

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 36

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Janeiro / Junho de 2025

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

EDITORES: Sérgio Campinho (Graduação, UERJ, Brasil) e Mauricio Moreira Menezes (Doutor, UERJ, Brasil).

CONSELHO EDITORIAL: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (Doutor, UERJ, Brasil), Ana Frazão (Doutora, UNB, Brasil), Antônio José Avelãs Nunes (Doutor, Universidade de Coimbra, Portugal), Carmen Tiburcio (Doutora, UERJ, Brasil), Fábio Ulhoa Coelho (Doutor, PUC-SP, Brasil), Jean E. Kalicki (Doutor, Georgetown University Law School, Estados Unidos), John H. Rooney Jr. (Doutor, University of Miami Law School, Estados Unidos), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Doutor, Universidade de Coimbra, Portugal), Luiz Edson Fachin (Doutor, UFPR, Brasil), Marie-Hélène Monsérié-Bom (Doutora, Université Paris 2 Panthéon-Assas, França), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (Doutor, USP, Brasil), Peter-Christian Müller-Graff (Doutor, Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, Alemanha) e Werner Ebke (Doutor, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Alemanha).

CONSELHO EXECUTIVO: Carlos Martins Neto (Doutor, UERJ, Brasil) e Mariana Pinto (Doutora, UERJ, Brasil) - Coordenadores. Daniela Fernandes (Mestrado em andamento, UERJ, Brasil), Guilherme Vinseiro Martins (Doutorado em andamento, UFMG, Brasil), Leonardo da Silva Sant'Anna (Doutor, FIOCRUZ, Brasil), Livia Ximenes Damasceno (Mestre, Centro Universitário Christus, Brasil), Mariana Campinho (Mestre, Columbia Law School, Estados Unidos), Mariana Pereira (Pós-graduada, UERJ, Brasil), Mauro Teixeira de Faria (Doutor, UERJ, Brasil), Nicholas Furlan Di Biase (Mestre, UERJ, Brasil) e Rodrigo Cavalcante Moreira (Mestre, UERJ, Brasil).

PARECERISTAS DESTES NÚMEROS: Caroline da Rosa Pinheiro (Doutora, IFRJ, Brasil), Carlos Eduardo Koller (Doutor, PUC-PR, Brasil), Felipe Albuquerque (Doutor, UERJ, Brasil), Gilberto Gornati (Doutor, FGV-SP, Brasil), Gisele Welsch (Doutora, PUCRS, Brasil), Jacques Labrunie (Doutor, PUC-SP, Brasil), Karlo Fonseca Tinoco (Doutor, Université de Strasbourg, França), Marcelo Lauar Leite (Doutor, FDUC, Portugal), Raphaela Magnino Rosa Portilho (Doutora, UERJ, Brasil), Ricardo Villela Mafra Alves da Silva (Doutor, UERJ, Brasil), Rodrigo da Guia (Doutor, UERJ, Brasil), Unie Caminha (Doutora, UNIFOR, Brasil), Victor Willcox (Doutor, UERJ, Brasil), Vitor Butruce (Doutor, USP, Brasil)

Contato: Av. Rio Branco, nº 151, grupo 801, Centro – Rio de Janeiro-RJ. CEP: 20.040-006. E-mail: rsde@rsde.com.br ou conselho.executivo@rsde.com.br. Telefone (21) 3479-6100.

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — n° 36 (janeiro/junho 2025)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Moreira Menezes, Martins Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)



Obra Licenciada em Creative Commons
Atribuição - Uso Não Comercial - Compartilhamento
pela mesma Licença

**RECONHECIMENTO DA MEDIAÇÃO
ANTECEDENTE À RECUPERAÇÃO JUDICIAL
COMO UM PROCESSO ESTRANGEIRO:
REFLEXÕES A PARTIR DA LEI MODELO
UNCITRAL SOBRE INSOLVÊNCIA
TRANSNACIONAL¹**

**RECOGNITION OF PRE-INSOLVENCY MEDIATION AS A
FOREIGN PROCEEDING: REFLECTIONS BASED ON THE
UNCITRAL MODEL LAW ON CROSS-BORDER INSOLVENCY**

*Sabrina Maria Fadel Becue**
*Arthur Cassemiro Moura de Almeida***

Resumo: O presente artigo examina se a mediação antecedente preenche os requisitos da Lei Modelo UNCITRAL sobre Insolvência Transnacional para ser reconhecida como um processo estrangeiro. A abordagem não se limita a uma análise dogmática, pois a questão foi enfrentada no caso InterCement, primeiro precedente envolvendo uma empresa brasileira e um procedimento local dessa natureza. A análise envolve um aspecto central: a própria definição de insolvência. Para isso, adota-se o método jurídico-dogmático, combinando revisão de literatura, estudo de caso e a interlocução entre três posicionamentos doutrinários distintos. Os resultados indicam que o enquadramento de um procedimento como processo estrangeiro exige uma análise casuística, considerando não apenas sua denominação for-

¹ Artigo recebido em: 04.03.2025 e aceito em: 15.09.2025.

* Pesquisador do Grupo de Estudos de Direito da Empresa em Crise – GEDEC (CNPq). Mestre em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP). LLM em Direito dos Mercados Financeiro e de Capitais pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper). Advogado e Senior Legal Analyst na Debtwire. E-mail: arthurema@gmail.com

** Pesquisador do Grupo de Estudos de Direito da Empresa em Crise – GEDEC (CNPq). Mestre em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP). LLM em Direito dos Mercados Financeiro e de Capitais pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper). Advogado e Senior Legal Analyst na Debtwire. E-mail: arthurema@gmail.com

mal, mas também sua função e estrutura. Além disso, evidencia-se que as adaptações textuais feitas pelo país adotante das regras da UNCITRAL podem impactar sua interpretação e aplicação. Por fim, conclui-se que não há uma aceção única de insolvência, sendo seu regime jurídico especializado definido por uma abordagem teleológica e propositiva, em sintonia com a evolução das medidas preventivas de reestruturação empresarial.

Palavras-chave: Mediação antecedente. Tutela cautelar antecedente. Insolvência Transnacional. Reconhecimento de processo estrangeiro.

Abstract: This article examines whether pre-filing mediation meets the requirements of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency to be recognized as a foreign proceeding. The approach is not limited to a dogmatic analysis, as the issue was effectively addressed in the InterCement case, the first precedent involving a Brazilian company and this type of local proceeding. The analysis revolves around a central aspect: the very definition of insolvency. To this end, the study adopts a legal-dogmatic method, combining literature review, case study, and engagement with three distinct doctrinal perspectives. The findings indicate that the classification of a proceeding as a foreign process requires a case-by-case analysis, considering not only its formal designation but also its function and structure. Furthermore, it is highlighted that textual adaptations made by the adopting country in implementing UNCITRAL rules may influence their interpretation and application. Finally, the study concludes that there is no single definition of insolvency, as its specialized legal framework is shaped by a teleological and purposive approach, in line with the evolving trend of promoting early restructuring measures for distressed businesses.

Keywords: Pre-filing mediation. Preliminary Injunction. Cross-Border Insolvency. Recognition of a foreign proceeding.

Sumário: Introdução. 1. Tutela Cautelar Antecedente e Mediação. 2. Lei Modelo UNCITRAL e a definição de procedimento estrangeiro. 2.1. Procedimento de insolvência estrangeiro – requisitos. 2.2. InterCement – mediação antecedente reconhecida como *foreign proceeding*. 3. Conceito de insolvência

para fins de qualificação do processo estrangeiro; Conclusão.

Introdução.

Com o advento da Lei de Recuperação de Empresas (Lei n. 11.101/2005 – LRE), o direito concursal brasileiro adotou uma sistemática dúplice para a solução de crises empresariais: a reorganização das dívidas das empresas viáveis, mediante o ajuizamento de processos de recuperação judicial (RJ) ou recuperação extrajudicial (RE); e a liquidação das empresas inviáveis, instrumentalizada pelo processo de falência.²

Após quinze anos de vigência, a LRE foi significativamente atualizada pela Lei n. 14.112/2020. Dentre as novidades mais relevantes para o que se pretende discutir no presente artigo, destacam-se (i) a disciplina das conciliações e mediações antecedentes aos processos de insolvência, prevista nos artigos 20-A a 20-D da Seção II-A; e (ii) as novas regras sobre insolvência transnacional, inseridas nos artigos 167-A a 167-Y do Capítulo VI-A.

A novel Seção II-A da LRE permite que o devedor obtenha um provimento judicial suspendendo as execuções individuais contra si sem a necessidade de ajuizar um dos processos mencionados acima.³ Trata-se da tutela cautelar antecedente à RJ ou à RE, cujo ajuizamento exige a comprovação de prévia instauração de uma mediação ou conciliação para renegociação de dívidas; em termos pragmáticos, esse procedimento resulta na antecipação, por até 60 dias, dos efeitos do *stay period* previstos no artigo 6º da lei.

2 Cf. SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2023. p. 147.

3 “A utilidade da mediação ou conciliação antecedentes é a possibilidade de se equacionar o determinado passivo exigível a curto prazo ou se assegurar novas formas de financiamento da atividade, o que poderá evitar, inclusive, a necessidade de se ingressar com o pedido de recuperação judicial”. (Cf. SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentários aos artigos 7º a 20-D. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 161.

Já o Capítulo VI-A incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro, com algumas modificações, a Lei Modelo sobre insolvência transnacional produzida pela UNCITRAL.⁴ Antes mesmo de a Lei Modelo ser introduzida no país, diversas empresas locais⁵ buscaram o reconhecimento de processos de RJ, RE e falência em outros países que já a haviam adotado – notadamente nos Estados Unidos da América (EUA),⁶ mediante o ajuizamento de procedimentos baseados no *Chapter 15* do *US Bankruptcy Code* (USBC).

Tais iniciativas são implementadas, via de regra, com o objetivo de vincular credores estrangeiros e ativos situados em outros territórios ao processo de insolvência brasileiro, mediante a extensão dos efeitos do *stay period* e das demais decisões proferidas pelo juízo brasileiro, incluindo a homologação de planos de recuperação judicial e extrajudicial e a autorização para a alienação de ativos.

Após a reforma da LRE, foram criadas as condições jurídicas necessárias para os que os tribunais brasileiros ofereçam cooperação jurídica internacional em matéria de insolvência.⁷ A lei passou a dispor também sobre os pedidos de assistência a tribunais estrangeiros relacionados a processos de insolvência brasileiros, como preceitua o artigo 167-C, II da LRE.

Nesse cenário, o presente artigo examina se uma mediação an-

4 *United Nations Commission On International Trade Law* (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional – tradução nossa).

5 “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”. (Cf. SEIFE, Howard; VAZQUEZ, Francisco. Experiência transnacional de empresas brasileiras nos Estados Unidos e os benefícios da Lei Modelo. In: ELIAS, Luis Vasco (coord.). *10 anos da lei de recuperação de empresas e falências*: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 186).

6 Cf. CROCCO, Fabio Weinberg. When deference makes a difference: the role of U.S. Courts in cross-border bankruptcies. *International Insolvency Institute*, New York, 2019. p. 39. Disponível em: https://www.iiiglobal.org/file.cfm/12/docs/2019_silver_weinberg_crocco_fabio-when_deference_makes_a_difference-the_role.pdf. Acesso em: 8 ago. 2024.

7 Cf. MILLER, Nyana Abreu; TORRÃO, Raul. O bom anfitrião na insolvência transnacional. In: BALBINO, Otávio de Paoli; BALBINO, Márcia de Paoli (Org.). *Lei de falências e recuperações judiciais*: estudos sobre as alterações da lei 11.101/05. São Paulo: Quartier Latin, 2022. p. 490.

tecedente preenche os requisitos previstos na Lei Modelo UNCITRAL para ser reconhecido como um procedimento de insolvência estrangeiro. Para tanto, serão examinadas as normas da LRE, do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015 – CPC) e da Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015) aplicáveis à tutela de urgência, assim como os dispositivos da Lei Modelo UNCITRAL sobre as características dos procedimentos de insolvência estrangeiros e os efeitos do reconhecimento.

Um ponto crucial dessa abordagem diz respeito à definição da insolvência. A delimitação desse conceito é indispensável, pois a aplicação de diversos instrumentos – entre eles, a Lei Modelo UNCITRAL – exige que o procedimento esteja vinculado a uma legislação de insolvência e tenha como objetivo a reorganização ou a liquidação. Observa-se uma tendência crescente, possivelmente influenciada pelos mecanismos de reestruturação preventiva, de substituir os termos “insolvência” e “crise” por expressões mais suaves.

A dificuldade em identificar procedimentos de insolvência não é exclusiva da prática nacional, sendo compartilhada pela doutrina estrangeira. Este artigo apresenta a perspectiva de três autores internacionais – Horst Eidenmüller, Stephan Madaus e Riz Mokal – que analisam a questão sob a ótica da insolvência transnacional. Os textos foram selecionados por sua relevância, consistência e pelo diálogo que estabelecem entre si, refletindo o debate contemporâneo sobre o tema. A pesquisa também tratará das discussões que permearam o primeiro precedente envolvendo uma empresa brasileira, estabelecido no caso InterCement.⁸ Ao final, os autores apresentam suas opiniões sobre os temas debatidos, com vistas a contribuir para o aumento da previsibilidade e da segurança jurídica no direito das empresas em crise brasileiro.

1. Tutela cautelar antecedente e mediação.

O incentivo à utilização de métodos de solução consensual de

8 Processo n. 1111483-72.2024.8.26.0100, em trâmite perante a 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central da Comarca de São Paulo.

conflitos em qualquer grau de jurisdição, nos termos dos artigos 20-A e 22, I, j da LRE, se alinha ao disposto no CPC,⁹ na Lei de Mediação e em diversas iniciativas adotadas no Brasil com o mesmo propósito, dentre as quais merecem destaque (i) a Recomendação n. 58 do Conselho Nacional de Justiça, de outubro de 2019;¹⁰ (ii) a assinatura¹¹ da *Singapore Convention on Mediation*,¹² em junho de 2021; e (iii) a aprovação dos Enunciados relacionados à utilização da mediação em casos de insolvência¹³ pelo Conselho de Justiça Federal, em agosto do mesmo ano.¹⁴

Nesse sentido, o artigo 20-B, IV da LRE admite a instauração de mediações e conciliações para a renegociação de dívidas entre empresas em dificuldade e seus credores, “em caráter antecedente ao ajuizamento de pedido de recuperação judicial”. Caso essas empresas preencham os requisitos legais¹⁵ para ajuizar um pedido de RJ,¹⁶ elas

9 Artigos 3º, § 3º; 165 a 175; 334, 335, 359, 565, e 694 a 699, todos do Código de Processo Civil.

10 “Recomenda aos magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento dos processos de recuperação empresarial e falências, de varas especializadas ou não, que promovam, sempre que possível, o uso da mediação.” Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3070>. Acesso em: 15 out. 2024.

11 Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2021/junho/brasil-assina-a-convencao-de-singapura-sobre-mediacao-internacional>. Acesso em: 15 out. 2024.

12 *United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation*. Disponível em: https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements. Acesso em: 15 out. 2024.

13 Enunciados 190, 194, 201, 202 e 222, da II Jornada Prevenção e solução extrajudicial de litígios.

14 Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios>. Acesso em: 15 out. 2024.

15 Notadamente, a ausência dos impedimentos previstos no artigo 48 e a instrução do pedido com as informações e documentos elencados no artigo 51 da LRE.

16 Não obstante o dispositivo legal mencione apenas a RJ, a jurisprudência também vem admitindo o processamento de pedidos de RE subsequentes a mediações implementadas sob a proteção das tutelas cautelares, como ocorreu nos casos Unigel (Processo n. 1174558-22.2023.8.26.0100, em trâmite perante a 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central da Comarca de São Paulo.) e InterCement. Nesses casos, os procedimentos de mediação

poderão requerer a concessão de uma tutela de urgência cautelar para a suspensão das execuções individuais pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, nos termos do § 1º do mesmo artigo.¹⁷

O procedimento seguirá o rito previsto nos artigos 305 a 310 do CPC e será conduzido com observância aos princípios da economia, celeridade processual e duração razoável do processo, com vistas a impedir abusos dos métodos consensuais.¹⁸ Constatada a necessidade de ajuizar uma RJ ou RE ao término da mediação, o período de 60 dias será descontado do *stay period* decorrente do deferimento do processamento do pedido, como preconiza o artigo 20-B, § 3º da LRE.

O artigo 20-C prevê a necessidade de homologação judicial do acordo obtido por meio da mediação antecedente ao processo de insolvência. Esse acordo não poderá dispor sobre a natureza jurídica e a classificação de créditos, e tampouco sobre os critérios de votação em assembleia-geral de credores, conforme vedação constante do artigo 20-B, § 2º.

Da mesma forma, o acordo decorrente da mediação antece-

não foram suficientes para reestruturar todas as dívidas sem a necessidade de um processo de insolvência, mas por meio deles as referidas empresas obtiveram o apoio de detentores de créditos suficientes para requerer a homologação de planos de recuperação extrajudicial, como destacado nas respectivas petições iniciais.

17 Embora também almeje a antecipação dos efeitos do *stay period*, a tutela de urgência cautelar de que trata o artigo 20-B, IV da LRE não se confunde com o remédio processual previsto no artigo 6º, § 12 do mesmo diploma legal. Nesse sentido: “A Lei nº 11.101/2005 prevê apenas duas formas legais de se obter a antecipação dos efeitos do *stay period* na recuperação judicial: por antecipação de seus efeitos, incidentalmente, na forma do art. 6º, §12, a vigor entre o pedido de RJ e seu deferimento, ou a propositura de cautelar antecedente, nos moldes do art. 20-B, IV, §§1º e 3º, a pressupor a instauração de procedimento de mediação junto aos credores.” BRASIL. TJ-RJ (18ª Câmara de Direito Privado). Agravo de Instrumento n. 0002782-72.2023.8.19.0000. Relatora: Desembargadora Leila Santos Lopes. Julgado em 21 mar. 2023. Diário da Justiça Eletrônico, 23 mar. 2023.

18 Cf. BRAGANÇA, Gabriel José de Orleans e; GUERRERO, Luis Fernando. O novo instituto da negociação prévia. In: VASCONCELOS, Ronaldo et al (coord.). Reforma da Lei de Recuperação e Falência: Lei 14.112/2020. São Paulo, Editora IASP, 2021. p. 347.

dente produzirá efeitos apenas e tão somente sobre os direitos dos credores que participaram da mediação e/ou que concordaram com seus termos, não sendo possível repactuar obrigações financeiras da empresa perante credores ausentes ou dissidentes mediante aprovação da maioria de credores da mesma classe ou natureza, como ocorreria na homologação de planos de RJ e RE nas hipóteses previstas nos artigos 45, 58 e 163 da LRE.

Nesse contexto, indaga-se: as características descritas acima autorizam a conclusão de que a mediação antecedente é um novo tipo de procedimento de insolvência, distinto da RJ, RE e falência? Ou, ao revés, trata-se de uma medida processual acessória e provisória que eventualmente poderá, a depender dos seus desdobramentos, ser convertida em um processo de reorganização de dívidas sob supervisão judicial? Esses questionamentos ganham especial relevância nos casos de reestruturação de dívida com componentes de natureza transnacional, como trataremos a seguir.

2. Lei Modelo UNCITRAL e a definição de procedimento estrangeiro.

Em decorrência das dificuldades enfrentadas nos grandes processos de insolvência transnacional ao longo da década de 1980, membros da UNCITRAL e da INSOL¹⁹ realizaram diversos estudos a partir do início da década de 1990 com o objetivo de viabilizar um conjunto de regras relativas à insolvência transnacional.²⁰ Esses esforços culminaram na criação da Lei Modelo sobre insolvência transnacional pela UNCITRAL, em 1997, cuja elaboração contou com a parti-

19 *International Association of Restructuring, Insolvency & Bankruptcy Professionals* (Associação Internacional de Profissionais de Reestruturação, Insolvência e Falência – tradução nossa).

20 Cf. FISHER, Richard *et al.* In: SELDON, Richard (ed.). *Cross Border Insolvency*. 3. ed. London: Bloomsbury Professional, 2012. p. 100.

cipação de juízes e especialistas em insolvência internacional de cerca de sessenta países.²¹

A Lei Modelo constitui um instrumento de *soft law*²² que se sustenta sobre quatro pilares: (i) acesso direto; (ii) medidas de assistência; (iii) cooperação e coordenação direta entre as jurisdições; e (iv), em especial, o procedimento de reconhecimento de processos de insolvência estrangeiros. Seu principal objetivo é auxiliar os Estados a incluir em suas leis de insolvência mecanismos eficientes para lidar com casos transnacionais, sem desrespeitar as diferenças e particularidades dos procedimentos adotados em cada país.²³

Nos anos seguintes à elaboração da Lei Modelo sobre insolvência transacional, a UNCITRAL desenvolveu diversos textos explicativos e interpretativos das normas sugeridas,²⁴ com vistas a esclare-

21 Cf. WESSELS, Bob; MARKELL, Bruce A.; KILBORN, Jason J. *International cooperation in bankruptcy and insolvency matters*. New York: Oxford University Press, 2009. p. 199.

22 “A *soft law* pode ser definida como um conjunto de normas (standards normativos) de categoria residual cujo escopo é criar vinculações exortatórias, em oposição clara às vinculações obrigatórias próprias da *hard law* criando, deste modo, uma expectativa de cumprimento baseada na autonomia da vontade e na boa-fé típica dos acordos convencionados cuja raiz é o mútuo consentimento.” (Cf. GREGÓRIO, Fernando da Silva. Consequências sistêmicas da *soft law* para a evolução do direito internacional e o reforço da regulação global. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 95, abr./jun. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.95.13.PDF. Acesso em: 8 mar. 2022. p. 3).

23 Cf. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *UNCITRAL Model Law on Cross-border Insolvency with Guide to Enactment and interpretation*. New York: UN, 2014. Disponível em: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/1997-model-law-insol-2013-guide-enactment-e.pdf>. Acesso em: 7 nov. 2024.

24 Em ordem cronológica: “*UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law*” (2004); “*UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation*” (2009); “*UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: The Judicial Perspective*” (2011); “*Case Law on UNCITRAL Texts*” (2013); “*Guide to enactment and interpretation of UNCITRAL Model Law on cross-border insolvency*” (2014); “*UNCITRAL Model Law on Recognition and Enforcement of Insolvency-Related Judgments*” (2018); “*UNCITRAL Model Law on Enterprise Group Insolvency*” (2019); e “*Digest of Case Law on the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*” (2021).

cer e estimular a sua adoção. Para o escopo deste artigo, merecem destaque (i) o *Guide to enactment and interpretation of UNCITRAL Model Law on cross-border insolvency* (“Guia”) e (ii) o *Digest of Case Law on the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency* (“Digest”), um compilado de jurisprudência criado em 2021 e atualizado constantemente com o resumo de decisões judiciais relativas ao direito da insolvência transnacional proferidas com base na Lei Modelo.

Além do preâmbulo, a Lei Modelo possui 32 artigos. Os temas fundamentais para a sua compreensão e adaptação aos ordenamentos jurídicos dos países que optarem por adotá-la estão descritos no primeiro Capítulo, que trata das disposições gerais (artigos 1 a 8). O artigo 2 contém as definições de determinados termos utilizados ao longo da Lei Modelo, incluindo o conceito de procedimento estrangeiro, nos seguintes termos:

Article 2 (a). “Foreign proceeding” means a collective judicial or administrative proceeding in a foreign State, including an interim proceeding, pursuant to a law relating to insolvency in which proceeding the assets and affairs of the debtor are subject to control or supervision by a foreign court, for the purpose of reorganization or liquidation.

O legislador brasileiro optou pela tradução literal²⁵ do dispositivo ora mencionado ao inseri-lo no ordenamento jurídico brasileiro, qualificando como processo estrangeiro os procedimentos que possuam, cumulativamente, determinadas características, sobre as quais trataremos no subtópico abaixo.

25 “Art. 167-B, I. Processo estrangeiro: qualquer processo judicial ou administrativo, de cunho coletivo, inclusive de natureza cautelar, aberto em outro país de acordo com disposições relativas à insolvência nele vigentes, em que os bens e as atividades de um devedor estejam sujeitos a uma autoridade estrangeira, para fins de reorganização ou liquidação.”

2.1. Procedimento de insolvência estrangeiro – requisitos.

De acordo com a Lei Modelo, devem ser reconhecidos como *foreign proceeding* os procedimentos que preencherem os seguintes requisitos: (i) um processo judicial ou administrativo, inclusive de natureza cautelar; (ii) que tenha sido iniciado em outro país com base na legislação de insolvência nele vigente; (iii) de natureza coletiva; (iv) no qual os ativos e as atividades do devedor estejam sujeitos a uma autoridade estrangeira; e (v) para fins de reorganização ou liquidação.

Os dois primeiros requisitos apresentam-se, a nosso sentir, inequivocamente presentes nas características da mediação antecedente, respaldada pela tutela cautelar. Afinal, não se olvida que esse remédio processual se instrumentaliza por meio de um processo judicial, de natureza cautelar, expressamente previsto na Seção II-A do Capítulo II da LRE.

Quanto a tratar-se de um processo coletivo, como exige o terceiro requisito, acredita-se que a mediação antecedente também possua tal atributo, não obstante essa afirmação demande exame mais aprofundado do que o realizado em relação aos itens anteriores.

A LRE não especifica quantos ou quais credores devem participar da mediação ou conciliação antecedente (e, conseqüentemente, figurar no polo passivo da medida cautelar), tampouco estabelece um percentual mínimo de créditos envolvidos na negociação, para que a empresa possa se beneficiar da proteção temporária contra execuções individuais. Essas lacunas poderiam levar à conclusão de que o procedimento ora investigado não pode ser tido como “coletivo”, no sentido de abranger, necessariamente, a coletividade de credores que serão afetados pela concessão da medida protetiva.

Entretanto, acredita-se que a intenção do legislador, ao inserir essa possibilidade no regime jurídico de insolvência brasileiro, foi o tratamento de situações coletivas, e não individuais. Por exemplo, a

utilização da expressão “seus credores” em duas oportunidades²⁶ indica que, assim como ocorre nos casos de RE, não se está tratando de um procedimento de natureza exclusivamente bilateral, ou destinado a buscar um acordo com um único credor.²⁷

De acordo com o Guia, um processo coletivo deve funcionar como uma ferramenta para alcançar uma solução coordenada e global para todas as partes interessadas, e não como um dispositivo de cobrança a ser utilizado por apenas um credor, ou por um pequeno grupo de credores.²⁸ Para ser considerado como “coletivo”, é necessário que uma parcela substancial dos ativos e do passivo da empresa estejam abrangidos pelo procedimento, ressalvadas as prioridades legais e as exceções estatutárias.²⁹

O Guia também esclarece que não se pode deixar de considerar como coletivo um procedimento de insolvência apenas pelo fato de que ele não atinge a totalidade de credores da empresa, seja por previsão legal ou por decisão da empresa.³⁰ Exige-se ainda que a participação dos credores seja uma realidade e que eles sejam devidamente notificados para participar do procedimento,³¹ o que também

26 Art 20-B, IV e § 1º da LRE.

27 BECUE, Sabrina Maria Fadel. Tratamento legal do plano de recuperação extrajudicial brasileiro na hipótese de insolvência transnacional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 84. p. 351-366, jan./jun. 2024.

28 Cf. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *UNCITRAL Model Law on Cross-border Insolvency with Guide to Enactment and interpretation*. New York: UN, 2014. p. 39-40.

29 BECUE, Sabrina Maria Fadel. Tratamento legal do plano de recuperação extrajudicial brasileiro na hipótese de insolvência transnacional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 84. p. 351-366, jan./jun. 2024. p. 361.

30 Cf. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *UNCITRAL Model Law on Cross-border Insolvency with Guide to Enactment and interpretation*. New York: UN, 2014. p. 40.

31 Cf. UNITED NATIONS. *Digest of Case Law on the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*, 2021. p. 6.

parece se amoldar às características do procedimento previsto no artigo 20-B da LRE.

Por fim, é necessário verificar se mediação antecedente preenche os dois últimos requisitos previstos na Lei Modelo para ser considerado um procedimento de insolvência, isto é, se de seu ajuizamento decorre a sujeição dos ativos e das atividades do devedor à supervisão de uma autoridade estrangeira, e se essa supervisão se dá para fins de reorganização ou liquidação.

Ao contrário do que ocorre nos processos de RJ e falência, como regra, e excepcionalmente também nos casos de RE, o rito da mediação antecedente não prevê a nomeação de um administrador judicial ou qualquer outro assistente do juízo. Logo, apenas o juízo da causa poderia ser considerado como a autoridade responsável pela supervisão de ativos e atividades de que trata a norma.

A Lei Modelo não especifica o nível de supervisão a ser exercido pela autoridade, e tampouco o momento em que essa supervisão deve ocorrer. De acordo com o Guia, é desejável que esse controle seja de natureza formal, embora admita-se que ele pode ser “potencial em vez de real”.³² Por outro lado, o Guia também ressalta a necessidade de que a supervisão ocorra tanto sobre os bens quanto sobre as atividades do devedor, não sendo suficiente que apenas um desses elementos esteja coberto pelo procedimento.³³

Como regra, os atos praticados pelo juiz a partir do ajuizamento de uma mediação antecedente, com pedido liminar, consistem em: (i) aferir a legitimidade ativa do devedor, verificando se ele preenche os requisitos legais para requerer RJ; (ii) avaliar se estão presentes o

32 Cf. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *UNCITRAL Model Law on Cross-border Insolvency with Guide to Enactment and interpretation*. New York: UN, 2014. p. 41-42.

33 Cf. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *UNCITRAL Model Law on Cross-border Insolvency with Guide to Enactment and interpretation*. New York: UN, 2014. p. 41-42.

fumus boni iuris e o *periculum in mora* exigidos no art. 305 do CPC; (iii) determinar a suspensão das execuções propostas contra o devedor, por até 60 dias; e (iv) homologar o acordo obtido por meio de conciliação ou mediação realizada durante a vigência da decisão proferida na cautelar.

A antecipação dos efeitos do *stay period* mencionada no parágrafo acima desponta, de maneira inequívoca, como o mais relevante dos atos praticados pelo juízo ao deferir a tutela cautelar antecedente, justamente porque ele produz efeitos (temporários) sobre a esfera jurídica de todos os credores da empresa, e não apenas aos participantes da conciliação ou mediação. A suspensão de execuções individuais protege os ativos do devedor, permitindo que ele conduza suas atividades enquanto negocia com os credores participantes da mediação.

Com base nessas premissas, parece ser possível afirmar que o quarto requisito estaria preenchido, pois ao longo da vigência da decisão proferida na tutela cautelar antecedente, o juiz estaria exercendo, ainda que indiretamente, uma espécie de supervisão sobre os ativos e as atividades do devedor. Por outro lado, talvez o mesmo não possa ser afirmado quanto à presença do quinto e último atributo dos procedimentos de insolvência estrangeiros, qual seja, a supervisão para fins de reorganização ou liquidação.

Ao contrário da decisão que autoriza a antecipação do *stay period*, os efeitos da homologação do acordo resultante da mediação ou conciliação implementada durante a tutela cautelar antecedente limitam-se às partes diretamente envolvidas na negociação. Esse acordo não pode ser utilizado para repactuar contratos celebrados com terceiros, de maneira forçada e com base na aprovação da maioria de créditos ou credores, e tampouco dispor sobre arrecadação de ativos e prioridade de pagamento entre os credores, como ocorreria nos procedimentos típicos de reorganização ou liquidação previstos na LRE.

Ainda que os demais credores tenham a faculdade de aderir aos termos de um acordo de reorganização financeira celebrado nes-

se contexto, apenas aqueles que espontaneamente o fizerem terão seus créditos reestruturados, o que reforça as dúvidas sobre a possibilidade de a mediação antecedente funcionar como um procedimento de reorganização ou liquidação, como exige a Lei Modelo.

Ademais, de acordo com o Guia, procedimentos nos quais os poderes conferidos e os deveres impostos à autoridade estrangeira são mais limitados do que os poderes ou deveres tipicamente associados à liquidação ou reorganização, como, por exemplo, “o poder de não fazer mais do que preservar ativos”,³⁴ não são elegíveis para reconhecimento, ainda que preencham os demais atributos inerentes aos procedimentos de insolvência estrangeiros mencionados anteriormente.³⁵

Nos principais casos³⁶ de insolvência em que a tutela cautelar antecedente foi utilizada, as tratativas realizadas durante a proteção por ela conferida não foram suficientes evitar o posterior ajuizamento de uma RJ ou RE. A experiência brasileira dos últimos anos vem demonstrando que, em termos pragmáticos, a decisão proferida na tutela cautelar tem servido para preservar os ativos do devedor enquanto este prepara o ajuizamento do verdadeiro processo de insolvência.

Dessa forma, ainda que a mediação antecedente seja um procedimento judicial, coletivo, previsto na LRE e no qual os bens e ati-

34 Cf. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *UNCITRAL Model Law on Cross-border Insolvency with Guide to Enactment and interpretation*. New York: UN, 2014. p. 42.

35 Cf. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *UNCITRAL Model Law on Cross-border Insolvency with Guide to Enactment and interpretation*. New York: UN, 2014. p. 42.

36 Por exemplo: Santa Cruz Futebol Clube (Ação de Recuperação Judicial n. 0109849-98.2022.8.17.2001, em trâmite perante a Seção B da 18ª Vara Cível de Recife); Grupo Americanas (Ação de Recuperação Judicial n. 0803087-20.2023.8.19.0001, em trâmite perante a 4ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro); Grupo Oi (Ação de Recuperação Judicial n. 0090940-03.2023.8.19.0001, em trâmite perante a 7ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro); Light SA (Ação de Recuperação Judicial n. 0843430-58.2023.8.19.0001, em trâmite perante a 3ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro); Unigel e InterCement, entre outros.

vos do devedor estejam sujeitos à supervisão de uma autoridade brasileira, é questionável se essa sujeição se dá para fins de reorganização ou liquidação, o que impediria seu reconhecimento como *foreign proceeding* nos termos da Lei Modelo UNCITRAL.

2.2. InterCement – mediação antecedente reconhecida como *foreign proceeding*.

Até fevereiro de 2025, o único caso de insolvência transnacional que se enquadra nas discussões do presente artigo foi iniciado pelo grupo InterCement, mediante a abertura de um *Chapter 15 recognition case*, em 15 de julho de 2024, perante a *US Bankruptcy Court for the Southern District of New York*. A medida buscou o reconhecimento, como processo de insolvência estrangeiro, da mediação antecedente respaldada pela tutela cautelar ajuizada no Brasil, e a consequente extensão dos efeitos da decisão que suspendeu as execuções individuais contra o grupo.

Assim como ocorre com a legislação de insolvência empresarial vigente no Brasil, o § 101, item (23) do *USBC* adota os mesmos conceitos da Lei Modelo para a definição de processo estrangeiro. Durante a audiência na qual o pedido de reconhecimento do grupo InterCement fora analisado, o Juiz Martin Glenn fez diversas perguntas sobre o procedimento de mediação, mencionando tratar-se de algo novo em termos de reconhecimento de processos de insolvência brasileiros. Também questionou sobre as subsidiárias estrangeiras do grupo e o andamento dos procedimentos de insolvência que haviam sido iniciados em seus países paralelamente³⁷ a tutela cautelar ante-

37 Um credor da subsidiária holandesa InterCement Financial Operations B.V. ajuizou um processo de insolvência denominado *Wet Homologatie Onderhands Akkoord (WHOA)* perante a *District Court of Amsterdam* em 17 de julho de 2024; e a subsidiária InterCement Trading e Inversiones iniciou um procedimento de pré-insolvência perante a *Commercial Court n. 2 of Bilbao, Spain* em 24 de julho de 2024.

cedente, o que dificultaria a sua classificação como um processo de insolvência principal ou não principal.³⁸

Após avaliar os esclarecimentos prestados pelos advogados das partes, o juiz do *Chapter 15* reconheceu o procedimento de mediação e estendeu os efeitos da decisão proferida no Brasil, por entender que a preservação do *status quo* não resultaria em danos significativos a nenhuma das partes, e assim estariam protegidos os ativos do devedor e os direitos e interesses dos credores e demais envolvidos. Ressalvou, contudo, (i) que o reconhecimento da tutela cautelar não era definitivo, e poderia ser revisto oportunamente; e (ii) que a decisão se limitava a proteger os ativos do grupo situados nos EUA, e não proibía a adoção de iniciativas dos credores contra bens situados em outros países.³⁹

Passado o período da mediação sem que a empresa tenha celebrado um acordo com os principais credores da empresa, a tutela cautelar antecedente foi convertida em RE, e as discussões sobre a possibilidade de sua classificação como procedimento estrangeiro perderam o objeto.

3. Conceito de insolvência para fins de qualificação do processo estrangeiro.

O procedimento de mediação da InterCement suscita um interessante debate sobre quais características configuram procedimentos desenhados para tratar a crise empresarial como um procedimento de insolvência. Apesar de ser, até o momento, o primeiro caso envolvendo a legislação brasileira, a discussão subjacente não é nova e tampouco está restrita ao Brasil.

38 MONTEIRO, Lucy. *COURT: InterCement obtains provisional Chapter 15 relief*. Disponível em: <https://debtwire.ionanalytics.com/content/1003874079>. Acesso em: 13 nov. 2024.

39 *In re InterCement Brasil, et. al.*, 24-11226-mg., 22 (Bankr. S.D. N.Y. 2024). Order, Signed on 7/18/2024, Granting Provisional Relief.

Cada país possui seus próprios mecanismos de equacionamento de dívidas, e cenários econômicos adversos, a exemplo da crise financeira de 2008 e da COVID-19, propiciam a criação de novos instrumentos. Os procedimentos podem ser disciplinados por lei não classificadas como legislação, típica e exclusivamente, de insolvência e serem passíveis de utilização por devedores solventes e insolventes. A denominação do instrumento que regula os procedimentos é irrelevante, mas a caracterização do estado de (in)solvência do devedor é um ponto crítico.

Sequer há consenso quanto ao uso e significado da palavra “insolvência”. A doutrina chega a conclusões distintas quanto aos termos insolvência e insolvabilidade.⁴⁰ Assim, é correto concluir que “as noções de insolvência e insolvabilidade, além da diversidade de significados que compromete sua precisão, mostram-se insuficientes para caracterizar o estado de falência”.⁴¹ Ao editar o guia legislativo em 2005, a UNCITRAL definiu insolvência a partir dos critérios de insuficiência de fluxo de caixa (Cash Flow Insolvency) e insuficiência patrimonial (Balance Sheet Insolvency).⁴² Contudo, no âmbito da Lei

40 Apenas para exemplificar, as expressões aparecem como alternativas, mas desacompanhadas de definição (“O termo legal, também chamado de período suspeito, é a fase temporal que antecede o decreto da quebra em que o devedor se encontra em presumível estado de insolvência ou insolvabilidade”. CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. *In*: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2021. p. 743). Outras vezes, o termo “insolvência” caracteriza a iliquidez temporária, ao passo que a “insolvabilidade” indica uma crise patrimonial “com o valor dos débitos superando o dos ativos e a capacidade de geração de recursos” (CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. *In* TOLEDO, Paulo F. C. Salles de (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2021. p. 42). Há quem defenda que “insolvência é o inadimplemento definitivo e irremediável” (LOBO, Jorge. *In*: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de.; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 117).

41 TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; PUGLIESI, Adriana V. *In*: CARVALHOSA, Modesto (Coord.). *Tratado de Direito Empresarial*, vol. V. 3ª ed. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2022. p. 34.

42 “‘Insolvency’: when a debtor is generally unable to pay its debts as they mature or when its liabilities exceed the value of its assets;” (UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law*. New York: United Nations, 2005. p. 5).

Modelo, a UNCITRAL ressaltou que o termo insolvência possui diferentes concepções e que a expressão “procedimento de insolvência” “*refers to various types of collective proceedings commenced with respect to debtors that are in severe financial distress or insolvent*”.⁴³ Ademais, o Guia que acompanha a Lei Modelo esclarece, em sete oportunidades, que os processos transnacionais são relativos tanto ao devedor insolvente quanto ao devedor acometido por grave crise financeira.

A LRE admite o ajuizamento de RJ e RE a partir da confissão de crise pelo devedor,⁴⁴ cumulada com o preenchimento de requisitos formais (art. 48). Já a decretação da falência se baseia na confissão de crise (autofalência), no inadimplemento⁴⁵ e na prática de atos de falência. Os termos “econômico” e “financeiro”, usados pela LRE nos arts. 47 e 105 para adjetivar a crise⁴⁶ – tanto para fins de recuperação da empresa como para decretação da falência – em nada contribuem

43 Cf. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *UNCITRAL Model Law on Cross-border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation*. New York: UN, 2014. p. 33.

44 “Esse estado de crise não pressupõe o inadimplemento já ocorrido das obrigações. A crise econômico-financeira se caracteriza quando o devedor, ainda que transitoriamente, não possua recursos financeiros disponíveis para satisfazer uma prestação vencida ou vincenda, ainda que seus ativos permanentes sejam suficientes para a satisfação de todo o passivo.” (SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 238).

45 O inadimplemento pode ser demonstrado pela impontualidade (art. 94, I) e pela execução frustrada (art. 94, II). Nos dois casos há dívida líquida, vencida e não quitada, diferenciando-se em relação à prova do inadimplemento.

46 “Acima de tudo, o sentido de crise consiste em uma alteração significativa em relação a um padrão de normalidade, resultando em uma desordem no status original da situação. Partindo da premissa que negócios são realizados para gerar benefícios econômicos aos seus idealizadores, o advento de uma crise - que pode atingir os mais diversos graus - tende a ser um obstáculo relevante na trajetória da empresa, com potencial para (i) impactar negativamente seu mercado de atuação, reduzindo o retorno destinado aos sócios (*crise econômica*); (ii) gerar problemas de fluxo de caixa e liquidez (*crise financeira*); (iii) deteriorar o patrimônio propriamente dito (*crise patrimonial*).” (SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2023. p. 51).

para definição do estado de insolvência, pois não distinguem com clareza a crise transitória e superável da crise insuperável. Para decretar a falência, o juízo não precisa averiguar a extensão da crise, e o pedido de autofalência se sustenta na avaliação subjetiva do empresário quanto à impossibilidade de prosseguimento da atividade empresarial, ainda que o sócio controlador possa ser responsável na hipótese de liquidação de companhia próspera (art. 117, § 1º, b da Lei n. 6.404/1979 – Lei das Sociedades Anônimas). A Lei 14.112/2020 parece ter introduzido uma nova gradação ao referir-se à “empresa em dificuldade” (art. 20-B), optando por não utilizar a expressão crise econômico-financeira no âmbito da mediação antecedente.

A doutrina estrangeira enfrenta similar questionamento. No âmbito da União Europeia, tanto propostas legislativas⁴⁷. Acesso em: 10/02/2025. como as diretivas e regulamentos em vigor⁴⁸ referem-se à insolvência em contextos distintos, e sem conceituá-la.⁴⁹ E os regimes de reestruturação preventiva - DIRETIVA (UE) 2019/1023 – adicionam uma camada de complexidade, na medida em que estabelecem regras para “devedores com dificuldades financeiras, caso exista uma probabilidade de insolvência, destinados a evitar a insolvência e a garantir a viabilidade do devedor” [art. 1(a)], relegando ao direito nacional a definição de “insolvência” e de “probabilidade de insolvência” [art. 2(2)].

Dentro do escopo deste artigo revisaremos três posicionamentos distintos quanto à caracterização ou definição de insolvência e suas implicações para o regime de insolvência transnacional.

47 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council harmonising certain aspects of insolvency law, 2022/0408 (COD) of 7 December 2022. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0702&qid=1673856579>

48 Conferir: Directive 98/26/EC; Directive 2002/47/EC; Directive 2009/138/EC; Directive 2019/1023/EU; Regulation (EU) 2023/1114; Regulation (EU) 2015/848.

49 Por todos, conferir: BORK, Reinhard; VEDER, Michael; SCHUIJLING, Ben. *Definition of insolvency*: proposals for harmonisation in the European Union. Cambridge: Intersentia Ltd, 2024. p. 5-6.

Para Horst Eidenmüller, não existe uma definição fundamental ou ontológica de insolvência; sua caracterização é conduzida pelo entendimento jurisprudencial ou legislativo predominante em determinado momento.⁵⁰ Justamente por isso que, no tocante à insolvência transnacional, defende o autor que os países deveriam restringir o reconhecimento de processo estrangeiro apenas àqueles que forem “plenamente coletivos”,⁵¹ ou seja, procedimentos que restringem as pretensões individuais de todos os credores para resolver o problema da ação coletiva (*common pool problem*).⁵² Em razão do alcance potencialmente universal dos efeitos do reconhecimento e da assistência concedidos no âmbito da Lei Modelo UNCITRAL e do Regulamento Europeu, os países deveriam ser rigorosos na caracterização de um procedimento de insolvência. Procedimentos como o *scheme of arrangement*⁵³ britânico, que contemplam um número restrito de cre-

50 EIDENMÜLLER, Horst. What is an Insolvency Proceeding? *American Bankruptcy Law Journal*, v. 92, n. 1. p. 53-71, winter 2018.

51 *Ibidem*. p. 14.

52 “A justificativa mais comum para a existência do regime de insolvência, sobretudo a falência, é a solução do problema da ação coletiva (*common pool problem*). O cenário de crise aguda exemplifica a tragédia dos comuns descrita por Hardin, pois a restrição do patrimônio do devedor leva os credores, na defesa de seus interesses pessoais a concorrer pela penhora de bens e, em razão da dificuldade de coordenação das ações movidas por eles, a tragédia é representada pelo esgotamento subótimo dos ativos. A ineficiência das ações individuais dos credores embasa a opção do legislador por um procedimento coletivo e mandatário de arrecadação, realização do ativo e repartição das receitas, cumulado com a suspensão das medidas individuais de cobrança dos créditos.” (OSNA, Mayra Roth Isfer; BECUE, Sabrina. Fresh start brasileiro: oportunidade para o empresário e limites do instituto. In: MELO, Alexandre Nasser de; AGUSTINHO, Eduardo Oliveira; RODRIGUES FILHO, João de Oliveira (orgs.). *Falências e recuperação de empresas*: análises do sistema brasileiro de insolvência empresarial. Curitiba: Juruá, no prelo).

53 A aplicação do Regulamento Europeu 2015/848 é restrita aos procedimentos listados no Anexo A e o *scheme of arrangement* não foi incluído nesta relação. Além disso, o *scheme of arrangement* é disciplinado pela lei societária (Part 26 of the Companies Act of 2006) e, em regra, envolve uma classe ou número reduzidos de credores. No entanto, os países adotantes da Lei Modelo UNCITRAL ou outras regras sobre procedimento de procedimento estrangeiro de insolvência costumam reconhecer o *scheme of arrangement*.

dores (ou de classe de credores), não deveriam ser aceitos como procedimento de insolvência para fins de reconhecimento e aplicação das regras de insolvência transnacional. Para Eidenmüller, a expectativa dos credores quanto à lei e fórum que rege suas relações jurídicas não pode ser afetada pelas decisões decorrentes do reconhecimento de processo estrangeiro, salvo se o procedimento reconhecido for processo de insolvência nos moldes definidos por ele como “clássico”.⁵⁴

Madaus compartilha a opinião defendida por Eidenmüller de que a justificativa para abertura de um procedimento de insolvência reside na possibilidade de lidar com os efeitos da ação coletiva.⁵⁵ E propõe a diferenciação entre procedimentos de liquidação e de reestruturação, classificando aqueles dentro do regime de insolvência e esses no campo da teoria contratual.⁵⁶ Os meios recuperatórios são novos contratos firmados com apoio judicial para contornar a resistência – *holdout* – de alguns credores, no entanto, os princípios e regras aplicáveis devem ser pautados pelo direito contratual. O que dá suporte à intervenção judicial na celebração destes acordos é a tragédia dos anticomuns: a multiplicidade de poder decisório sobre a reestruturação da empresa pode conduzir à subutilização de sua capacidade produtiva e destruição de seu valor. Os procedimentos, sem perder a natureza contratual, lidam com essa realidade. No que diz respeito à insolvência transnacional, o autor concorda que a definição de processo estrangeiro contida na Lei Modelo UNCITRAL é

54 EIDENMÜLLER, Horst. What is an Insolvency Proceeding? *American Bankruptcy Law Journal*, v. 92, n. 1. p. 53-71, winter 2018, p. 1.

55 Também concorda que o *scheme of arrangement* não pode ser considerado um procedimento coletivo e, por esta razão, não seria abrangido pelos regimes de insolvência transnacional (MADAUS, Stephan. Leaving the Shadows of US Bankruptcy Law: A Proposal to Divide the Realms of Insolvency and Restructuring Law. *European Business Organization Law Review*, v. 19. p. 615-647, 2018. p. 643).

56 “Restructurings deserve their own legal domain outside of insolvency law.” (*Ibidem*. p. 626).

abrangente e possibilita a inclusão de procedimentos recuperatórios. No entanto, defende que a regras de insolvência transnacional deveriam abranger apenas procedimentos de liquidação e que o reconhecimento de planos de reestruturação deveria ser regido pelas regras de direito internacional privado aplicáveis aos contratos.⁵⁷

Mokal⁵⁸ diverge dos argumentos expostos acima e da exclusão do *scheme of arrangement* como um procedimento de insolvência. Aduz, por exemplo, que as leis não costumam vedar o ajuizamento de liquidação na presença de um único credor ou na ausência completa de bens (falência frustrada), para rebater tese de que o problema da ação coletiva é a característica fundamental do regime de insolvência. Também discorda da atribuição de natureza contratual aos instrumentos recuperatórios e de sua segregação do regime de insolvência. Os critérios de aprovação do plano – disciplinados, em regra, pelo princípio majoritário – não podem ser equiparados à voluntariedade que caracteriza os contratos.⁵⁹ O autor conclui que a insolvência é um conceito escalonado e vago, indicativo de diferentes estágios de crise em que uma pessoa ou ente pode se encontrar. Apesar de não existir um único e exclusivo objetivo passível de ser atingido pela lei de insolvência ou, de forma homogênea, por todas as leis de insolvência, o regime especial é definido por seu caráter teleológico e pro-

57 MADAUS, Stephan. Leaving the Shadows of US Bankruptcy Law: A Proposal to Divide the Realms of Insolvency and Restructuring Law. *European Business Organization Law Review*, v. 19. p. 615-647, 2018. p. 644. DOI: <https://doi.org/10.1007/s40804-018-0113-7>

58 MOKAL, Riz. What is an insolvency proceeding? Gategroup lands in a gated community. *International Insolvency Review*, v. 31, n. 3. p. 418-473, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1002/iir.1470>.

59 “What is nevertheless undeniable, however, is that contract law is undergirded by the value of being able voluntarily to enter into enforceable agreements. Compelled contracting is exceptional and justified by considerations, such as the protection of road users and the importance of the continuity of utility supplies, which are extraneous to contract law. Again, by sharp contrast, the overriding of holdouts is intrinsic to the rationale of restructuring law, as, indeed, Madaus accepts in focusing on the anti-commons problem.” (p. 431).

positivo.⁶¹ São leis ou procedimentos de insolvência aqueles que foram idealizados para lidar com as circunstâncias especiais e com as repercussões do cenário de crise. Nessa linha argumentativa, afirma ser inócuo definir pré-insolvência e a tentativa de diferenciá-la dos demais graus de crise.

Vale destacar ainda que a Lei Modelo, como instrumento de *soft law*, é incorporada pelos países com variações redacionais que podem alterar seus conceitos. No tocante à definição de processo estrangeiro, os EUA e Singapura adicionaram que o processo estrangeiro pode estar relacionado à insolvência ou ao ajuste de dívidas (“adjustment of debts”). A ampliação do escopo tem sido interpretada pelos tribunais como a desnecessidade de averiguar o estado de insolvência do devedor para fins de reconhecimento, inclusive autorizando a assistência em favor de devedores solventes.⁶²

O ângulo de análise adotado pelos tribunais⁶³ sugere uma

61 “Insolvency law, and therefore the law relating to insolvency, may seek to respond to a debtor lying at any of a variety of points along this spectrum. And under such law – indeed, sometimes pursuant to the very same legal provisions – the same proceedings involving the same processes may be initiated in relation to both solvent as to insolvent debtors. Therefore, it is not possible to answer the question “What is an insolvency proceeding?” in the abstract. Instead, the criteria for the correct application of the concept of *insolvency proceeding* are purposive: one must first understand *why the question is being asked*.” (MOKAL, Riz. What is an insolvency proceeding? Gategroup lands in a gated community. *International Insolvency Review*, v. 31, n. 3. p. 418-473, 2022. p. 426. Destaques originais).

62 Cf. *Re Ascentra Holdings, Inc (in official liquidation) v SPGK Pte Ltd* [2023] SGCA 32 (“the addition of the words “or adjustment of debt” positively suggests a Parliamentary object to extend the SG Model Law to proceedings concerning solvent companies”); *In re Betcorp LTD* 400 B.R. 266 (Bankr. D. Nev. 2009) [“under a law related to insolvency or the adjustment of debts. Importantly, this element does not require the company to be either insolvent or to be contemplating using the provisions of Australian law to adjust any debts.”].

63 Há diversos precedentes estadunidenses interessantes no que diz respeito à qualificação como processo coletivo. A tônica parece repousar mais nestas repercussões e objetivos do procedimento, do que na soma numérica de credores. Procedimento que contempla os interesses de um único credor ou que não permitam o exercício de direitos pelos credores não são aceitos para fins de reconhecimento. A esse respeito, conferir: *In re British Am. Ins. Co.*, 425 B.R. at 902 [“For a proceeding to be collective within the meaning of section 101(23), it must be instituted for the benefit of creditors generally rather than for a single creditor or class of

aproximação com a proposta de Riz Mokhal de abarcar, no âmbito da Lei Modelo UNCITRAL e do Regulamento Europeu 2015/848, procedimentos marcados por condições sociais, comerciais e jurídicas próprias. São essas circunstâncias especiais que caracterizam a insolvência e justificam a cooperação entre as jurisdições. A gradação da crise é irrelevante, mas se o propósito do procedimento é lidar com as repercussões do endividamento para além das pretensões individuais, regidas por cânones do direito contratual, então trata-se de um procedimento de insolvência.

Conclusão.

A adoção da Lei Modelo UNCITRAL representou uma conquista para o sistema de insolvência brasileiro. A complexidade dos casos enfrentados pelo Poder Judiciário brasileiro, bem como aqueles que envolvem empresas brasileiras no cenário internacional, demonstra o acerto do legislador ao incorporar regras de insolvência transnacional. No entanto, o texto da UNCITRAL, marcado por sua concisão e ênfase na cooperação jurídica internacional, não fornece respostas para questões controversas, como a qualificação de um procedimento de insolvência. O pedido de reconhecimento de processo estran-

creditors. [...] From the foregoing, the Court concludes that the word "collective" in section 101(23) contemplates both the consideration and eventual treatment of claims of various types of creditors, as well as the possibility that creditors may take part in the foreign action. Notice to creditors, including general unsecured creditors, may play a role in this analysis. In determining whether a particular foreign action is collective as contemplated under section 101(23), it is appropriate to consider both the law governing the foreign action and the parameters of the particular proceeding as defined in, for example, orders of a foreign tribunal overseeing the action." e *In re Global Cord Blood Corp.*, 2022 WL 17478530 (Bankr. S.D.N.Y. Dec. 5, 2022) ["All relevant case law, [...], unequivocally and at length invokes a focus on and involvement of 'creditors' as the main definitional hallmark of 'collective' action within the meaning of section 101(23). [...] Courts' consistent focus on the existence of creditor-related proceedings abroad reflects the overall purpose and focus of Chapter 15, and avoids expanding Chapter 15 to provide Bankruptcy Court assistance for any foreign proceeding aimed at counteracting corporate fraud and making victimized corporations or shareholders whole."].

geiro constitui a principal ferramenta de diálogo entre jurisdições, mas seu êxito pressupõe que o processo local para o qual se busca assistência contemple a coletividade de credores e esteja vinculado à reestruturação ou liquidação de empresas em dificuldade.

O caso da InterCement desafia a doutrina ao combinar duas inovações introduzidas pela Lei nº 14.112/2020: a mediação antecedente e as normas de insolvência transnacional. Empresas brasileiras não encontram obstáculos para obter o reconhecimento de pedidos de recuperação judicial e extrajudicial em países adotantes da Lei Modelo. No entanto, a mediação antecedente, respaldada pela tutela de urgência cautelar (art. 20-B, IV, § 1º), suscita questionamentos quanto à sua qualificação jurídica para fins de reconhecimento.

A mediação tem como principais propósitos sua utilização por empresas em estágio inicial de dificuldade financeira e a prevenção de procedimentos típicos de reestruturação. Trata-se, por natureza, de um mecanismo bilateral de negociação, sem uma definição rígida quanto ao estágio da crise ou ao número de credores envolvidos. Esse cenário aproxima a doutrina brasileira dos debates acadêmicos e jurisprudenciais sobre a qualificação de um procedimento de insolvência, especialmente no que tange à admissão de instrumentos que não envolvem a totalidade (das classes) dos credores como procedimentos coletivos, à semelhança do *scheme of arrangement* no direito anglo-saxão.

Este artigo chegou a conclusões parciais e que estão longe de poderem ser talhadas em pedra. Em primeiro lugar, a análise de um procedimento para fins de enquadramento como processo estrangeiro depende de uma avaliação casuística, uma vez que sua mera designação formal é insuficiente. No caso concreto, deve-se verificar se o procedimento: (i) é judicial; (ii) é coletivo; (iii) está relacionado à legislação de insolvência vigente no país de origem; (iv) submete os bens e atividades do devedor à supervisão de uma autoridade estrangeira; e (v) destina-se à reorganização ou liquidação da empresa. Em segundo lugar, a apreciação deve considerar eventuais adaptações

textuais feitas pelo país adotante em relação às regras da UNCITRAL. Por fim, não há uma acepção única de insolvência. A proposta de qualificação de um procedimento de insolvência a partir de sua contextualização e de seus objetivos parece estar alinhada com a crescente proliferação e com o incentivo às medidas de reestruturação preventiva.

