foram testadas com sucesso em casos de falências de empresas brasileiras, que delas se utilizaram, mediante a instauração de procedimento sigiloso *ex parte* pelo administrador judicial da falência no Brasil para instaurar processos de falência em outros países com o objetivo de obter medidas constritivas dos administradores e sócios das empresas falidas e que as defraudaram.

Por outro lado, enquanto não se recepcionam os preceitos da Lei Modelo da UNCITRAL, os juízes brasileiros não têm reconhecido a sua competência para processar pedidos acessórios de falências ou procedimentos análogos a recuperações judiciais de outros países com base no “princípio da territorialidade” insculpido no artigo 12 do Decreto-lei Nº 4.657, de 04/09/1942 (Lei de Introdução ao Código Civil), que determina ser “competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil”, e no artigo 3º da Lei nº 11.101/2005 (Lei de Recuperações de Empresas e Falência), segundo o qual “é competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, de deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial da empresa que tenha sede fora do Brasil”. Foi com base na interpretação restritiva de tais diplomas, ao neles aplicar o princípio da territorialidade, que em 2013 o Ministério Público Estadual do Rio de Janeiro atuou pelo indeferimento do processamento da recuperação judicial das sociedades OGX Internacional e da OGX Áustria pelo Poder Judiciário brasileiro, mantendo apenas no plano de recuperação as empresas do grupo sediadas no Brasil. O mesmo ocorreu, mais recentemente, no caso do estaleiro Sete Brasil.

Muito interessante também é a possibilidade de que um devedor sem bens suficientes a responder por uma ação de cobrança ou execução na jurisdição pátria venha a ter a sua **insolvência civil** declarada pelo juízo da execução, como forma de permitir aplicar as medidas transnacionais de insolvência nos países nos quais o devedor, diretamente ou por meio de interpostas pessoas possua bens, para a constrição de tais ativos.

Dessa forma, em casos de uma execução frustrada de sentença por ocultação de patrimônio pelo devedor, quando o mesmo esvazia intencionalmente o seu patrimônio na pessoa jurídica ou física, uma estratégia interessante e por vezes utilizada por advogados de credores especializados em fraude com atuação global é forçar a instituição devedora a se submeter a um procedimento de liquidação ou insolvência, que se qualifique como tal nos termos do dispositivo procedimental próprio, e assim permitir a recuperação transnacional



de ativos do fraudador, tais como participações societárias ou disponibilidades financeiras em contas bancárias em nome de partes relacionadas ao devedor recalcitrante.

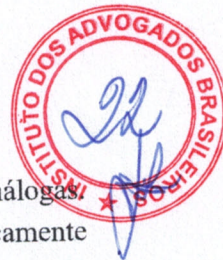
Outro fator relevante na aplicação das medidas acessórias, embora autônomas, do processo subsidiário de falência a tramitar em outra jurisdição por força da Lei Modelo da UNCITRAL, diz respeito à classificação do procedimento estrangeiro, que pode ser “principal” ou “subsidiário”, o que se determina pelo “centro de principal interesse” (*Center of Main Interest*) no que tange a aspectos econômicos e patrimoniais das jurisdições envolvidas, por vezes vinculado ao local de domicílio do falido, para se determinar os remédios jurídicos e o domínio sobre os bens constringidos localizados na jurisdição acessória em questão no território principal.

A jurisprudência em diversas jurisdições estrangeiras, sobretudo nas jurisdições anglo-saxãs, se solidificou de forma a permitir o congelamento, bloqueio e, em certos casos, mesmo a penhora e repatriação de bens e ativos, tangíveis e intangíveis, provenientes de operações fraudulentas, sobretudo em casos de insolvência, que extravasem os limites fronteiriços de cada jurisdição de forma a se obter um alcance transnacional de medidas judiciais e a instauração de outras para se conseguir recuperar valores ou executar decisões, com a extensão de efeitos para alcance dos bens de laranjas, testas de ferro e fiduciários, os chamados *nominees* ou *garnishees*, como se diz no jargão da indústria. A tal respeito, é importante mencionar como as normas internas e construções jurisprudenciais de cada país se posicionam no tocante a concessão ou não de mandados determinando a produção de informações (*disclosure orders*) e mesmo de indisponibilidade e bloqueio de bens e ativos (*freezing orders*) com relação a devedores na prática de fraude a credores, ainda que por meio de veículos indiretos (os chamados “*cause of action defendants*”), ou de terceiros, interpostas pessoas, cuja vinculação à fraude muitas vezes não se consegue comprovar cabalmente, os quais são qualificados como “*non-cause of action defendants*”.

II – Comentários à redação do P.L. 3.741-A, de 2015:

“Art. 167-B. Equipara-se ao juízo falimentar, para os fins deste Capítulo, a autoridade ou órgão administrativo com competência para liquidar empresas em crise, de acordo com a lei estrangeira.”

Comentário: como pode ser que existam em outras jurisdições institutos similares com diferentes denominações ou nomenclaturas, ou mesmo processos de insolvência específicos para determinado tipo de entidade, como temos no Brasil para instituições financeiras, que se sujeitam a liquidação extrajudicial à luz do disposto nos artigos 34 e 35 da Lei nº 6.024



de 13 de março de 1974, o princípio de aplicação se estende para tais hipóteses análogas. Aplica-se, portanto, a qualquer espécie de “*liquidation proceeding*”, como genericamente rotulado nos Estados Unidos da América.

“Art. 167-D. As comunicações e solicitações serão feitas em língua portuguesa ou acompanhadas de tradução para esta língua, a ser providenciada pelo emitente do respectivo documento.

§ 1º Para os fins do disposto no caput deste artigo, fica dispensada a exigência de tradução juramentada. (. . .)”

Comentário: Interessante notar como é conferida fé-pública aos agentes envolvidos, dispensando-se tradução juramentada para o vernáculo.

“Art. 167-F. As solicitações e comunicações serão feitas diretamente entre os juízos falimentares, independentemente de carta rogatória ou qualquer intermediação dos órgãos diplomáticos ou de seção consular.”

“Art. 167-P. O juízo falimentar de um país pode solicitar o reconhecimento do respectivo processo falimentar ao de outro país. [. . .].”

Comentário: De acordo com o texto da Lei Modelo da UNCITRAL para *Cross-Border Insolvency*, não apenas os pedidos de reconhecimento da falência na jurisdição secundária, mas também os requerimentos ao juízo da jurisdição acessória (em nosso caso, o juízo brasileiro), podem ser feitos por um representante da massa falida, como por exemplo, é o caso do Administrador Judicial (artigos 9 e 11 da Lei Modelo), ou mesmo por um credor do falido (artigo 13 da Lei Modelo), permitindo assim o acesso direto pelas partes interessadas, como ocorre no *Chapter 15* dos Estados Unidos, para obter remédios jurídicos na jurisdição acessória.

Mas na proposta do projeto de lei, apenas o pedido de falência no Brasil pode ser feito por um credor estrangeiro, nos termos do artigo 167-L, inciso I. Todos os demais atos, como o pedido de reconhecimento no Brasil de uma falência no exterior, quanto pedidos de indisponibilidade ou de constrição de bens ou a tomadas de depoimentos, por exemplo, bem como de quaisquer diligências, teriam que ser solicitados pelo juízo estrangeiro, e não pelo representante da massa.



A meu ver, a necessidade de que emanem do juízo estrangeiro as solicitações ao juízo subsidiário, não permitindo que o administrador da massa ou credor o façam, é processualmente antieconômica e limita a aplicação do instituto transnacional. Em se permitindo o acesso direto pelo Administrador Judicial da massa falida, sem exigir que haja a interveniência do juízo estrangeiro, se desburocratizaria ainda mais o processo de reconhecimento da falência, ainda que se obrigasse o juízo acessório a comunicar os atos tomados ao juízo de origem. Além disso, já se demonstrou que o processo derogante, das cartas rogatórias, é moroso e lento. Da mesma forma o seria nesse caso. Não nos parece razoável, portanto, exigir que haja comunicação por meio dos juízos se a própria Lei Modelo de matéria de insolvência transnacional da UNCITRAL assim não o faz. Embora, nos casos em que requerimentos sejam feitos ao juízo brasileiro pelo administrador judicial da massa falida no juízo principal, alguma forma de comunicação e interação com o juízo da falência principal para que exerça o controle dos atos e resguarde os privilégios seja assegurada.

“Art. 167-V. Com as adaptações cabíveis, aplicam-se ao processo de recuperação judicial com repercussão transnacional as normas do Capítulo anterior, desde que a administração da empresa em crise esteja sob intervenção do juízo recuperacional, brasileiro ou estrangeiro, segundo a lei aplicável.”

Nesse ponto, eu acredito que deve se ter bastante cautela para conciliar os institutos recuperacionais das jurisdições envolvidas, no exterior e no Brasil, já que podem existir institutos com terminologia parecida, porém conceitualmente distintos um do outro, não apenas com relação aos ritos processuais, mas também com relação às regras que os governam. Também acredito que o termo “sob intervenção” parece demasiadamente vago no contexto de sua aplicação ao caso, e o legislador deveria qualificar o que constituiria tal intervencionismo.

Esses são os meus comentários, críticas e sugestões ao texto do Projeto de Lei nº 3.741-A, de 2015, que submeto aos Senhores para aprovação e encaminhamento.

Com os meus respeitosos cumprimentos.

Luiz Otávio Piclum Villela