

CRISTIANO DE CASTRO JARRETA COELHO

**A Barreira da Ordem Pública na
Insolvência Transnacional**

Universidade Nove de Julho

Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito

São Paulo – SP

2023

CRISTIANO DE CASTRO JARRETA COELHO

**A Barreira da Ordem Pública na
Insolvência Transnacional**

Tese de Doutorado apresentada para Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da *Universidade Nove de Julho*, na área de concentração “Direito Empresarial: Estruturas e Regulação”, na Linha de Pesquisa 1, *Estruturas do Direito Empresarial*, sob a orientação do Professor Dr. Daniel Carnio Costa

Universidade Nove de Julho

São Paulo – SP

2023

Coelho, Cristiano de Castro Jarreta.

A barreira da ordem pública na insolvência transnacional. / Cristiano de Castro Jarreta Coelho. 2024.

141 f.

Tese (Doutorado) - Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2024.

Orientador (a): Prof. Dr. Daniel Carnio Costa.

“Estávamos convencidos de que, com a globalização, todo mundo pensaria da mesma forma. Temos um resultado contrário sob todos os aspectos: ela contribui para o esfacelamento da experiência comum”. — Umberto Eco

“Se toda a política precisa de uma economia, a economia determina uma política; é isso que está a acontecer (com a globalização)”. — José Saramago

“Não temos de ter medo da globalização. Temos de ter competência para nos inserir”. — Fernando Henrique Cardoso

AGRADECIMENTOS

Ao término dessa etapa de minha vida acadêmica não poderia deixar de externar alguns agradecimentos.

Na parte acadêmica, sem dúvida, o agradecimento deve ser feito ao meu amigo e orientador, o professor Daniel Carnio. Sem seu chamado durante os pesados tempos de Pandemia que vivíamos, provavelmente teria permanecido 'acomodado' no incansável e invencível volume de sentenças da vara. E sem sua indicação acadêmica, provavelmente não teria caminhado e chegado ao fim do caminho.

No campo pessoal, agradeço do fundo de minha alma aos meus amados pais João e Vera pelo incentivo e pela orientação que moldaram meu caráter e minha resiliência. Sem a indicação do caminho não haveria homem e profissional. Sem o acompanhamento de minha mãe nos primeiros anos de escola, não teria tomado gosto pelo saber.

À minha amada esposa Juliana, com toda força de meu coração, agradeço a paciência que teve durante as privações que lhe impus em todos esses anos de esforço profissional e acadêmico. Sem a certeza de sua solidez, não teria como trilhar o caminho que percorri.

Aos meus amados filhos João Pedro e Maria Eduarda, com minha alma, coração e mente, agradeço a Deus pelo privilégio de poder tentar lhes dar as orientações primeiras de vida, na esperança de que meu esforço lhes provoque algum exemplo.

RESUMO:

A Barreira da Ordem Pública na Insolvência Transnacional

O Brasil internalizou em seu ordenamento, por intermédio da Lei nº 14.112/2020, a Lei Modelo da UNCITRAL, passando a autorizar a concessão de eficácia no país a processos estrangeiros de insolvência. A Lei Modelo tem o claro objetivo de propiciar tratamento mais racional em casos de empresas sujeitas a várias jurisdições, de forma que todos os processos nessas hipóteses sejam coordenados a partir de cooperação entre os países. Para resguardar a soberania jurídica dos países aderentes à Lei Modelo, criou-se uma exceção de aplicação das regras de insolvência transnacional (artigo 167-A, § 4.º, da LRF: “O juiz somente poderá deixar de aplicar as disposições deste capítulo se, no caso concreto, a sua aplicação configurar manifesta ofensa à ordem pública”). Contudo, a exceção em questão somente pode ser aplicada quando houver manifesta ofensa à ordem pública. O presente trabalho propôs-se justamente a investigar o alcance e formato da barreira da ordem pública. Para tanto, dividiu-se a investigação em duas partes. Uma primeira, de cunho geral, onde se concentrou em avaliar os propósitos da própria Lei Modelo. Numa segunda etapa, investigou-se o tratamento do termo ‘ordem pública’ na doutrina do direito internacional, assim como a avaliação daquele na jurisprudência do STF e do STJ, no campo específico da homologação de sentença estrangeira. Superadas essas investigações, passou-se diretamente a considerar a definição da cláusula como um todo, encontrando-se, para tanto, uma dupla função nos termos ‘somente’, ‘manifesta’ e ‘ofensa’. Ao cabo, buscou-se o preenchimento do termo ‘ordem pública’ nos avanços civilizatórios fundamentais definidos da Constituição Federal, propondo-se, assim, um modelo regulatório para a aplicação da cláusula de barreira.

Palavras-chaves: Lei Modelo UNCITRAL – Insolvência Transnacional – Lei nº 14.112/2020 – Exceção da Barreira de Ordem Pública – Somente com manifesta ofensa à ordem pública – Dupla Função – Valores Fundamentais da Constituição.

ABSTRACT:

The Public Policy Barrier in Transnational Insolvency

Brazil internalized in its legal system, through Law no. 14,112/2020, the UNCITRAL Model Law, authorizing the granting of effectiveness in the country to foreign insolvency proceedings. The Model Law has the clear objective of providing a more rational treatment in cases of companies subject to several jurisdictions, so that all processes in these cases are coordinated based on cooperation between countries. To safeguard the legal sovereignty of the countries adhering to the Model Law, an exception was created for the application of transnational insolvency's rules (Article 167-A, § 4, of the LRF: "The judge may only disapply the provisions of this Chapter if, in the specific case, their application constitutes a manifest offense to public policy"). However, the exception in question can only be applied when there is a manifest violation of public policy. The present work aimed to investigate the scope and format of the public policy exception. To this end, the investigation was divided into two parts. The first was of a general nature, where it focused on evaluating the purposes of the Model Law itself. In a second stage, the treatment of the term 'public policy' in the doctrine of international law was investigated, as well as the evaluation of it in the jurisprudence of the STF and the STJ, in the specific field of the ratification of foreign judgments. After these investigations, the definition of the clause was directly considered, finding a double function in the terms 'only', 'manifest' and 'offense'. In the end, we sought to fill the term 'public policy in the fundamental civilizing advances defined in the Federal Constitution, thus proposing a regulatory model for the application of the barrier clause.

Keywords: UNCITRAL Model Law – Transnational Insolvency – Law No. 14,112/2020
– Public Policy Exception – Only with manifest offense to public policy – Dual Function
– Fundamental Values of the Constitution.

Lista de abreviaturas e siglas

AgInt	Agravo Interno
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
EUA	Estados Unidos da América
GT	Grupo de Trabalho
HDE	Homologação de Decisão Estrangeira
Lei Modelo	Lei Modelo da UNCITRAL sobre insolvência transnacional de
LRF	Lei de Recuperação Judicial e Falência
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
SE	Sentença Estrangeira
SEC	Sentença Estrangeira Contestada
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
UNCINTRAL	Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (<i>United Nations Commission on International Trade Law</i>)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
------------------	---

PARTE GERAL

1. A UNCITRAL e a preocupação com o tratamento da insolvência das transnacionais	17
2. A internalização no Brasil da Lei Modelo	31

PARTE ESPECIAL

1. A inquietante questão da cláusula de barreira da <i>ordem pública</i> : o balanço entre a integração internacional e a soberania jurídica.....	37
2. O que é ordem pública na CF de 1988	43
3. A compreensão do direito internacional privado sobre a ordem pública...49	
4. A compreensão da jurisprudência do STF e do STJ sobre a <i>ordem pública</i> na homologação de sentença estrangeira	53
5. A compreensão da jurisprudência estado-unidense sobre a ordem pública na insolvência transnacional	83
6. Conclusões com base na análise da jurisprudência nacional e estado-unidense.....	106

7. A cláusula restritiva ‘manifesta ofensa à ordem pública’ e o seu caráter <u>dúplice</u> : proteção da soberania jurisdicional e a vedação ao retrocesso nacionalista.....	110
8. Uma proposta de cláusula de ordem pública para aplicação no Brasil ...	115

<u>CONCLUSÃO</u>	128
------------------------	-----

<u>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</u>	132
---	-----

INTRODUÇÃO

O presente trabalho surge no contexto pós-vigência da Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020, que, com o propósito de atualizar¹ a legislação brasileira de insolvência², trouxe inúmeras inovações, produzindo, ainda, vários aperfeiçoamentos.

Dentre as novidades, o presente estudo que ora se inicia optou por focar na introdução no ordenamento brasileiro do Capítulo 6-A na LRF, que normatizou o sistema de *insolvência transnacional*³ nos artigos de 167-A a 167-Y, a exemplo do que ocorreu nos Estados Unidos da América, por ocasião da introdução do *Chapter XV* no *Bankruptcy Code* pelo *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005*.⁴

Há muito se tratava desta questão que atormentava os especialistas brasileiros⁵, que alertavam para a necessidade de construir no Brasil ferramentas legais, um marco regulatório, que pudesse integrá-lo de forma segura no contexto

¹ Ementa da Lei nº 14.112/20: “Altera as Leis nos 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária.”

²

Lei nº 11.105, de 09 de fevereiro de 2005

³

Segundo definição consultada em março de 2023, no sítio de titularidade do UOL, <https://mundoeducacao.uol.com.br/geografia/transnacionais.htm> “Por muito tempo, o termo *multinacional* foi utilizado para designar as empresas que atuavam em mais de um país, por todo o globo. Entretanto, esse **termo passou por revisão**, pois dá a entender que uma *multinacional* possui várias nacionalidades, pertencendo a várias nações, o que não ocorre na prática. O **termo transnacional é o mais adequado para nomear esse tipo de empresa**, pois pode ser interpretado como algo que transpassa as fronteiras de origem ou mesmo que **transita entre várias nações, mas pertence a apenas uma**, ao país que possui sua matriz. Com isso, esse termo aproxima-se mais da realidade dessas empresas.”

⁴ Sobre o tema, como importante fonte de consulta, conferir <https://www.uscourts.gov/services-forms/bankruptcy/bankruptcy-basics/chapter-15-bankruptcy-basics>, consultado em março de 2023.

⁵ Segundo COSTA, Daniel Carnio e de Melo, Alexandre Nasser, *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*, 3ª edição, Curitiba: Juruá, 2022, página 461: “**Notadamente, desde a década de 90, houve uma intensificação do movimento de transnacionalização do capital e da atividade empresarial. Com isso, uma única empresa atua sob diversas jurisdições simultaneamente. A legislação não poderia mais continuar à margem deste fenômeno**”.

mundial de ambiente produtivo e econômico multilateral. Nesse sentido, Daniel Carnio Costa⁶ já alertava durante a tramitação do projeto de lei:

“A decisão sobre investir ou não em determinado país leva em consideração, além dos aspectos relacionados ao desenvolvimento próprio da atividade econômica, também o tratamento legal que é dado ao insucesso do empreendimento. É relevante saber os riscos envolvidos no investimento que é realizado em jurisdição estrangeira.

Assim, os empreendedores e investidores internacionais tendem a orientar seus recursos para jurisdições que sejam mais estáveis, que apresentem segurança jurídica e que ofereçam soluções eficientes e justas no tratamento da insolvência empresarial, entre credores locais e estrangeiros.

Vale destacar, ainda, que adoção de um sistema de insolvência doméstico, que desconsidere a globalização do investimento e da atuação empresarial, representa um custo adicional de transação para o país, fazendo com que outros Países se tornem mais interessantes para receber investimentos estrangeiros desde que possuam sistemas legais internacionalizados e já conhecidos pelos grandes players multinacionais.

É cada vez mais comum, como já afirmado, que uma empresa brasileira tenha negócios no Brasil e no exterior, bem como credores nacionais e estrangeiros. Na hipótese de insolvência dessa empresa, com a necessidade de se recorrer aos mecanismos da recuperação judicial ou da falência, importa saber qual é o tratamento que a legislação brasileira confere aos credores estrangeiros e qual a proteção oferecida aos ativos que se encontram dentro e fora do país. Quanto mais justa e eficiente a administração desses ativos, e quanto menos discriminatório o tratamento dos credores estrangeiros em relação aos credores nacionais, maior a capacidade dessa empresa de captar recursos internacionais e de ampliar sua atuação negocial em termos globais. Esse mesmo raciocínio também se aplica aos demais países, na medida em que serão mais atrativos ao investimento internacional quanto mais justa, eficiente e não discriminatória for a sua legislação que trate da insolvência empresarial (falência e recuperação de empresas).”

Com a *quebra* das fronteiras físicas em decorrência do fenômeno da globalização⁷, a faceta econômica desse movimento foi a inevitável “aproximação”

⁶ Costa, Daniel Carnio. Os Impactos do PL 6.229/05 na Insolvência Transnacional. Inseto na obra coletiva *Análise de Impacto Legislativo na Recuperação e Falência*, obra que contou com a coordenação acadêmica do ministro Luís Felipe Salomão e Flavio Galdino, Rio de Janeiro: Editora J & C, 2020, páginas 79 a 99.

⁷ Para uma conceituação rápida, vale mencionar o conceito de globalização encontrado no endereço eletrônico <https://brasilecola.uol.com.br/o-que-e/geografia/o-que-e-globalizacao.htm>: “A globalização é um termo que foi elaborado na década de 1980 para descrever o processo de intensificação da integração econômica e política internacional, marcado pelo avanço nos sistemas de transporte e de comunicação. Por se caracterizar como um fenômeno de caráter mundial, muitos autores preferem

ocorrida entre as cadeias produtiva e consumidora no mundo. E não foram apenas os negócios, assim pensados juridicamente como atos jurídicos finais de compra e venda, que sofreram efetiva potencialização/fomentação. Para poder alcançar esse efetivo aumento, por óbvio, a cadeia produtiva (tanto de bens quanto de serviços) teve de sofrer profunda potencialização, também passando, portanto, pelo fenômeno da globalização.

Nessa cadeia negocial não raro nos deparamos com empresas que se subdividem em várias filiais ou departamentos – obedecendo a uma logística de administração interna fundada em diminuição dos custos – como forma de potencializar ganhos, de forma que essas células ou unidades da cadeia produtiva acabam sendo “espalhadas” pelo mundo, em vários países.

Essa fragmentação das unidades da cadeia produtiva da empresa, que em regra opera pela lógica do custo, repita-se, acaba gerando reflexos econômicos, por assim dizer, indiretos⁸. Esses reflexos podem ser enumerados de forma não sistêmica,

utilizar o termo mundialização. É preciso lembrar, porém, que, apesar de ser um conceito recentemente elaborado, a sua ocorrência é antiga. A maioria dos cientistas sociais marca o seu início no final do século XV e início do século XVI, quando os europeus iniciaram o processo de expansão colonial marítima. Com isso, é possível perceber que a globalização não é um fato repentino e consolidado, mas um processo de integração gradativa que está constantemente se expandindo". De forma mais acadêmica, Fiorillo, Celso Antonio Pacheco, na obra *Função Social das Empresas Transnacionais em face do direito ambiental constitucional brasileiro*, na página 119, define que *transnacionais “são, portanto grandes corporações que atuam em diferentes países, ou seja, grandes empresas/organizações estruturadas no sentido de desenvolver atividade econômica com foco no lucro e organizadas para desenvolver suas operações entre diferentes nações sendo certo que apesar de atuarem em vários países, possuem uma única sede (a maioria delas nos EUA, Europa e Ásia).”*

⁸ Gera, também, reflexos humanistas – tanto do ponto de vista subjetivo, em relação à comunidade local, quanto do ponto de vista objetivo, em relação ao meio ambiente local, compreendido este em seu conceito mais amplo, ou seja, inclusive cultura – que causam preocupação em outras áreas da ciências humanas. Sobre o assunto, vale conferir a obra “Quando negócios não são apenas negócios – as corporações multinacionais e os direitos humanos”, de *John Gerard Ruggie*, São Paulo: Planeta Sustentável, 2014, encontrada em formato eletrônico. Explicando o tema, para então enfrentar casos concretos, o autor esclarece, à página 50, que a **“globalização significou a adoção de modelos operacionais baseados em redes, envolvendo múltiplas camadas de entidades corporativas e diferentes formas de relacionamentos corporativos espalhados por vários países. Redes, pela própria natureza, envolvem a privação de certo grau de controle em operações importantes, substituindo relacionamentos negociados por estruturas hierárquicas. Essa forma de empreendimento ampliado pôde melhorar a eficiência econômica do empreendimento em geral, mas também aumentou os desafios que as empresas enfrentam na administração de suas cadeias globais de valor – toda gama de atividades exigidas para levar um produto ou serviço de sua concepção até o uso final. À medida que aumenta o número de elos nas cadeias de valor, aumentam também as vulnerabilidades para a empresa como um todo, representada por esses elos”** (grifei).

como o reconhecimento de que em cada uma das unidades – ou camadas corporativas nas palavras de *John Gerard Ruggie*⁹ – existem relações jurídicas próprias, gerando ativos e passivo locais.

Quando a empresa se encontra em plena atividade, mas sem qualquer dificuldade financeira, essa realidade jurídica própria de cada uma das unidades não acarreta nenhuma situação além do quanto já previsto pela própria organização administrativa interna.

Quando, no entanto, essa empresa passa por dificuldades financeiras, sejam elas superáveis (caso que induz à reorganização/recuperação) ou insuperáveis (liquidação/falência), a questão torna-se mais delicada. Isso porque o tratamento a ser dado aos créditos, débitos e relações jurídicas de cada uma dessas camadas da *transnacional*, a depender em quais países sua unidade fragmentada se encontre sediada, pode sofrer tratamentos completamente diferenciados gerando influência direta no sucesso dos processos de insolvência.

É possível que a fragmentação dos ativos da empresa, aplicando-se as diversas regras legais de acordo com a localização daquele, impeça, por exemplo, a melhor alienação possível de um ativo, atingindo-se um montante inferior ao necessário, seja para superação da crise, seja para adimplemento de um maior número de credores no caso de liquidação efetiva da empresa.

É possível, ainda, que essa mesma fragmentação, aliada aos diversos tratamentos legais decorrentes das inúmeras legislações que as unidades dessa empresa estejam sujeitas, promova uma quitação irregular e não uniforme de todos os credores, gerando a inviabilização da execução de um plano de recuperação ou até mesmo uma enorme injustiça na administração do passivo.

Inúmeras são as situações práticas que podem surgir dessa fragmentação da empresa *transnacional*, que independentemente de quais elas sejam, a conclusão inversa uniforme é sempre a mesma: **fosse essa empresa considerada como um só corpo, com uma só regra, sujeita a uma só jurisdição, as chances de superação da crise no procedimento de recuperação, ou as chances de atingir**

⁹ Tal qual citado por Ruggie, John Gerard, na nota anterior.

o maior grau possível de pagamento no procedimento de liquidação, seriam verdadeiramente maiores.

Com esse objetivo em tela, buscando a minimização dos prejuízos decorrentes da fragmentação da empresa transnacional, é que organismos internacionais como o Banco Mundial e a UNCITRAL passaram a fomentar o tratamento internacional uniforme de processos de insolvência desses modelos de negócios transfronteiriços.

Foi nesse contexto que surgiu a Lei Modelo da UNCITRAL, que, adotando uma espécie de *teoria universal moderada*¹⁰ propôs uma série de regras modelo para os Estados que desejassem internalizá-las em suas legislações, buscando a segurança jurídica como um objetivo para fomentar o incremento das atividades negociais transnacionais¹¹.

Os EUA, como dito acima, cuidaram de incluir esse modelo em sua legislação já no ano de 2005. Já o Brasil, não sem um considerável atraso, finalmente acabou aderindo às regras modelo da UNCITRAL no final do ano de 2020, sendo o 49º país a promover tal adesão¹².

¹⁰ COSTA, Daniel Carnio e outro. Obra citada. Página 461: “**O Brasi evoluiu de um modelo territorialista de tratamento da insolvência transnacional, segundo a qual a filial, sucursal ou agência de um empresário estrangeiro seria considerada um estabelecimento autônomo em relação à matriz estrangeira, para um modelo pós-universalista, sugerido pela UNCITRAL, que admite o reconhecimento do processo de insolvência estrangeiro, desde que tramite pelo centro principal de atividades da devedora (COMI), mas que autoriza a verificação pelo Brasil de eventuais violações da ordem pública**” (grifei)

¹¹

COSTA, Daniel Carnio e outro. Obra citada. Página 460. “**A forma de lidar com a insolvência é um dos aspectos levados em consideração para a classificação das economias no Doing Business, um ranking do Banco Mundial que mede a regulamentação do ambiente de negócios, classificando as economias entre 1 e 190 em termos de facilidade de fazer negócios. ‘Uma classificação mais alta, ou seja, mais próxima de 1, significa que as regulações do ambiente de negócios da economia são mais propícias à abertura e às atividades de uma empresa local’ (WORLD BANK GROUP, 2020)**”

Vale mencionar que em setembro de 2021 o Banco Mundial encerrou de forma definitiva o indicador Doing Business, conforme bem esclarece Arruñada, Benito, no artigo *RIP Doing Business*, encontrado no endereço eletrônico <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-notariais-e-registrars/352730/rip-doing-business>, consultado em outubro de 2023, deixando o país em má colocação: conferir <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2021/09/27/fim-do-doing-business-deixa-brasil-na-pior-posicao.ghtml> - consultado em outubro de 2023.

¹² GUIMARÃES, Marcio Souza. Artigo: Insolvência Transnacional – Princípios. *In* Recuperação de Empresas e Falência: Diálogos Entre a Doutrina e a Jurisprudência. Obra coordenada por SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flavio; COSTA, Daniel Carnio.

Vários são os princípios vetores dessa alteração. Pode-se afirmar, *contudo*, que o valor fundamental da novel legislação é o instrumento denominado em inglês de *comity*. Como tivemos oportunidade de mencionar em nota explicativa lançada em artigo inserto na obra¹³, **“Comity é um termo frequente no direito internacional americano de difícil tradução, já que a tradução literal seria cortesia. No campo específico da insolvência transnacional, cuida-se do compromisso assumido quando da internalização da Lei Modelo de cooperar nos casos de insolvência transnacional”**.

Diz-se que se trata de valor fundamental da lei porque é pela cortesia (cooperação) jurisdicional, que inspira a aplicação em solo nacional de processo de insolvência estrangeiro, que se perseguirá um tratamento uniforme à empresa transnacional em dificuldade financeira, para impedir que sua fragmentação territorial seja elemento dificultador da melhor otimização dos instrumento de superação da crise ou de melhor liquidação dos ativos para satisfação do maior número de credores, permitindo, ainda, rápida substituição do agente econômico. Citando Fabio Ulhoa Coelho, Daniel Carnio Costa e outro¹⁴ esclareceram: **“é importante aprender que, na falência ou recuperação transnacional, não existe uma jurisdição internacional com competência para a matéria de insolvência. O que existe são meios de facilitação judiciária internacional.”**

Para conseguir promover maior adesão de países, a UNCITRAL tomou a correta decisão, como já colocado alhures, de partir para a aplicação de uma teoria universal moderada: dentro da lei modelo existente foi disponibilizado mecanismo de proteção da soberania jurídica do país, que, no entanto, como teremos oportunidade de defender até o término do presente trabalho, também se caracteriza por uma dupla função, proteger o não retrocesso nacionalista.

Está-se falando justamente da *cláusula de barreira da ordem pública* ou exceção de ordem pública, que de forma mais corriqueira pode ser chamada de

¹³

COSTA, Daniel Carnio e COELHO, Cristiano de Castro Jarreta. Artigo denominado *A aplicação no Brasil da cláusula de barreira da ordem pública em insolvência transnacional – Artigo 167-A, § 4.º da Lei nº 11.101/2005, introduzido pela Lei nº 14.112/2020* que fez parte da obra coletiva coordenada por COSTA, Daniel Carnio, SISTEMA BRASILEIRO DE INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL, Curitiba, Editora Juruá, 2022.

¹⁴ Obra citada. Página 461.

barreira da ordem pública. Cuida-se de mecanismo presente na Lei Modelo que também fez parte das internalizações promovidas no Brasil por intermédio da Lei nº 14.112/2020.

No § 4.º do artigo 167-A da LRF, restou estabelecido pelo legislador que o “juiz somente poderá deixar de aplicar as disposições deste capítulo se, no caso concreto, a sua aplicação configurar manifesta ofensa à ordem pública” (grifei).

É justamente o alcance dessa norma, em leitura consentânea com as intenções presentes na construção do modelo internalizado, traduzidas em várias disposições da legislação¹⁵, que se irá concretizar no presente trabalho.

Como dito, buscar-se-á defender a incidência restritiva da *cláusula de barreira*, verdadeira exceção, que é destinada apenas àqueles procedimentos de insolvência transnacional que ofendam os valores constitucionais fundamentais do Brasil, que se encontram, nas palavras ditas comumente em palestras por Daniel Carnio Costa, no “**coração do sistema**”.

Essa conclusão, à guisa de introdução, será extraída dos termos ‘**somente**’ e ‘**ofensa**’ à ‘**ordem pública**’, elementos normativos estes que serão investigados axiologicamente no (a) contexto de criação da Lei Modelo, na (b) análise da jurisprudência estado-unidense aplicada ao instituto nesses quinze anos de vigência lá do Capítulo 15, além da (c) análise jurisprudencial no Brasil do alcance do conceito de ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras.

Também se defenderá, como já adiantado, que existe uma dupla função na *cláusula de barreira da ordem pública*, a qual, também à guisa de introdução, pode-se dizer que se encontra presente no verbete legal ‘**manifesta**’.

Como a lei não traz palavras inúteis¹⁶, e considerando que a limitação legal da aplicação da cláusula para somente os casos de ofensa à ordem pública já seria

¹⁵ Artigo 167-A, incisos de I a VI, estatui os objetivos almejados no processo de insolvência transnacional.

¹⁶ Segundo ensina MAXIMILIANO, Carlos, *Coleção Fora de Série - Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Disponível em: Minha Biblioteca, (23rd edição). Grupo GEN, 2021, “**Verba cum effectu sunt accipienda: “Não se presumem, na lei, palavras inúteis.” Literalmente: “Devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia.” As expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis. Pode uma**

suficiente para se extrair a conclusão do caráter restritivo da produção de efeitos dessa barreira para eficácia no país de processo estrangeiro, é o caso de se encontrar a razão pela qual o legislador incluiu o adjetivo supramencionado.

Também para fins de ambientação da problemática do presente trabalho, defender-se-á aqui que, para além de uma simples retórica redundante potencializadora da característica restritiva da incidência da cláusula, a estipulação de que somente a ofensa à ordem pública que se mostra **manifesta** está a indicar a necessidade de que não haja retrocesso na interpretação. O reforço semântico na condição restritiva da *cláusula* tem a função jurídica de impedir que visões nacionalistas que desprestigiem a orientação internacional, gerando segurança jurídica, prevaleçam no futuro.

Nesse quadro, além de defender uma interpretação restritiva da cláusula de barreira, restrita aos valores fundamentais de nosso ordenamento constitucional, defender-se-á no presente a importância de não se permitir retrocesso nessa visão.

Como apoio para tal construção, serão usadas as bases valorativas que levaram à construção da Lei Modelo no âmbito da UNCITRAL, além da análise da jurisprudência dos Estados Unidos da América sobre o assunto, desde a vigência do Chapter XV naquele país, quando se produziu, até o momento, apenas quatro casos em que se negou eficácia a processos de insolvência estrangeiros.

O presente trabalho também se valerá da contribuição empírica do labor hermenêutico do STF e do STJ para o alcance da ordem pública nos casos de homologação de sentença estrangeira no país.

Com todos esses elementos colocados no plano de trabalho, ter-se-á uma conclusão propositiva de modelo regulatório que, em última análise, buscará em

palavra ter mais de um sentido e ser apurado o adaptável à espécie, por meio do exame do contexto ou por outro processo; porém a verdade é que sempre se deve atribuir a cada uma a sua razão de ser, o seu papel, o seu significado, a sua contribuição para precisar o alcance da regra positiva. Este conceito tanto se aplica ao Direito escrito, como aos atos jurídicos em geral, sobretudo aos contratos, que são leis entre as partes. Dá-se valor a todos os vocábulos e, principalmente, a todas as frases, para achar o verdadeiro sentido de um texto; porque este deve ser entendido de modo que tenham efeito todas as suas provisões, nenhuma parte resulte inoperativa ou supérflua, nula ou sem significação alguma.”

partes-chaves da Constituição Federal caminho seguro para conceituação de ordem pública apta a ensejar uma aplicação negativa da insolvência transnacional.

PARTE GERAL

1. A UNCITRAL e a preocupação com o tratamento da insolvência das transnacionais

A **UNCITRAL**, acrônimo em inglês para *United Nations Commission on International Trade Law*, é uma comissão criada pela Assembleia Geral das Nações Unidas de 1966 com a preocupação de superar os obstáculos naturais para o livre comércio mundial decorrentes dos diferentes tratamentos legais sobre o tema pelos inúmeros países: “*In establishing the Commission, the General Assembly recognized that disparities in national laws governing international trade created obstacles to the flow of trade, and it regarded the Commission as the vehicle by which the United Nations could play a more active role in reducing or removing these obstacles.*”¹⁷

Vê-se, diante da criação da UNCITRAL, que a preocupação com o inevitável conflito entre o comércio global e as mais diferentes legislações dos países do mundo é questão com a qual os organismos internacionais se ocupam há tempos. E não é muito difícil encontrar a razão dessa preocupação.

A função da lei é regular potenciais conflitos nas relações humanas. Como a lei não é a criadora da sociedade, mas é criada por corpo social escolhido politicamente conforme estatui a lei fundamental de cada país, é natural que as opções legais sejam feitas de acordo com as tradições de cada país. Vemos pelo mundo, por exemplo, países que fundamentam todo seu sistema legal em regras religiosas rígidas, outros que o fundamentam conforme os costumes ditados pelas cortes de justiça, ainda que baseados em atos normativos genéricos, e ainda temos alguns tantos que partem de tradição ocidental de normatização geral abstrata.

Mas não é apenas o fundamento primeiro do sistema normativo de cada país que é diferente. Na forma específica e minuciosa de cada relação jurídica, as

¹⁷ Apontamento extraído do site <https://uncitral.un.org/en/about>, consultado em abril de 2023

soluções adotadas em cada um desses países é por demais diferente e, mesmo quando inspiradas nas chamadas experiências alienígenas, acabam adotando pequenos pontos diferenciais, especificadores, que criam verdadeira assimetria de tratamento numa análise macro de caráter internacional.

Nesse contexto, resta claro que haverá inevitável tratamento diferenciado nas várias relações jurídicas decorrentes do comércio internacional, quando observada a regulação por um ou por outro país. Esse tratamento diferenciado pode gerar diferença no custo das operações mercantis, ditando, inclusive, decisões econômicas de investimento ou não. Igualmente pode gerar reflexos bem diferentes nas soluções de problemas que surjam durante a execução dessas relações.

Não há dúvidas, portanto, de que as mais variadas diferenças legislativas podem influenciar o rumo de negócios e, portanto, acabam responsáveis pelo maior ou menor desenvolvimento econômico de uma região ou de um país. Daí, repita-se, a preocupação em se procurar desenvolver uma centralização fomentadora de gestões uníssonas. Essa é a ideia por detrás da UNCITRAL.

No manual da UNCITRAL¹⁸, em sua página 7, ao discorrer sobre sua origem, é possível vislumbrar a execução dessa missão de se estabelecer como importante marco regulatório internacional de fomento ao comércio exterior: “plays an important role in developing that framework in pursuance of its mandate to further the progressive harmonization and modernization of the law of international trade by preparing and promoting the use and adoption of legislative and non-legislative instruments in a number of key areas of commercial law”¹⁹ (grifei).

Como se vê, não se trata de impor aos países membros qualquer espécie de formatação legal unitária. Na verdade, com o uso da palavra *harmonização* em sua autodescrição, a UNCITRAL torna clara sua intenção de se colocar como um *player* internacional fomentador do tratamento uniforme, um parceiro dos países aderentes.

¹⁸ Encontrado para consulta no endereço eletrônico <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/12-57491-guide-to-uncitral-e.pdf>, dentro do site da UNCITRAL <https://uncitral.un.org/en/about>

¹⁹ Em tradução livre: “desempenha um papel importante no desenvolvimento desse modelo, no exercício do seu desiderato de promover a harmonização e a modernização progressivas do direito do comércio internacional, preparando e promovendo a utilização e a adoção de instrumentos legislativos e não legislativos numa série de domínios fundamentais do direito comercial”

Não por outro motivo, complementando a descrição supra, o guia de atuação da UNCITRAL arremata: “*Those areas include dispute resolution, international contract practices, transport, insolvency, electronic commerce, international payments, secured transactions, procurement and sale of goods*”²⁰.

Nessa linha, portanto, a UNCITRAL vem trabalhando há anos, tendo produzido uma enorme quantidade de documentos típicos de direito internacional, buscando sempre a harmonização e a modernização do direito comercial internacional, valores, como visto, entrelaçados com a própria origem dela. Logo, pode-se expressar que esses dois valores caracterizam verdadeiro protocolo de intenção da UNCITRAL.

A busca da **harmonização** é a busca da segurança jurídica. Harmonizar no dicionário²¹ significa “**Pôr(-se) em harmonia ou em acordo; compatibilizar(-se), conciliar(-se)**”, de modo que a UNCITRAL, ao se propor a harmonizar o direito comercial internacional, em verdade, procura dar segurança aos agentes econômicos por meio de um tratamento coerente, compatível entre as nações. De outro lado, ao preferir o termo *harmonizar* a *unificar*, deixa claro a UNCITRAL, também, que nesse processo respeitará a soberania e igualdade dos estados membros, um dos princípios básicos da formação da própria ONU²², de modo que não haverá solução imposta, mas construída em harmonia.

Adicione-se a essa premissa valorativa que a busca da **modernização** acaba sendo claro complemento, porque ao pretender modernizar o direito comercial internacional, busca-se a introdução de ferramentas consentâneas com a realidade, instituindo-se um processo de renovação dos mecanismos de regulação das práticas mercantis mundiais que – se harmonizado for –, promoverá a missão final da comissão de fomentar a atividade mercantil em todo o globo.

²⁰ Mesma fonte da nota anterior. Em tradução livre: “*Essas áreas incluem resolução de litígios, práticas contratuais internacionais, transportes, insolvência, comércio eletrônico, pagamentos internacionais, transações garantidas, aquisição e venda de bens.*”

²¹ Academia Brasileira de Letras. Dicionário Escolar da Língua Portuguesa. 2ª edição. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008.

²² Artigo 1, item 2 da CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS: “*Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal*”.

É de se notar que a própria existência da UNCITRAL, portanto, é o reconhecimento de que a prática de um comércio internacional *harmônico* e *moderno* é importante instrumento de desenvolvimento das nações, promovendo-se, por conseguinte, os princípios da própria ONU.

Mas retomando ao termo *harmonia*, é importante lembrar que as Nações Unidas foram construídas em um mundo pós-Grandes Guerras, com nações fortes e que se pretendiam soberanas. O conceito clássico de soberania trazido por SAHID MALUF²³ bem ilustra essa ideia: ***“A exata compreensão do conceito de soberania é pressuposto necessário para o entendimento do fenômeno estatal, visto que não há Estado perfeito sem soberania. Daí haver Sampaio Dória dado ao Estado a definição simplista de organização da soberania.”***

Nessa linha de raciocínio, não se poderia admitir para os clássicos que houvesse dentro de um Estado soberano qualquer fosse outra fonte normativa que não emanada do próprio Estado. Completa o autor trazendo a teoria negativista da soberania: ***“A soberania é uma ideia abstrata. Não existe concretamente. O que existe é apenas a crença na soberania. Estado, nação, direito e governo são uma só e única realidade. Não há direito natural nem qualquer outra fonte de normatividade jurídica que não seja o próprio Estado.”***

Ora, sem falarem em harmonização, poderiam a ONU e sua Comissão de Direito Comercial Internacional afugentar as nações fortes que a compõem, pois como falar em Estado soberano que não produz a própria normatização?

Nessa linha, para buscar uma normatização harmônica do comércio internacional, a UNCITRAL lançou mão de vários instrumentos, como convenções, guias legislativos e recomendações, leis modelos e outros²⁴. Interessa ao presente trabalho o específico instrumento da Lei Modelo ou, no original, ***model law***. Na definição da própria UNCITRAL²⁵, a *“model law is created as a suggested pattern for*

²³ Maluf, Sahid. *Teoria geral do estado*. Disponível em: Minha Biblioteca, (36th edição). Editora Saraiva, 2022.

²⁴ Encontrado para consulta no endereço eletrônico <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/12-57491-guide-to-uncitral-e.pdf>, dentro do site da UNCITRAL <https://uncitral.un.org/en/about>

²⁵ Consultado em abril de 2023 - <https://uncitral.un.org/en/about/faq/texts>

lawmakers in national governments to consider adopting as part of their domestic legislation."²⁶.

E com esse instrumento se cumprem perfeitamente os dois propósitos centrais de atuação da comissão, a busca de uma legislação internacional moderna e harmônica, respeitando a soberania jurídica dos países membros, na medida em que não é um instrumento de adoção obrigatória, mas sim um padrão desenvolvido dentro da comissão como melhor e mais moderna forma de alguma característica do desenvolvimento comercial.

Colocadas as bases de trabalho da comissão, é o momento de adentrarmos de forma mais direta no núcleo do presente trabalho.

Com o desenvolvimento das atividades mercantis de forma mais intensa pelo mundo, durante todos os anos, a UNCITRAL foi chamada a preparar o mundo para as mais diversas formas de desafios, lançando mão de inúmeros documentos. Chegam, no entanto, as crises financeiras mundiais da década de 90 do século passado²⁷. Elas abalaram em especial as economias chamadas emergentes, também chamadas de economias com desenvolvimento tardio— ou nos dizeres do economista JOÃO MANUEL CARDOSO DE MELLO, países de *capitalismo tardio*²⁸ -, mas não pouparam países ricos.

Se as crises foram capazes de abalar a confiança e a economia de países inteiros, o que dizer das empresas. E nesse plano interessam-nos as chamadas empresas transnacionais.

²⁶ Em tradução livre: a lei modelo é uma sugestão de padrão legislativo para os legisladores nacionais internalizarem em seus ordenamentos.

²⁷ Sobre o assunto, conferir Bresser-Pereira, Luiz Carlos, Gonzalez, Lauro e Lucinda, Cláudio, no artigo “Crises financeiras nos anos 1990 e poupança externa”, consultado em abril de 2023, no endereço eletrônico <https://revistas.face.ufmg.br/index.php/novaeconomia/article/view/1030>. Discorrendo sobre a causa da crise que se iniciou com o México e terminou com a Argentina, arrebatando também o Brasil em 1998 e 1999, que se viu obrigado a desvalorizar o real frente ao dólar: “**Os anos 1990 se caracterizaram por uma sucessão de crises financeiras ocorridas em diversos países, sobretudo aqueles denominados como mercados emergentes**”.

²⁸ MELO, João Manuel Cardoso D. *O Capitalismo Tardio* – encontrando na internet no sítio <https://www.eco.unicamp.br/images/publicacoes/Livros/teses/O%20capitalismo%20tardio.pdf>, consultado em março de 2023.

Como adiantado na introdução do presente trabalho, a empresa transnacional é aquele agente econômico que, aproveitando-se da globalização econômica, se espalhou pelo mundo, em busca de custos mais baixos em sua cadeia de produção. Não raro, portanto, tais organismos capitalistas de presença transnacional, para além, portanto, de apenas um país, apresentam-se de forma fragmentada, atuando em vários locais do planeta, pelos quais dividem sua atividade de acordo com a sua conveniência econômica. Por vezes guiam-se pela proximidade da matéria-prima. Por outras pela mão de obra barata. E tantas outras variáveis econômico-administrativas.

Essas empresas não passariam ilesas na crise. E uma empresa em crise financeira tem duas soluções fático-econômicas: ou se reergue, superando a crise e voltando a bem executar sua função social²⁹; ou encerra as suas atividades.

O direito acompanha essas soluções, buscando fornecer instrumentos legais para auxiliar as empresas em crise financeira³⁰. Quando a crise financeira que atinge a empresa é superável, estamos diante de situação fática que desafia o uso do instrumento jurídico da reorganização, da recuperação judicial. Quando, ao contrário, a crise é insuperável, estamos diante de situação fática que aponta a necessidade de medida mais drástica, da liquidação da empresa, conhecida entre nós como falência, a fim de que se pague ao maior número de credores, liberando-se aquele espaço ocupado pela empresa com problemas para que outra ocupe sua atividade, se for o caso.

²⁹ Muito se discute na doutrina se existiria efetivamente uma *função social da empresa*, a exemplo da função social do contrato. A importância da empresa como agente social de mudança impede qualquer conclusão diversa. A empresa coloca-se na sociedade capitalista como efetivo agente ativo dada a autorização constitucional da livre iniciativa (artigo 170, *caput*, da CF), de modo que não lhe poderia ser estranha qualquer responsabilidade social dentro desse Estado Democrático de Direito (artigo 1º, *caput*, da CF). Daí porque o constituinte originário e derivado, a despeito da liberdade de iniciativa, atrelou várias responsabilidades à atividade empresarial como o meio ambiente, o direito do consumidor, a redução das desigualdades regionais etc. São todos valores que, por assim dizer, preenchem a função social da atividade empresarial.

³⁰ Exemplo disso foi a entrada em vigor dos novos instrumentos legais trazidos à LRF de 2005 pela Lei nº 14112/2020, gerando efeitos concretos na economia real. Conferir notícia datada de 16 de agosto de 2021, encontrada no endereço eletrônico <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2021/08/16/empresas-em-recuperacao-obtem-financiamentos-que-somam-r-3-bi.ghtml>, consultado em abril de 2023.

Ocorre que a adoção dessas medidas jurídicas em empresas organizadas sobre a forma de transnacionais traz uma grande dificuldade jurídica, que podem acabar resultando em inevitável ineficácia econômica.

Como já tivemos oportunidade de manifestar em artigo publicado pela Revista de Direito Civil Contemporâneo³¹:

“A ideia subjacente à Lei Modelo é fomentar uma aplicação uniforme, no âmbito internacional, do regime recuperacional e de falência, evitando processos autônomos nacionais, com tratamentos legislativos diversos, incidindo sobre empresas transnacionais. Nem sempre o sucesso econômico acompanha a vida da empresa. Há momentos de crise que precisam ser tratados de forma adequada, de maneira a preservar a atividade empresarial. E a experiência demonstrou que o tratamento individual das empresas transnacionais em crise, por cada país, tende a tornar mais difícil a superação daquela³². Daí a ideia da uniformização”.

De fato, o tratamento de uma empresa transnacional como um corpo só sempre teve um grande obstáculo: a soberania jurídica nacional. No antigo modelo de relação jurídica havida entre os Estados, calcado na visão de que é inadmitida

³¹ Artigo “A ordem pública como cláusula de barreira transnacional: análise de um julgado da Corte de Hong Kong” – inserto na Revista de Direito Civil Contemporânea (RDCC), n. 9, V. 31, abril-junho 2022 – Revista dos Tribunais – páginas 413 a 430.

³² Sobre o princípio do *territorialismo*, dominante ao tempo da elaboração da Lei Modelo da UNICITRAL, e o princípio do *universalismo*, que buscou contrapor-se àquela tendência, escreveu CROCCO, Fabio Weinber no artigo “When a deference makes a difference: The Role of U.S. Courts in Cross-Border Bankruptcies”, artigo premiado no III Prize Internacional Insolvency Studies: “*In short, under the territorialist approach, each jurisdiction where the debtor’s assets are located is entitled to administer a full insolvency proceeding governed by its own laws. Thus, there can be as many bankruptcy proceedings as there are countries where assets are located, each of which is governed by a different set of rules. On the other hand, under the universalist approach, cross-border bankruptcies are treated as unified global proceedings and administered by one principal court under a single governing law*”. Disponível em: <https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/media/Weinberg%20Crocco%2C%20Fabio%20-%20When%20Deference%20Makes%20a%20Difference%20-%20The%20Role%20of....pdf>. Acesso em 15/06/2021.

Em tradução livre: “*Em suma, sob a ótica territorialista, cada jurisdição onde se localizam os ativos do devedor é legitimada a administrar a insolvência por suas próprias leis. Assim, haverá tantos procedimentos de insolvência quantos países onde os ativos estiverem localizados, cada um executado por diferente conjunto de regras. Por outro lado, sob a ótica universalista, insolvências transnacionais são tratadas em procedimentos unificados de forma global e executados por uma só corte jurisdicional, com base em uma só legislação*”.

qualquer espécie de interferência jurídica externa, vigorava a visão do princípio do **territorialismo** no tratamento da insolvência transnacional.

Para o *territorialismo*, escudado, repita-se, na soberania jurídica dos países, cada nação tem o direito natural de regular suas questões internas relacionadas ao tratamento da insolvência, sejam de ordem material, sejam de ordem procedimental, não importando se uma determinada empresa está sediada em vários territórios. Cada território, uma lei. Era o ônus jurídico imposto à empresa que se aventurava no fracionamento de sua atividade econômica, estabelecendo-se por vários países.

A adoção dessa visão, que inadmite qualquer espécie de intromissão alienígena em um estado, quando se depara com uma empresa transnacional em dificuldade econômica, acaba gerando um tratamento fragmentado daquela, situação que pode dificultar sobremaneira a superação dessa crise ou até mesmo decretar a impossibilidade de melhora.

O embate aqui acaba travado entre a **lógica econômica**, que foi determinante para o processo de transnacionalização, e a **lógica jurídica**, que enxergava cada país como absolutamente legitimado para regular essa situação da maneira que entendesse politicamente conveniente. É o desencontro total entre a realidade econômica e o mundo jurídico e pode gerar efeitos nefastos: para a própria empresa em dificuldade e para o mercado em geral, que enxergará na situação um desincentivo a novos empreendimentos naquele território. Menos atividade econômica, menos desenvolvimento. É um ciclo perverso.

Daí porque é possível concluir com certa clareza que essa fragmentação jurídica imposta a uma empresa transfronteiriça em dificuldade financeira pode acarretar enormes prejuízos financeiros que não existiriam se houvesse um tratamento unificado (ou coordenado). Esses prejuízos materializam desde uma alienação fragmentada que reduz o valor global do quanto poderia ser atingido com uma venda unitária do ativo, permitindo-se, conseqüentemente, pagamento de um número maior de credores, até mesmo a supressão de importantes ferramentas de

alívio momentâneo, como o **stay**³³, para todo o conjunto do passivo, já que nem todas as legislações às quais a empresa estaria submetida teriam tal instrumento a ofertar.

Na outra ponta, compreendendo a nocividade econômica que tal tratamento traz para o empreendedorismo, dificultando, em última *ratio*, a atuação de empresas em vários países, o que, por conseguinte, prejudicará a geração de riqueza global e, então, será fator preponderante para acentuar a desigualdade entre as nações, surgiram posições defendendo o *universalismo*.

No universalismo, para evitar a imposição dessa barreira jurídica criadora de desigualdade econômica, pretendia-se que as questões afetas ao tratamento das empresas em dificuldade econômica sofressem uma regulação internacional, uniforme.

Sobre o tema, FABIO WEINBER CROCCO, no artigo “*When a deference makes a difference: The Role of U.S. Courts in Cros-Border Bankruptcies*”, artigo premiado pelo **III Prize Internacional Insolvency Studies**, bem resume a diferença entre as visões de mundo:

“In short, under the territorialist approach, each jurisdiction where the debtor’s assets are located is entitled to administer a full insolvency proceeding governed by its own laws. Thus, there can be as many bankruptcy proceedings as there are countries where assets are located, each of which is governed by a different set of rules. On the other hand, under the universalist approach, cross-border bankruptcies are treated as unified global proceedings and administered by one principal court under a single governing law”³⁴.

³³ **Stay** é a medida judicial concedida ao devedor em recuperação, que busca reorganizar suas finanças, de suspensão das ações que correm contra si conforme requisitos legais. Mencionada no inglês pela sua presença marcante no Direito Falimentar estado-unidense.

³⁴ Em tradução livre: “*Em suma, sob a ótica territorialista, cada jurisdição onde se localizam os ativos do devedor é legitimada a administrar a insolvência por suas próprias leis. Assim, haverá tantos procedimentos de insolvência quantos países onde os ativos estiverem localizados, cada um executado por diferente conjunto de regras. Por outro lado, sob a ótica universalista, insolvências transnacionais são tratadas em procedimentos unificados de forma global e executados por uma só corte jurisdicional, com base em uma só legislação*” – Consultado em abril de 2023. Artigo encontrado no endereço eletrônico: <https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/media/Weinberg%20Crocco%2C%20Fabio%20-%20When%20Deference%20Makes%20a%20Difference%20-%20The%20Role%20of....pdf>

Parece claro, contudo, que esse universalismo puro, que se contrapõe ao respeito absoluto da soberania jurídica de cada uma das nações, também não se amoldaria ao ditames axiológicos das Nações Unidas, que, por princípio, prima pelo respeito à autodeterminação das nações³⁵.

De fato, saindo de um extremo – respeito absoluto à soberania jurídica dos países – para outro – supressão total da soberania jurídica dos países – não se encontra o justo equilíbrio para o tratamento dos valores em análise.

Procurando colocar-se como meio termo nesses extremos, surgem várias teorias que poderiam ser denominadas como moderadas, ora focando na moderação do territorialismo, como a teoria do *territorialismo cooperativo* de Lynn LoPucki³⁶, ora encontrando moderação no universalismo, como a teoria do universalismo coordenado, do holandês Bob Wessels. É o que já ensinava Daniel Carnio Costa enquanto ainda tramitava o projeto de lei que acabou convertido na Lei nº 14.112/2020:

“Diante das fragilidades de ambos os modelos teóricos principais (territorialismo e universalismo), outros modelos passaram a ser estudados, com o objetivo de apresentar soluções equilibradas aos problemas gerados por um processo de insolvência transnacional (efetividade e uniformidade de tratamento vs soberania estatal). Surgiram, então, o modelo das falências secundárias (faillites secondaires), de Daniël Josephus Jitta; o “universalismo modificado” (modified universalism) de Jay Lawrence Westbrook; o “territorialismo cooperativo” de Lynn LoPucki; o “universalismo coordenado” de Bob Wessels; e o modelo de Robert K. Rasmussen, que permite ao devedor a escolha, por meio contratual, do foro competente e da norma aplicável ao processo falimentar. Atualmente, portanto, é evidente uma tendência pós-universalista de aplicação pelos países de modelos intermediários com maior ou menor apego ao universalismo ou ao territorialismo conforme orientações políticas mais ou menos globalistas e de cunho internacional.”

³⁵ Artigo 1, item 2, da Carta das Nações Unidas: Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal (grifado).

³⁶ LoPucki, Lynn M., artigo denominado “*The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy*”. Consultado em abril de 2023. Encontrado no endereço eletrônico <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2795&context=mlr>

Desse contraponto, surge, então, o princípio da pós-universalidade, pelo qual se procura equilibrar uma cooperação entre os vários juízos nacionais competentes, fundada no valor da cortesia (**comity**), e o respeito às jurisdições nacionais, em prol de uma administração mais eficaz, justa e otimizada dos ativos e dos credores.

Foi essa a construção encampada pela UNCITRAL, a qual, aliás, é plenamente compatível com a **harmonização** e o **modernismo** buscados pela comissão. Há o respeito à soberania jurídica nacional dos estados membros, na medida em que não se impõe nenhuma legislação a eles, mas apenas se deixa à disposição um modelo legal para adoção (*harmonização*), pelo qual se implantam modernas ferramentas de cooperação judicial entre os países que sediam uma empresa transnacional (*modernização*).

Em 1997, como tentativa de resposta àquelas crises financeiras que se revelavam pelo mundo, a UNCITRAL colocou à disposição de seus membros a chamada Lei Modelo de Insolvência transnacional. Adotando uma visão universal moderada pelo respeito à soberania dos países, optou-se por uma Lei Modelo que servisse justamente como instrumento para superação daquela crise. O país- membro que aderisse à proposta passaria a ter um modelo de tratamento legal de insolvência das transfronteiriças, modelo pelo qual se procura *coordenar* as jurisdições competentes em determinado procedimento de insolvência, de forma que elas possam atuar em conjunto e não de forma excludente, com o propósito de atingir o melhor resultado do processo. Essa é a ideia central do modelo, **coordenação**.

Aliás, o preâmbulo da *Model Law on Cross-Border Insolvency* da UNCITRAL escancara os propósitos da comissão:

“PREAMBL— - 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.”³⁷

Consegue-se extrair deste preâmbulo que a UNCITRAL visava, com a criação da Lei Modelo, a (1) maior **cooperação** entre as jurisdições competentes para o conhecimento de procedimentos de insolvência de transnacionais, gerando, com isso, (2) maior **segurança jurídica** para o comércio e investimento internacionais. Além disso, com os instrumentos trazidos na Lei Modelo, pretende-se a criação de uma administração (3) **mais justa e eficiente** da empresa transnacional insolvente a fim de proteger os interesses de todos os credores, interessados e da própria devedora, maximizando o valor dos ativos daquela e facilitando a recuperação do negócio em dificuldade, além de, com isso, proteger o investimento e preservar empregos.

Não é preciso muito dizer para se concluir que a criação de mecanismos de segurança jurídica no tratamento de empresas transnacionais em dificuldade financeira é importante ferramenta de estímulo a novos investimentos que, em última análise, criam empregos. É o círculo econômico. Se o investidor não tiver segurança de que, em caso de dificuldade, terá a chance de reaver seu capital, não financiará a atividade. Sem capital, a atividade não será desenvolvida, deixando de gerar emprego e tributos em determinado país. Essa é a ideia básica que propulsionou a criação da Lei Modelo em 1997.

Ocorre que o respeito à soberania do país que internaliza em seu ordenamento a Lei Modelo não se encontra apenas no formato facultativo³⁸ do

³⁷ Documento que pode ser consultado livremente no endereço eletrônico: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/1997-model-law-insol-2013-guide-enactment-e.pdf>. Consultado em abril de 2023. Em tradução livre: “**PREÂMBULO** - A presente lei tem por finalidade proporcionar mecanismos eficazes para o tratamento dos casos de insolvência transfronteiriça, de modo a promover os objetivos de: a) Cooperação entre os tribunais e demais autoridades competentes deste Estado e dos Estados estrangeiros envolvidos em casos de insolvência transfronteiriça; b) Maior segurança jurídica para o comércio e o investimento; c) Administração justa e eficiente das insolvências transfronteiras que proteja os interesses de todos os credores e outras pessoas interessadas, incluindo o devedor; (d) Proteção e maximização do valor do patrimônio do devedor; e (e) Facilitação do resgate de empresas em dificuldades financeiras, protegendo o investimento e preservando o emprego

³⁸ Sobre o tema é importante lembrar o conceito de *soft law*. Em artigo publicado no site Migalhas, “Soft Law e Direito Privado Estrangeiro: fontes úteis aos juristas brasileiros”, OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias D., bem dispôs que: “**O soft law (também chamado de soft norm, droit doux, direito flexível e**

documento. Além, é óbvio, da liberdade legislativa de cada país, que poderá alterar ou não alguns conteúdos da Lei Modelo sem que com isso seja desnaturado o formato, foi prevista uma cláusula de barreira no próprio modelo original.

Essa cláusula materializa a clara opção da UNCITRAL por um universalismo temperado, que deixe ao país-membro uma margem de segurança para resguardar seus valores fundamentais.

O artigo 6.º da Lei Modelo, denominado de ordem pública, estatui: *“Nothing in this Law prevents the court from refusing to take an action governed by this Law if the action would be manifestly contrary to the public policy of this State”*. Em tradução livre: *Nada nesta lei impede que a corte rejeite um pedido fundado nesta se o pedido for manifestamente contrário à ordem pública do país*.

É a cláusula de barreira da ordem pública ou exceção de ordem pública ou, ainda, simplesmente, barreira de ordem pública.

A opção pelo uso de uma redação com termos abertos, permitindo o preenchimento valorativo, é evidentemente – pode-se dizer – propositada. Por meio dessa cláusula geral aberta, permite-se que a corte judicial, que avaliará se reconhecerá ou não algum procedimento estrangeiro de insolvência, mantenha a soberania jurídica do país ao rejeitar eficácia se verificar que o deferimento produzirá manifesta ofensa à ordem pública.

É uma cláusula que rejeita eficácia interna ao processo estrangeiro, por isso se diz ser de barreira, porquanto tem o suporte normativo de impedir a incidência de toda a ferramenta regulatória da Lei Modelo. Diz-se exceção porque, como vimos e conforme claro ficará, sua aplicação é efetivamente excepcional.

Tem-se, assim, mais uma prova da temperança do princípio do universalismo, em total compatibilidade com a ideia de *harmonização* que permeia

direito plástico) consiste em regras não vinculantes adotadas em foros internacionais, como os fornecidos por institutos privados. Apesar de não terem força vinculante, essas regras de soft law guiam os negócios privados e as instituições jurídicas locais (especialmente o Parlamento e o Judiciário) para manter um ambiente de harmonização internacional de direitos. Podem, por exemplo, ser escolhidas pelas partes como a regra aplicável a um contrato. Podem guiar câmaras arbitrais no julgamento. Servem de parâmetro pelo Poder Judiciário nacional.” – encontrado no link: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-direito-privado-estrangeiro/380100/soft-law-e-direito-privado-estrangeiro-fontes-uteis-aos-juristas>, consultado em outubro de 2023.

todas as ações da UNCITRAL e que, portanto, não poderia ser diferente no campo específico da insolvência transnacional.

A importância desse movimento feito pela UNCITRAL pode ser comprovada pela adesão dos Estados Unidos da América à Lei Modelo em 2005, quando incluiu em seu *Bankruptcy Code* o famoso Capítulo 15. Também nos Estados Unidos se optou por internalizar, junto com as demais ferramentas, a *cláusula de barreira da ordem pública*. No § 1506 do Capítulo 15 disciplinou-se com a mesma redação que: “*Nothing in this chapter prevents the court from refusing to take an action governed by this chapter if the action would be manifestly contrary to the public policy of the United States*”.

O Brasil demorou mais a reconhecer a necessidade dessa mudança, como se discutirá no capítulo posterior, reformando a Lei nº 11.105/2005 somente com a Lei nº 14.112/2020. Foram quinze anos de diferença nos quais a aplicação da nova ferramenta foi intensa nos Estados Unidos, principalmente em função de instrumentos como o *stay*.

Desta maneira, torna-se bastante útil para o propósito do presente trabalho o estudo específico de julgamentos das cortes norte-americanas referentes à cláusula de barreira, notadamente quando foi reconhecida judicialmente a necessidade de sua aplicação. Com o estudo dos casos estado-unidenses de aplicação da *cláusula de barreira*, por método de exclusão chega-se à definição do que é manifesta ofensa à ordem pública nas cortes norte-americanas competentes para insolvência empresarial, podendo-se extrair um princípio de orientação hermenêutica. Essa avaliação será feita mais adiante, logo após a discussão sobre a conceituação de ordem pública para fins de insolvência transnacional e após a avaliação nacional do alcance da ordem pública para fins de homologação de sentença estrangeira.

Mas por ora, é necessária uma breve incursão histórica nos trabalhos técnicos que desaguaram na reforma legislativa da LRF em 2020. Essa análise servirá, mais uma vez, para demonstrar o esforço mantido para integração do país no ambiente econômico globalizado.

2. A internalização no Brasil da Lei Modelo

Foi de fundamental importância para a edição da Lei nº 14.112/2020, a instituição de Grupo de Trabalho (GT) pelo Conselho Nacional de Justiça com o intuito de “*contribuir com a modernização e efetividade da atuação do Poder Judiciário nos processos de recuperação judicial e de falência.*”

A Portaria CNJ nº 162, de 19 de dezembro de 2018, instituiu o referido GT voltado para a atualização da legislação relativa à insolvência empresarial no Brasil, o qual restou capitaneado pelo ministro do STJ Luis Felipe Salomão, incluindo em seus quadros outras importantes autoridades do Poder Judiciário, como o também ministro do STJ, Paulo Dias de Moura Ribeiro, além de influentes doutrinadores da área de insolvência, como o professor Daniel Carnio Costa, advogados e administradores judiciais.

Em 30 de setembro de 2020, por meio da Portaria CNJ nº 199, a composição inaugural do GT sofreu algumas alterações, quando, já em tempos de pandemia da covid-19, trouxeram-se novos impulsos ao grupo. O trabalho deste grupo atingiu seu ápice ainda no final do ano de 2020, em 24 de dezembro, com a vigência da Lei Federal n.14.112, que alterou profundamente a LRF de 2005, com especial interesse do presente trabalho para a introdução do Capítulo 6-A sobre insolvência internacional.

Importante pontuar que os trabalhos do GT não se esgotaram com a vigência da Lei nº 14.112/2020, pois desbordaram na instituição do FONAREF pela RESOLUÇÃO CNJ nº 466 de 22 de junho de 2022: Fórum Nacional de Recuperação Empresarial e Falências.

Durante todo o período de atividade do GT de Recuperação e Falência, vários documentos foram produzidos pelo *Conselho Nacional de Justiça*, no

desempenho de sua missão constitucional de instituir políticas públicas judiciárias, em resultado direto dos estudos promovidos pelo grupo.

Na Recomendação CNJ nº 56 de 22/10/2019, anunciou-se a importância de que os Tribunais de Justiça do país promovessem a especialização de varas e a criação de câmaras especializadas em falência, recuperação empresarial e outras matérias de Direito Empresarial.

Na mesma data, o CNJ ainda editou as Recomendações nº 57 e nº 58. Na primeira *recomendou* aos magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento de pedidos de recuperação empresarial a adoção de procedimentos prévios de constatação para apuração da real situação econômica da empresa. Na segunda, recomendou o uso, sempre que possível, da mediação nos processos de recuperação.

Já vivendo o mundo os horrores da pandemia da covid-19, editou-se a Recomendação nº 63 em 31/03/2020, quando foi sugerida a adoção de medidas concretas para mitigação do impacto da crise sanitária na economia, e em 05/08/2020, com a Recomendação nº 71, fomentou-se a criação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania Empresariais (CEJUSC), dotando o Poder Judiciário de mais uma importante ferramenta na busca pela soluções eficientes nos conflitos de insolvência da empresa.

A Recomendação nº 72 de 19/08/2020 trouxe a padronização dos relatórios apresentados pelo administrador judicial, enquanto a Recomendação nº 103 de 23/08/2021 trouxe a padronização dos documentos necessários para o processo de recuperação judicial, já sob a égide do novo texto da LRF de 2005, com as alterações introduzidas pela Lei nº 14.112/2020.

Em 05/10/2021, o Conselho editou as Recomendações nº 109 e 110: a primeira trouxe a instituição de modelo de comunicação de distribuição de demanda contra devedor em recuperação judicial, enquanto a segunda buscou padronizar o trâmite para realização de Assembleias Gerais de Credores de forma virtual e híbrida, ambos os documentos com claro intuito de trazer organização procedimental nessas espécies de processo.

Nesse ínterim, já em vigor as alterações trazidas pela Lei nº 14.112/2020, o Conselho resolveu adequar as Recomendações CNJ 57, 58, 63 e 71 aos termos da nova legislação, o que fez por meio da Recomendação nº 112 de 20/10/2021.

Antes da criação do FONAREF pela Resolução CNJ 466, foram editadas em 28 de maio de 2021 duas resoluções pelo Conselho Nacional de Justiça, ainda em decorrência do grande esforço desenvolvido pelo GT: (a) A Resolução nº 393, que dispôs sobre o Cadastro de Administradores Judiciais dos Tribunais de Justiça; (b) A Resolução nº 394, que instituiu regras de cooperação e de comunicação direta com os juízes estrangeiros de insolvência para o processamento dos casos de insolvência transnacional.

Vê-se, portanto, que no campo normativo organizacional houve profunda atividade do GT de Falência do CNJ em período chave no qual tramitava o PL 6229/2005, o qual acabou convertido justamente na Lei nº 14.112/2020.

Nesse período houve constante interlocução entre os membros do GT e o Poder Legislativo, não sendo desarrazoado afirmar que a existência desse grupo influenciou de maneira direta a introdução no ordenamento jurídico das novas regras de insolvência.

No campo de interesse do presente trabalho, o artigo “Os Impactos do PL 6.229/05 na Insolvência Transnacional”, da autoria de Daniel Carnio Costa³⁹ em obra coletiva coordenada, entre outros, pelo MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO, bem delimita a internalização da Lei Modelo da UNCITRAL:

“Em 2019, o novo Ministério da Economia, sob o comando do ministro Paulo Guedes, retomou a atenção à necessidade de se implementar reformas no sistema de insolvência empresarial brasileiro, de modo a torná-lo mais adequado e efetivo no enfrentamento das crises das empresas. Nesse sentido, determinou-se a formação de um novo grupo de juristas para reduzir o PL 10.220/18 a aspectos essenciais e a fazer os ajustes necessários para que pudesse tramitar pelo Parlamento e ser promulgado em prazo razoável. O deputado Federal Hugo Legal assumiu a relatoria do PL 10.220/18 e, diante do trabalho técnico apresentado pela nova comissão de juristas²⁰, apresentou o Substitutivo de Plenário que já se encontra pronto para ser votado pela Câmara

³⁹ Inseto na obra coletiva *Análise de Impacto Legislativo na Recuperação e Falência*, obra que contou com a coordenação acadêmica do ministro Luís Felipe Salomão e Flavio Galdino, Rio de Janeiro: Editora J & C, 2020, páginas 86 e 87.

dos Deputados, com pedido de urgência deferida. O substitutivo ao PL 10.220/18 incluiu as regras de insolvência transnacional dentre os pontos essenciais que deveriam constar na alteração legislativa, com revisão e adaptação em relação ao texto anteriormente elaborado. O art. 4º do substitutivo ao PL 10.220/18 acrescenta um novo Capítulo VI-A à Lei nº. 11.101/05, composto pelos artigos 167-A a 167-Y, introduzindo no direito brasileiro o regime da insolvência transnacional. Conforme explicado pelos autores do projeto, na sua exposição de motivos, “como o direito brasileiro não dispõe de regras próprias para tratar dos casos transnacionais de insolvência, supre-se essa falha ao incorporar mecanismos que permitam a cooperação entre juízos de diferentes países em casos de empresas insolventes. As inovações conferem maior previsibilidade ao investidor estrangeiro nos casos das empresas transnacionais, fomentando o mercado de crédito e a entrega de novas empresas no mercado brasileiro”

Não há dúvidas, portanto, que o sistema de insolvência transnacional introduzido em nossa legislação pela Lei nº 14.112/2020 foi explicitamente inspirado na Lei Modelo da UNCITRAL, fato confirmado por um dos juristas participantes do processo legislativo reformador.

E a leitura comparativa dos objetivos declarados do processo de insolvência transnacional brasileiro (artigo 167-A, incisos I a VI, da Lei nº 11.101/2005) com o exato mesmo texto do preâmbulo da Lei Modelo, trazido no capítulo anterior do presente, afasta qualquer dúvida que ainda pudesse existir no intérprete.

“ Artigo 167-A – Este capítulo disciplina a insolvência transnacional, com o objetivo de proporcionar mecanismos efetivos para: I – a cooperação entre juízes e outras autoridades competentes do Brasil e de outros países em casos de insolvência transnacional; II – o aumento da segurança jurídica para a atividade econômica e para o investimento; III – a administração justa e eficiente de processos de insolvência transnacional, de modo a proteger os interesses de todos os credores e dos demais interessados, inclusive do devedor; IV – a proteção e a maximização do valor dos ativos do devedor; V – a promoção da recuperação de empresas em crise econômico-financeira, com a proteção de investimentos e a preservação de empregos; e VI – a promoção da liquidação dos ativos da empresa em crise econômico-financeira, com a preservação e a otimização da utilização produtiva dos bens, dos ativos e dos recursos produtivos da empresa, inclusive os intangíveis” (grifei)

“PREAMBLE – 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."⁴⁰

Nesse quadro, do ponto de vista da análise histórica do processo legislativo do atual Capítulo 6-A da LRF, é juridicamente correto concluir que a base axiológica para interpretação do sistema brasileiro de insolvência transnacional, em sua grande parte, se encontra na Lei Modelo da UNCITRAL.

E dessa premissa outra importante constatação, que produzirá reflexos mais adiante no presente trabalho, encontra-se no fato de que todas as legislações que adotaram as mesmas bases axiológicas da Lei Modelo fornecerão aos seus intérpretes a mesma possibilidade hermenêutica. Em outras palavras, pode-se concluir em adiantamento que, em tese, países que internalizaram em seus ordenamentos a Lei Modelo são passíveis de possuir interpretações jurisprudenciais semelhantes, afinal o que se busca, repita-se, é *harmonia*.

Guarda-se essa premissa para um momento posterior.

Por ora, basta fixar que o Capítulo 6-A da LRF brasileira, inspirada diretamente na Lei Modelo da UNCITRAL, introduziu no país o marco regulatório da ***insolvência transnacional***, trazendo, conseqüentemente, como objetivo a ser perseguido o valor da segurança jurídica no mercado internacional. Nos dizeres de Daniel Carnio Costa⁴¹:

***“Nesse sentido, cresce o interesse de investidores nacionais e estrangeiros no conhecimento do sistema legal de insolvência de determinado país, como elemento essencial para a formação da decisão de investimento e de atuação econômica na pretendida jurisdição. A decisão sobre investir ou não em determinado país leva em consideração, além dos aspectos relacionados ao desenvolvimento próprio da atividade econômica, também o tratamento legal que é dado ao insucesso do empreendimento. É relevante saber os riscos envolvidos no investimento que é realizado em jurisdição estrangeira.*”**

⁴⁰ Documento que pode ser consultado livremente no endereço eletrônico: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/1997-model-law-insol-2013-guide-enactment-e.pdf>. Consultado em abril de 2023.

⁴¹ Inseto na obra coletiva *Análise de Impacto Legislativo na Recuperação e Falência*, obra que contou com a coordenação acadêmica do ministro Luís Felipe Salomão e Flavio Galdino, Rio de Janeiro: Editora J & C, 2020, página 80.

Assim, os empreendedores e investidores internacionais tendem a orientar seus recursos para jurisdições que sejam mais estáveis, que apresentem segurança jurídica e que ofereçam soluções eficientes e justas no tratamento da insolvência empresarial, entre credores locais e estrangeiros.”

O Brasil, com o novo arcabouço legal, passa, então, a dispor de legislação de insolvência transnacional conhecida do mundo empresarial, o que lhe permite criar um ambiente legal favorável para o investimento. Fecha-se, então, o ciclo legal pensado na UNCITRAL.

E é justamente nesse modelo legal ajustado para proporcionar maior segurança jurídica às empresas transnacionais assim como aos seus investidores que floresce a cláusula de barreira protetiva da ordem pública do país, objeto específico do presente trabalho. Pensada para garantir a soberania jurídica do país, a barreira da ordem pública é mecanismo, como visto acima, já existente na própria Lei Modelo.

Cuida-se de um mecanismo de proteção que não pode ser compreendido e avaliado fora desse ambiente axiológico do próprio modelo de insolvência. São conceitos integrados de forma indelével.

No próximo capítulo, então, discutir-se-ão justamente os contornos dessa cláusula de barreira na legislação brasileira, procurando-se a melhor interpretação do alcance desse mecanismo, interpretação esta que não inutilize o principal escopo do procedimento de insolvência transnacional.

PARTE ESPECIAL

1. A inquietante questão da cláusula de barreira da ordem pública: o balanço entre a integração internacional e a soberania jurídica.

A função precípua da barreira da ordem pública, como já introduzido nos tópicos anteriores, é temperar a internalização de um processo de insolvência estrangeiro em situações que se apresentem incompatíveis com a soberania jurídica do país *receptor*, ou seja, do país que dará eficácia interna a um processo alienígena.

A internalização de um processo judicial estrangeiro em um país, não se pode esquecer, é a admissão de um ato de poder representativo da soberania jurídica alheia. É o reconhecimento jurídico da soberania estrangeira em solo nacional. Se não houvesse a permissão de que o país *receptor* negasse essa eficácia em algumas determinadas situações, poder-se-ia chegar a uma conclusão mais purista no sentido de até admitir a inexistência de soberania nesse país. Somente um país sem soberania é que se vê compelido a aceitar de forma irrestrita (absoluta) a manifestação de soberania de um outro país em seu território nacional.

Consequentemente, permitir que reste uma alternativa jurídica para o país receptor, a fim de que possa **negar eficácia** interna ao processo judicial estrangeiro, nada mais é do que reconhecer sua soberania jurídica. Logo, parece ser uma premissa básica a internalização de um processo de um país em outro somente ser possível entre países soberanos, o que garante a legitimidade internacional do modelo pensado pela UNCITRAL.

Além, portanto, de temperar a corrente universalista na medida em que coloca um obstáculo à concreção de uma ideia de absoluta internacionalização da jurisdição empresarial, a presença da cláusula de barreira por si só representa o reconhecimento da **soberania constitucional** do país receptor.

Engana-se quem enfoca a questão apenas no resultado objetivo do reconhecimento interno de um processo judicial externo, como se tal fato jurídico representasse, em verdade, uma espécie de submissão a interesses alienígenas. Ainda que haja, na prática, uma eficácia territorial ultrativa de um processo judicial produzido em um país estrangeiro, significando, conseqüentemente, a perda momentânea e localizada de soberania jurídica, em sentido diametralmente oposto, o modelo proposto pela UNCITRAL concentrou-se na gênese do fenômeno jurídico, ou seja, no ato que autoriza essa internalização.

Para que haja essa incidência processual com eficácia jurídica, não basta o simples ingresso no país do ato judicial estrangeiro. Esse ato judicial constante de um processo deve ser autorizado como tal pelo juízo competente brasileiro. E ainda que haja um tendência intrínseca no modelo da UNCITRAL, repita-se, de aceitação desse processo como forma de garantir a integração do país aderente ao mercado internacional, a introdução no sistema regulatório de *uma possibilidade genérica de barrar esse movimento* representa claro reconhecimento da soberania do país receptor.

Ao ter o país receptor a opção de não reconhecer a eficácia jurídica do processo estrangeiro em seu território, pensou-se exatamente no balanço internacional que respeita a soberania daquele. Logo, a legislação claramente não fere nenhum sentimento jurídico nacionalista, porquanto permite que o Brasil vede o ingresso eficaz de um processo (somente) quando um juiz competente compreender que nesse fenômeno ocorre uma lesão manifesta à ordem pública.

Nesses termos, a cláusula de barreira da ordem pública, como dito no início do presente capítulo, funciona primeiramente como manifestação explícita da soberania brasileira.

Em um mundo tão integrado como o atual, onde as informações e as pessoas transitam de forma global, em velocidades nunca vistas, pensar que a manifestação explícita de soberania seria simplesmente impedir toda e qualquer internalização de atos judiciais estrangeiros é o mesmo que pretender viver em verdadeiro isolamento.

Daí porque, repita-se, a existência da exceção de ordem pública serve como importante instrumento de reafirmação da legitimidade internacional da Lei Modelo da UNCITRAL, já que ela garante que se trata de moderno instrumento que prestigia e respeita a soberania dos países.

Nessa mesma linha, sem pretender ditar um conteúdo mínimo universal e ser acusada de dirigista, a UNCITRAL preferiu em seu modelo regulatório propor aos países que preenchessem judicialmente o conteúdo axiológico que pode inviabilizar a internalização de um processo judicial estrangeiro.

Ao adotar esse modelo legal aberto, parece claro que a UNCITRAL optou por definir um sistema onde esse conteúdo fosse preenchido na instituição local competente para o processamento dos casos de insolvência, que em regra é Poder Judiciário.

Assim, o modelo proposto pela UNCITRAL, aceito integralmente pelo legislador brasileiro, como visto nos capítulos anteriores, manteve a soberania do país ao prever hipótese na qual o processo estrangeiro poderá não ter eficácia reconhecida em nosso território.

Disciplinou o § 4.º do artigo 167-A da LRF que “O juiz somente poderá deixar de aplicar as disposições deste capítulo se, no caso concreto, a sua aplicação configurar manifesta ofensa à ordem pública.” (grifei)

De início, com a simples leitura do texto normativo, já se pode definir que o reconhecimento ou não de eficácia ao processo estrangeiro não é uma opção absolutamente livre do julgador. Será objeto mais detido no presente trabalho o uso do advérbio ‘*somente*’, previsão esta que aparentemente torna a barreira verdadeira exceção, materializando a preocupação de não se perder no debate a necessidade de **integração** do país na ordem moderna internacional.

Pontuada essa questão, vale lembrar que foi a mera constatação da realidade transnacional, em especial a circulação de riquezas que não se atém às fronteiras, que impeliu a formatação de um modelo legal que desse maior segurança no trato das empresas com dificuldades financeiras. Garantir um sistema judicial de recuperação ou de liquidação que respeitasse e facilitasse esse trato das companhias

fronteiriças em dificuldade seria importante passo a ser dado rumo ao fomento daquelas atividades.

Se os negócios ultrapassaram as barreiras territoriais dos países, garantir que o tratamento judicial de empresas em dificuldade acompanhe essa realidade, como se pode intuir, constitui fundamental elemento que impulsiona aquele movimento, na medida em que o receio de complicações jurídicas decorrentes das dificuldades naturais de processos de falência conduzidos em diferentes países deixa de ser elemento que freia aquela tendência.

Essa segurança jurídica advinda da inclusão do país em um sistema internacional já adotado por 48⁴² países acaba, portanto, sendo claro ponto favorável na percepção do Brasil como território propício para o capitalista transnacional⁴³. Estar no Brasil, realizando negócios, não é, nesse aspecto, um elemento de preocupação para o capitalista. Em caso de eventual dificuldade financeira do empreendimento, não há o receio de que o sistema legal de tratamento das empresas como dificuldade seja um entrave definitivo pior do que a própria dificuldade financeira do negócio.

⁴² GUIMARÃES, Marcio Souza. Artigo: Insolvência Transnacional – Princípios. *In* Recuperação de Empresas e Falência: Diálogos Entre a Doutrina e a Jurisprudência. Obra coordenada por SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flavio; COSTA, Daniel Carnio

⁴³ Conforme nota de rodapé utilizada por COSTA, Daniel Carnio e COELHO, Cristiano de Castro Jarreta no artigo *A aplicação no Brasil da cláusula de barreira da ordem pública em insolvência transnacional – Artigo 167-A, § 4.º da Lei nº 11.101/2005, introduzido pela Lei nº 14.112/2020*, que fez parte da obra coletiva coordenada por COSTA, Daniel Carnio, SISTEMA BRASILEIRO DE INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL, Curitiba, Editora Juruá, 2022, “Segurança é um conceito jurídico cujo correlato na ciência econômica é a *confiança*. A confiança é elemento fundamental para que a atividade econômica do agente prospere. Se ele não sente confiança no mercado que pretende ingressar, por certo não alocará seus recursos naquele ramo. Se ele não sente confiança no país onde intencionava instalar sua unidade produtora, por certo abandonará o projeto antes de implementá-lo. Essa confiança tem vários espectros, destacando-se dentre os mais importantes a confiança na estabilidade política do país, confiança na infraestrutura do país político, confiança nas bases econômicas do país e, fator não menos decisivo, a confiança na formatação jurídica do país. Sobre a importância da confiança na atividade econômica, ver LUIGI ZINGALES, *in* “A Capitalism for The People – Recapturing the Lost Genius of American Prosperity” – BASIC BOOKS, New York, 2012 – página 212: “***For modern economies, therefore, the second type of trust—generalized trust—is essential. This is the trust that people have in a random member of a group or society, somebody they don’t know and don’t necessarily expect to run into again. It allows markets to develop, trade to prosper, civilization to advance. And it is what is so desperately lacking in southern Italy and in much of the less developed world***”. Em tradução livre: “*Para economias modernas, portanto, é essencial o segundo tipo de confiança – confiança generalizada.. Essa é a confiança que as pessoas têm em uma pessoa, em um grupo ou em uma sociedade, alguém que não se conhece e alguém que não se espera encontrar novamente. Essa confiança permite que os mercados se desenvolvam, trocas prosperem e civilizações avancem. E isso é o que desesperadamente falta no sul da Itália e em muitos países menos desenvolvidos do mundo*”.

Em suma, o modelo legal que admite no país a Lei Modelo da UNCITRAL, portanto, constitui claro incentivo ao reconhecimento de processos judiciais estrangeiros como parte da estratégia definida como garantidora de uma segurança jurídica na busca do melhor tratamento das empresas transnacionais em dificuldade.

Porém, para que seja um sistema típico de países abertos para o mercado internacional sem que com isso renunciem às suas soberanias, havia a necessidade de se incluir a previsão de uma barreira. Nesse contexto, é possível construir uma conclusão de que não se trata de barreira absoluta, mas que também não pode ser simplistamente definida como relativa. Prefere-se pensá-la como uma barreira especial e qualificada.

Especial porque somente incide de forma específica, ou seja, quando houver *manifesta ofensa à ordem pública*. A aposição de hipótese específica de incidência ligada diretamente à restrição definida pelo uso do advérbio **somente** dá o exato contorno da especificidade da situação desenhada pelo legislador.

Ao mesmo tempo que se admite a prevalência da soberania jurídica, permitindo que seja barrado o reconhecimento de eficácia ao processo estrangeiro, a cláusula em questão sinaliza a especialidade dessa situação.

Não se trata de especificação que diminua o valor axiológico da hipótese. Pelo contrário. Por caracterizar hipótese de prevalência jurídica da soberania do país, cuida-se, pela importância da questão dentro da Teoria Geral do Estado, de situação das mais valorosas. Daí porque desde já é possível reconhecer que o alcance dessa hipótese não pode estar adstrita a qualquer situação, mas exatamente àquelas ligadas aos avanços civilizatórios do país. Daí porque se diz tratar de hipótese qualificada.

Nesse quadro, a incidência da barreira da ordem pública – também conhecida como exceção de ordem pública – que impede o reconhecimento de processos estrangeiros de insolvência não pode ser praticada de forma ampliada sem que se corra o risco de tornar morta a ideia na base da insolvência transnacional pensada pela UNCITRAL. Ela deve, ao contrário, ser tratada nessa sua exata extensão especial e qualificada.

Assim agindo o intérprete, dar-se-á concreção à pretensão de imprescindível inserção econômica internacional do país, sem que com isso se desrespeitem suas conquistas básicas civilizatórias. Esse é o **balanço** valorativo que se pretende imprimir com o presente trabalho, fornecendo um caminho seguro para aplicação especial e qualificada da barreira da ordem pública.

E como não poderia deixar de ser, o primeiro desafio nesse prometido caminho é a confrontação exata do que seria **ordem pública** para fins de aplicação do § 4.º do artigo 167-A da LRF.

Esse é o esforço dos próximos capítulos.

2. O que é ordem pública na CF de 1988.

Como debatido nos tópicos anteriores, a *ordem pública* é a situação jurídica a ser protegida em caso de processo de insolvência transnacional que não merece receber eficácia jurídica no território brasileiro.

O § 4.º do artigo 167-A da LRF estabelece que o juiz somente poderá deixar de aplicar as disposições do Capítulo 6-A se, no caso concreto, a sua aplicação configurar manifesta ofensa à ordem pública. Por conseguinte, por questão hermenêutica óbvia, ao se deparar com um caso concreto de empresa transnacional com dificuldade financeira que pretenda o reconhecimento no Brasil de procedimento estrangeiro de insolvência, o operador do direito terá necessariamente que responder à difícil indagação: o que é ordem pública para fins de incidência da cláusula de barreira?

Sem definir o que deve ser entendido como ordem pública, será impossível definir, de modo seguro, quando se deve fazer incidir a barreira em análise. É que antes mesmo de se pensar no grande mote interpretativo do instrumento de insolvência transnacional tal qual idealizado pela UNCITRAL, devidamente incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 14.112/2020 (capítulo VI-A da LRF), que é a busca de integração do Brasil ao mercado internacional como instrumento de fomento de um ambiente seguro para os negócios, há que se perquirir se aquele processo estrangeiro de insolvência fere ou não a soberania jurídica do país.

E é por meio do preenchimento valorativo do conceito de ordem pública que se viabilizará a possibilidade de prosseguimento ou não dos importantes instrumentos de trato da insolvência da empresa transnacional trazidos pela novel legislação.

A dificuldade dessa investigação resulta da nítida **subjetividade** da locução em análise. Muitas vezes as palavras, em suas próprias definições gramaticais,

carregam visível indicativo de sua definição jurídica. Todavia, o conceito que aqui se procura definir não é dessas hipóteses. A ordem que aqui se investiga não é qualquer ordem, mas a *ordem pública*.

É possível encontrar no dicionário o conceito de *ordem*⁴⁴ e o conceito de *pública*⁴⁵. A conjugação dos dois termos indica que *ordem pública* seria algo próximo a um conjunto de regras destinadas à disciplina de toda uma população, conceituação que se aproxima do sentido da locução tal qual encontramos na CF. Insuficiente, ainda, para os propósitos da presente investigação.

Pesquisando-se na CF 1988, encontra-se em cinco oportunidades o uso da locução *ordem pública*.

Logo no artigo 34, inciso III, ao definir a possibilidade de intervenção da União nos Estados ou no Distrito Federal, o constituinte excepcionou a hipótese, dentre outras, para os casos de grave comprometimento da *ordem pública*. No artigo 136, autorizou o constituinte originário que o Presidente da República decretasse no país *Estado de Defesa* para preservar, ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a *ordem pública* ou a paz social “*ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza*”. Ao disciplinar a segurança pública no capítulo III, o constituinte definiu no artigo 144, caput, que ela é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, devendo ser exercida para preservação da *ordem pública* e da incolumidade das pessoas e do patrimônio através das polícias em geral. No § 5.º do mesmo artigo 144, definiu-se, ainda, que as polícias militares possuem a atribuição constitucional de policiamento ostensivo e a preservação da *ordem pública*. Finalmente, no § 10.º do mesmo dispositivo, ao se definir que a segurança viária compreende a educação, engenharia e fiscalização do trânsito e compete aos Estados, DF e municípios e seus agentes de trânsito, definiu-se que ela será exercida

⁴⁴ “**1. Determinação emanada de uma autoridade. 6. Regra de conduta, disciplina: fazer reinar a ordem; impor a ordem num recinto**”. Academia Brasileira de Letras. Dicionário Escolar da Língua Portuguesa. 2ª edição. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008.

⁴⁵ “**1. Concernente ou pertencente ou destinado ao povo**”. Academia Brasileira de Letras. Dicionário Escolar da Língua Portuguesa. 2ª edição. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008.

para preservação da **ordem pública** e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas.

Em todas as oportunidades está claro que o constituinte usou o termo *ordem pública* na acepção encontrada na pesquisa do dicionário, ou seja, ligada à incolumidade das pessoas. Ainda que seja essa uma das funções precípuas do Estado, garantir a vida e a incolumidade das pessoas, que renunciam a parcela de sua liberdade para viverem sob o manto do contrato social chamado Estado Democrático de Direito, no tocante à insolvência das empresas transnacionais não se pode dizer que haja alguma correlação com tal acepção.

Nesse quadro, não se tem nenhum apoio normativo explícito e direto na Carta Magna para identificação de conteúdo que corresponda a uma ofensa manifesta da ordem pública como fator impeditivo do reconhecimento de eficácia jurídica em território nacional de processo estrangeiro de insolvência.

Sem amparo constitucional normativo explícito, documento jurídico próprio para fixação das opções políticas de uma sociedade⁴⁶, a presente investigação fatalmente tem de se deslocar para uma interpretação teleológica⁴⁷ da Carta Magna, buscando significação implícita do que é *ordem pública* no sentido de constituição/organização da sociedade brasileira.

⁴⁶ Segundo ensinam MENDES, Gilmar F e Paulo Gonet Branco. *Série IDP - Linha Doutrina - Curso de direito constitucional*. Disponível em: Minha Biblioteca, (15th edição). Editora Saraiva, 2020, “ **A constituição assume a missão de organizar racionalmente a sociedade, especialmente na sua feição política. É o estatuto do poder e o instrumento jurídico com que a sociedade se presume contra a tendência imemorial de abuso dos governantes. É também o lugar em que se expressam as reivindicações últimas da vida em coletividade e se retratam os princípios que devem servir de guia normativo para a descoberta e a construção do bem comum**”.

⁴⁷ Segundo ensina Maximiliano, *Coleção Fora de Série - Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Disponível em: Minha Biblioteca, (23rd edição). Grupo GEN, 2021: “**Toda prescrição legal tem provavelmente um escopo, e presume-se que a este pretenderam corresponder os autores da mesma, isto é, quiseram tornar eficiente, converter em realidade o objetivo ideado. A regra positiva deve ser entendida de modo que satisfaça aquele propósito; quando assim se não procedia, construía a obra do hermenêuta sobre a areia movediça do processo gramatical. Considera-se o Direito como uma ciência primariamente normativa ou finalística; por isso mesmo a sua interpretação há de ser, na essência, teleológica. O hermenêuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. A norma enfeixa um conjunto de providências, protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesse para a qual foi regida**”.

Ao desenhar a sociedade brasileira atual, a CF de 1988 estatuiu inúmeros valores e paradigmas que acabaram moldando estruturalmente o País. São valores que orientam não só a legislação infraconstitucional, mas também as interpretações jurídicas.

Definindo no presente trabalho que se estão discutindo parâmetros regulatórios de instrumento ligado à comunidade internacional e que, portanto, como vimos linhas acima, reafirma a própria soberania brasileira, conclui-se de forma inexorável que a busca pelo sentido axiológico do que é **ordem pública** para fins de insolvência transnacional – ainda que se trate de previsão legal infraconstitucional –, tem de ser extraída da Carta Política, **pois é lá que estão definidos esses valores caros para a sociedade brasileira.**

Se o motivo autorizador de impedimento de eficácia de um processo estrangeiro em território brasileiro tem de ser de tamanha magnitude, parece bem claro que ele somente será encontrado na Constituição, a lei maior instituidora do próprio Estado Democrático de Direito.

Literalmente ou de forma explícita, como visto, não será encontrada essa norma. Disso decorre, como dito, que ela será extraída de análise necessariamente doutrinária de partes específicas da Constituição.

Arrisca-se dizer, desde já, que dada a referida magnitude do tema, relacionado, de um lado, com a necessidade de integração do país na comunidade internacional que anseia por segurança para o livre exercício negocial, e, de outro, por a questão tangenciar a soberania jurídica do país, não é em qualquer parte da Constituição brasileira que será possível identificar conteúdo valorativo que, uma vez contrariado, ensejará de forma absoluta a incidência da cláusula de barreira.

Em outras palavras, o que se está a defender é que não basta que haja contradição direta à qualquer norma da Constituição brasileira ou a uma norma da legislação infraconstitucional (que por presunção é constitucional, não podemos esquecer, o que garantiria contradição constitucional indireta) para que se afirme existir afronta à ordem pública. Essa correspondência matemática não tem como subsistir para fins de incidência da cláusula de barreira.

Primeiro porque devemos lembrar mais uma vez – ainda que se corra o risco de ser repetitivo, mas com o intuito de fixar a clareza da questão – que, pelo espírito dos instrumentos internalizados em nosso ordenamento pelo Capítulo VI-A da LRF, dentro da chamada *insolvência transnacional*, a regra para atingimento da integração do país no mercado internacional é o reconhecimento aqui do processo de insolvência estrangeiro.

Segundo porque, como sabemos, nossa Constituição é daquelas classificada como analítica⁴⁸. Consequentemente, ela traz em seu bojo normas não consideradas materialmente típicas de uma constituição. Em 1988, saíamos de um regime ditatorial, de forma que era fundamental que garantíssemos, dentro da rigidez própria prevista no sistema de alteração constitucional brasileiro, inúmeras normas que em situações normais talvez não viessem escritas dentro da Carta Política.

Nesse conjunto – necessidade de integração internacional e normas constantes da Constituição que não são materialmente constitucionais – , tem-se a conclusão evidente de que não basta que um determinado valor esteja previsto na Constituição para que automaticamente qualquer ofensa a ele seja considerada lesiva da *ordem pública*.

Em suma, temos que a *ordem pública* para os fins da presente investigação nem pode ser encontrado de forma explícita na Carta Magna de 1988 nem de forma implícita por equiparação a qualquer previsão constitucional.

Nesse linha, portanto, como já restou identificada a necessidade de que os valores a preencherem o conceito de ***ordem pública*** para fins de insolvência transnacional estejam inseridos na Constituição Federal, deve-se desenhar de maneira mais clara exatamente onde na Carta Política é possível encontrar conteúdo axiológico que faça tal preenchimento.

⁴⁸ MORAES, Alexandre D. *Direito Constitucional*. Disponível em: Minha Biblioteca, (39th edição). Grupo GEN, 2023. “***As constituições sintéticas preveem somente os princípios e as normas gerais de regência do Estado, organizando-o e limitando seu poder, por meio da estipulação de direitos e garantias fundamentais (por exemplo: Constituição norte-americana); diferentemente das constituições analíticas, que examinam e regulamentam todos os assuntos que entendam relevantes à formação, à destinação e ao funcionamento do Estado (por exemplo: Constituição brasileira de 1988).***”

Para realizar essa busca, propõem-se duas linhas de investigação, esforçando-se a final para que haja uma conjugação entre elas.

A primeira linha é de ordem doutrinária e vem do campo internacional. Como se está discutindo exatamente a possibilidade de se aplicar no Brasil um ato de soberania jurídica de um outro país, nada mais apropriado do que partir da visão que o direito internacional moderno tem da *ordem pública*, o que se fará no próximo capítulo.

Uma segunda linha é de ordem jurisprudencial. Para tanto, promover-se-á uma subdivisão. Inicialmente se procurarão em nossas próprias cortes superiores indicativos de precedentes jurisprudenciais que possam dar norte à investigação sobre o conceito da ordem pública para os fins aqui almejados. Posteriormente, partindo-se da facilitação de que nos Estados Unidos da América já se internalizou a Lei Modelo da UNCITRAL em 2005, investigar-se-ão decisões encontradas que lá rejeitaram eficácia em processos estrangeiros de insolvência por afronta à ordem pública estado-unidense, além de se analisar uma decisão padrão de deferimento do reconhecimento.

Da conjugação analítica desses dois caminhos, ter-se-á uma base mais sólida para apontar o que constitui *ordem pública* apta a rejeitar eficácia em processo estrangeiro de insolvência transnacional. Isso porque se terá mais segurança na definição de quais são as estruturas valorativas existentes na Constituição de 1988 que autorizam que o Poder Judiciário rejeite um processo estrangeiro.

3. A compreensão do direito internacional privado sobre a ordem pública.

Importante ponto de partida para a análise do conteúdo normativo da *ordem pública* é a visão do conceito no direito internacional. Tal pontuação coloca-se porque a gênese das regras de insolvência transnacional, não se esqueça, é a discussão em organismo multilateral sobre a necessidade de se buscar segurança jurídica no campo da insolvência (direito privado), evitando que os riscos inerentes aos inúmeros sistemas nacionais de justiça recuperacional e falimentar sejam empecilho para o empreendedorismo.

Como colocado em capítulo anterior, a **UNCITRAL** – *United Nations Commission on International Trade Law* (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial em tradução livre), preocupada com os efeitos nefastos na economia transnacional, gerados pela absoluta individualidade dos múltiplos sistemas nacionais de recuperação e de falência, fragmentando o trato de empresas em dificuldade financeira, buscou colocar à disposição da comunidade internacional uma Lei Modelo que proporcionasse ferramentas básicas para cooperação entre jurisdições nacionais.

Acreditava-se, como já se defendeu alhures, que a adoção espontânea de tais ferramentas pelos países se consubstanciaria em importante mecanismo tendente a um trato uniforme dessas empresas em dificuldade, sem que com isso houvesse perda de soberania jurisdicional. Nesse contexto, parece evidente, portanto, que o intuito principiológico básico da UNCITRAL era a concreção de uma harmonia internacional no trato das transnacionais em dificuldade.

Muito embora o direito comercial internacional seja considerado uma linha própria de estudo diversa do direito internacional privado, que ficou restrito às normas de direito civil, não se pode negar que a base internacional das relações jurídicas de ambas as vertentes é comum e, portanto, os preceitos fundamentais também são de aplicação comum.

Consequentemente, é válido socorrer-se do ensinamento da professora MARISTELA BASSO⁴⁹ sobre a atualidade do direito internacional privado que, por analogia, se aplica às normas de insolvência transnacional:

***“O direito internacional privado representa, na atualidade, um dos ramos do ordenamento jurídico que mais crescem em importância e significado. Essa afirmação se baseia no fato de que os povos do mundo a cada dia interagem de modo mais evidente, e as relações individuais de caráter privado se acentuam no plano das relações jurídicas, cada vez mais mescladas de “elementos estrangeiros” (grifei).*”**

Feita a associação entre o direito de insolvência transnacional e o direito internacional privado, vale a pena recorrer, como ponto de partida para a investigação do conteúdo valorativo do conceito de ordem pública, ao moderno entendimento do alcance daquele.

Nessa mesma linha, Bruno Miragem⁵⁰, delineando a questão da globalização, pondera que a

***“realidade contemporânea de globalização e aproximação dos países recomenda um exame mais atento do direito internacional e de sua característica conflitual. Ao contrário de alguns anos atrás, quando as situações do cotidiano que apresentavam um elemento de estraneidade, de modo a ensejar a atuação do direito internacional, eram relativamente limitadas, hoje estas circunstâncias são extremamente comuns”⁵¹.*”**

⁴⁹ BASSO, Maristela B. Curso de Direito Internacional Privado. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788597023060.
Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597023060/>.

⁵⁰ MIRAGEM, Bruno. Artigo “Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos. Elementos para um direito internacional pós-modernos”, páginas 307 a 349 da obra coletiva “O Novo Direito Internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme”, obra coordenada por MARQUES, Claudia Lima e outra, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁵¹ Idem – página 308.

Refinando seu raciocínio, BRUNO MIRAGEM⁵² introduz o elemento conceitual da ordem pública nesse universo internacionalista:

“Assim, a mera rejeição em aplicar o direito estrangeiro, em situações nas quais esta é a solução indicada pelas normas de DIP, não satisfaz por si a necessidade de respeito e consideração entre os Estados nacionais. E o conceito que em direito internacional traduz esta proteção da ordem jurídica interna, a ordem pública, deve ser examinada de modo a atentar para estas transformações históricas” (grifei).

Neste trecho é possível identificar dois pontos basilares. O primeiro deles refere-se à correlação entre ordem pública e proteção da ordem jurídica interna do país. É exatamente este o contexto no qual nasceu a cláusula de barreira da ordem pública na insolvência transnacional. Para evitar submissão completa de um país à jurisdição estrangeira, com a quebra conceitual da soberania estatal, fator que fatalmente promoveria o efeito contrário daquele pretendido pela UNCITRAL, qual seja, aversão ao modelo legal proposto, introduziu-se na ideia uma barreira que funcionasse como fator de proteção da ordem jurídica interna, justamente a **ordem pública**.

Mas não seria possível atingir o mesmo efeito pretendido se houvesse uma pura proteção da ordem jurídica interna **não qualificada**, a ponto de se permitir que qualquer aparente ofensa legal fosse suficiente para incidência da exceção. Essa ordem pública que se coloca como obstáculo para a cooperação internacional, protegendo a ordem jurídica interna – e esse é o segundo ponto basilar a se destacar do trecho mencionado – é aquela que considera as transformações históricas da sociedade, nos dizeres do autor citado.

Nessa linha, recorre-se mais uma vez ao professor do Rio Grande do Sul, no mesmo trabalho⁵³, que esclarece:

⁵² Idem – página 308.

⁵³ Idem – página 311.

“Um dos elementos mais destacados das diferentes ordens jurídicas nacionais para proteção dos seus elementos característicos e que eventualmente as distinguem dos direitos dos demais países é o instituto da ordem pública.... Entretanto, é o instituto que, segundo a técnica do direito internacional, tem por finalidade a preservação dos traços fundamentais de uma comunidade nacional” (grifei).

Como vem sendo defendido ao longo do presente trabalho, a *ordem pública* enquanto técnica de direito internacional, ao ser introduzida como regra obstáculo para incidência de processo estrangeiro, não pode ser interpretada senão como **mecanismo de proteção dos traços fundamentais da sociedade aderente**.

Sem essa aplicação qualificada que é fundada na lesão a traço fundamental da sociedade brasileira, voltando-se o intérprete para uma aplicação extensiva da barreira da ordem pública, permitindo que toda e qualquer contrariedade ao ordenamento seja elemento jurídico suficiente para negar a eficácia a um processo de insolvência estrangeiro, em verdade, estar-se-á tornando ineficaz o conteúdo harmônico de cooperação que inspirou a própria Lei Modelo, desconsiderando-se uma realidade fática mundial.

Nesse contexto, tomando de apoio o direito internacional, pode-se definir que a **ordem pública** que autoriza a rejeição de eficácia de uma norma estrangeira – processo estrangeiro de insolvência nada mais é do que uma norma concreta aplicada para as partes daquele – , **é aquela que diz respeito à proteção dos traços fundamentais da sociedade brasileira**. Essa é a ideia limitadora que convém fixarmos desde já.

No próximo capítulo, é importante introduzir um ponto que por certo trará vários esclarecimentos na investigação em tela: o trato da jurisprudência brasileira com a homologação de decisão estrangeira.

4. A compreensão da jurisprudência do STF e do STJ sobre a *ordem pública* na homologação de sentença estrangeira.

No presente trabalho está sendo investigado o alcance axiológico da ordem pública como óbice para concessão de eficácia jurídica no país a processo de insolvência estrangeiro. Nessa medida, pode-se concluir que aqui se trata da análise de uma espécie do gênero decisões (no sentido lato que engloba sentença) estrangeiras e a eficácia delas em território nacional.

Tal visão permite que seja buscado apoio empírico no trato jurisprudencial que vem sendo conferido às sentenças estrangeiras (e a concessão de exequatur) no Brasil. Com essa análise empírica, pretende-se extrair mais um elemento concreto na construção de um modelo regulador para a cláusula de barreira na insolvência transnacional.

E essa pretensão fica mais concreta quando se percebe que também as sentenças estrangeiras e as ordens sujeitas a exequatur estiveram durante todos estes anos sujeitas ao mesmo filtro da ordem pública.

Na tradição do direito constitucional brasileiro, coube na maior parte do tempo ao *Supremo Tribunal Federal*, enquanto corte suprema no país, a homologação de sentenças estrangeiras, a fim de que, após declaração judicial, elas ganhassem eficácia jurídica no país⁵⁴. Essa tradição foi repetida na Constituição Federal de 1988 que, em sua redação original, dispôs no artigo 102, inciso I, alínea “h”, que “*a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão do exequatur às cartas rogatórias, que podem ser conferidas pelo regimento interno a seu presidente*”.

Foi a chamada Reforma do Poder Judiciário, instrumentalizada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que retirou essa competência do Supremo

⁵⁴ Artigo 76, 1, alínea g, da CF 1934; artigo 101, I, alínea “f”, da CF 1937; artigo 101, I, alínea “g”, da CF 1946; artigo 114, I, alínea “g”, da Constituição Federal 67/EC 1 de 69.

Tribunal Federal deslocando-a para o Superior Tribunal de Justiça (artigo 105, inciso I, alínea “i”, da CF de 1988).

Nesse linha, seja pela análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal até 2004, seja pela análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, será possível encontrar elementos úteis na delimitação da *ordem pública* para o presente trabalho, dada a relação de gênero e espécie já anunciada.

Na homologação de sentenças estrangeiras, tanto as regulamentações legais quanto as regimentais já cuidavam de colocar a *ordem pública* como uma das razões de impedimento da concessão de eficácia interna àquelas.

O Código de Processo Civil de 1973 disciplinava no *caput* do artigo 483 que **“A sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal”**, ao passo que o parágrafo único remetia a regulação procedimental ao Regimento Interno: **“Parágrafo único. A homologação obedecerá ao que dispuser o regimento interno do Supremo Tribunal Federal”**

Já o regimento interno do Supremo Tribunal Federal assim disciplinava o assunto:

Art. 215. A sentença estrangeira não terá eficácia no Brasil sem a prévia homologação pelo Supremo Tribunal Federal, ou por seu presidente. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 1, de 25 de novembro de 1981)

Art. 216. Não será homologada sentença que ofenda a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.⁵⁵

Na vigência da Constituição Federal de 1967, alterada pela EC 1 de 1969, e na vigência do texto original da Constituição Federal de 1988, até a promulgação da EC 45 de 2004, esse era o conjunto normativo (CPC de 1973 e Regimento Interno do

⁵⁵ <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>, consultado em junho de 2023

STF) que regravava a concessão de eficácia jurídica interna às decisões estrangeiras (decisão no sentido lato). E por essas normas, havia óbice homologatório para decisões que ofendiam a soberania nacional, a *ordem pública* e os bons costumes.

Daí porque, repita-se, o estudo do trato dado pelo Supremo Tribunal Federal ao conceito de *ordem pública* apto a impedir a eficácia interna de decisões estrangeiras tem total pertinência na investigação aqui perpetrada.

Passa-se, então, à evolução histórica do conceito dentro das principais decisões encontradas no trabalho de pesquisa. É importante pontuar que o critério usado para escolha do acórdão foi a existência de discussão, ainda que não qualificada expressamente como *ordem pública*, de questão atinente à compatibilidade entre a sentença estrangeira e o ordenamento jurídico brasileiro ao longo destes anos de avaliação.

O uso deste parâmetro permite avaliar a *ordem pública* como critério de prevalência da soberania jurídica brasileira.

Eis casos selecionados.

Em 8.9.1952, o Supremo Tribunal Federal debruçou-se sobre o processo de homologação de **Sentença Estrangeira n.º 1.171**⁵⁶, que teve como relator o ministro ROCHA LAGOA (revisor ministro MÁRIO GUIMARÃES), oportunidade em que em sede de embargos a corte apreciou a possibilidade de homologação de sentença alemã de divórcio em casamento de estrangeiros realizado no Brasil. Esta foi a **ementa** do julgamento: ***“Homologação de sentença estrangeira decretando a dissolução de casamento contraído no Brasil por alemães aqui domiciliados. Seu indeferimento, por não ser lícito à justiça de outro país desfazer o casamento contraído sob a égide da lei brasileira. Inteligência dos arts. 7.º, § 6.º, e 17 da nova Lei de Introdução ao Código Civil.”*** – Decisão. Rejeitaram os embargos. Foram votos divergentes os dos Srs. ministros Hahnemann Guimarães e Lafayette de Andrada.”

O ministro relator assim fundamentou sua decisão:

⁵⁶ <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=39653> – consultado em junho de 2023

“Também eu denego tal homologação, que a meu ver ofenderia a lei brasileira, a qual não admite a dissolução do vínculo contraído no Brasil, consoante está expresso no art. 163 da Constituição.

Por sua vez, reza o art. 17 da nova Lei de Introdução ao Código Civil que as sentenças de outros países não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, ordem pública e os bons costumes

...

Como bem assinalou o eminente ministro Abner de Vasconcelos, no voto que proferiu por ocasião do julgamento ora embargado, o casamento contraído na Alemanha só pode ser dissolvido pela justiça alemã, não se reconhecendo ali o divórcio de cônjuges alemães, ocorrido em país estrangeiro.

Estranho seria, assim, que se reconhecesse à justiça alemã um poder que ela própria nega às justiças estrangeiras” (grifei).

Percebe-se que dois elementos foram cruciais para a decisão do ministro relator, tese que acabou acompanhada pela maioria da corte: a *ordem pública* e a reciprocidade. Como argumento central, compreendeu a corte, naquele momento, que deveria prevalecer a vedação então existente no ordenamento jurídico brasileiro de dissolução do casamento realizado no país. Cuida-se claramente de argumento relacionado à *ordem pública*, já que o relator invocou expressamente o artigo 17 da então chamada Lei de Introdução ao Código Civil⁵⁷. Como reforço argumentativo, invocou o relator a falta de reciprocidade em situação inversa.

Interessante nesse julgamento o voto de divergência do ministro Hahnemann Guimarães:

“Sr. Presidente, continuando fiel à doutrina que tenho seguido, recebo os embargos. O art. 7.º da Lei de Introdução do Código Civil admitiu o princípio do domicílio como determinante do estatuto pessoal, mas, no parágrafo 6.º, abriu exceção, evidentemente, a este princípio, admitindo a aplicação da lei da nacionalidade, quando afirmou que não será reconhecido no Brasil o divórcio, se os cônjuges forem brasileiros, donde a contrario sensu, se conclui que será reconhecido no Brasil o divórcio, se os cônjuges forem estrangeiros. Aí se admitirá a aplicação da Lei Nacional.

Não vejo razão, no caso para que não se aplique a lei do Estado alemão. A prorrogação de foro é perfeitamente possível, e não se pratica fraude à lei

⁵⁷ Decreto-Lei n4.657, de 4 de setembro de 1942, posteriormente chamado de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pela Lei nº 12.376/2010

brasileira, mas faz aplicação da Lei Nacional das pessoas. Se alemães quisessem recorrer ao foro do Estado do México para obterem o divórcio, aí seria talvez fraude à lei. Mas são alemães, no caso, que procuraram o foro do Estado alemão, da sua nacionalidade. O parágrafo 6.º do artigo 7.º abriu clara exceção ao princípio da lei do domicílio, solicitando a lei da nacionalidade, outrora admitida no Brasil.

No voto divergente, calcado em norma infraconstitucional que admite eficácia de decisão estrangeira em solo nacional, optou o ministro Hahnemann por afastar o primado da proibição de divórcio no país, grafada na Constituição então em vigor. É dizer, cuida-se de visão que restringiu o alcance do conceito de *ordem pública*, temperando a regra com uma visão internacional.

A importância desse julgado concentra-se em dois pontos: (a) demonstrar quão restritiva pode ser a interpretação amparada no conceito de ordem pública quando se pretende dar primazia quase absoluta à produção legiferante interna; (b) a visão moderna, ainda que vencida, do ministro HAHNEMANN ao prestigiar o direito das pessoas em palco internacional de movimentação; nunca é demais lembrar que esse julgamento teve lugar poucos anos após a 2ª Grande Guerra, momento histórico em que o fluxo migratório era imenso, de modo que a visão vencida que reconhecia os diversos reflexos jurídicos que tais situações poderiam ocasionar na vida das pessoas prestigiou uma eficácia extraterritorial mesmo que tal posição contrariasse uma vedação expressa da Constituição.

Por tais motivos, a força de precedente desse julgado se encontra mais no vigor do argumento perdedor do que na primazia da *ordem pública*. De uma certa maneira, a primazia da ordem pública, naquele momento histórico, era de fácil aplicação. A antevisão de uma postura globalizada não, tanto que a tese foi vencida.

Em acórdão da lavra do ministro Barros Monteiro (SE 1970), julgado em 29.4.1970, foi rejeitada eficácia a sentença prolatada na República Árabe Unida⁵⁸. O julgado da Suprema Corte brasileira contou com a seguinte ementa: ***“Sentença estrangeira proferida contra sociedade comercial com domicílio no Brasil. Inexistência de prova da citação desta, não sendo válidas, para o***

⁵⁸ “Estados Árabes Unidos (EAU) foi uma confederação de curta duração da República Árabe Unida (Egito e Síria) e o Iêmen do Norte, de 1958-1961” - https://pt.wikipedia.org/wiki/Estados_%C3%81rabes_Unidos – consultado em setembro de 2023.

efeito de homologação, aquelas efetuadas após a prolação das sentenças condenatórias. Homologação indeferida.” (SE 1970)⁵⁹.

No voto acompanhado pela unanimidade da corte, o ministro relator assenta:

“Inquestionável, porém, que inexistente, não só neste processo, como nas duas rogatórias aludidas, prova daquela citação.

....

E, como não é possível aceitar-se como válidas as citações levadas a efeito após a prolação das sentenças de que se trata, indefiro a homologação pretendida, dispensando-se de entrar na incompetência da Justiça egípcia, arguição, aliás, também acolhida pela Procuradoria Geral da República”.

Também aqui já havia a corte definido que a ausência de *citação válida* da parte requerida no processo estrangeiro é causa de rejeição de eficácia interna à sentença. Diferente do precedente que segue abaixo, quando a parte contra quem se pretendia eficácia de ato estrangeiro no Brasil sequer havia sido parte no processo alienígena, no caso em tela sequer houve citação antes da condenação.

Neste contexto, fica claro que a afronta ao devido processo legal (*due process of law*) foi para a corte elemento caracterizador de violação da *ordem pública*. E com razão, porquanto a falta de citação, sabe-se perfeitamente, constitui ato fundamental inicial do processo, sem o qual há nulidade absoluta⁶⁰.

Na mesma linha, em 4.10.1972, por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal rejeitou a homologação de sentença estrangeira proferida nos Estados Unidos

⁵⁹ <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=265324> – consultado em junho de 2023

⁶⁰ “Citação e ampla defesa. A citação é ato indispensável para assegurar os direitos fundamentais à ampla defesa e ao contraditório (art. 5.º, LV, CF/1988). O demandado deve tomar ciência da propositura de medida judicial que afeta sua esfera de interesses e ter a oportunidade de se manifestar sobre os argumentos nela veiculados, influenciando a formação do convencimento do juiz. Se o demandante possui o direito fundamental de ação, o ordenamento jurídico oferece ao demandado, como contraponto e manifestação da isonomia, o direito fundamental de defesa. Este deve ter a possibilidade de opor-se à invasão em sua esfera jurídica, que não deve sofrer restrição, senão quando justificada no ordenamento jurídico, em juízo que deverá se realizar no âmbito de processo em que sejam observadas todas as garantias fundamentais asseguradas pela Constituição.” (Gajardoni, F. F., Dellore, L., Roque, A. V., e. a. (2022). Comentários ao Código de Processo Civil, 5th Edition. [[VitalSource Bookshelf version]]. Retrieved from vbk://9786559644988) - grifei

da América (SE 1945), em processo relatado pelo ministro Eloy da Rocha, em acórdão que contou com a seguinte ementa: **“HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA. PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO, PARA EFICÁCIA DESTA RELATIVAMENTE A TERCEIROS, SEM A CITAÇÃO DE QUEM FOI PARTE NA AÇÃO. INDEFERIMENTO DO PEDIDO.”**

Do voto se extrai que *Denver United States National Bank*, instituição financeira sediada em Denver, Estado do Colorado, requereu a homologação na Suprema Corte brasileira de sentença proferida na Suprema Corte de Justiça daquele Estado, na qual foram partes *Benedicto Dyonisio, World Aircraft and Sales Company, Sanford Export Company, Alonso Petteys, Companhia Motores Centro-Americano S.A. e a própria instituição financeira requerente*. Anunciou a requerente, ainda, pretender com a homologação **“*liberar-se dos encargos que lhe foram impostos com a garantia dada à Companhia Municipal de Transportes Coletivos de São Paulo, ao Banco do Estado de São Paulo, à Carteira de Câmbio do Banco do Brasil S.A., cujas obrigações cessarão com a homologação, pelo Supremo Tribunal Federal, do acórdão da Suprema Corte do Estado do Colorado*”**.⁶¹

Ao decidir a questão, o ministro relator propôs a rejeição da pretensão, no que foi acompanhado à unanimidade. Muito embora tenha feito expressa referência à inépcia do pedido, efetivamente se negou seguimento à pretensão porque se pretendia eficácia de sentença estrangeira contra quem não foi parte no processo original:

“Sr. Presidente, indefiro o pedido, por inépcia da petição inicial. O requerente pediu homologação da sentença estrangeira contra terceiros, que com ele podem ter relações, mas que não foram partes na ação em que a sentença foi proferida. Não pediu citação dos réus. Não chego a examinar a possibilidade da pretensão do requerente, de atribuir à homologação eficácia relativamente a terceiros, para cessação de obrigações suas, com referência a essas pessoas”.

⁶¹ <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=265304>. Consultado em junho de 2023

Frise-se que no relatório do acórdão fica claro o ato citatório causador da ofensa à ordem pública ser a falta de citação no processo americano, pois no SE 1945 citaram-se as companhias brasileiras contra quem se pretendia eficácia da decisão americana. Portanto, claramente o motivo fundante de rejeição da pretensão foi a falta de citação no processo estrangeiro, onde as empresas brasileiras sequer foram parte no processo americano.

Nesse quadro, a grande relevância do julgado foi a fixação de que sem citação no processo estrangeiro, o que dá a quem seria parte a condição jurídica de terceiro, há um óbice insuperável para a homologação. Embora não qualificada no julgado de forma expressa que a situação caracterizava afronta à *ordem pública*, como dito, a inobservância do *devido processo legal* permite a conclusão nesse sentido.

Caracterizando a ausência de citação fator fundante para a rejeição de homologação a sentença estrangeira, também são exemplos os seguintes julgados:

- a) **“SENTENÇA ESTRANGEIRA. HOMOLOGAÇÃO. SENTENÇA ESTRANGEIRA, QUE TEVE POR EXEQUÍVEL DECISÃO ARBITRAL. SUA HOMOLOGABILIDADE, EM PRINCÍPIO, NO BRASIL. PRECEDENTE NA SENTENÇA ESTRANGEIRA N. 2178 (RTJ 92/515 E 91/48). REGIMENTO INTERNO DO STF, ART-217. REQUISITOS A HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA. SENTENÇA QUE SE HÁ DE TER POR SUFICIENTEMENTE MOTIVADA. REQUERIDO DOMICILIADO NO BRASIL. LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL, ART-12. COMPETÊNCIA RELATIVA. SE AS PARTES ACORDARAM SOLVER, POR MEIO DE ARBITRAGEM, EM PRAÇA ESTRANGEIRA, AS QUESTÕES QUE SE APRESENTASSEM NA EXECUÇÃO DO CONTRATO, NÃO CABE ALEGAR O REQUERIDO INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL ESTRANGEIRO COMPETENTE, QUE HOMOLOGOU A DECISÃO ARBITRAL. E, ENTRETANTO, PRINCÍPIO DE ORDEM PÚBLICA, NO BRASIL, SEJA O RÉU, CONHECIDA SUA RESIDÊNCIA, DIRETAMENTE, CITADO NO PAÍS, PARA RESPONDER A AÇÃO, PERANTE A JUSTIÇA ESTRANGEIRA, CONSTITUINDO A CITAÇÃO VÁLIDA, DESSA SORTE, REQUISITO INDISPENSÁVEL À HOMOLOGAÇÃO DA SENTENÇA ALIENIGENA. LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL, ART-12, PAR-2. A CITAÇÃO DEVE SER FEITA, MEDIANTE CARTA ROGATÓRIA, APÓS OBTIDO O EXEQUATUR DO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NO CASO, NÃO HOUE CITAÇÃO DA REQUERIDA, MEDIANTE CARTA ROGATÓRIA, NEM COMPARECEU ELA, VOLUNTARIAMENTE, AO JUÍZO ESTRANGEIRO. NÃO AFASTARIA O VÍCIO DA FALTA DE CITAÇÃO, SEQUER, O FATO ALEGADO, PELA REQUERENTE, SEGUNDO O QUAL A REQUERIDA NÃO IGNORAVA A EXISTÊNCIA DA DECISÃO ARBITRAL. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO ESTRANGEIRA HOMOLOGADA, NÃO REGULARMENTE COMPROVADO. SENTENÇA ESTRANGEIRA, CUJO PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO SE INDEFERE, POR FALTA DE CITAÇÃO REGULAR DA REQUERIDA, MEDIANTE CARTA ROGATÓRIA, E PORQUE NÃO COMPROVADO, SUFICIENTEMENTE, SEU TRÂNSITO EM JULGADO (RISTF, ART-217, II E III).”** (SE 2912 – Bélgica – j. 2.2.1983 – Rel. ministro NÉRI DA SILVEIRA – grifei)

Interessante no julgado acima é a corte ter respeitado a existência de julgamento arbitral estrangeiro, embora no Brasil, em tal ocasião – tal como tratado logo abaixo – ainda não houvesse essa forma procedimental. Consequentemente, é de se concluir que para o Supremo era válido – estribado em pensamento ilustrador de *cooperação internacional* – respeitar as formas procedimentais de outros países não obstante similar interno. Assim, a *contrario sensu*, tal fato, por si só, nunca causou lesão à ordem pública. O fator preponderante para rejeição da homologação foi a ausência de citação na execução do julgado arbitral. Ou seja, mais uma vez, o impeditivo de *ordem pública* foi a inconsistência do devido processo legal e não a então falta de adoção no Brasil de julgamento arbitral.

- b) “**SENTENÇA ESTRANGEIRA. ALIMENTOS. HOMOLOGAÇÃO (INDEFERIMENTO). AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS. CARECE DE PRESSUPOSTOS O PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA SE O RÉU NÃO FOR CITADO PARA DEMANDA DE QUE ELA RESULTOU. – HOMOLOGAÇÃO DENEGADA.**” (SE 3294 – Suíça – j. 13.6.1984 – Rel. ministro RAFAEL MAYER – grifei)
- c) “**SENTENÇA ESTRANGEIRA DE DIVÓRCIO, CUJA HOMOLOGAÇÃO SE INDEFERE POR FALTA DE CITAÇÃO, VIA ROGATÓRIA, DO REQUERIDO, SABIDAMENTE DOMOCILIADO NO BRASIL. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PEDIDO DE CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ATENDIDO, TAMBÉM COM BASE EM PRECEDENTES DO TRIBUNAL.**” (SE 3495 – EUA – j. 2.10.1985 – Rel. ministro OCTAVIO GALLOTTI – grifei)
- d) “**SENTENÇA ESTRANGEIRA CUJA HOMOLOGAÇÃO SE INDEFERE, POR FALTA DE CITAÇÃO, VIA ROGATÓRIA, DA REQUERIDA, SOCIEDADE SEDIADA NO BRASIL. RECURSO, DESTA, A CORTE DE APELAÇÃO DE VENEZA, QUE NÃO SUPRE VALIDAMENTE A CITAÇÃO NEM INDUZ SUBMISSÃO AO FORO ALIENIGENA, POR HAVER-SE LIMITADO, A APELANTE (ORA REQUERIDA), INFRUTIFERAMENTE, A ALEGAR A IRREGULARIDADE DA MENCIONADA CITAÇÃO E A FALTA DE JURISDIÇÃO DA JUSTIÇA ITALIANA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL, QUANTO A NECESSIDADE DA CARTA ROGATÓRIA.**” (SE 3587 – Itália – j. 8.5.1986 – Rel. ministro OCTAVIO GALLOTTI – grifei)
- e) “**SENTENÇA ESTRANGEIRA. DIVÓRCIO. IRREGULARIDADE DA REVELIA DECRETADA PELO JUÍZO ESTRANGEIRO. MATÉRIA DE DIREITO E DE**

ORDEM PÚBLICA, O QUE TORNA OCIOSO DISCUTIR EVENTUAL INTEMPESTIVIDADE DA CONTESTAÇÃO APRESENTADA AO PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO. INADMISSIBILIDADE DE PROCEDER-SE À CITAÇÃO DA RÉ – RESIDENTE NO BRASIL – POR MEIO OUTRO QUE NÃO A CARTA ROGATÓRIA, SEGUNDO RESULTA DAS NORMAS JURIDICAS EM VIGOR NO NOSSO PAÍS. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO DA SENTENÇA ESTRANGEIRA, COMUNICANDO-SE, AO ÓRGÃO DISCIPLINAR COMPETENTE, OS FATOS RELACIONADOS AO PROCEDIMENTO DE CITAÇÃO (SE 4125 – EUA – j. 12.9.90 – Rel. ministro CELIO BORJA – grifei)

Neste último julgamento, mais uma vez por ausência de citação válida, a corte finalmente passou a tratar de forma expressa tal situação jurídica como lesiva à *ordem pública*, pois no processo estrangeiro a questão evoluiu para julgamento à revelia da parte. Nesse contexto, é possível concluir, pela interpretação histórica do Supremo Tribunal Federal, enquanto órgão competente para homologar a sentença estrangeira para eficácia interna, a ausência de citação sempre ter sido tratada como fator impeditivo de homologação, caracterizando, conseqüentemente, manifesta ofensa à ordem pública processar aqui uma sentença nessa condição.

- f) **“SENTENÇA ESTRANGEIRA: HOMOLOGAÇÃO INDEFERIDA. NÃO É DE SE HOMOLOGAR A SENTENÇA ESTRANGEIRA SE RESULTA DOS AUTOS QUE, PARA A LIDE MOVIDA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, VISANDO A OBTER A GUARDA DOS FILHOS MENORES DO CASAL, COM ORDEM DE BUSCA E APREENSÃO, A REQUERIDA, EMBORA RÉ NO PROCESSO, NÃO FOI PREVIAMENTE CITADA. ADEMAIS, NO CASO, SE HÁ SENTENÇA DE JUIZ NO BRASIL SOBRE O MESMO TEMA, NÃO HÁ COMO SE DAR PREVALÊNCIA A SENTENÇA NORTE-AMERICANA, SOB PENA DE INCORRER-SE EM OFENSA À SOBERANIA NACIONAL, O QUE CONTRARIA O ART. 216 DO RI/STF.”** (SEC – 4694 – EUA – j. 12.12.1993 – Rel. ministro ILMAR GALVÃO – grifei)

No caso em comento, é de se ver a existência de um fato a mais impeditivo da homologação. Além da ausência de citação, que por si só, na jurisprudência consolidada da corte já seria suficiente para a rejeição, constatou-se a anterior existência no Brasil de sentença regulando a mesma questão dos autos (guarda de filhos menores). Como os menores residiam no país com a mãe, embora citada fosse, aparentemente haveria prevalência da sentença brasileira por força de outra causa ofensiva à *ordem pública*: a homologação da sentença estrangeira desrespeitaria decisão judicial interna anterior, em razão de desrespeito à soberania jurídica

nacional. O uso da jurisdição estrangeira para superação da jurisdição brasileira configurou para a corte, portanto, afronta manifesta à *ordem pública*.

- g) **“EMENTA: CONSTITUCIONAL. SENTENÇA ESTRANGEIRA EXARADA PELO TRIBUNAL JUDICIAL DA COMARCA DA SERTÁ, PORTUGAL, QUE CONDENA O REQUERIDO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E DESPESAS PROCESSUAIS. AUSÊNCIA DE REGULAR CITAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DO DISPOSTO NO ART. 217, II DO RISTF. PRECEDENTES. HOMOLOGAÇÃO INDEFERIDA.”** (SEC – Portugal – j. 1.4.2004 – Rel. ministro NELSON JOBIM – grifei)

Nesse conjunto de decisões, repita-se, ficou fácil verificar que a Suprema Corte brasileira consolidou o entendimento de a ausência de citação ser fator que fere a *ordem pública* brasileira, merecendo a rejeição de eficácia a sentença estrangeira que sofra de tal vício.

E com razão, já que a citação é ato fundamental do processo, sem a qual se fere garantia constitucional imprescindível. Proteger a todos de processos arbitrários não observadores do devido processo legal, onde sequer há uma citação, é verdadeira conquista civilizatória, cuja supressão tem o condão de abalar os alicerces do Estado Democrático de Direito. Daí a configuração perfeita de manifesta ofensa à *ordem pública* nacional.

Seguindo a seleção de precedentes do Supremo Tribunal Federal, enquanto competente para homologação de sentenças estrangeiras, faz-se importante colacionar o julgamento ocorrido no seio do processo SE 2597, em 22.4.1982, onde a parte pretendia a homologação de sentença arbitral inglesa, o relator ministro Soares Muñoz proferiu voto acompanhado pelos demais integrantes da corte, cuja ementa é a seguinte: **“SENTENÇA ESTRANGEIRA PROFERIDA EM JUÍZO ARBITRAL. FALTA DE PROVA DE QUE A REQUERIDA, MEDIANTE COMPROMISSO ESCRITO, SE TENHA LOUVADO EM ÁRBITROS OU, POR OUTRA FORMA, ACEITADO EXPRESSAMENTE O JUÍZO ARBITRAL. INDEFERIDA A HOMOLOGAÇÃO DA SENTENÇA.”**

Aqui o móvel principal da rejeição à concessão de eficácia interna a decisão estrangeira, não obstante nos autos tenham sido discutidas outras questões, foi fundamentalmente a ausência de prova de adesão da parte ao juízo arbitral.

Frise-se que tal fundamento pode ser lido também como afronta à *ordem pública*, porque havendo uma parte que não aderiu ao compromisso arbitral, quando julgado tal procedimento, acaba aquela por sofrer clara lesão à garantia de *inafastabilidade da jurisdição*.

E mais. À época do julgado não havia sequer previsão no País de compromisso arbitral, mas de uma maneira vanguardista a Suprema Corte não usou esse fato como fundamento para rejeição da pretensão de homologação, mas sim a falta de prova de adesão da parte condenada a tal instância julgadora.

Nesse contexto, é legítimo concluir que a corte deu preferência à necessidade de cooperação internacional a uma suposta contradição com a legislação brasileira que não admitia o procedimento arbitral. Assim, caso houvesse adesão formal ao procedimento de arbitragem no exterior, respeitada a vontade da parte, ceder-se-ia à homologação de procedimento nem mesmo existente no Brasil. Em outras palavras, mais importante do que o paralelismo do procedimento externo ao desenho interno é a inafastabilidade do acesso à jurisdição.

Ainda no campo da instância arbitral, a corte debruçou-se sobre a SE 2766 (Grã-Bretanha e Irlanda do Norte), relatada pelo ministro Oscar Correa, em 1.7.1983, julgado este com a seguinte ementa: “ ***Homologação de sentença estrangeira. Laudo arbitral chancelado pelo Poder Judiciário, no país de origem. Citação cumprida. Ausência de motivação da sentença, bem como da comprovação do respectivo trânsito em julgado. Homologação negada.***” (grifei).

Em mais uma oportunidade, não foi fundamental para a corte a ausência de paralelismo no Brasil em relação ao procedimento que se pretendia homologar, mas sim a falta de requisito fundamental na decisão arbitral: motivação. Nesse precedente, houve anuência da parte com o procedimento arbitral, provavelmente não houve vício de citação, mas foi prolatada uma decisão sem fundamentação. Com isso, a leitura permitida pelo julgado é que para o STF a ausência de fundamentação em

uma decisão, embora não judicial, é causa de manifesta ofensa à ordem pública do país.

De fato, trazido para nosso padrão civilizatório atual, a ausência de fundamentação em qualquer sentença, conforme preconiza o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal (*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade*) é importante garantia dos cidadãos, insita não devido processo legal. Não se pode efetivamente admitir em um Estado Democrático de Direito que ao cidadão seja imposta alguma situação pelo Estado-Juiz sem lhe ser esclarecida a razão da decisão.

Afora as decisões no Tribunal do Júri (artigo 5.º, inciso XXXVIII, da CF), das quais a própria Carta Magna assegura o sigilo, todas as demais devem ser fundamentadas, motivadas, sob pena de nulidade. Cuida-se, portanto, de perceptível padrão civilizatório instituído como devido processo legal.

E por se tratar, portanto, de circunstância com status de direito fundamental, quando uma decisão estrangeira afronta tal padrão, é necessário o reconhecimento da manifesta ofensa à *ordem pública*.

Encerrando os julgados extraídos de repositório do Supremo Tribunal Federal, mais dois outros se mostram fundamentais do ponto de vista principiológico e, por tais motivos, destacados do mérito de suas abordagens. Em ambos se procura determinação jurisprudencial sobre o alcance do conceito de ordem pública no assunto referente a homologação de decisões estrangeiras.

O primeiro deles refere-se ao Recurso Extraordinário 14.658 – São Paulo, datado de 3.7.1950, da lavra do ministro Luiz Gallotti. A data do julgado e o conteúdo discutido – filiação “adulterina” – devem ser elementos objetivos para orientar uma análise isenta e atenta para o fato cronológico. É dizer, não se está propondo a análise do conteúdo decidido à época com as lentes da compreensão atual, o que seria até injusto intelectualmente com os prolores da decisão.

O que se propõe, e daí se justifica a eleição do julgado como importante vetor interpretativo, é a demonstração de o conceito de *ordem pública* calcado em situações jurídicas internas e momentâneas poder causar profundas distorções. Por

isso, contrariamente à tendência natural de se alinhar ao conteúdo do julgado, coloca-se aqui o precedente como forma de lembrar a importância de se avaliar o alcance do termo *ordem pública* com base em uma valoração mais internacional que interna.

Aliás, prova clara da correção dessa ideia é a jurisprudência consolidada – acima apontada – em relação a decisões arbitrais estrangeiras antes da edição da Lei de Arbitragem no País (Lei nº 9.307/96). O Supremo nunca impediu a homologação de tais decisões porque no Brasil não havia idêntico procedimento. Tal fato, como já colocado, demonstra a efetiva necessidade de cooperação internacional, o que hoje é indispensável diante do fenômeno da globalização.

Nessa linha, o julgado analisado na sequência mostra a dificuldade criada para essa cooperação quando se adotam como conceito de *ordem pública* conceitos arraigados em supostas tradições locais que não encontram nenhuma ressonância em países democráticos e civilizados pelo mundo.

No julgamento do RE 14.658 – São Paulo, lavrou-se a seguinte ementa após julgamento unânime:

“Ação de investigação de paternidade. Filho adulterino. Ineficácia no Brasil do art. 22 da lei portuguesa de proteção dos filhos (dec. n. 2 de 1910), por contrário ao preceito de ordem pública do art. 358 do Código Civil Brasileiro. É de ser atendido o art. 61 do Código Bustamante. Embora Portugal não haja ratificado esse Código, ele foi aprovado por Lei no Brasil e assim o critério por ele fixado, quanto ao conceito de lei de ordem pública e nacional, não obstante a impropria denominação que lhe deram de ordem pública internacional. O conceito de ordem pública pode variar, pois, de uma época para outra. Mas seria inconcebível que, n'um dado país e ao mesmo tempo uma lei se pudesse considerar como sendo e não sendo de ordem pública, conforme a nacionalidade das pessoas interessadas. O decreto-Lei nº 4.737, de 24 de setembro de 1942, prevê a superveniência do desquite e assim não se aplica aos casos de morte do cônjuge”.

Com a máxima vênia, e sempre com a ressalva das lentes modernas, o equívoco do julgado foi o alcance dado ao conceito de *ordem pública*. Considerou-se, *in casu*, que a vedação de legitimidade à filiação extramatrimonial, situação que vigia

no país naquela ocasião, era um conceito de tamanha importância que deveria ser erigido ao *status* de *ordem pública*.

Calcado na leitura da sociedade brasileira de então, compreendeu-se na corte que aquele valor era elemento constitutivo da *ordem pública* nacional. Esse é o risco existente quando as cortes adotam dentro do conceito de *ordem pública* apenas o critério legal como ponto de partida, valendo-se de costumes e análises pontuais, dissociadas dos entendimentos reinantes nas nações mais avançadas do mundo, sem as mentes abertas para uma saudável cooperação internacional – **comity** no inglês jurídico internacional.

Dessa forma, importante conteúdo histórico tem esse julgado porque nos orienta claramente em **não adotar** uma interpretação extensiva quando da definição do conteúdo do termo ordem pública.

O risco que se corre com a simples equiparação entre o conteúdo legal produzido e a ordem pública é de distanciar o país da comunidade internacional formada pelos países mais desenvolvidos. Se outrora a questão foi menos importante, num mundo totalmente globalizado como o atual, não há saída econômica, cultural e desenvolvimentista para quem optar por se isolar em meio aos conceitos – ou preconceitos – próprios.

O segundo julgamento que merece análise neste momento é mais recente. Cuida-se do RE 598.77, julgado em 12.2.2014, o qual teve como redator do acórdão o ministro Roberto Barroso, que contou com a seguinte ementa:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA. CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. 1. A Emenda Constitucional n.º 45/2004 transferiu, do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça, a competência para homologar sentenças estrangeiras. Considerando que um dos principais objetivos da Reforma do Judiciário foi promover a celeridade processual, seria um contrassenso imaginar que ela teria transformado esta Corte em uma nova instância nesta matéria, tornando ainda mais longo e complexo o processo. 2. Por isso, embora possível em tese, a interposição de recurso extraordinário contra esses acórdãos do STJ deve ser examinada com rigor e cautela. Somente se pode admitir o recurso quando demonstrada, clara e fundamentadamente, a existência de afronta à Constituição Federal. A ausência de questão constitucional impede o conhecimento do recurso. 3. Recurso não conhecido” (grifei).

A importância desse julgado reside na fixação de o conceito de *ordem pública* não ser uma questão constitucional direta. O fundamento básico da decisão foi expressamente associado ao fato de a EC 45/2004 (Reforma do Poder Judiciário) ter transferido a competência da homologação do processo estrangeiro do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça.

Além desse indicativo, vale lembrar que o presente trabalho já pontuou que a Constituição Federal, de fato, não faz qualquer conceituação de *ordem pública* quando menciona o termo, relacionando-o sempre com segurança pública.

Nessa linha de raciocínio, a qual coloca a avaliação da *ordem pública* como conceito não expresso na Constituição, resta, então, a conclusão de que a análise do labor interpretativo do *Superior Tribunal de Justiça* nesses anos de competência para homologação de sentença estrangeira (concessão de *exequatur* para cartas rogatórias) será importante elemento agregador de conclusão no presente trabalho, em adição ao quanto se extraiu da jurisprudência histórica do STF.

Atento à alteração constitucional, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe previsão específica sobre a competência do STJ na homologação de decisão estrangeira. A ação de homologação de decisão estrangeira encontra-se disciplinada entre os artigos 960 e 965 do CPC, tendo, no § 2.º do artigo 960, estatuído o legislador que a “homologação obedecerá ao que dispuserem os tratados em vigor no Brasil e o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça” (grifei).

Trouxe o CPC, ainda, hipótese de decisão estrangeira não necessitar de homologação para ter eficácia interna, seguindo o entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal, acima trazido, de tal discussão não ter *status* constitucional. No § 5.º do artigo 961, restou normatizado que a sentença estrangeira “**de divórcio consensual produz efeitos no Brasil, independentemente de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça**”, cabendo a qualquer juiz “**examinar a validade da decisão, em caráter principal ou incidental, quando essa questão for suscitada em processo de sua competência.**” (§ 6.º do artigo 961). E mais. Nesses casos de dispensa de homologação da sentença, o artigo 962, § 4º, do CPC, permite ao juiz competente conceder medidas de urgência.

Nessa mesma linha permissiva que afasta a cognição do Superior Tribunal de Justiça se encontra a concessão de eficácia interna a processo estrangeiro de insolvência transnacional, conforme disciplinado no Capítulo VI-A, introduzido na Lei nº 11.101/2005 pela Lei nº 14.112/2020.

Tal constatação reforça o paralelismo entre os assuntos, o que mais uma vez valida a opção do presente trabalho de investigar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca da *ordem pública* apta juridicamente a impedir a concessão de eficácia, pois o próprio artigo 963, inciso VI, do CPC, disciplinou que constitui um dos requisitos indispensáveis para a homologação da decisão que ela não contenha “**manifesta ofensa à ordem pública**”.

Interpretando esse dispositivo, Fernando da Fonseca Gajardoni e outros comentam⁶²:

“Esse é um conceito de difícil definição, que necessita ser construído casuisticamente. Ordem pública se relaciona a um conjunto de valores e princípios considerados fundamentais pelo Estado receptor (art. 26, § 3.º). 7.1. A doutrina aponta haver distinção entre ordem pública nacional e internacional (APRIGLIANO, 2011. P. 53-56; ABBUD, 2008. P. 207). A primeira tem aplicação nas relações desenvolvidas no próprio Estado, sujeitas à sua jurisdição, e diz respeito às suas normas imperativas internas. A segunda, que é o critério a ser considerado para a recusa ao pedido de homologação de decisão estrangeira, consiste no conjunto de valores e preceitos fundamentais que um determinado país adota em suas relações internacionais. 7.2. Trata-se a ordem pública internacional de conceito mais restrito que a ordem pública interna: se as decisões estrangeiras tivessem que observar todas as normas imperativas vigentes no Brasil, haveria um número excessivo de recusas aos pedidos de homologação de provimentos estrangeiros, em decorrência da indevida pretensão de impor o modelo jurídico brasileiro a uma decisão proferida fora do território nacional. A ordem pública internacional, assim, consiste em solução de compromisso, limitando o controle do Estado receptor em respeito às regras de comércio internacional e à soberania de outros países, sem abrir mão de preceitos considerados tão fundamentais a ponto de serem adotados inclusive nas relações internacionais desse Estado. Não é, portanto, qualquer inobservância a norma cogente brasileira que autoriza a recusa ao pedido de homologação de decisão estrangeira, mas apenas a que acarretar consequências mais drásticas, que afrontem os valores e direitos fundamentais consagrados pela Constituição. 8. Ordem pública: casuística. Exemplos clássicos de ofensa à ordem jurídica internacional, sob a perspectiva do Estado brasileiro, seriam decisões estrangeiras que contemplassem efeitos a escravidão, servidão, morte civil, poligamia, discriminação racial ou religiosa ou prisão por dívida

⁶² Gajardoni, F. F., Delloro, L., Roque, A. V., , e. a. (2022). Comentários ao Código de Processo Civil, 5th Edition. [[VitalSource Bookshelf version]]. Retrieved from vbk://9786559644988 – em comentário ao artigo 963, inciso VI, do CPC.

(ressalvado o devedor de alimentos). A ausência de citação regular também poderia ser considerada violação à ordem pública, mas já é contemplada como hipótese autônoma de recusa à homologação de decisão estrangeira e à concessão de exequatur para as cartas rogatórias (art. 963, II e parágrafo único). Inobservância ao devido processo legal igualmente consiste em violação à ordem pública internacional, sendo tal garantia, aliás, referida em dispositivo próprio (art. 26, I).”

Bem delineando a questão, percebe-se que os processualistas citados incorporaram o entendimento presente no conjunto de precedentes estudados acima. Pontuam a necessidade do intérprete, quando avalia caso a caso se uma decisão estrangeira afronta ou não a *ordem pública* brasileira, de não raciocinar em termos de permissividade geral da legislação brasileira, mas sim com um olhar de cooperação internacional.

De fato, a dificuldade de se realizar a construção de um modelo geral para avaliação da *ordem pública* leva o intérprete normalmente a apontar que a solução deve ser buscada caso a caso. Aqui pretendemos, ao contrário, extrair elementos jurisprudenciais firmes, aliados aos parâmetros já estabelecidos na LEI MODELO da UNCITRAL para afirmarmos ser possível desenhar um modelo abstrato seguro para aplicação da norma em caso de insolvência transnacional.

E para continuar nesse desiderato, dentro da avaliação jurisprudencial do STJ, na linha definida pelo CPC, também o Regimento Interno daquela corte trouxe a possibilidade de indeferimento da homologação da decisão estrangeira que ofenda “a *soberania nacional, a dignidade da pessoa humana e/ou a ordem pública*” (artigo Art. 216-F).

Assim posta a questão, desde o artigo 216 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal⁶³, passando-se pelo artigo 963, VI, do CPC, pelo artigo 216-F do Regimento Interno do STJ e pelo artigo 167-A, § 4.º, da Lei n° 11.101/2005, com redação dada pela Lei n° 14.112/2020, em todas essas normas a manifesta ofensa à ordem pública é causa que autoriza a não concessão de eficácia interna a uma

⁶³ Art. 216. Não será homologada sentença que ofenda a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

decisão estrangeira. O paralelismo, portanto, entre a previsão ligada à insolvência transnacional e a homologação de sentença estrangeira pelo STJ, de fato, está presente.

Consigne-se, nesse ponto, que a maioria esmagadora dos casos encontrados na pesquisa envolvendo *homologação de decisão estrangeira* ou *concessão de exequatur* no STJ são de deferimento. É dizer, portanto, que a regra também nessa corte é a concessão de eficácia interna para o ato decisório estrangeiro, o que aponta para uma aplicação restritiva da barreira de ordem pública.

Por conseguinte, os casos geradores de rejeição de eficácia ganham maior interesse para o presente trabalho, por permitirem uma avaliação do suficientemente afrontoso à *ordem pública* para o Superior Tribunal de Justiça.

Para a realização dessa análise, optou-se por um corte de temas conexos, tal como fora feito por ocasião da análise da jurisprudência da *Suprema Corte*.

É o que se traz na sequência.

1. É pacífico no *Superior Tribunal de Justiça*, assim como também o era no *Supremo Tribunal Federal*, o entendimento de a ausência de citação válida – ou a ausência de prova de que ela tenha ocorrido – ser motivo suficiente para indeferimento de homologação. Em alguns julgados abaixo trazidos, além dessa razão, outra acabava sendo também levada em consideração. Contudo, esses julgados revelam claramente que a falta de citação ainda é causa séria de afronta manifesto à *ordem pública*, o que é compreensível, como já dito, com base na privação do ***devido processo legal***.

- a) ***“PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA ESTRANGEIRA. HOMOLOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. 1. Sentença estrangeira que condenou seguradora brasileira em cota de retrocessão, consoante negócio jurídico inquinado de invalidade, posto firmado por agente incapaz, indicado em consórcio de empresas assinado por quem não detinha poderes mercê da manutenção da higidez da personalidade jurídica de cada uma das empresas. 2. Alegação que contaminou a cláusula de eleição de foro e, a fortiori, a competência do juízo. 3. Citação irregular levada a efeito em face de pessoa jurídica que não detinha poderes para receber a comunicação processual. 4. A homologação de sentença estrangeira reclama prova de citação válida da parte requerida, seja no território prolator da decisão homologanda, seja no Brasil, mediante carta rogatória, consoante a ratio essendi do art. 217, II, do RISTJ. 5. Deveras, é***

assente na Suprema Corte que: "A citação de pessoa domiciliada no Brasil há de fazer-se mediante carta rogatória, não prevalecendo, ante o princípio direcionado ao real conhecimento da ação proposta, intimação realizada no estrangeiro. Inexistente a citação, descabe homologar a sentença.(...)" (SEC 7696/HL, relator ministro Marco Aurélio, DJ de 12.11.2004) 6. Precedentes jurisprudenciais do STF: SEC 6684/EU, relator ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 19.08.2004; SEC 7570/EU, relatora ministra Ellen Gracie, DJ de 30.04.2004 e SEC 7459/PT, relator ministro Nelson Jobim, DJ de 30.04.2004. 7. In casu, consoante destacado pelo Procurador-Geral da República às fls. 496/499, "a própria requerente na peça inicial informa que a citação da requerida fora "efetivada através do serviço postal dos Estados Unidos da América, após haver a C.T. Corporation" informado por carta, "que ela não havia sido contratada pela requerida para prestar este serviço de recepção de citações judiciais" (fls. 5)". Ademais, nem mesmo a requerida compareceu, voluntariamente, ao juízo processante. Domiciliada em território brasileiro, a requerida deveria ser citada por carta rogatória e não à luz da formas processuais anglo-americanas. Assim, não houve citação da empresa brasileira, nem esta compareceu ao tribunal estrangeiro, razão por que não há como emprestar validade à decretação da revelia. 8. Outrossim, o acordo cujo descumprimento fundou a condenação, não restou firmado por signatário habilitado, sendo certo que a requerente não esclareceu quem detinha poderes, na época da assinatura do contrato, para em nome do grupo de Empresas Seguradoras Brasileiras, comprometer a participação da empresa requerida no referido contrato, nem trouxe aos autos qualquer comprovante que autorizasse tal gestão, muito embora instada a fazê-lo por determinação advinda de cota do Parquet Federal. 9. Deveras, a legitimação para firmar o contrato não restou suprida por administradora do consórcio, porquanto, à luz do negócio, restou hígida a individualidade e personalidade jurídica das empresas, e que contaminou o compromisso e, a fortiori, a competência eleita. Precedentes do STF: SEC6753 / UK - Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, relator ministro Maurício Corrêa, DJ de 04.10.2002, por isso que a ação deveria ter sido proposta no foro do domicílio do réu. 10. Destarte, posto matéria de ordem pública, conhecível de ofício, vislumbra-se nítida nulidade, ante a ausência de motivação da decisão homologanda, em afronta ao art. 216, RISTF e 17 da LICC que assim dispõe: "As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes." Nesse sentido são uníssonas a doutrina e a jurisprudência: (SEC 2521, relator ministro Antônio Neder). 11. Homologação indeferida (art. 217, I e II e 216, RISTF c/c 17 da LICC)" (SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA N.º 879 - US (2005/0035096-5) RELATOR : MINISTRO LUIZ FUX – J. 02 de agosto de 2006 – grifei)

Percebe-se do julgamento acima colocado que o então ministro do Superior Tribunal de Justiça, LUIZ FUX, manteve nesta corte o entendimento jurisprudencial firmado por anos no Supremo Tribunal no tocante à ausência de citação válida – ou prova de sua ocorrência – constituir forte óbice para a homologação de sentença estrangeira no país. Agregou Sua Excelência no voto outro grave óbice: ausência de motivação (fundamentação) na sentença, motivo esse que também foi construído no STF como elemento de afronta à *ordem pública*, pois a sanção de nulidade que incide

sobre ato decisório sem fundamentação foi erigida à categoria de norma constitucional na CF de 1988 (artigo 93, inciso IX).

b) **“SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. RECONHECIMENTO DE HERDEIRO. INVENTÁRIO E PARTILHA. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA JURISDIÇÃO BRASILEIRA. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO NA JUSTIÇA DE ORIGEM. REQUISITOS INDISPENSÁVEIS NÃO ATENDIDOS. HOMOLOGAÇÃO INDEFERIDA. Não há que se deferir pedido de homologação de sentença estrangeira quando não atendidos os requisitos indispensáveis previstos nos arts. 5.º e 6.º da Resolução n. 9 do STJ. Homologação indeferida”** (SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA Nº 843 – EX (2005/0035094-1) RELATOR : MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA – j. 21 de março de 2007 – grifei)

c) **“SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. HOMOLOGAÇÃO. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. AUSÊNCIA. COMPETÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. CITAÇÃO. CARTA ROGATÓRIA. NECESSIDADE. 1. A sentença em exame é despida de qualquer rastro de fundamento, apresentando uma nudez de motivação que chega a impressionar e recomenda definitivamente a improcedência do pedido, sob pena de frontal desrespeito à ordem pública nacional que significaria cancelar uma decisão judicial teratológica. Precedente: SEC 880/IT, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 06.11.06. 2. Não consta qualquer elemento probatório apto a demonstrar a competência da Corte de Nova Iorque para analisar a demanda. A alegação deduzida no sentido de que o foro foi eleito por meio de contrato não se encontra respaldada na referida avença, cujo instrumento sequer foi carreado aos autos no intuito de evidenciar a regularidade do processo originário. 3. A única modalidade de citação admitida para réu domiciliado no Brasil é a realizada por carta rogatória. Precedentes: SEC 1.483/LU, Rel. Min. Ari Pargendler, Dje 29.04.10; SEC 4.611/FR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Dje 22.04.10; SEC 477/US, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Dje 26.11.09; SEC 2.493/DE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Dje 25.06.09. 4. Homologação indeferida.”** (SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA N.º 684 – US (2007/0051070-3) RELATOR : MINISTRO CASTRO MEIRA – J. 1.º de julho de 2010 – grifei)

d) **“HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA. OFENSA À ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO VÁLIDA. Para que se homologue uma sentença estrangeira, é necessário terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia. Trata-se de requisito decorrente da garantia constitucional do contraditório, não se podendo admitir a homologação de sentença proferida em processo do qual não participaram (ou não tiveram oportunidade de participar) as partes que estarão submetidas aos seus efeitos, pelo fato de tal provimento ser contrário à ordem pública brasileira. Homologação indeferida.”**

- e) “**SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. AÇÃO DE COBRANÇA. EQUADOR. CITAÇÃO NO PROCESSO DE ORIGEM. VALIDADE NÃO COMPROVADA. CAPACIDADE DE EMPRESA BRASILEIRA PARA REPRESENTAR A CONDENADA NO PROCESSO DE HOMOLOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. VIA INADEQUADA. HOMOLOGAÇÃO INDEFERIDA. 1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, firme no disposto no inciso II do art. 216-D do Regimento Interno, é no sentido de que, para que se proceda à homologação de provimentos judiciais estrangeiros, faz-se necessária a comprovação de terem sido as partes regularmente citadas ou ter sido legalmente verificada a revelia, o que não ocorreu na espécie. 2. O juízo deliberatório realizado no âmbito das homologações de sentenças estrangeiras não tem como propósito discutir o mérito ou a extensão da decisão alienígena, bem como supervenientes alterações de estado de fato, exceto para, respeitados estreitos limites, verificar eventual ofensa à ordem pública e à soberania nacional, mostrando-se impertinente, in casu, o debate a respeito de eventuais sucessões/representações empresariais da entidade condenada, com o desiderato de alcançar pessoa jurídica estranha à decisão homologanda. 3. Pedido de homologação indeferido.”
(SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA N.º 9.176 – EX (2013/0180193-4)
RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI – j. 03 de outubro de 2018 – grifei)**

Nessa evolução histórica dispensada pelo Superior Tribunal de Justiça para a questão da citação válida como elemento de *ordem pública* necessariamente a ser observado em um processo estrangeiro, a fim de ganhar eficácia interna – trato este que, aliás, seguiu tradição histórica sedimentada na **Suprema Corte** –, pode-se resumir nos seguintes pontos: (a) ausente citação, o processo estrangeiro afronta a *ordem pública*; (b) ausente prova de citação válida também é de se concluir que o processo estrangeiro afronta a *ordem pública*; (c) citação não viabilizada pela via da carta rogatória também caracteriza ausência de citação válida e, conseqüentemente, afronta do processo estrangeiro à *ordem pública*; (d) se não houver prova de citação válida, mas se a parte requerida se apresentar espontaneamente no processo estrangeiro, a tempo de se defender eficazmente, antes da sentença (conforme se compreendeu no STF), não há afronta à *ordem pública*.

Infere-se, então, que a citação, como elemento fundamental para instauração e desenvolvimento válido de um processo, dentro de um Estado Democrático de Direito, é *conditio sine qua non* para uma decisão estrangeira não ser considerada ofensiva de forma manifesta à ordem pública. Cuida-se de verificação fundamental de devido processo legal, **standard**⁶⁴ civilizatório mínimo alcançado pelo país, cuja inobservância no processo alienígena, de fato, se mostra *manifestamente* contrária à ordem pública.

No julgamento abaixo colacionado, conforme já fora decidido alhures pelo Supremo Tribunal Federal, o *Superior Tribunal de Justiça* considerou essencial para a validade de julgamento arbitral ocorrido no exterior a comprovação da adesão da parte requerida à arbitragem. Mesmo antes de a legislação brasileira autorizar o procedimento arbitral no país, a *Suprema Corte* já respeitava as decisões estrangeiras arbitrais, em presença de prova da adesão das partes àquele. Compreende-se das decisões que a exigência caracteriza ausência de afronta ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, de forma que, sem a certeza adesiva, há afronta à *ordem pública*.

“SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA. CONTROLE JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DO MÉRITO. INEXISTÊNCIA DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL. OFENSA À ORDEM PÚBLICA NACIONAL. I – O controle judicial da sentença arbitral estrangeira está limitado a aspectos de ordem formal, não podendo ser apreciado o mérito do arbitramento. II – Não há nos autos elementos seguros que comprovem a aceitação de cláusula compromissória por parte da requerida. III – A decisão homologanda ofende a ordem pública nacional, uma vez que o reconhecimento da competência do juízo arbitral depende da existência de convenção de arbitragem (art. 37, II, c/c art. 39, II, da Lei nº 9.307/96). Precedente do c. Supremo Tribunal Federal. IV – In casu, a requerida apresentou defesa no juízo arbitral alegando, preliminarmente, a incompetência daquela instituição, de modo que não se pode ter como aceita a convenção de arbitragem, ainda que tacitamente. Homologação indeferida” (SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA N.º 866 – EX (2005/0034926-5) RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER – j. 17 de maio de 2006 – grifei)

⁶⁴ Tradução livre: padrão

Ainda no tema *inafastabilidade* da jurisdição, o julgado abaixo transcrito, tal qual o Supremo Tribunal Federal também já vinha decidindo enquanto detinha a competência constitucional para homologação de decisão estrangeira, pontua importante situação. Considerou-se afronta à *ordem pública* dar eficácia interna a sentença estrangeira que contraria sentença brasileira proferida em processo que envolve guarda de menor legalmente residente no país, ou seja, residindo com sua mãe. Percebe-se a preocupação em não alteração da situação fático-jurídica de menor residente no país, protegido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei n.º. 8.069/90) e pela própria Carta Magna (artigo 227, *caput*, da CF).

Nesse quadro, considerar a prevalência da decisão da Justiça brasileira como fator impeditivo de homologação da sentença estrangeira é forma de preservar a inafastabilidade da jurisdição nacional, primando-se, portanto, pela soberania jurídica do País sobre suas crianças e adolescentes como questão de *ordem pública*.

“SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. GUARDA. VISITAÇÃO. GENITOR. MENOR. DOMICÍLIO NO BRASIL. JUSTIÇA ESTRANGEIRA. INCOMPETÊNCIA. PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. PRECEDENTE DO C. STF. SOBERANIA. ORDEM PÚBLICA. VIOLAÇÃO. HOMOLOGAÇÃO INDEFERIDA. I – O só fato de o menor e sua genitora possuírem domicílio no Brasil afasta a competência da justiça norte-americana para decidir, com exclusividade, sobre as condições de guarda e visitação do menor. Precedente do c. STF: SEC 7.420, Tribunal Pleno, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 16/12/2005. II – Demais disso, ofende a soberania e a ordem pública o expresse afastamento da jurisdição brasileira pela sentença homologanda, em qualquer situação, para a apreciação das disposições estabelecidas acerca da guarda e da visitação de menor, filho de brasileira e domiciliado no Brasil (ex vi do art. 5.º, inciso XXXV, da Constituição Federal e art. 35 do Estatuto da Criança e Adolescente). Pedido homologatório indeferido.” (SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA N.º 4.789 – EX (2009/0216957-7) RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER – j. 12 de abril de 2010 – grifei).

Neste último caso, o *Superior Tribunal de Justiça* rejeitou a homologação pretendida porque no Brasil o procedimento obtido nos Estados Unidos da América não era permitido. Pretendia-se dar eficácia no país a sentença lá obtida de alteração de sobrenome. Ocorre que o brasileiro alterou completamente seu patronímico, excluindo os sobrenomes originais e incluindo um sem qualquer raiz familiar. O fundamento apresentado pelo requerente foi seu sobrenome original ser muito extenso e

dificultar preenchimento de formulários nos EUA. Pretendia, então, dar efeito jurídico aqui de decisão estado-unidense de alteração. Contudo, a corte entendeu que essa pretensão afrontava a *ordem pública* porquanto aqui não contava com autorização legal para tanto.

É de se ver que, realmente, a alteração pretendida praticamente tornava o interessado uma nova pessoa no Brasil, sem qualquer relação familiar com o novo nome, situação que realmente pode gerar inúmeras consequências cíveis e criminais com a simples homologação pelo STJ. Daí porque se reconheceu a existência de afronta à *ordem pública*.

“AGRAVO INTERNO NA AÇÃO DE HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA. INDEFERIMENTO DO PLEITO HOMOLOGATÓRIO. ALTERAÇÃO DE SOBRENOME. HIPÓTESE LEGAL. AUSÊNCIA. EXCLUSÃO DE TODOS OS PATRONÍMICOS. INVIABILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO. 1. O título adventício autorizou a exclusão total dos patronímicos do agravante, que recebeu novo sobrenome, aleatório e por ele escolhido, consoante o decidido pela Justiça estadunidense. 2. A hipótese vertente não configura exceção autorizada pelo ordenamento jurídico brasileiro, apta a mitigar o princípio da imutabilidade do prenome e/ou do sobrenome da pessoa, porquanto o apelido de família escolhido pelo autor não guarda relação com o seu nome anterior ou sua genealogia. 3. Situação que caracteriza ofensa à soberania nacional e à ordem pública. 4. Agravo interno desprovido.” (AgInt na HOMOLOGAÇÃO DE DECISÃO ESTRANGEIRA N.º 6217 – EX (2021/0404222- 4) RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA – j. 13.12.22 – grifei)

Ao cabo da análise dos principais julgados de rejeição de eficácia a decisões estrangeiras – que não são muitas, repita-se –, convém desta vez colocar um julgamento de deferimento de homologação que cita comum menção feita pela corte. Nas inúmeras decisões homologatórias, que representam efetivamente, diga-se mais uma vez, a imensa maioria dos julgados do *Superior Tribunal de Justiça*, essa fórmula abaixo destacada aparece e aponta em uma direção segura relevantes para o presente trabalho: em regra, a eficácia à sentença estrangeira tem de ser concedida como medida de reconhecimento de que o país não está isolado.

Em um mundo cada vez mais globalizado, ondes os laços pessoais e econômicos são muitas vezes transnacionais, não há sentido algum privilegiar posições isoladoras.

Decidindo sobre questão que aparentemente seria muito relevante do ponto de vista da *ordem pública*, o STJ definiu claramente que sua função constitucional de promover a homologação de decisão estrangeira não pode adentrar o mérito da lide original, embora o assunto tenha, repita-se, relevante apelo nacional.

Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL. HOMOLOGAÇÃO DE DECISÃO ESTRANGEIRA. ALIMENTOS. FILHO MENOR. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS. DEFERIMENTO DA HOMOLOGAÇÃO. 1. É devida a homologação da sentença estrangeira dispondo sobre alimentos, porquanto atendidos os requisitos previstos nos arts. 963 e 964 do CPC de 2015, 216-C e 216-D do RISTJ, bem como constatada a ausência de ofensa à soberania nacional, à dignidade da pessoa humana e à ordem pública (CPC/2015, art. 963, VI; LINDB, art. 17; RISTJ, art. 216-F). 2. Inviável analisar, no pedido homologatório de decisão estrangeira, alegações trazidas em contestação, quanto à excessiva onerosidade da pensão alimentícia imposta na sentença alienígena e à ausência de condição financeira atual do ora requerido, a impossibilitar o cumprimento da obrigação de pagar, bem como o pedido de revisão da pensão estabelecida pela Justiça Austríaca. 3. A homologação de decisão estrangeira é ato meramente formal, por meio do qual esta Corte exerce tão somente um juízo de delibação, não adentrando o mérito da disputa original, tampouco averiguando eventual injustiça do decisum alienígena. A homologação tem como única e exclusiva finalidade transportar para o ordenamento pátrio, se cumpridos todos os requisitos formais exigidos pela legislação brasileira, a decisão prolatada no exterior, nos exatos termos em que proferida. 4. Pedido de homologação da decisão estrangeira deferido. Sem fixação de honorários advocatícios sucumbenciais, na conformidade da fundamentação.” (HOMOLOGAÇÃO DE DECISÃO ESTRANGEIRA Nº 4.289 – EX (2020/0171831-5) RELATOR : MINISTRO RAUL ARAÚJO – J. 18 de agosto de 2021 – grifei)

Toda a jurisprudência colacionada até o momento, *portanto*, aponta no sentido de que a barreira da ordem pública tem a função precípua de evitar apenas a homologação no país de algum *decisum* que ofenda de tal maneira o Estado de Direito brasileiro – inferido pelo uso do advérbio *manifesta* no artigo 963, inciso VI, do CPC, tema que será objeto de tratamento no presente trabalho mais adiante – que se reconheça na hipótese verdadeiro *afrenta ao avanço civilizatório brasileiro*. Logo, avaliar se a decisão é *justa ou não* é questão que não corresponde ao modelo legal

de regulação da eficácia interna de decisão estrangeira, competência esta desempenhada pelo STJ.

Nessa mesma linha, ainda podemos trazer os seguintes julgados:

“DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. AÇÃO DE GUARDA EXCLUSIVA JULGADA POR SENTENÇA ORIUNDA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ARTS. 15 E 17 DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO. ARTS. 960 E SEQUINTE DO CPC/2015. ARTS. 216-C, 216-D E 216-F DO RISTJ. REQUISITOS ATENDIDOS. PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA DEFERIDO. 1. A homologação de decisões estrangeiras pelo Poder Judiciário possui previsão na Constituição Federal de 1988 e, desde 2004, está outorgada ao Superior Tribunal de Justiça, que a realiza com atenção aos ditames dos arts. 15 e 17 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (LINDB), do Código de Processo Civil de 2015 (art. 960 e seguintes) e 216-A e seguintes do RISTJ. 2. Nos termos dos arts. 15 e 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, 963 do CPC/2015, e 216-C, 216-D e 216-F do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, que, atualmente, disciplinam o procedimento de homologação de sentença estrangeira, constituem requisitos indispensáveis ao deferimento da homologação, os seguintes: (i) instrução da petição inicial com o original ou cópia autenticada da decisão homologanda e de outros documentos indispensáveis, devidamente traduzidos por tradutor oficial ou juramentado no Brasil e chancelados pela autoridade consular brasileira; (ii) haver sido a sentença proferida por autoridade competente; (iii) terem as partes sido regularmente citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia; (iv) ter a sentença transitado em julgado; e (v) não ofender a soberania, a dignidade da pessoa humana e/ou ordem pública. 3. A alegação do requerido em sua contestação gira em torno do mérito da demanda, pois pleiteia regulamentação do direito de visita. Assim, não constitui óbice para a homologação da sentença estrangeira, pois o ordenamento jurídico brasileiro adota o sistema de deliberação na hipótese, razão pela qual há que se verificar apenas a presença dos requisitos formais, não cabendo o exame do mérito. Precedentes do STJ. 4. A propósito, são homologáveis as sentenças estrangeiras que disponham sobre guarda de menor, muito embora se trate de sentenças sujeitas a revisão, em caso de modificação do estado de fato. Precedentes do STJ. 5. Portanto, os requisitos legais se encontram plenamente atendidos neste caso, quanto à prova da citação do requerido no processo estrangeiro, ao trânsito em julgado e estar a decisão devidamente autenticada por autoridade consular brasileira e com tradução oficial e/ou juramentada. 6. Pedido de homologação de sentença estrangeira deferido.” (HOMOLOGAÇÃO DE DECISÃO ESTRANGEIRA Nº 5106 – EX (2021/0094273- 6) RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES – 06 de outubro de 2021 – grifei)

“HOMOLOGAÇÃO DE DECISÃO ESTRANGEIRA. TRIBUNAL DISTRITAL DOS ESTADOS UNIDOS PARA O DISTRITO DE COLORADO. AÇÃO DE

COBRANÇA. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. REQUISITOS PREENCHIDOS. PEDIDO HOMOLOGATÓRIO DEFERIDO. 1. A atuação jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça para homologação de sentença estrangeira está circunscrita à aferição de requisitos meramente formais, bem como à inexistência de ofensa à soberania nacional, à dignidade da pessoa humana ou à ordem pública, em consonância com o disposto nos arts. 963 e 964 do CPC e 216-C, 216-D e 216-F do RISTJ. Por isso, não cabe examinar questões relativas ao mérito da demanda, já examinadas e decididas no juízo estrangeiro. 2. Preenchidos os requisitos previstos nos arts. 216-A a 216-N do Regimento Interno do STJ, impõe-se a homologação da sentença estrangeira. 3. O encerramento das atividades de sociedade empresária do tipo Eireli (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) que, antes de sua extinção, foi devidamente intimada de ação em seu desfavor em trâmite no exterior, pressupõe que o proprietário responda pelo pedido de homologação de sentença estrangeira. 4. Pedido de homologação deferido. Agravo interno prejudicado.” (HOMOLOGAÇÃO DE DECISÃO ESTRANGEIRA Nº 4071 – EX (2020/0085739-1) RELATOR : MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA – J. a, 16 de março de 2022. – grifei)

Finalmente, um importante julgado vale ser trazido por dar sinais de questões que, *a contrario sensu*, uma vez afrontadas, poderiam caracterizar, na seara da homologação de decisão estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça, a quebra da *ordem pública* interna.

“PROCESSUAL CIVIL. HOMOLOGAÇÃO DE DECISÃO ESTRANGEIRA. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS. DEFERIMENTO DA HOMOLOGAÇÃO. 1. É devida a homologação da sentença estrangeira, porquanto atendidos os requisitos previstos nos arts. 963 e 964 do CPC de 2015, 216-C e 216-D do RISTJ, bem como constatada a ausência de ofensa à soberania nacional, à dignidade da pessoa humana e à ordem pública (CPC/2015, art. 963, VI; LINDB, art. 17; RISTJ, art. 216-F). 2. Por força do disposto no art. 21, I, do NCPC, “compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil”. Tal dispositivo legal trata da competência concorrente da autoridade judiciária brasileira com as demais autoridades judiciárias estrangeiras, dispondo sobre as hipóteses em que não há exclusão da atuação do Juízo estrangeiro em favor do Juízo brasileiro. Não há competência exclusiva da autoridade brasileira para o processamento e julgamento de ação civil ajuizada contra réu domiciliado no Brasil, visando à sua condenação à restituição dos valores recebidos em decorrência de violação de contrato e de quebra do dever fiduciário. 3. O Código de Processo Civil de 2015, aplicável à espécie, exige que a decisão estrangeira seja definitiva e eficaz no país (art. 963, III), não mais exigindo como requisito a comprovação de seu trânsito em julgado. No caso, tem-se como eficaz e definitiva o título judicial em razão do lapso temporal transcorrido desde sua prolação e da ausência de indicação sobre a interposição de recursos. 4. Não está caracterizada a alegada ofensa à ordem

pública nacional, na medida em que: (a) o Juízo Canadense, com a observância do contraditório e da ampla defesa, examinou fundamentadamente e de forma isonômica todas as provas constantes dos autos do processo estrangeiro, bem como as alegações apresentadas pelas partes, concluindo, no mérito da própria sentença estrangeira, pela existência do dever de os réus indenizarem a autora pela violação da obrigação contratual assumida; (b) não houve violação a normas trabalhistas, tampouco ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito fundamental ao livre exercício da profissão (CF, art. 5º, XIII), pois inexistiu confisco ou privação de remuneração a empregado por serviço prestado a terceiro, sendo, na realidade, reconhecida pela sentença estrangeira a violação ao contrato firmado entre as partes, que estabelecia exclusividade na prestação do serviço, levando, assim, ao dever de indenizar a parte autora prejudicada; (c) não houve irregularidade na decisão judicial que determinou o pagamento de indenização por quebra de contrato, nem sequer se pode dizer que a decisão homologanda seja incompatível com o sistema de responsabilidade civil brasileiro. 5. Homologação de decisão estrangeira deferida, com condenação nos ônus sucumbenciais, sendo os honorários advocatícios arbitrados nos moldes do decidido na HDE 1.809/EX, tendo em vista tratar-se de relação jurídica de natureza patrimonial. “ (HOMOLOGAÇÃO DE DECISÃO ESTRANGEIRA Nº 586 – EX (2017/0115960-8) RELATOR : MINISTRO RAUL ARAÚJO – 02 de fevereiro de 2022 – grifei).

Segundo é possível depreender do julgado, assuntos como dignidade da pessoa humana e livre exercício da profissão, caso sejam abalados pela decisão estrangeira, não poderiam ter eficácia interna no país por representarem manifesta ofensa à *ordem pública*. Esse é mais um importante elemento para, quando estiver sendo tratada especificamente a cláusula de barreira do processo estrangeiro de insolvência transnacional, se definir um modelo regulatório confortável para a aplicação ou não da exceção de *ordem pública*.

Vale mencionar na conclusão do presente capítulo a obra já citada acima⁶⁵, onde os doutrinadores Fernando da F. GAJARDONI e outros fornecem exemplos de conceituação da ordem pública expressa no inciso VI do artigo 963 do CPC, sendo possível aferir que a conclusão obtida é idêntica àquela da qual aqui se discorreu:

⁶⁵ Gajardoni, F. F., Delloro, L., Roque, A. V., e. a. (2022). Comentários ao Código de Processo Civil, 5th Edition. [[VitalSource Bookshelf version]]. Retrieved from vbk://9786559644988 – em comentário ao artigo 963, inciso VI, do CPC.

“8-A. Casos em que se reconheceu violação à ordem pública. O STJ já decidiu, ainda, que a imposição em sentença estrangeira de desistência de ação anulatória no Brasil, sob pena de multa, afronta a jurisdição concorrente do Poder Judiciário nacional (SEC 854, relator p/ acórdão ministro Sidnei Beneti, julgado em 16.10.2013). Ofende a ordem pública, da mesma forma, homologação de acordo no país de origem que implique renúncia à jurisdição brasileira para dirimir conflitos relativos à guarda de menores (AgRg nos Edcl na SE 1.554, relator ministro Barros Monteiro, julgado em 19.09.2007). Já se decidiu, ainda, que o fato de a decisão estrangeira não ter sido motivada também ofenderia a ordem pública (STJ, SEC 879, relator ministro Luiz Fux, julgado em 02.08.2006). Tal entendimento, entretanto, não se alinha com a perspectiva da ordem pública internacional, na medida em que a motivação das decisões judiciais, embora consista em preceito de inegável relevância e tutelado na Constituição (art. 93, IX, da CF/1988), diz respeito a requisito típico da ordem pública interna, não reproduzido nas relações internacionais do Estado brasileiro. Entendeu-se, ainda, que premissa errada do juízo estrangeiro de não adesão do Brasil a convenção internacional configura violação à ordem pública (SEC 8.440, relator ministro Sidnei Beneti, julgado em 16.10.2013). Finalmente, apontou-se que ofende a ordem pública sentença estrangeira que considera que a adoção de pessoa maior de idade não é plena (STJ, SEC 3.512, relator ministro Ari Pargendler, julgado em 16.09.2013).

8-B. Casos em que se rejeitou a alegação de violação à ordem pública. De longa data, o Supremo Tribunal Federal já considerava que o simples fato de o caso ter sido apreciado pelo júri civil, admitido em outros países, não ofende a ordem pública (STF, SEC 4.415, relator ministro Francisco Rezek, julgado em 11.12.1996). Já se afastou também a alegação de violação à ordem pública em casos de cobrança de dívida de jogo contraída no exterior, visto que, embora proibida a maioria dos jogos de azar no Brasil, tal cobrança não violaria a ordem pública internacional (AgRg na CR 3.198, relator ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 30.06.2008; e Resp 1.628.974, relator ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 13.06.2017). Da mesma forma, alegações da parte requerida de prescrição ou de exceção de contrato não cumprido, veiculadas com fundamento na lei brasileira, já foram rejeitadas pelo STJ (SEC 507, relator ministro Gilson Dipp, julgado em 18.10.2006). Ainda, alegada violação ao Código de Defesa do Consumidor não enseja, por si só, recusa à homologação de sentença estrangeira (SEC 646, relator ministro Luiz Fux, julgado em 05.11.2008). Finalmente, análise sobre o cálculo da dívida e dos respectivos encargos não enseja violação à ordem pública (SEC 6.377, relator ministro Ari Pargendler, julgado em 25.04.2013). Entretanto, o STJ já decidiu que a cumulação da correção monetária com a variação cambial ofenderia a ordem pública, o que também não se alinha com o critério da ordem pública internacional (SEC 2.410, relatora p/ acórdão ministra Nancy Andrichi, julgado em 18.12.2013).

5. A compreensão da jurisprudência estado-unidense sobre ordem pública na insolvência transnacional.

A cláusula de barreira da ordem pública prevista na LEI MODELO da UNCITRAL⁶⁶, internalizada integralmente no Brasil pelo § 4.º do artigo 167-A da Lei nº 11.101/2005, permite a não concessão de eficácia interna a um processo estrangeiro quando há manifesta afronta à *ordem pública*.

Ponto interessante na busca da delimitação desse conceito que permite a rejeição do processo estrangeiro é os Estados Unidos da América terem internalizado a Lei Modelo em 2005 quando introduziram no *Bankruptcy Code* o *Chapter XV*.

Conforme esclarece o site <https://www.uscourts.gov/services-forms/bankruptcy/bankruptcy-basics/chapter-15-bankruptcy-basics>, o:

“Chapter 15 is a new chapter added to the Bankruptcy Code by the Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005. It is the U.S. domestic adoption of the Model Law on Cross-Border Insolvency promulgated by the United Nations Commission on International Trade Law (“UNCITRAL”) in 1997, and it replaces section 304 of the Bankruptcy Code.”⁶⁷.

Importante constatação objetiva reside em que os Estados Unidos da América adotaram a Lei Modelo quinze anos antes do Brasil. Logo, eles tiveram tempo

⁶⁶ “*Nothing in this Law prevents the court from refusing to take an action governed by this Law if the action would be manifestly contrary to the public policy of this State*”. Em uma tradução livre: Nada nesta lei impede que a corte rejeite um pedido fundado nesta se o pedido for manifestamente contrário à ordem pública do país.

⁶⁷ Em tradução livre: O Capítulo 15 é um novo capítulo incluído Código Falimentar pela Lei Falimentar de Prevenção ao Abuso e de Proteção do Consumidor de 2005. É a adoção doméstica da Lei Modelo de Insolvência Transnacional promulgada pela UNCITRAL em 1997, e substitui a Seção 304 do Código Falimentar.

e oportunidade de enfrentar a questão da barreira da ordem pública, a ponto de servirem de importante norte interpretativo.

E tal é possível porque, cumprindo sua finalidade almejada, a adoção da Lei Modelo por um país tem a grande vantagem prática de gerar uniformidade de entendimento, afinal, há um modelo a ser seguido por todos os aderentes.

É interessante que no próprio site acima indicado, evidencia-se a compreensão clara dessa noção pelas cortes americanas:

“Because of the UNCITRAL source for chapter 15, the U.S. interpretation must be coordinated with the interpretation given by other countries that have adopted it as internal law to promote a uniform and coordinated legal regime for cross-border insolvency cases.”⁶⁸

Nesse quadro, a construção jurisprudencial estado-unidense ganha elevado status na interpretação da cláusula de barreira da ordem pública, podendo ser usada como importante elemento empírico para o presente estudo. Conquanto os sistemas jurídicos sejam diversos, o campo principiológico que se encontra no substrato do conceito de *ordem pública* não difere daquele que aqui encontraremos.

Conforme já salientamos em várias oportunidades, o conceito de *ordem pública* buscado para avaliar a concessão ou não de eficácia ao processo de insolvência estrangeiro não pode prender-se apenas ao interesse interno de um país, sob pena de ineficácia absoluta do desenho formulado pela UNCITRAL na Lei Modelo.

Se o modelo desenhado pela UNCITRAL envolve a implantação da mesma base legal concomitante em todos os países aderentes, é evidente que há uma pré-disposição legislativa do país que adere à Lei Modelo em coordenar com os demais

⁶⁸ Em tradução livre: *Considerando que o capítulo 15 tem por fonte a UNCITRAL, a interpretação nos Estados Unidos deve ser coordenada com a interpretação dada pelos outros países que também a internalizaram para promoção de um regime legal coordenado para os casos de insolvência transnacional.*

uma aplicação uníssona. Com isso, pode-se afirmar sem qualquer receio que a posição jurisprudencial adotada por qualquer dos países aderentes assume especial importância para aquele que pretende deter-se no estudo da insolvência transnacional.

Partindo-se de tal premissa, e considerando as similitudes civilizatórias entre os EUA e o Brasil, bem como a inequívoca importância daquele no mercado internacional, ganha especial atenção analisar o que foi feito por lá em relação à barreira da ordem pública nesses quinze anos de vigência do *Chapter XV*.

A ideia desse estudo comparativo é buscar na jurisprudência daquele país algum elemento concreto que auxilie a aplicação aqui desse novel e importante instrumento.

Analisada de forma detida, a exceção da barreira da ordem pública evidencia-se como resultado de um juízo negativo de valor. Pelo desenho regulamentado, todo processo de insolvência transnacional está apto a ser conhecido no país aderente à regra da UNCITRAL, pois a ideia é coordenar o tratamento internacional da sociedade transfronteiriça em dificuldade financeira. Somente não ocorrerá tal conhecimento se aquele de alguma maneira afrontar, de forma manifesta, a ordem pública do país. Esse é o viés negativo de análise.

Como o viés do instrumento de insolvência transnacional trazido pela Lei Modelo é positivo, ou seja, de reconhecimento do processo estrangeiro, é natural o maior número de casos encontrados na jurisprudência norte-americana ser – como de fato o é – de situações em que houve a concessão de eficácia àquele. Essa é a regra, inclusive como sinalizado no site <https://www.uscourts.gov>, já mencionado linhas acima.

Assim sendo, no presente trabalho, cuidar-se-á de analisar os quatro casos de rejeição encontrados na jurisprudência norte-americana nesse período de vigência do *Chapter XV*, para, após, avaliar um caso paradigmático de concessão da eficácia para processo estrangeiro.

No artigo intitulado “*The High Burden to Satisfy the ‘Manifestly Contrary to Public Policy’ Standard of Chapter 15*”⁶⁹, Ronit J Berkovich and Olga F Peshko⁷⁰ colocam:

“The public policy exception of section 1506 provides an exception to the presumption in favour of comity. Although the Bankruptcy Code does not define what ‘manifestly contrary’ to United States public policy means, legislative history and case law construe this language narrowly and relief has been granted under section 1506 in only four cases to date”⁷¹ (grifei).

Os quatro casos mencionados pelos autores do artigo são: (a) *In re Gold & Honey, Ltd.* (b) *In re Toft* (c) *In re Qimonda AG Bankruptcy Litigation* e (d) *In re Vitro SAB de CV*.

a) *In re Gold & Honey*⁷² (<https://casetext.com/case/in-re-gold-honey-ltd>)

Nesse caso julgado em 2009 pelo juiz Alan S. Trust⁷³ do *Eastern District of New York*, o pano de fundo é uma empresa americana fabricante, *design* e comerciante de joias de ouro e outros metais preciosos, a *Almond Jewelers*,

⁶⁹ Em tradução livre: A grande dificuldade de preencher a cláusula de barreira da ordem pública do Capítulo XV. Encontrado no endereço <https://globalrestructuringreview.com/review/restructuring-review-of-the-americas/2021/article/the-high-burden-satisfy-the-manifestly-contrary-public-policy-standard-of-chapter-15>, consultado em junho de 2023.

⁷⁰ Encontrado no site <https://globalrestructuringreview.com/review/restructuring-review-of-the-americas/2021/article/the-high-burden-satisfy-the-manifestly-contrary-public-policy-standard-of-chapter-15> – consultado em julho de 2023.

⁷¹ Em tradução livre: “A cláusula da ordem pública na Seção 1506 traz uma exceção à presunção em favor da cooperação. A despeito do Código de Falimentar não definir o que ‘manifestamente contrário’ à ordem pública dos EUA significa, a história legislativa e a jurisprudência construíram esse termo de forma estreita de modo que o reconhecimento foi negado em apenas quatro casos até esta data.

⁷² 21.8.2009

⁷³ Chief Justice do Eastern District of New York - <https://www.nyeb.uscourts.gov/content/chief-judge-alan-s-trust> - consultado em outubro de 2023.

estabelecida na cidade de Nova Iorque que, em razão da falta de empregados qualificados e também por força da alta concorrência enfrentada na década de 1980 por empresas que buscaram mão de obra qualificada em países em desenvolvimento (*“Almond Jewelers is a New York-based designer, manufacturer, and marketer of jewelry products made primarily from gold and other precious metals. Almond Jewelers has asserted that during the late 1980s it encountered various manufacturing difficulties resulting from the lack of skilled employees such as tool makers, and experienced competition from other manufacturers who utilized cheap labor in developing countries.”*) transferiu a sua fábrica para Israel, onde conseguiria, dentre outras coisas, crédito subvencionado pelo governo.

Em 1996, iniciou sua atividade de fabricação de joias naquele país, atividade empresarial comandada pelo grupo sediado em Nova Iorque. Esse incentivo governamental concedido à empresa em Israel foi operacionalizado através de banco comercial local, o *First International Bank of Israel – FIBI*, que lhe concedeu capital de giro inicial de nove milhões de dólares, posteriormente aumentado para doze milhões num primeiro momento e para dezesseis milhões em março de 2008, com garantia real sobre determinadas máquinas e equipamentos:

“In or about 1996, the State of Israel agreed to guaranty a working capital line of credit in the principal amount of \$12 million (USD) which would be provided to the Debtors (the Working Capital Credit Line). The Working Capital Credit Line was intended, among other uses, to provide GH Ltd. With immediate cash availability to purchase gold and other precious metals. With the backing of the Israeli government’s guaranty, GH Ltd. Sought a lending institution to fund the Working Capital Credit Line. In or about 1996, GH Ltd. Selected FIBI to finance the Working Capital Credit Line, primarily due to FIBI offering a favorable interest rate, and due to FIBI having agreed to finance the Working Capital Credit Line without any guaranty from either the Israeli government or the owners of GH Ltd. FIBI agreed to lend GH Ltd. \$9 million (USD). FIBI, as lender, and GH Ltd., as borrower, then executed the documents required for the Working Capital Credit Line.

...

In 2003, GH Ltd. And GH LP asked FIBI to increase the Working Capital Credit Line. FIBI agreed, and increased the Working Capital Credit Line to approximately \$12 million (USD).

...

In or about March 2008, the Working Capital Credit Line was increased to \$16 million (USD). At that time, FIBI required additional collateral from GH Ltd. And GH LP. Consequently, at that time, GH LP provided FIBI with a pledge on certain machinery and equipment.”)

Em julho de 2008, entretanto, a instituição financeira iniciou um processo de recuperação judicial em Israel, apreendendo uma série de máquinas e ativos da fábrica naquele país, enquanto, em setembro de 2008, o grupo americano se utilizou do Capítulo 11 nos Estados Unidos da América⁷⁴, promoveu todas as citações necessárias e formulou em 03 de outubro de 2008 pedido de que a ordem de *stay* almejada alcançasse todo e qualquer bem de propriedade da empresa, onde quer que se encontrasse, mencionando, inclusive, o processo de recuperação israelense.

A despeito da impugnação apresentada pela instituição financeira de Israel, a corte estado-unidense determinou que sua ordem de suspensão deveria abarcar todos os bens da empresa. Porém, a mesma decisão esclareceu que, por ter sido prolatada de forma rápida, acabou não se concentrando especificamente se a decisão americana de *stay* abarca ou não a Recuperação Judicial em Israel, alertando a instituição financeira que, se prosseguisse lá sua pretensão sobre os bens da empresa, seria por sua conta e risco:

“This Court determined at the October 6 Hearing, over FIBI’s objection, that the automatic stay did, in fact, apply to the Debtor’s property wherever located and by whomever held, and entered an Order to that effect (“the Stay Order”). Due to the expedited nature of the October 6 Hearing, however, this Court did not reach the issue of whether the automatic stay specifically applied to the Israeli Receivership Proceeding or whether this Court had in personam jurisdiction over FIBI. However, this Court advised FIBI that if it proceeded before the Israeli Court in the Israeli Receivership Proceeding, it did so at its own peril.”

⁷⁴ Capítulo 11 corresponde ao instituto da Recuperação Judicial de nossa legislação. A principal medida buscada pelas empresas que se valem daquele instrumento na justiça norte-americana é a obtenção da ordem de *stay*, ou seja, da suspensão de todas cobranças e execuções intentadas contra a devedora como forma de conseguir equacionar o passivo e manter a empresa em funcionamento.

Seguiu-se uma série de incidentes e de petições deduzidos tanto nos Estados Unidos da América quanto em Israel; finalmente em janeiro de 2009 os administradores judiciais nomeados na recuperação judicial em Israel apresentaram nos EUA uma petição com amparo no Capítulo 15, pretendendo o reconhecimento do processo de recuperação judicial israelense como processo principal. A ideia era preservar os bens, apreendidos pela Justiça de Israel, dados em garantia ao empréstimo. Todavia, a pretensão do *FIBI* foi rejeitada pela decisão em análise pelos seguintes motivos: (a) os administradores judiciais não demonstraram que o processo israelense era um processo coletivo; (b) os administradores judiciais foram nomeados em Israel em violação à ordem de suspensão automática; (c) a admissão do pedido deles importaria em afronta à ordem pública.

A análise dos demais elementos apontados acima não tem especial relevo no presente trabalho, mas a questão da nomeação dos administradores em Israel após a concessão de *stay* nos EUA foi premissa fática para o reconhecimento do manifesto afronta à ordem pública. É bom lembrar que essa foi uma decisão proferida pouco tempo depois do início da vigência do atual Capítulo 15 no *Bankruptcy Code*, de modo que a tendência interpretativa para aplicação da exceção de ordem pública, com o tempo, como veremos abaixo, restou fixada dentro de uma ótica bem restritiva.

A questão fundamental que levou a corte norte-americana a visualizar manifesta ofensa à *ordem pública* foi exatamente o conjunto acima identificado e não apenas um dos elementos. O processo israelense não apresentou qualquer característica de ser propriamente um processo coletivo de recuperação, aparentando mais um processo de cobrança da instituição financeira. A instituição financeira israelense tinha ciência da ordem de *stay* nos EUA e mesmo assim movimentou o processo estrangeiro buscando a nomeação de administradores, de modo que nesse contexto a corte estado-unidense compreendeu que conceder eficácia interna ao

processo estrangeiro seria a materialização de afronta à ordem pública. Essas colocações acima são o resumo de quanto transcrito abaixo:

“The Receivers’ Offensive Use of Automatic Stay Violation Would Be Manifestly Contrary to the Public Policy of the United States

A petition for recognition should be denied if recognition would be manifestly contrary to the public policy of the United States. 11 U.S.C. § 1506. Recognition of the Israeli Receivership Proceeding as a foreign proceeding would be manifestly contrary to the public policy of the United States because such recognition would reward and legitimize’ FIBI’s violation of both the automatic stay and this Court’s Orders regarding the stay.

While the legislative history of Section 1506 demonstrates that this exception should be applied narrowly, it should be invoked When fundamental policies of the United States are at risk. See In re lida, 377 B.R. 243 (9th Cir. BAP 2007); In re Atlas Shipping A/S, 404 B.R. 726 (Bankr.S.D.N.Y.2009); In re Ernst & Young, Inc., 383 B.R. 773, 781 (Bankr. D.Colo.2008) (citing H.R.REP. No. 109-31 at 109 (2005), reprinted in U.S.C.C.A.N. 88, 172).

...

Moreover, condoning FIBI’s conduct here would limit a federal court’s jurisdiction over all of the debtors’ property “wherever located and by whomever held,” as any future creditor could follow FIBI’s lead and violate the stay in order to procure assets that were outside the United States, yet still under the United States court’s jurisdiction. See 28 U.S.C. § 1334 (e). Because of the serious ramifications that would ensue in derogation of fundamental United States policies, this Court should not recognize the Israeli Receivership Proceeding as a foreign proceeding.”

E essa síntese veio na conclusão da decisão:

“Furthermore, the Israeli Receivership Proceeding was continued by FIBI in violation of both the automatic stay and Orders of this Court reinforcing that stay. Recognition of such a proceeding would harm the United States’s ability to carry out fundamental bankruptcy and jurisdictional policies. Therefore, this Court denies the Receivers’ Petitions for Recognition of the Israeli Receivership Proceeding as a foreign proceeding under Chapter 15 of the Bankruptcy Code”⁷⁵.

⁷⁵ Em tradução livre: ***“Nesse contexto, o Processo de Recuperação Judicial Israelense foi continuado pela FIBI, violando tanto a suspensão automática como as ordens deste Tribunal que reforçam essa suspensão. O reconhecimento de tal processo prejudicaria a habilidade dos Estados Unidos de executar políticas fundamentais de falência e jurisdicionais. Portanto, este Tribunal nega as Petições dos Administradores Judiciais para o Reconhecimento do Processo de Recuperação Judicial Israelense como processo estrangeiro nos moldes do Capítulo 15 do Código de Falências”.***

Como dito acima, a decisão foi prolatada pouco tempo depois do início da vigência do Capítulo 15 e, talvez por causa disso, tenha sido proferida com uma base um tanto quanto nacionalista. Em sua gênese, esse **precedente** lembra em muitos pontos o caso *In re Fischery* da Justiça de Singapura, comentado juntamente com Daniel Carnio Costa na RDCC n. 9, V.31⁷⁶, quando tivermos a oportunidade de percorrer que a manobra processual da parte interessada procurando para si os melhores caminhos para defesa de seu patrimônio, embora possa ser censurada sobre o aspecto ético processual, não deveria ser presumida de forma explícita alguma manifesta ofensa à ordem pública⁷⁷. Daí porque parece que o fundamento mais sólido para o indeferimento do conhecimento do processo seja exatamente a ausência de efetivo processo coletivo estrangeiro.

Feita a ressalva crítica, para se extrair um fundamento do julgado em questão, coloca-se à evidência o processo estrangeiro a que se negou eficácia interna ter sido movimentado essencialmente após a concessão de stay no processo norte-americano, fato que os credores israelenses tinham conhecimento, configurando, assim, manobra efetivada para satisfação de crédito próprio em afronta à jurisdição federal estado-unidense.

⁷⁶ Artigo “A ordem pública como cláusula de barreira transnacional: análise de um julgado da Corte de Hong Kong” – inserto na Revista de Direito Civil Contemporânea (RDCC), n. 9, V. 31, abril-junho 2022 – Revista dos Tribunais – páginas 413 a 430.

⁷⁷ Obra cit. – página 429: “Do ponto de vista econômico, a empresa em tela apenas buscou uma melhor solução para superar sua crise. Faltou com ética e, por conseguinte, com boa-fé objetiva? É possível afirmar que sim. Cometeu alguma ilegalidade? Com a carga valorativa que a palavra ilegalidade traz insita, é possível afirmar que não. Isso porque, a despeito de se ter infringido normas abstratas que imputam todos responsabilidades por não cumprimento de obrigações em geral, o que por si só poderia ser qualificado, portanto, como um ato contra lei, ou seja, uma ilegalidade num exercício de simples silogismo, não se pode dizer que tenha havido afronta à ordem pública de um país. É contra legem, mas não fere a ordem pública do país. Fosse assim, qualquer descumprimento de lei feriria automaticamente a ordem pública, dificultando sobremaneira o reconhecimento de processo de insolvência estrangeiro no Brasil. Em outras palavras: há que se fazer uma avaliação axiológica gradativa de ilicitude, sob pena, repita-se, de banalização do instituto com perda direta de seu escopo.”

Pode-se dizer, então, que não se admitiu naquela ocasião o uso de jurisdição estrangeira como forma de **fraudar** a soberania da jurisdição norte-americana, por importar a prática em manifesta quebra da ordem pública. Focando-se o precedente nessa essência normativa, é possível encontrar coerência com o sistema introduzido pela Lei Modelo, pois apesar de ser almejável a busca da cooperação internacional como instrumento de segurança jurídica para propiciar ambiente econômico fértil, não se pode desprezar a soberania jurídica local, o que, por certo, implica a respeitabilidade como elemento de credibilidade da Justiça.

b) *In Re Toft*⁷⁸ (<https://casetext.com/case/in-re-toft>)

No caso em comento, o administrador de um processo de insolvência alemão – que tinha como devedor um médico cirurgião que se recusava a fornecer informações de localização de seus ativos – apresentou petição para reconhecimento nos Estados Unidos daquele processo com a pretensão de (1) ter acesso às contas de e-mails em nome do devedor armazenadas em provedores lá localizados, além de (2) sigilo na execução da medida para não a frustrar. A alegação é que a informação poderia dar elementos concretos que auxiliariam a localização de alguma conta do devedor.

Observou o magistrado ALLAN L. GROPPER, prolator da sentença⁷⁹, que o devedor alemão não tinha ativos nos Estados Unidos da América, não era parte em processos tramitando nos EUA e provavelmente não residia no país⁸⁰.

⁷⁸ 22.7.2011

⁷⁹ Southern District of New York – magistrado naquela corte de outubro de 2000 a janeiro de 2015 – encontrado em <https://www.pli.edu/faculty/hon.-allan-l.-gropper-i237948>, consultado em junho de 2023.

⁸⁰ “The Verified Petition states that the Debtor otherwise has no assets in the United States, is not a party to any lawsuits pending in the United States, and is not believed to be currently residing in the United States”

Concluiu o magistrado que a pretensão deduzida equivaleria a uma verdadeira busca sem mandado, consolidando poderes bem maiores que aqueles que tradicionalmente são conferidos a um agente estatal no país (*Moreover, as discussed below, the powers that the Foreign Representative is seeking to exercise in this country go far beyond the powers that have traditionally been afforded to a U.S. estate representative*), em clara afronta à 4ª Emenda Americana⁸¹.

Por tais motivos, concluiu em sua decisão:

“This is one of the rare cases in which an order of recognition on the terms requested would be manifestly contrary to U.S. public policy, reflected in rights that are based on fundamental principles of protecting the secrecy of electronic communications, limiting the powers of an estate representative, and providing notice to parties whose rights are affected by a court order. The motion of the Foreign Representative for ex parte relief is therefore denied.” – (Em tradução livre: Este é um dos raros casos em que um pedido de reconhecimento de processo estrangeiro pode ser considerado manifestamente contrário à ordem pública estado-unidense, refletida esta em direitos baseados em princípios fundamentais de proteção do sigilo das comunicações eletrônicas, limitando os poderes de um agente estatal, e cientificando as partes cujos direitos são atingidos por uma ordem judicial. A pretensão do Representante Estrangeiro de tutela de urgência é por tal razão rejeitada.)

Vê-se, portanto, que a tutela pretendida para vasculhar os e-mails em nome do devedor armazenados em provedores americanos, a fim de encontrar vestígios de conta mantida por ele em algum país, foi devidamente indeferida pela Justiça norte-americana por violar um direito muito caro: sigilo de correspondência, que somente pode ser quebrado por ordem judicial específica.

⁸¹ A quarta emenda à Constituição dos EUA protege o povo contra as buscas e apreensões arbitrárias. “O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas.” – site <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf>, consultado em setembro de 2023.

Foi crucial para a decisão a compreensão de que a tutela pretendida pelo Representante Estrangeiro do processo sequer seria concedida a autoridade criminal estatal estado-unidense (autorização de busca geral e sem indicação individualizada – típico caso do que se chama em investigação criminal de *phishing*). Em outras palavras: foi decidido no caso concreto que há lesão à ordem pública por conta de ofensa a direito constitucionalmente assegurado que não é vazado nem por autoridade estatal local.

É preciso compreender que o direito ao sigilo de correspondência é garantido constitucionalmente nos EUA e somente em casos específicos, com a justificativa necessária, existe concessão judicial de quebra daquele; mas nunca como pretendido indiretamente com o reconhecimento do processo estrangeiro em tela, ou seja, uma concessão que autorizaria o representante estrangeiro a promover verdadeiro vasculhamento das contas de e-mail do falido armazenadas no território dos EUA. Essa foi a condição reconhecida como manifestamente ofensiva à *ordem pública*.

c) *In re QIMONDA AG*⁸² (<https://casetext.com/case/in-re-qimonda-ag-4>)

No caso em comento, o juiz Stephen Mitchell⁸³ foi chamado a decidir sobre um pedido de reconhecimento de processo estrangeiro de falência oriundo da Alemanha, pedido este no qual o administrador judicial pretendia a não incidência em desfavor da falida da Seção 365 do Código de Falência estado-unidense.

Vejamos o caso.

A empresa Qimonda, com sede em Munique, na Alemanha, era fabricante de dispositivos de memória semicondutores. Em janeiro de 2009 entrou com pedido

⁸² 28/10/2011

⁸³

Ele foi juiz da Corte de Recuperação e Falência de *Eastern District of Virginia* entre dezembro de 1994 e agosto de 2011 – fonte site https://ballotpedia.org/Stephen_S._Mitchell - consultado em outubro de 2023.

de insolvência no *Amtsgericht München—Insolvenzgericht* (“Tribunal de Insolvência de Munique”). Conforme esclarece a decisão, entre os ativos incluíam-se aproximadamente 10 000 patentes, das quais aproximadamente 4 000 estavam licenciadas nos EUA (“*Qimonda’s assets include approximately 10,000 patents, of which approximately 4,000 are U.S. patents*”), com importantes empresas a usar tal tecnologia licenciada da empresa alemã (IBM, Intel, Samsung, Hyundai e outras).

Decretada a liquidação da empresa alemã pela corte de seu país, em função da existência de subsidiárias daquela nos EUA e por conta dos contratos de licenciamento havidos, o Administrador Judicial ingressou na corte falimentar da Virginia pedindo o reconhecimento de processo estrangeiro sob os auspícios do Capítulo 15. O reconhecimento foi concedido e a corte concedeu uma tutela a mais: protegeu os licenciados localizados nos EUA com a garantia da Seção § 365 do Código de Falências.

A regra dessa Seção foi incluída no Código de Falência norte-americano em 1988⁸⁴ para proteger o uso do direito de propriedade intelectual licenciada em caso de quebra do proprietário. Foi uma reação do Congresso norte-americano a uma decisão judicial de então que, nos dizeres do relatório final do Comissão de Justiça do Senado, acarretou um grande fardo ao **desenvolvimento tecnológico** do país em função do rompimento unilateral de um licenciamento pela quebra do proprietário da patente. Eis o resumo do original.

“The protections afforded patent licensees by § 365(n) have their origins in Congressional reaction to the decision of the United States Court of Appeals for the Fourth Circuit in *Lubrizol Enterprises, Inc. v. Richmond Metal Finishers, Inc.*, 756 F.2d 1043 (4th Cir.1985). The report of the Senate Judiciary Committee that accompanied the Act explained its purpose as follows:

The purpose of the bill is to amend Section 365 of the Bankruptcy Code to make clear that the rights of an intellectual property licensee to use the licensed property

⁸⁴ Conforme esclarece o artigo “**Bankruptcy Code Section 365(n) Protects Licensees Right to Continued Use of Intellectual Property**”, encontrado no site <https://corporate.findlaw.com/intellectual-property/bankruptcy-code-section-365-n-protects-licensees-right-to.html> - consultado em outubro de 2023.

cannot be unilaterally cut off as a result of the rejection of the license pursuant to section 365 in the event of the licensor's bankruptcy. Certain recent court decisions interpreting Section 365 *have imposed a burden on American technological development* that was never intended by Congress in enacting Section 365. The adoption of this bill *will immediately remove that burden and its attendant threat to the development of American Technology* and will further clarify that Congress never intended for Section to be so applied.”⁸⁵

Nesse quadro, mesmo reconhecendo a eficácia interna nos EUA do processo de falência alemão, a corte da Virginia cuidou de conceder, como dito acima, uma ressalva em favor dos licenciados da falida Qimonda consistente na proteção deles com a regra da Seção § 365, a qual garante a continuidade da executoriedade do contrato em questão, nos moldes ajustados inicialmente.

Notificado por alguns desses licenciados nos exatos termos da § 365 do Código de Falência dos EUA, o administrador judicial alemão resolveu romper os contratos como forma de levantar ativos em prol da massa falida, utilizando para tanto a interpretação de norma específica daquele país. E com a pretensão de fazer valer tal interpretação nos EUA, voltou no processo de origem na Corte da Virginia e pleiteou a exclusão da garantia concedida inicialmente com base na Seção § 365.

Com base nos motivos determinantes para que o Congresso alterasse a Seção § 365 do Código de Falência para proteger o direito dos licenciados ao uso continuado da propriedade intelectual do falido, compreendeu-se na corte da Virginia que a concessão da restrição pretendida pelo administrador judicial alemão

⁸⁵ Em tradução livre: “***As proteções concedidas aos licenciados de patentes pelo § 365(n) têm suas origens na reação do Congresso à decisão do Tribunal de Apelações dos Estados Unidos para o Quarto Circuito em Lubrizol Enterprises, Inc. v. Richmond Metal Finishers, Inc., 756 F.2d 1043 (4th Cir.1985). O relatório do Comitê Judiciário do Senado que acompanhou a lei explicou seu propósito da seguinte forma: O objetivo do projeto de lei é alterar a Seção 365 do Código de Falências para deixar claro que os direitos de um licenciado de propriedade intelectual de usar a propriedade licenciada não podem ser cortados unilateralmente como resultado da rejeição da licença de acordo com a Seção 365 no caso de falência do licenciante. Certas decisões judiciais recentes que interpretam a Seção 365 impuseram um fardo ao desenvolvimento tecnológico americano nunca pretendido pelo Congresso ao promulgar a Seção 365. A adoção deste projeto de lei removerá imediatamente esse fardo e sua consequente ameaça ao desenvolvimento da tecnologia americana e esclarecerá ainda mais que o Congresso nunca pretendeu semelhante aplicação da seção.***”

configuraria uma ofensa à ordem pública, na medida em que colocaria em risco o próprio **desenvolvimento tecnológico** do país. É o que se extrai do seguinte trecho:

“But the issue is not whether there is or ever can be complete “patent peace,” but whether declining to apply § 365 in the context of the semiconductor industry would nevertheless adversely threaten U.S. public policy favoring technological innovation.

...

Thus, the court determines that failure to apply § 365 under the circumstances of this case and this industry would “severely impinge an important statutory protection accorded licensees of US patents and thereby undermine a fundamental U.S. public policy promoting technological innovation.”⁸⁶

Temos aqui, então, o reconhecimento pela corte de justiça de que o tema em tratamento – manutenção de direito de licenciamento mesmo em caso de falência da detentora do direito de propriedade – é assunto estratégico para o país, de maneira que o rompimento unilateral dos contratos de licença alcançado na Alemanha, caso reconhecido nos EUA, poderia causar sérios danos ao **desenvolvimento tecnológico**. Com isso, usou-se a cláusula de barreira da ordem pública para impedir a eficácia interna nos EUA de decisão judicial estrangeira que garantia esse rompimento.

d) *In re Vitro SAB de CV*⁸⁷ (<https://casetext.com/case/vitro-sab-de-cv-v-acp-master-ltd-in-re-vitro-sab-de-cv>)

⁸⁶ Em tradução livre: “**Mas a questão não é se há ou pode haver uma “paz de patentes” completa, mas recusar-se a aplicar o § 365 no contexto da indústria de semicondutores ameaçaria negativamente a política pública dos EUA favorecedora da inovação tecnológica. ... Assim, o tribunal determina que a não aplicação do § 365 nas circunstâncias deste caso e desta indústria “prejudicaria severamente” uma importante proteção estatutária concedida aos licenciados de patentes dos EUA e, assim, minaria uma política pública fundamental dos EUA promovedora da inovação tecnológica.**”

⁸⁷ 13.6.2012

No caso *In re Vitro*, julgado pelo juiz Harlin Dewayne Hale⁸⁸, os representantes estrangeiros da devedora (Vitro, SAB de CV) ingressaram no *Northern District of Texas* pleiteando o reconhecimento nos EUA da eficácia do acordo homologado em processo de insolvência que tramitava no México.

A questão subjacente é que a devedora tinha empresas subsidiárias sediadas nos EUA, as quais eram lá devedoras em contratos havidos com garantia. No entanto, no acordo levado a efeito no México, essas empresas subsidiárias participaram da votação e colaboraram para aprovação do plano, que não só modificou as dívidas da devedora principal, como implicou em novação e extinguiu garantias concedidas, desobrigando as subsidiárias do cumprimento de suas obrigações:

“The Concurso Approval Order not only modifies the debts owed by Vitro SAB to the noteholders under various indentures, it also novates and extinguishes the guarantees, effectively discharging the obligation’ of Vitro SAB’s non-debtor subsidiary guarantors to the noteholders.”⁸⁹

E mais. Extrai-se da decisão da corte do Texas que no acordo de recuperação aprovado no México foi incluída uma proibição permanente de trâmite de ações nos Estados Unidos da América contra as empresas subsidiárias da devedora principal.

Nesses termos, verifica-se que os representantes estrangeiros da empresa devedora buscaram na corte norte-americana, basicamente, a eficácia interna do acordo obtido na Justiça mexicana, o que desoneraria suas subsidiárias locais.

⁸⁸ Juiz por mais de vinte anos no *Northern District of Texas* – site <https://www.jamsadr.com/harlin-hale/> - consultado em outubro de 2023

⁸⁹ Em tradução livre: “A Aprovação do Concurso não só modifica as dívidas da Vitro SAB aos titulares de notas ao abrigo de várias escrituras, como também renova e extingue as garantias, cumprindo efetivamente as obrigações dos fiadores subsidiários não devedores da Vitro SAB para com os titulares de notas.”

Contudo, houve negativa da corte em acolher a pretensão, por vislumbrar que a hipótese importava em ofensa manifesta à *ordem pública* interna.

O que primeiro levou a corte do Texas a não conhecer do acordo de recuperação homologado no México foi permitir às empresas norte-americanas subsidiárias da devedora mexicana votar na assembleia de aprovação do acordo, tendo elas votado pela extinção dos próprios débitos e garantias concedidas em empréstimos firmados nos EUA.

E mais. O voto dessas empresas acabou sendo essencial para tirar a chance de questionamento pelos credores norte-americanos. Nesse quadro, viu-se, não sem razão, verdadeira fraude ao devido processo legal recuperacional, prejudicando a posição dos credores americanos.

Não bastasse a situação da votação em si, houve um segundo ponto fundamental para a conclusão: concluiu a corte do Texas que o acordo obtido com uma votação irregular alterou substancialmente a forma de pagamento dos credores, permitindo à empresa reter um alto capital em seu poder e ao mesmo tempo deixar de pagar integralmente a seus credores, conflitando dessa maneira com regra legal prevista na Seção § 1507 do Código de Falências estado-unidense, já que o resultado obtido no México seria comprovadamente diverso daquele obtido nos EUA pelo Capítulo 11.

Nesse quadro, concluiu-se que houve manifesta ofensa à *ordem pública*, sobretudo pelo uso indevido de votação de plano de recuperação por devedores participantes da *holding*, que foram decisivos para extinção de suas obrigações, colocando os credores norte-americanos em posição absolutamente desfavorável enquanto a devedora mantinha patrimônio positivo em seu poder. Por afrontar a previsão legal nos EUA de um procedimento de reorganização justo e digno de respeito, pela manipulação no momento de aprovação em assembleia do plano, decidiu-se pelo não reconhecimento do plano de reestruturação homologado no México. Segue a manifestação judicial que resume a questão.

“Voting Irregularities

The noteholders have raised and submitted evidence of at least suspect voting on the *Concurso* plan. The Mexican court allowed insiders to vote and counted such votes, which swamped the noteholders' votes.

....

Absolute Priority Rule

Under the *Concurso* plan, equity retains a value of approximately \$500 million. Creditors, such as the Objecting Parties, are not paid in full. Such a plan would violate the absolute priority rule in the United States. By allowing the retention of equity, and, at the same time, not paying the Objecting Parties in full, the *Concurso* plan arguably runs afoul of § 1507 because the result is demonstrably different than would occur in Chapter 11.

IV. Conclusion

Accordingly, this Court concludes that the *Concurso* plan approved in this instance, which extinguishes the guarantee claims of the Objecting Creditors that were given under an indenture issued in the United States against non-debtor entities that are subsidiaries of Vitro, should not be accorded comity to the extent it provides for the extinguishment of the non-debtor guarantees of the indentures. Such order manifestly contravenes the public policy of the United States and is also precluded from enforcement under §§ 1507, 1521 and 1522 of the Bankruptcy Code.

Generally, reorganization pursuant to the LCM is found to be a fair process, worthy of respect.”⁹⁰

⁹⁰ Em tradução livre: **“Irregularidades na votação. Os titulares levantaram e apresentaram provas de, pelo menos, suspeitas de votação no plano do Concurso. O tribunal mexicano permitiu que gente de dentro votasse e contasse esses votos, o que tirou a força dos votos dos detentores de garantia. Regra de prioridade absoluta. De acordo com o plano Concurso, o patrimônio líquido mantém um valor de aproximadamente US\$ 500 milhões. Aos credores, como às Partes Contestantes, não se paga integralmente. Tal plano violaria a regra de prioridade absoluta nos Estados Unidos. Ao permitir a retenção do patrimônio e, ao mesmo tempo, não pagar integralmente às Partes Objektoras, o plano de Concurso indiscutivelmente entra em conflito com o § 1507 porque o resultado é comprovadamente diferente do que ocorreria no Capítulo 11. IV. Conclusão. Assim, esta Corte conclui que o plano Concurso aprovado nesta instância, o qual extingue os créditos de garantia dos Credores Objektoras que foram dados sob uma garantia emitida nos Estados Unidos contra entidades não devedoras que são subsidiárias da Vitro, não deve ser aceito na medida em que prevê a extinção das garantias não devedoras das escrituras. Tal ordem contraria manifestamente a ordem pública dos Estados Unidos e também está impedida de ser executada nos termos dos §§ 1507, 1521 e 1522 do Código de Falências. Geralmente, a reorganização de acordo com o LCM é considerada um processo justo, digno de respeito.”**

Em suma, podemos concluir que a corte norte-americana detectou irregularidade da assembleia para aprovação do plano de reestruturação, na medida em que a própria devedora trouxe para o campo dos legitimados a votar pessoas jurídicas de dentro do grupo, inclusive as subsidiárias norte-americanas que eram devedoras nos EUA. É uma verdadeira quebra do devido processo legal.

Como consequência desse acordo, houve extinção de obrigação garantida em prejuízo concreto dos credores estadunidenses, tudo em afronta ao procedimento padrão normatizado nos EUA. Da inobservância desse processo equilibrado e justo, em detrimento de credores locais, entendeu a corte haver manifesta ofensa à ordem pública. Conforme avaliado juntamente Daniel Carnio Costa⁹¹ em outra oportunidade: **“considerou a Corte americana que o processo mexicano feriu a ordem pública americana na medida em que tramitou sem transparência, eficiência e imparcialidade, causando um desequilíbrio entre os credores, situações que não se coadunam com qualquer procedimento americano.”**

Uma vez feita a análise desses quatro casos de rejeição de eficácia a processo de insolvência, importa trazer para comparação um caso positivo, qual seja, um caso paradigma nos Estados Unidos da América no qual foi concedida a eficácia. A comparação permitirá eliminar eventuais dúvidas e fixar parâmetros objetivos de atuação da jurisprudência estado-unidenses sobre a barreira de *ordem pública*.

Eis o caso:

*In re Rede Energia S.A*⁹² (<https://casetext.com/case/in-re-rede-energia-sa>)

⁹¹ COSTA, Daniel Carnio e Coelho, *Cristiano de Castro Jarreta*. Artigo denominado *A aplicação no Brasil da cláusula de barreira da ordem pública em insolvência transnacional – Artigo 167-A, § 4.º da Lei nº 11.101/2005, introduzido pela Lei nº 14.112/2020* que fez parte da obra coletiva coordenada por COSTA, Daniel Carnio, SISTEMA BRASILEIRO DE INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL, Curitiba, Editora Juruá, 2022.

⁹² 27.8.2014

Conforme já apreciado juntamente com Daniel Carnio Costa, em artigo inserto na obra Sistema Brasileiro de Insolvência Nacional⁹³, o caso em questão restou firmado como um dos precedentes paradigmáticos dos EUA.

Nele, a juíza Shelley C. Chapman da Corte de Falência do Distrito Sul de Nova York (*SDNY*) enfrentou pedido de reconhecimento de processo de insolvência brasileiro, que tramitava pela 2ª Vara de Recuperação Judicial e de Falência da Comarca de São Paulo.

O representante estrangeiro da empresa em recuperação ingressou na Corte de Falência pretendendo a concessão de eficácia ao acordo de recuperação aprovado na Assembleia de Credores e homologado na Justiça brasileira, por haver vários credores estado-unidenses a serem abarcados pelo ajuste coletivo.

Na mesma linha do precedente *In re Vitro* analisado acima, os credores norte-americanos que impugnaram a pretensão de uso do Capítulo 15 pela empresa brasileira sustentaram o prejuízo sofrido por eles na aprovação do plano no Brasil. Argumentaram que os credores norte-americanos perderam valor considerável de seus valores, externando tratamento desigual entre credores similares e um tratamento injusto para os estrangeiros. É o que se vê do original:

“In particular, the Ad Hoc Group argues that the Brazilian Reorganization Plan has been “fraught with infirmities”⁹⁴, including (i) a significant extraction of value for shareholders; (ii) disparate treatment of similarly situated creditors; (iii) targeting of such disparate treatment at U.S.-based creditors; (iv) protection of local creditor interests by fiat; and the use of “phantom” consolidation and a single Insider vote to cram down an otherwise unconfirmable plan.”⁹⁵

⁹³ COSTA, Daniel Carnio e Coelho, Cristiano de Castro Jarreta. Artigo denominado *A aplicação no Brasil da cláusula de barreira da ordem pública em insolvência transnacional – Artigo 167-A, § 4.º da Lei nº 11.101/2005, introduzido pela Lei nº 14.112/2020* que fez parte da obra coletiva coordenada por COSTA, Daniel Carnio, SISTEMA BRASILEIRO DE INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL, Curitiba, Editora Juruá, 2022.

⁹⁴ Em tradução livre: repleto de vícios.

⁹⁵ Em tradução livre: “Em particular, o Grupo Ad Hoc argumenta que o Plano de Reorganização Judicial brasileiro tem sido “repleto de defeitos”, incluindo (i) uma extração significativa de valor para os

Discorrendo, então, sobre as condições em que a jurisprudência norte-americana vinha aplicando a barreira da ordem pública – a esta altura com quase dez anos de vigência do Capítulo 15, evidenciando, portanto, uma posição mais consolidada –, estabeleceu a juíza Shelley C. Chapman que a aplicação da barreira de *ordem pública* é exceção ao princípio instituído pela Lei Modelo por intermédio do *Chapter XV*. Para tanto, invocou uma série de precedentes que se encaminharam nesse sentido:

“However, the public policy exception is clearly drafted in narrow terms and “the few reported cases that have analyzed [section] 1506 at length recognize that it is to applied sparingly.” *Toft*, 453 B.R. at 193; see *In re Ephedra Prods. Liab. Litig.*, 349 B.R. 333, 336 (S.D.N.Y.2006) (the public policy exception embodied in section 1506 should be “narrowly interpreted, as the word ‘manifestly’ in international usage restricts the public policy exception to the most fundamental policies of the United States”) (citing H.R.Rep. No. 109–31(I), at 109, reprinted in 2005 U.S.C C. A. N. 88, 172(grammatical changes omitted); see also *Fairfield Sentry*, 714 F.3d at 139-40; *Bd. of Dirs. of Telecom Arg. S.A.*, No. 05–17811, 2006 WL 686867, at *25 (Bankr.S.D.N.Y. Feb. 24, 2006) (“the foreign law ... must not be repugnant to the American laws and policies”) (citing *In re Brierley*, 145 B.R. 151, 166 (Bankr.S’D.N.Y’1992)), *aff’d*, 528 F.3d 162 (2d Cir.2008); *In re Culmer*, 25 B.R. 621, 631, (Bankr.S.D.N.Y.1982); see also *In re Sino–Forest Corp.*, 501 B.R. 655, 664-665 (Bankr.S.D.N.Y.2013). Foreign judgments “are generally granted comity as long as the proceedings in the foreign court ‘are according to the course of a civilized jurisprudence, i.e. fair and impartial.’” *Toft*, 453 B.R. at 194 (citing *In re Ephedra Prods. Liab. Litig.*, 349 B.R. at 336 (citing and quoting the seminal case on comity, *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113, 205-206, 16 S.Ct. 139, 40 L.Ed. 95 (1895))); see also *Metcalfe*, 421 B.R. at 697 (the key determination required under section 1506 is whether the procedures used in the foreign jurisdiction “meet our fundamental standards of fairness”).” (grifei)

Da decisão supracitada, extraído-se apenas os precedentes destacados, temos importantes posicionamentos da jurisprudência norte-americana.

Ei-los:

acionistas; (ii) tratamento díspar de credores com situação semelhante; (iii) direcionamento desse tratamento díspar aos credores sediados nos EUA; (iv) proteção dos interesses dos credores locais por decreto; e (v) o uso de consolidação "fantasma" e um único voto interno para impor um plano de outra forma não confirmável"

(1) “However, the public policy exception is clearly drafted in narrow terms and “the few reported cases that have analyzed [section] 1506 at length recognized to be applied sparingly”.

Em tradução livre: “Entretanto, a exceção da ordem pública está claramente redigida em termos restritos e ‘os casos relatados que analisaram detalhadamente a [secção] 1506 reconhecem que deve ser aplicada com moderação’.

(2) “the public policy exception embodied in section 1506 should be “narrowly interpreted, as the word ‘manifestly’ in international usage restricts the public policy exception to the most fundamental policies of the United States”

Em tradução livre: “a exceção da ordem pública incorporada na Seção 1506 dever ser ‘interpretada de forma restrita, pois a palavra ‘manifestamente’ no uso internacional restringe a exceção da ordem pública às políticas mais fundamentais dos Estados Unidos”

(3) “The foreign law ... must not be repugnant to the American laws and policies”)

Em tradução livre: “A lei estrangeira não deve ser totalmente contrária às leis e políticas americanas”

(4) “Foreign judgments are generally granted comity as long as the proceedings in the foreign court ‘are according to the course of a civilized jurisprudence, i.e. fair and impartial.’”

Em tradução livre: “Julgamentos estrangeiros geralmente são reconhecidos enquanto os procedimentos nas cortes estrangeiras caminham no sentido de uma jurisprudência civilizada, ou seja, justa e imparcial”

(5) “The key determination required under section 1506 is whether the procedures used in the foreign jurisdiction “meet our fundamental standards of fairness”.

Em tradução livre: “A determinação principal exigida para aplicação da Seção 1506 apoia-se no fato de a jurisdição estrangeira ser compatível com nossos padrões fundamentais de justiça”.

Comentando essa parte específica do julgado da juíza Shelly C. Chapman, no mencionado artigo, juntamente com Daniel Carnio Costa pontuamos da seguinte maneira⁹⁶:

*“Tem-se, nesse contexto, que os próprios Estados Unidos, país que poderia induzir alguns a pensar que relutariam de forma incisiva a dar eficácia a processos estrangeiros de insolvência, mantêm, ao contrário, em seus precedentes o pensamento contrário. A aplicação da cláusula de barreira se dá lá, **portanto**, exatamente conforme a unificação pretendida pela Lei Modelo, qual seja, de forma **restritiva**, com o intuito de proteger a soberania nacional dos ganhos civilizatórios de cada país em termos de Estado Democrático de Direito, mas sem perder de vista a necessária colaboração internacional (**comity**) para atingir um desiderato maior da economia global.”*

Em suma, todos esses elementos extraídos dos precedentes colacionados, sejam aqueles que se voltaram para o viés negativo, qual seja, de incidência da barreira de ordem pública, seja aquele positivo, que admitiu a eficácia de processo estrangeiro nos EUA, configuram importantes componentes formadores do modelo regulatório construído no presente trabalho.

⁹⁶ COSTA, Daniel Carnio e Coelho, Cristiano de Castro Jarreta. Artigo denominado *A aplicação no Brasil da cláusula de barreira da ordem pública em insolvência transnacional – Artigo 167-A, § 4.º da Lei nº 11.101/2005, introduzido pela Lei nº 14.112/2020* que fez parte da obra coletiva coordenada por COSTA, Daniel Carnio, SISTEMA BRASILEIRO DE INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL, Curitiba, Editora Juruá, 2022.

6. Conclusões com base na análise da jurisprudência nacional e estado-unidense.

A análise da aplicação histórica da *ordem pública* para homologação de sentenças estrangeiras pelo Supremo Tribunal Federal, e posteriormente pelo Superior Tribunal de Justiça, é importante elemento a ser usado na definição do alcance do conceito de *ordem pública* especificamente para a insolvência transnacional.

Foi possível aferir, de antemão, que a prudência na limitação do alcance da cooperação internacional sempre foi um tom preponderante na hermenêutica desenvolvida por aquelas cortes, ainda que contassem com momentos próprios de limitação, digamos assim, com um viés mais nacionalista, geralmente um reflexo do momento que a sociedade brasileira vivia.

Extraíu-se dos precedentes, ainda, que a Suprema Corte brasileira não compreende a questão como caracterizadora de matéria constitucional direta, o que permite claramente a avaliação do alcance do termo *ordem pública* por qualquer esfera do poder judiciário que receba tal competência diretamente da lei. Afinal, como vimos, há até matérias que suprimem a necessidade de homologação judicial para eficácia de sentença estrangeira atualmente: o artigo 961, § 5º, do CPC, dispensa a necessidade de homologação da sentença estrangeira de divórcio consensual.

Por via de consequência, a previsão legal de reconhecimento pelo juiz competente de processo estrangeiro de insolvência transnacional (artigos 167-A a 167-Y da Lei nº 11.105/2005, com redação dada pela Lei nº 14.112/2020) não encontra qualquer óbice constitucional. E mais: pela mesma linha de interpretação, é possível dizer que a aplicação deverá seguir o mesmo padrão que o Superior Tribunal de Justiça vem empreendendo para as demais sentenças e decisões estrangeiras que necessitam de homologação para eficácia interna.

Nesse quadro, repita-se, a importância da análise em perspectiva histórica aqui realizada traz benefício direto à investigação pretendida, porquanto se está dentro de um mesmo espectro de eficácia jurídica, qual seja, a concessão de eficácia em solo brasileiro de processo estrangeiro. Exatamente por ser o mesmo campo de

eficácia, não haveria como concluir que há uma ordem pública que orienta a homologação de sentença estrangeira e a concessão de *exequatur* e outra ordem pública que orienta o reconhecimento de processo estrangeiro de insolvência. A lógica principiológica, por óbvio, tem de ser a mesma.

Daí a importância da investigação feita que não só servirá como um dos pilares para a conclusão do presente trabalho, mas que também se prestou a demonstrar que temos uma tradição consolidada que aponta para a existência de **cooperação internacional**, o que será fundamental para o sucesso das normas da UNCITRAL internalizadas em nosso ordenamento pela Lei nº 14.112/2020 (Capítulo VI-A).

Nessa linha, podemos, por ora, extrair os seguintes elementos hermenêuticos recolhidos na pesquisa realizada que em muito auxiliarão a conclusão do presente:

(a) já houve tempo em que a visão interna calcada em posições nacionalistas configurou mote suficiente para caracterizar uma *ordem pública* que afastava sentenças estrangeiras;

(b) esse período, pode-se dizer, foi nitidamente minoritário e estava mais ligado a questões moralistas de costumes (filiação, casamento etc.);

(c) na maior parte das vezes, prevaleceu uma visão mais cooperativa internacionalmente, reconhecendo-se autoridade até mesmo em procedimentos que eventualmente não tinham, na ocasião, correspondência no país, desde que houvesse um respeito ao *devido processo legal*;

(d) sim, o *devido processo legal* não observado, sobretudo pela ausência de citação ou ausência de citação válida, constituiu uma constante impeditiva de homologação da sentença estrangeira;

(e) na mesma linha, sentenças que não contavam com fundamentação tiveram homologação rejeitada;

(f) em algumas ocasiões, também foi possível depreender que o uso da jurisdição estrangeira para de alguma forma burlar ou fraudar jurisdição brasileira já prestada foi uma situação encarada como manifestamente ofensiva à ordem pública.

Desses elementos indicativos que encontram ressonância em todos os arestos comentados alhures, podem-se extrair as seguintes importantes regras:

(1) a *ordem pública* não pode servir como discurso nacionalista;

(2) não se discute a justiça da sentença ou do estrangeiros;

(3) quando a sentença ou o processo afrontam valores fundamentais do Estado Democrático de Direito (como o devido processo legal, a fundamentação da sentença, o respeito à jurisdição brasileira) há grandes probabilidades de estar caracterizada a **exceção de ordem pública**.

É de se notar, ainda, que nessa mesma linha exsurge uma conclusão axiológica feita sobre os precedentes estado-unidenses trabalhados no presente.

Todos eles, tanto os que se consubstanciaram em rejeição de reconhecimento de processos estrangeiros de insolvência quanto aquele trazido como paradigma indicativo da cooperação internacional arraigada na jurisprudência norte-americana podem ser resumidos nos seguintes elementos indicativos:

(a) o uso da jurisdição estrangeira como forma de suplantar a jurisdição norte-americana, quando se tinha ciência de que a decisão estado-unidense é elemento caracterizado da *ordem pública*;

(b) o uso do processo estrangeiro como instrumento de vasculhamento aberto (*phishing*) de contas de e-mail do falido armazenados em provedores hospedados nos EUA, em afronta à *ordem pública* por importar em quebra inconstitucional do sigilo de correspondência;

(c) o reconhecimento do processo estrangeiro, quando acaba limitando o **desenvolvimento tecnológico** de empresas sediadas nos Estados Unidos da América, caracteriza manifesta ofensa à *ordem pública*, de onde se extrai que esse tema é considerado fundamental para a sociedade estado-unidense;

(d) a falta de *transparência, eficiência e imparcialidade* manifestas no processo estrangeiro de insolvência é fator suficiente para a rejeição de eficácia ao mesmo, todos elementos constitutivos de um efetivo *devido processo legal*;

(e) a regra é a concessão de eficácia como fator de cooperação internacional, sem que haja uma avaliação de justiça ou de correção do processo e da legislação estrangeiros;

(f) a exceção da ordem pública, portanto, é de aplicação restritiva e geralmente ligada à detecção de ofensa a padrões civilizatórios fundamentais do país.

A comparação entre a suma dos precedentes brasileiros de homologação geral das sentenças estrangeiras e a suma dos precedentes específicos no campo transnacionais dos EUA permite uma conclusão: existe uma linha clara de convergência; não se avalia justiça e acerto das decisões estrangeiras diante de parâmetros nacionais, mas sim se houve naquelas respeito a garantias civilizatórias mínimas, impedindo-se o uso da jurisdição estrangeira como forma de suplantar jurisdição interna.

7. A cláusula restritiva ‘manifesta ofensa à ordem pública’ e o seu caráter dúplice: proteção da soberania jurisdicional e a vedação ao retrocesso nacionalista.

Como visto, desde a gênese da Lei Modelo, quando havia embate entre as correntes territorialistas e universalistas⁹⁷, ganharam terreno as correntes que temperaram essas visões. Se de um lado havia necessidade de conferir segurança jurídica ao tratamento de insolvências transnacionais, fomentando o ambiente de negócio globalizado, de outro seria importante garantir aos Estados soberania jurisdicional.

Essa temperança que permite ao Estado aderente à Lei Modelo garantir sua soberania refletida no próprio padrão civilizatório adotado, impedindo que processos estrangeiros potencialmente violadores desse *status* fundamental ganhem eficácia interna, materializou-se justamente pela exceção da *ordem pública*.

A exceção da ordem pública, como planejado, é justamente o instrumento que permite ao juiz competente **rejeitar** reconhecimento a um processo estrangeiro de insolvência transnacional que tenha, em sua essência, afrontado esse *status* civilizatório. Não há dúvidas, portanto, de que a barreira da ordem pública,

⁹⁷ Sobre os princípios do **territorialismo** e do **universalismo** na insolvência transnacional, escreveu FABIO WEINBERG CROCCO no artigo “When a deference makes a difference: The Role of U.S. Courts in Cross-Border Bankruptcies”, artigo premiado no III Prize Internacional Insolvency Studies: “***In short, under the territorialist approach, each jurisdiction where the debtor’s assets are located is entitled to administer a full insolvency proceeding governed by its own laws. Thus, there can be as many bankruptcy proceedings as there are countries where assets are located, each of which is governed by a different set of rules. On the other hand, under the universalist approach, cross-border bankruptcies are treated as unified global proceedings and administered by one principal court under a single governing law***”. Artigo consultado em 15 de junho de 2021 no endereço: <https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/media/Weinberg%20Crocco%2C%20Fabio%20-%20When%20Deference%20Makes%20a%20Difference%20-%20The%20Role%20of....pdf>. Em tradução livre: “Em suma, sob a ótica territorialista, cada jurisdição onde se localizam os ativos do devedor é legitimada a administrar a insolvência por suas próprias leis. Assim, haverá tantos procedimentos de insolvência quantos países onde os ativos estiverem localizados, cada um executado por diferente conjunto de regras. Por outro lado, sob a ótica universalista, insolvências transnacionais são tratadas em procedimentos unificados de forma global e executados por uma só corte jurisdicional, com base em uma só legislação”.

nessa medida, é a cláusula pela qual se materializa a soberania jurídica do país, temperando, como colocado acima, as tendências universalistas de trato da insolvência transnacional.

Contudo, é mister termos claro que a cláusula tal como pensada trouxe importante limitador de eficácia: não é toda e qualquer ofensa à ordem pública que uma vez verificada, permite a aplicação da exceção; qualificou-se a ofensa permissiva do impedimento de eficácia com o adjetivo ***manifesta***.

A ofensa *manifesta* é aquela ofensa evidente, clara, patente, notória. Portanto, para haver incidência da restrição não basta o julgador verificar alguma incompatibilidade – por critério de justiça próprio ou por contrariedade legal qualquer – subjetiva. Ao contrário, a incompatibilidade, exige a lei (artigo 167-A, § 4.º, da Lei nº 11.105/2005, define que o “juiz somente poderá deixar de aplicar as disposições deste Capítulo se, no caso concreto, a sua aplicação configurar manifesta ofensa à ordem pública”) que seja, nos termos do modelo da UNCITRAL, uma afronta objetiva, manifesta.

A incompatibilidade, nesse sentido, conforme já é aplicada em nossa tradição jurisprudencial, tem contornos objetivos, ligados ao padrão fundamental adotado no país, longe de qualquer tentativa de subjetivação de seu conteúdo.

E parece clara a opção pela objetivação. Qualquer avaliação subjetiva sempre estará sujeita a oscilação individual de cada julgador, seja por vontade própria, seja por sentimento coletivo eventualmente adotado por uma parcela da sociedade. Entre a subjetivação e o padrão normativo objetivado, optou-se pela escolha dessa última norma.

A segurança é o primeiro valor que deve ser observado em qualquer análise que transite entre os campos do sujeito e do objeto. Alcança-se a segurança ao se optar pelo objeto, que está posto na realidade investigada, acessível a qualquer analista atento, ao contrário de uma investigação que privilegie o móvel mental do sujeito, que escapa da cognição geral.

Mas não é só isso.

A opção pelo objetivo, em detrimento do subjetivo, permite uma segunda função na cláusula de exceção da ordem pública: impedir que opções pessoais envolvendo sentimentos políticos e ideológicos quaisquer suprimam a opção objetiva estatuída em nosso ordenamento jurídico de estar integrado internacionalmente.

No artigo 4.º da Constituição Federal está normatizado que o Brasil, em suas relações internacionais, se rege, dentre outros princípios, pela *cooperação* entre os povos para o progresso da humanidade.

No parágrafo único o legislador constituinte originário ainda acresce uma intenção regional que anuncia exatamente a predisposição do país em se integrar com outras nações: “A *República Federativa do Brasil* buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações” (grifei).

Assim, por mais que um dos princípios insertos no artigo 4.º seja também a *independência nacional* (inciso I), é inegável que o desenho constitucional do Estado Democrático de Direito brasileiro engloba a vontade geral de integração à comunidade internacional também no sentido econômico.

Em outras palavras, o artigo 4.º da CF garante a convivência das duas visões insertas na exceção de ordem pública, quais sejam, a garantia da independência do país concretizada pela soberania da ordem pública mas a necessidade de operacionalizar a sua integração econômica objetivada pela manifesta ofensa.

Nesse quadro, pode-se arrematar que ao mesmo tempo que foi temperada a questão da internacionalização com o respeito pela ordem pública de cada país aderente da Lei Modelo – como o Brasil – também restou caracterizada a necessidade de não se permitirem aplicações extensivas dessa ordem pública, a ponto de prejudicar o desenho geral do tratamento da insolvência transnacional.

Daí porque se defende no presente trabalho o caráter dúplice da exceção da ordem pública, tal qual planejada pela UNCITRAL e, posteriormente

internalizada no Brasil pela Lei nº 11.412 de 2020: proteger a soberania nacional desde que se defendam valores fundamentais. Ao mesmo tempo que a exceção evita o globalismo absoluto, impede o retrocesso nacionalista.

Vista a exceção em seu caráter dúplice, a barreira da ordem pública pode ser definida como verdadeiro pêndulo orientador da integração econômica do País no campo da insolvência transnacional, permitindo cooperação internacional, mas com observância de questões fundamentais para o *status* civilizatório atingido em termos normativos, impedindo, assim, o retrocesso nacionalista nesse viés de cooperação.

A integração econômica no trato das companhias transfronteiriças, desta feita, é valor perfeitamente ser harmonizável com a soberania nacional. Garantir um padrão mínimo civilizatório já é aplicação suficiente para manter a autodeterminação do país, temperando qualquer sentimento ufanista, garantindo, noutro giro, aquela necessária integração.

É preciso compreender que no mundo atual não há como valer-se dos benefícios diretos do comércio internacional sem se promover uma integração suficientemente segura para propiciar um ambiente favorável de negócios. O ambiente de negócio favorável é o grande fomentador do empreendedorismo. Sem um ambiente que inspire segurança jurídica, os capitalistas matematicamente incluirão esse fator no cálculo inicial para decidir onde farão o aporte financeiro. E pode ocorrer de a equação matemática favorecer um país mais do que o outro.

Daí a necessidade de, com a internalização da Lei Modelo, compreender que a regra é a cooperação internacional como forma de demonstrar objetivamente que o país optou por essa segurança jurídica inspiradora das decisões econômicas.

Em outras palavras, é possível concluir que o legislador optou por um **estado jurídico de cooperação internacional** nas insolvências transnacionais, estado este que somente pode ser suplantado se houver no caso concreto manifesta ofensa à *ordem pública*, ficando claro que na interpretação do alcance dessa limitação não há espaço para qualquer retrocesso nacionalista justamente porque a regra é

aquele estado jurídico de cooperação internacional. Eis o caráter dúplice. Essa foi a opção clara do legislador, não cabendo ao érprete superá-la.

8. Uma proposta de cláusula de ordem pública para aplicação no Brasil.

Diante de todo o trabalho desenvolvido até o momento, algumas premissas axiológicas podem ser extraídas.

A primeira delas reside em que a própria aderência à Lei Modelo desenhada pela UNCITRAL já constitui um apelo para a *cooperação internacional*. Não há qualquer sentido imaginar que o legislador tenha a internalizado no ordenamento para, num momento posterior, concluir que a exceção de *ordem pública* pode ser manejada como entrave de aplicação dessa cooperação (*comity*). Se a *ratio* da Lei Modelo é justamente criar um instrumento jurídico hábil para o tratamento da insolvência transnacional de forma cooperada, permitindo coordenação entre as jurisdições envolvidas no trato da empresa transfronteiriça em dificuldade financeira, parece óbvio dever ser esse o eixo valorativo na aplicação da norma.

Como já discorrido, a empresa transnacional deve ser tratada, quando em dificuldades financeiras, como único organismo, independentemente de onde estejam seus 'braços, pernas e cabeça'. Encarada como um só organismo, a possibilidade de ela se soerguer em caso de recuperação – ou de ter a melhor liquidação possível em caso de falência –, cresce substancialmente.

Mas não é só isso. Esse tratamento unitário, transitando entre jurisdições diversas que se comunicam de forma cooperada, também foi idealizado para criar **segurança jurídica** suficiente para criar um ambiente econômico propício para o empreendedorismo.

O desenvolvimento humano nas mais diversas nações nesta aldeia globalizada passa necessariamente pelo desenvolvimento econômico e pela capacidade das nações de se integrarem nesta ordem econômica globalizada. Sem geração de receita não há sequer como pensar em distribuição de renda (distribuição de renda manejada ou não pelo Estado). Está definitivamente provado pelas experiências de embargos econômicos existentes no mundo que as economias

isoladas têm chances reduzidas de sucesso⁹⁸, prejudicando a população civil mais pobre do país sancionado.

Nesse ponto, a premissa construída na Lei Modelo foi permitir aos países adotar um modelo construído que gerasse essa segurança de forma uniforme. Em outras palavras, a premissa da Lei Modelo atua tanto em caráter **preventivo**, para fomentar ambientes econômicos melhores, quanto em caráter **emergencial**, para socorrer a empresa transnacional em dificuldade financeira.

Em um segundo momento, consegue-se extrair das investigações realizadas que por força da necessidade de se alcançar uma aceitação difusa desse modelo legal, foi imprescindível incluir no instrumento de trato da insolvência transnacional uma *cláusula* que permitisse, observadas determinadas condições, rejeitar a aplicação interna de processo estrangeiro de insolvência. É a cláusula de barreira da ordem pública, idealizada para funcionar como verdadeiro obstáculo para a aplicação interna de toda e qualquer decisão estrangeira quando esta fosse ofensiva a um determinado padrão nacional.

Para operacionalizar essa reserva legal de soberania, a Lei Modelo construiu a **exceção de ordem pública** (artigo 6.º: “*Nothing in this Law prevents the court from refusing to take an action governed by this Law if the action would be manifestly contrary to the public policy of this State*”⁹⁹), que acabou replicada no § 4.º do artigo 167-A da Lei nº 11.101/2005, com a redação dada pela Lei nº 14.112/2020 (O juiz somente poderá deixar de aplicar as disposições deste Capítulo se, no caso concreto, a sua aplicação configurar manifesta ofensa à ordem pública).

Como se viu ao longo do presente estudo, a aplicação dessa **reserva legal** deve ser concretizada pelo aspecto negativo. É dizer, a regra é a cooperação

⁹⁸ “Já o embargo comercial é aquele que proíbe as atividades comerciais, como importações, exportações e outros serviços financeiros e bancários já citados. Exemplo deste embargo foi imposto pelos Estados Unidos da América (EUA) sobre Cuba.... Com a globalização, as economias dos países acabam sendo interdependentes entre si, de modo que um embargo econômico pode prejudicar significativamente. Apesar de os legisladores e políticos comumente serem favoráveis aos embargos econômicos, há historiadores que apontam que eles prejudicam muito mais os civis do que os governantes responsáveis pelos problemas que os embargos tentam corrigir.” – fonte: <https://www.infoescola.com/economia/embargo-economico/>, consultado em outubro de 2023 – *GRIFEI*

⁹⁹ Em tradução livre: “*Nada nesta lei impede que a corte rejeite um pedido fundado nesta se o pedido for manifestamente contrário à ordem pública do país.*”

internacional, primeira premissa extraída, de maneira que se deve sempre procurar a concessão de eficácia interna ao processo estrangeiro de insolvência, com o obstáculo (análise negativa) para esse fato jurídico somente a configurar-se quando o processo estrangeiro de algum modo afronta a *ordem pública*. Com esse desenho regulatório, prestigia-se a soberania jurídica do país, permitindo uma adesão mais fácil ao trato idealizado na UNCITRAL.

Contudo, - e aqui entra o caráter dúplice da cláusula de barreira tratado no capítulo anterior -, a prevalência do critério da soberania materializado através da *ordem pública*, nos dizeres da lei, somente prevalecerá quando houver manifesta ofensa àquela.

Assim, resta claro que se trata de exceção de aplicação **restrita**, como forma de proteger não a inteireza do ordenamento jurídico mas sim pontos fundamentais deste a fim de garantir a integração econômica e impedir retrocessos nacionalistas.

Nesse esqueleto regulatório, por via de consequência, o preenchimento axiológico fundamental acaba sendo o conceito de *ordem pública*. Se de alguma maneira o operador desse importante instrumento de insolvência transnacional estender o alcance da *ordem pública*, ele se voltará contra as premissas valorativas da própria norma: integração e proteção de valores fundamentais sem retrocesso nacionalista.

Esse preenchimento valorativo de uma cláusula aberta estatuída na legislação infraconstitucional pode ser realizado pelo que os alemães chamam de ***Drittwirkung***.

Sobre o tema, juntamente com Daniel Carnio Costa, em obra coletiva¹⁰⁰ sobre *insolvência transnacional*, citando Bruno Miragem¹⁰¹ discorreu-se que não

*“é novo o estudo da eficácia das normas constitucionais nas relações privadas. Há a tendência tratada na doutrina italiana do direito civil constitucional¹⁰², onde se defende basicamente a eficácia direta das normas constitucionais nas relações privadas. Já os alemães, por meio do instituto denominado “Drittwirkung” (eficácia perante terceiros, como explica BRUNO MIRAGEM), defendem a **eficácia indireta** das normas constitucionais. Estas criam os valores estruturais de um ordenamento jurídico, sendo que a sua incidência nas relações privadas se dá através do preenchimento valorativo das cláusulas abertas previstas na legislação infraconstitucional.”*

Nesse sentido, o que se pretende é que a cláusula aberta da *ordem pública* funcione como ponte entre as normas fundamentais insculpidas na Constituição Federal, base do ordenamento jurídico, e a relação privada.

Em outras palavras, a proposta consiste na procura dos valores fundamentais – no sentido de mais caros ao ordenamento jurídico brasileiro – sem os quais ocorreria manifesta (profunda) *ofensa à ordem pública*, porquanto se concretizaria a desconsideração de um padrão civilizatório mínimo normatizado na Carta Magna.

¹⁰⁰ COSTA, Daniel Carnio e Coelho, Cristiano de Castro Jarreta. Artigo denominado *A aplicação no Brasil da cláusula de barreira da ordem pública em insolvência transnacional – Artigo 167-A, § 4.º da Lei nº 11.101/2005, introduzido pela Lei nº 14.112/2020*, que fez parte da obra coletiva coordenada por COSTA, Daniel Carnio, SISTEMA BRASILEIRO DE INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL, Curitiba, Editora Juruá, 2022.

¹⁰¹ “Teoria Geral do Direito Civil”, 1ª edição, 2021, Editora FORENSE, Rio de Janeiro, página 91: “Segundo a teoria da eficácia indireta, compete ao legislador e ao intérprete traduzir o conteúdo dos direitos fundamentais para sua aplicação e concretização nas relações de direito privado. Neste sentido, tanto a conformação legislativa – na produção das leis – quanto o intérprete, em especial na precisão do significado da norma, ou ainda na concreção de conceitos jurídicos indeterminados, mediante a atribuição de significado, estarão vinculados a realização dos direitos fundamentais. Isso traduzirá, de um lado, uma direção ao legislador e ao intérprete da norma (ao juiz cumpre interpretar a normas conforme a Constituição); de outro, uma limitação, considerando que do sentido da aplicação do direito infraconstitucional não apenas fica vedada a contradição com o conteúdo dos direitos fundamentais como, igualmente, deve promover sua realização concreta nas relações entre particulares”.

¹⁰² O Direito Civil na Legalidade Constitucional”, Pietro Pierlingieri, Editora Renovar, 2008

Não basta, como vimos, operarmos no nível de conceitos como *Justiça ou Injustiça* da decisão estrangeira ou, ainda, em incompatibilidade genérica com alguma norma nacional que não seja considerada fundamental.

Nos EUA, como vimos, quando houve a rejeição de reconhecimento de processos estrangeiros ou medidas judiciais constantes nestes, basearam-se em valores fundamentais: uso da jurisdição estrangeira para fraudar a jurisdição nacional já prestada; prejuízo à política de desenvolvimento tecnológico nacional normatizada pelo Poder Legislativo como ponto fundamental do país; quebra inconstitucional do direito de sigilo de correspondência; falta de transparência, eficiência e imparcialidade no processo estrangeiro. E a *contrario sensu*, nas cortes estado-unidenses concluiu-se que, não havendo afronta ao padrão civilizatório nacional, o processo estrangeiro deve receber eficácia interna para prevalência da cooperação (*comity*).

Esses valores extraídos da jurisprudência específica dos EUA, criada a partir de quase vinte anos de vigência do *Chapter XV*, coincidem em estrutura com o trato jurisprudencial histórico no Brasil, no campo genérico da homologação de sentenças estrangeiras: devido processo legal (falta ou nulidade de citação); falta de fundamentação na sentença estrangeira; uso da jurisdição estrangeira para fraudar a jurisdição nacional.

Todos esses valores, ainda que não expressos como elementos fundantes de um conceito de ordem pública na Constituição Federal, devem ser extraíveis do texto constitucional.

Nem poderia deixar de ser, já que a Constituição é o abrigo das bases do Estado Democrático de Direito. Nos dizeres do ministro Luis Roberto Barroso¹⁰³:

“O constitucionalismo democrático, em meados da segunda década do século XXI, ainda se debate com as complexidades da conciliação entre soberania popular e direitos fundamentais. Entre governo da maioria e vida digna e em liberdade para todos, em um ambiente de justiça, pluralismo e diversidade. Este continua a ser, ainda, um bom projeto para o milênio.”

É na Constituição que se encontram os valores fundamentais e caros para uma nação, por conseguinte não deveria dar-se em local diverso a procura pelos

¹⁰³ BARROSO, Luís R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2023. *E-book*. ISBN 9786553624788. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624788/>. Acesso em: 13 out. 2023.

valores fundamentais que orientarão o aplicador do direito quando estiver defronte de um processo estrangeiro ao qual se pretenda concessão de eficácia interna.

É bom argumentar neste ponto que essa *eficácia interna* que se proclamou durante o presente trabalho **nada mais é do que a produção de efeitos jurídicos**. Na célebre teoria de Pontes de Miranda, tão bem estudada e desenvolvida pelo professor Marcos Bernardes de Mello¹⁰⁴, temos a seguinte explanação:

“De tudo isso se podem tirar duas conclusões: (a) que existência, validade e eficácia são três situações distintas por que podem passar os fatos jurídicos e, portanto, não é possível trata-las como se fossem iguais; (b) que o elemento existência é a base de que dependem os outros elementos. Essas conclusões demonstram a extrema propriedade e utilidade da proposta de Pontes de Miranda de considerar o mundo jurídico dividido em três planos, o da existência, o da validade e o da eficácia, nos quais se desenvolveria a vida dos fatos jurídicos em todos os seus aspectos e mutações. Explicamos...O plano da eficácia é a parte do mundo jurídico onde os fatos jurídicos produzem os seus efeitos, criando as situações jurídicas, as relações jurídicas, com todo o seu conteúdo eficaz representado pelos direitos →← deveres, pretensões →← obrigações, ações e exceções, ou os extinguindo.”

Dentro dessa linha de raciocínio, o processo estrangeiro de insolvência pode ser visto como um ato jurídico processual existente e válido e que somente não produzirá efeitos no Brasil (*concepção negativa da exceção*¹⁰⁵) se houver manifesta ofensa à ordem pública. Logo, podemos avaliar a cláusula de barreira da ordem pública como *condição negativa de eficácia jurídica a um processo estrangeiro de insolvência*.

E o preenchimento dessa condição negativa dá-se pelos valores fundamentais da Constituição Federal, aqueles que se encontram na base do Estado

¹⁰⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico - Plano de existência**. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2019. *E-book*. ISBN 9788553611898. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611898/>. Acesso em: 13 out. 2023 – página 162 e 165.

¹⁰⁵ Vale lembrar mais uma vez que a regra é a produção de efeitos no país do processo estrangeiro de insolvência transnacional, assim que homologado pelo juiz competente. Assim, a exceção da ordem pública funcionária como óbice negativo. Somente quando ocorre a manifesta ofensa da ordem pública (daí o sinal negativo -) é que não haverá a homologação e, conseqüentemente, a produção de efeitos.

Democrático de Direito brasileiro, os quais correspondem ao projeto de civilização idealizado pelo *poder constituinte originário*¹⁰⁶.

Restou bastante claro até aqui que esses valores fundamentais se subsomem de forma perfeita ao desenho regulatório da cláusula de barreira. O critério de avaliação da ordem pública não pode desconformar-se em um formato maior – como Justiça, ilegalidade ou contrariedade a toda e qualquer norma constitucional – sem que com isso não se perca o sentido do Capítulo 6-A da Lei nº 11.101/2005. Daí a necessidade de subsunção ser feita sobre valores fundamentais do ordenamento jurídico, entalhados na Constituição Federal.

Já identificado o *locus* onde deve ser procurado o conteúdo caracterizador da *ordem pública fundamental* a ser respeitada no processo estrangeiro de insolvência, nascem algumas perguntas essenciais: qualquer norma constitucional brasileira é fonte de preenchimento dessa *ordem pública*? Se não, onde exatamente procurar na Constituição essa fonte? É possível elaborar um rol desses valores? Esse rol seria taxativo ou seria a cláusula da cláusula?

Trabalhar essas questões levará ao desenho pretendido.

(a) qualquer norma constitucional brasileira é fonte de preenchimento dessa *ordem pública*?

Com a mesma ótica restritiva que orienta a interpretação da cláusula de barreira da ordem pública, tal qual idealizada na Lei Modelo e posteriormente internalizada pela Lei nº 14.112/2020, não se pode dizer que qualquer norma insculpida na Constituição Brasileira seja suporte fático-jurídico para caracterização

¹⁰⁶ Moraes, Alexandre D. *Direito Constitucional*. Disponível em: Minha Biblioteca, (39th edição). Grupo GEN, 2023., página 26: “**O Poder Constituinte originário estabelece a Constituição de um novo Estado, organizando-o e criando os poderes destinados a reger os interesses de uma comunidade. Tanto haverá Poder Constituinte no surgimento de uma primeira Constituição quanto na elaboração de qualquer Constituição posterior. A ideia da existência de um Poder Constituinte é o suporte lógico de uma Constituição superior ao restante do ordenamento jurídico e que, em regra, não poderá ser modificada pelos poderes constituídos**”.

da ordem pública apta a impedir a concessão de eficácia a processo estrangeiro de insolvência transnacional.

Fosse assim, haveria um alargamento interpretativo que não se coaduna, repita-se, com a necessária aplicação restritiva para promoção da integração internacional do país.

A Constituição brasileira de 1988, porque saíamos de período autoritário, necessitou trazer em seu bojo uma gama variada de normas para promover a instituição de um Estado Democrático de Direito mais efetivo, extrapolando aquele conteúdo conhecido como materialmente constitucional. Nos dizeres do ministro ALEXANDRE DE MORAES¹⁰⁷, que também cita o professor JOSÉ AFONSO DA SILVA:

“As constituições sintéticas preveem somente os princípios e as normas gerais de regência do Estado, organizando-o e limitando seu poder, por meio da estipulação de direitos e garantias fundamentais (por exemplo: Constituição norte-americana); diferentemente das constituições analíticas, que examinam e regulamentam todos os assuntos que entendam relevantes à formação, à destinação e ao funcionamento do Estado (por exemplo: Constituição brasileira de 1988).

Como afirmado por José Afonso da Silva, o constituinte

“rejeitou a constituição sintética, que é constituição negativa, porque construtora apenas de liberdade negativa ou liberdade-impedimento, oposta à autoridade, modelo de constituição que, às vezes, se chama de constituição garantia. (...) Assumi o novo texto a característica de constituição-dirigente, enquanto define fins e programa de ação futura, menos no sentimento socialista do que no de uma orientação social-democrática imperfeita, reconheça-se” (SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 1992. Prefácio, p. 8.).”

Consequentemente, com uma carta magna classificada como *analítica* ou *dirigente*, temos um texto constitucional com elevado número de normas albergadas em seu corpo, de tal modo que considerá-las todas como normas

¹⁰⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2023. *E-book*. ISBN 9786559774944. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9786559774944/>. Acesso em: 14 out. 2023.

fundamentais suficientemente categorizadas como *ordem pública* tornaria praticamente **impossível** a tarefa de reconhecimento de eficácia a processo estrangeiro de insolvência transnacional.

Em tal linha de raciocínio, *portanto*, para encontrarmos o conteúdo constitucional da *ordem pública* que promova a barreira para rejeição de eficácia a esse processo estrangeiro, não basta haver ofensa direta ou indireta a qualquer norma constitucional brasileira.

(b) Se não, onde exatamente procurar na Constituição essa fonte?

Fixado que não basta haver uma manifesta ofensa a qualquer norma constitucional para incidência da exceção de ordem pública, a questão subsequente natural torna-se fundamental: onde está a norma que fundamenta e legitima a ordem pública de exceção?

Seria uma tentação muito grande responder a essa questão com a óbvia indicação de que somente as normas inscritas no Título I da Constituição de 1988, “Dos Princípios Fundamentais”, entre os artigos 1.º e 4.º, poderiam ser consideradas normas com força jurídica suficiente para caracterizar *ordem pública* impeditiva de reconhecimento de eficácia a processo estrangeiro de insolvência transnacional.

É certo que nesse Título I certamente encontramos normas fundamentais caracterizadoras do padrão de avanço civilizatório que se pretende proteger com a exceção de *ordem pública*.

Isto esclarece o ministro Alexandre de Moraes ao comentar esse Título¹⁰⁸em obra coletiva:

“O direito constitucional é um ramo do direito público, destacado por ser fundamental à organização e ao funcionamento do Estado, à articulação dos elementos primários do mesmo e ao estabelecimento das bases da estrutura política. Tem, pois, por objeto a constituição política do Estado, no sentido amplo de estabelecer sua estrutura, a organização de suas instituições e órgãos, o modo de aquisição e limitação do poder, através, inclusive, da previsão de diversos direitos e garantias fundamentais.

A formalização jurídica da constituição política de um Estado ocorre com a edição do Texto Constitucional elaborado pelo poder constituinte originário, com a missão de organizá-lo, bem como de criar os poderes constituídos destinados a reger os interesses de sua comunidade.

A ideia da existência de um poder constituinte é o suporte lógico de uma Constituição superior ao restante do ordenamento jurídico e que, em regra, não poderá ser modificada pelos poderes constituídos. O poder constituinte caracteriza-se por ser inicial, ilimitado, autônomo e incondicionado. É inicial, pois sua obra – a Constituição – é a base da ordem jurídica; é ilimitado e autônomo, pois não está de modo algum limitado pelo direito anterior, não tendo de respeitar os limites postos pelo direito positivo antecessor; e, finalmente, é incondicionado, pois não está sujeito a qualquer forma prefixada para manifestar sua vontade; não tem ela de seguir qualquer procedimento determinado para realizar sua obra de constitucionalização.”

Entre esses princípios fundamentais que compõem o Estado Democrático de Direito e o padrão civilizatório nacional tem-se- a *dignidade da pessoa humana* (artigo 1º, III, da CF) e os *valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* (artigo 1.º, inciso IV, da CF). É o caso, ainda, do reconhecimento da independência do Poder Judiciário (artigo 2.º da CF) e os objetivos da República insertos no artigo 3.º da CF: *construir uma sociedade livre, justa e solidária* (inciso I); *garantir o desenvolvimento nacional* (inciso II); *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais* (inciso III); *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação* (inciso IV).

¹⁰⁸ Forense, Equipe. Constituição Federal Comentada. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2018.

Como vimos ao longo do presente trabalho, vários desses valores acima pontuados estiveram presentes em precedentes encontrados nos Estados Unidos da América ou até mesmo nos julgados brasileiros sobre homologação de sentença estrangeira. Assim foi o caso estado-unidense no qual se rejeitou reconhecimento a tutela judicial concedida em processo estrangeiro, porque a medida, caso implantada nos EUA, afrontaria a política pública do país – albergada pelo Poder Legislativo – sobre *desenvolvimento tecnológico nacional*¹⁰⁹. Da mesma forma, vimos que foi o caso no Brasil em que não se homologou decisão estrangeira de guarda e busca e apreensão de menor brasileiro, residente no Brasil, com a mãe, porque a decisão contrariava decisão anterior tomada pela Justiça brasileira¹¹⁰.

Portanto, em todos os artigos do Título I da CF de 1988 certamente encontraremos valores fundamentais para orientar a categorização de nossa *ordem pública*. Contudo, como colocado, seria óbvio demais que fosse feita uma mera correlação entre a ordem pública e o Título I da Carta Magna.

Aliás, existem valores fundamentais outros que são facilmente encontrados espalhados pela Constituição, o que por si só já contraria essa singela correlação entre a ordem pública e o Título I da CF. É o caso do **devido processo legal**, garantia fundamental inserta no artigo 5.º, inciso LIV¹¹¹, artigo que abre o Título II da Constituição, que foi um valor usado em várias ocasiões no Brasil para indeferimento de homologação de sentença estrangeira na qual não houve citação válida. Do mesmo modo, nos EUA, vimos que a não observância da transparência e imparcialidade em processo estrangeiro de insolvência foi o suficiente para rejeição de reconhecimento a processo estrangeiro¹¹².

¹⁰⁹ *In re QIMONDA AG* (<https://casetext.com/case/in-re-qimonda-ag-4>)

¹¹⁰ SEC – sentença estrangeira contestada – 4694 – EUA – j. 12.12.1993 – Rel. ministro ILMAR GALVÃO

¹¹¹ LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal

¹¹² *In re Vitro SAB de CV* (<https://casetext.com/case/vitro-sab-de-cv-v-acp-master-ltd-in-re-vitro-sab-de-cv>)

Desse modo, o critério a ser usado para se encontrarem os valores fundamentais que preenchem o conceito de *ordem pública* da cláusula de barreira de processo estrangeiro de insolvência não é apenas a correlação com os princípios fundamentais insertos entre os artigos 1.º e 4.º da CF.

Deve-se realizar um esforço interpretativo para identificar no caso concreto alguma situação que realmente ofenda um fundamento do Estado Democrático de Direito. Feita essa avaliação positiva para consubstanciação da *ordem pública*, opera-se a incidência da carga negativa impeditiva de concessão de eficácia interna ao processo estrangeiro de insolvência.

Logo, além dos valores considerados *princípios fundamentais* da CF, uma vez identificado algum outro valor constitucional que seja considerado padrão civilizatório no país, haverá a caracterização da *ordem pública* para os fins do artigo 167-A, § 4.º, da Lei nº 11.101/2005.

(c) É possível elaborar um rol desses valores? Esse rol seria taxativo ou seria a cláusula da cláusula?

A própria resposta à indagação anterior leva a uma conclusão clara do ponto aqui discutido. Como não é possível dentro da Constituição brasileira – essencialmente analítica – fazer uma correlação direta entre valores fundamentais que caracterizam a *ordem pública* e algum título ou capítulo específico – ou até mesmo um conjunto exato de artigos –, não há como elaborar um rol que contenha de forma direta todos os valores fundamentais caracterizadores daquela.

Essa conclusão, aliás, também afasta por completo qualquer pensamento tendente a identificar um rol taxativo. Frise-se, ademais, que é salutar assim se concluir, porquanto não se pode imaginar que os valores fundamentais de uma sociedade possam ser engessados e categorizados de forma indelével em um

conjunto exato de artigos, não reconhecendo a mutabilidade social típica de qualquer sociedade democrática.

Não se trata de conclusão que contraria a ideia lançada anteriormente de que a cláusula de barreira da *ordem pública* tem em seu caráter dúplice a finalidade de impedir retrocessos nacionalistas.

Como estamos analisando uma constituição democrática (*artigo 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos*) que se propõe a cooperar internacionalmente com as demais nações (*artigo 4.º, inciso IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade*), é da essência constitucional brasileira, e, portanto, um valor fundamental civilizatório, haver integração internacional. Assim, por mais que admitamos que valores fundamentais se atualizam, não há como admitir haver um retrocesso dentro do arcabouço constitucional atual.

Com isso, sem risco de retrocesso, é salutar o valor fundamental que se procura dentro da Constituição Federal para preenchimento da cláusula aberta da exceção da *ordem pública* não estar engessado em um só ponto daquela. O uso de estrutura normativa aberta, observados parâmetros básicos de não retrocesso, permite a adaptação temporal da Constituição, conferindo-lhe longa vida e, por via de consequência, maior segurança jurídica.

Em suma, é na Constituição Federal brasileira que se encontram os valores norteadores do conceito de *ordem pública* para fins de incidência negativa da cláusula de barreira da insolvência transnacional. Na Constituição, somente os valores fundamentais do Estado Democrático de Direito servirão para o preenchimento dessa cláusula aberta de barreira. Os princípios fundamentais insertos entre os artigos 1.º e 4.º da Constituição certamente caracterizam esses valores fundamentais. Mas além do Título I é possível encontrar outros valores como o *devido processo legal*, a *motivação das sentenças* e outros que sejam identificados como padrão de avanço civilizatório a ser garantido.

CONCLUSÃO

Conforme foi defendido no presente trabalho, existe uma lógica orientadora da aplicação da exceção da ordem pública nas insolvências transnacionais – também conhecida como cláusula de barreira da ordem pública nas insolvências transnacionais.

A orientação central parte da premissa desenhada pela UNCITRAL na Lei Modelo, onde se busca efetiva **cooperação jurídica** entre as variadas jurisdições pelas quais uma empresa transnacional em dificuldade financeira está sujeita.

Essa cooperação permite uma otimização econômica dos ativos da empresa transnacional, equacionando de melhor maneira, noutro giro, seu passivo, criando-se, assim, melhores condições no trato da companhia em dificuldade, seja em termos de reorganização (recuperação judicial) seja de liquidação (falência).

A dificuldade prática ensejada pelo esboço da solução adotada na Lei Modelo foi a evidência de que cada jurisdição, no exercício de sua soberania, adota legislação própria que muitas vezes impõe tratamentos diversos a credores e até mesmo à própria devedora, gerando situações de injustiça e, pior que isso, não raro inviabilizando a reorganização ou a melhor liquidação possível para satisfação dos interesses do mercado e dos credores.

Um tratamento absolutamente equânime para esses casos, independentemente da legislação de cada um dos países, é verdadeira utopia – ou até mesmo uma distopia dependendo do ponto de vista da análise – de modo que outra solução era necessária.

Daí porque, repita-se, a saída foi justamente a adoção de instrumento baseado na cooperação (*comity*) jurídica entre as jurisdições, na qual a premissa é o

reconhecimento em uma jurisdição da eficácia de um processo de insolvência estrangeiro.

Ocorre que o reconhecimento de um processo estrangeiro equivale à concessão de eficácia (produção de efeitos jurídicos) a um ato jurídico processual produzido por outro estado.

A ideia, como vimos, não é nova. Sempre houve a necessidade, diante da natural necessidade humana de migração, de garantir que determinadas situações jurídicas estabilizadas no exterior contassem com o consentimento jurisdicional interno, emprestando ao ato força jurídica.

O próprio ato de concessão de eficácia interna a uma decisão judicial alienígena é ato de soberania – daí a necessidade de decisão judicial para reconhecimento do processo estrangeiro e não a simples e direta execução daquele internamente. Desse modo, temperando as correntes universalistas que buscavam a utópica jurisdição internacional nos processos de insolvência, para angariar adesão facilitada, incluiu-se no modelo de cooperação a cláusula de barreira da ordem pública.

Uma vez constatado pelo Poder Judiciário nacional – e somente nesses casos, diz a lei – que o processo estrangeiro de insolvência de alguma forma configura manifesta ofensa à ordem pública do País, poderá ser negada eficácia àquele ato jurídico processual alienígena.

Essa cláusula de exceção de não aplicação da cooperação, idealizada na Lei Modelo e internalizada no país pela Lei nº 14.112/2020, constitui, como se defendeu, por força do termo somente trazido na lei, elemento negativo de aplicação do instrumento da cooperação internacional,

Enquanto elemento negativo, deve ser avaliado, portanto, como efetiva exceção, analisado desta feita de forma **restritiva**. Não é correto compreender que qualquer injustiça ou avaliação geral com base na lei local seja suficiente para impedir a cooperação.

Além dessa função garantidora da cooperação como regra, também é possível vislumbrar uma dupla função na cláusula, qual seja, impedir retrocesso nacionalista na cooperação internacional nos casos de insolvência transnacional. Essa dupla função pode ser extraída diretamente dos elementos gramaticais somente e manifesta.

Quanto ao próprio conceito de ordem pública a orientar a aplicação negativa da cooperação internacional, chegou-se à conclusão no presente trabalho de que a tradição jurídica do Brasil e até mesmo a análise da jurisprudência dos EUA, maior economia do mundo e país que adotou a Lei Modelo em 2005, no *Chapter XV* de seu *Bankruptcy Code*, apontam para a necessidade de atrelar o alcance da *ordem pública* a elementos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Assim, não se trata de uma análise de justiça ou injustiça de decisão estrangeira, como se houvesse reavaliação meritória do processo externo. Trata-se, longe disso, de avaliação objetiva baseada em critérios concretos extraídos do processo que, de alguma maneira, ofendam de forma manifesta o padrão jurídico fundamental alcançado no país.

No Brasil, concluiu-se aqui pela necessidade de se atrelar, inicialmente, o conceito de *ordem pública* a valores expressos na Constituição Federal de 1988. Dentro da Constituição, inicialmente devem-se procurar esses valores no Título I, entre os artigos 1.º e 4.º, onde se encontram os princípios fundamentais, a independência dos três poderes, o objetivo do Estado Democrático de Direito e os valores internacionais adotados pelo país.

Todavia, concluiu-se também que limitar a procura dos valores fundamentais da sociedade brasileira ao Título I seria engessador e errado, pois outras normas fundamentais se encontram espalhadas pela Constituição, como o devido processo legal (que inclui transparência, imparcialidade e a necessidade de as decisões judiciais serem fundamentadas).

Concluiu-se, ainda, que a estipulação de uma posição aberta dentro da própria Constituição para fonte de valores fundamentais que preencham o conteúdo da *ordem pública* não traz qualquer prejuízo ou risco de retrocesso,

mostrando-se, ao contrário, solução eficaz que permite a fácil subsunção ao longo do tempo dos valores vigentes na sociedade frente à Carta Magna promulgada em 1988.

Pretende-se, com o desenho interpretativo aqui defendido da exceção da *ordem pública*, que o instrumento da insolvência transnacional proposto pela UNCITRAL e internalizado em nosso ordenamento pela Lei nº 14.112/2020 possa cumprir sua missão e, com isso, integrar definitivamente o Brasil no mercado internacional, gerando com essa segurança jurídica um ambiente favorável para os negócios, promovendo riqueza necessária para seu desenvolvimento humano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Academia Brasileira de Letras. Dicionário Escolar da Língua Portuguesa. 2ª edição. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008.

ARAUJO, Nadia D. *O Novo Código de Processo Civil e o Direito Internacional: Primeiras Reflexões sobre o Papel dos Tratados e as Novas Regras de Cooperação Internacional*. In *Direito Privado e Desenvolvimento Econômico. Estudos da Associação Luso-Alemã de Juristas (DLJV) e da Rede Alemanha-Brasil de Pesquisas em Direito do Consumidor*. Obra coordenada por Claudia Lima Marques e organizada por Stefan Grundmann, Christian Baldus, Claudia Lima Marques, Laura Schertel Mendes, Beate Gsell, Augusto Jaeger Jr., Rui Pereira Dias, Dario Moura Vicente. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2019. Página 105.

ARRUÑADA, Benito, RIP Doing Business, encontrado no endereço eletrônico <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-notariais-e-registrais/352730/rip-doing-business> – consultado em outubro de 2023

BAIRD, Douglas. Bankruptcy Uncontested Axioms, 108 Yale L.J. 1998.

BARROSO, Luís R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2019.

BASSO, Maristela B. *Curso de Direito Internacional Privado*. Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788597023060. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597023060/>.

BERCOVICI, Gilberto, *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. 2ª edição. São Paulo: Almedina, 2022.

BERCOVICI, Gilberto; ANDRADE, José Maria Arruda D. *A Concorrência Livre na Constituição de 1988*. In Filosofia e Teoria Geral do Direito. Homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior. Obra organizada por João Mauricio Adeodato e Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Quartier Latin, 2011. Página 449.

BERKOVICH, Ronit J e Olga F Peshko. *The High Burden to Satisfy the 'Manifestly Contrary to Public Policy' Standard of Chapter 15*, encontrado no link <https://globalrestructuringreview.com/review/restructuring-review-of-the-americas/2021/article/the-high-burden-satisfy-the-manifestly-contrary-public-policy-standard-of-chapter-15>

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada*. 16ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022

BEZERRA FILHO, Manoel Justino; TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles D; CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira; PUGLIESI, Adriana V. *Tratado de Direito Empresarial – Recuperação Empresarial e Falência – volume V*. 3ª edição. São Paulo: Thomson Reuters do Brasil, 2022.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos, Gonzalez, Lauro e Lucinda, Cláudio, *Crises financeiras nos anos 1990 e poupança externa*, consultado em abril de 2023, no endereço eletrônico <https://revistas.face.ufmg.br/index.php/novaeconomia/article/view/1030>

BRASIL, Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos: cooperação e matéria civil*. Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI). 3ª edição. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

BRITTO, Carlos Ayres. *O Humanismo como categoria Constitucional*. 4ª reimpressão. Belo Horizonte: Forum, 2020.

CAVALI, Cassio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 14. Ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

COMPARATO, Fabio Konder. *A Civilização Capitalista*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014. COMPARATO, Fabio Konder e Calixto Salomão Filho. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

COSTA, Daniel Carnio. *Recuperação judicial de empresas: as novas teorias da superação do dualismo pendular e a divisão equilibrada de ônus*. In *Revista Justiça e Cidadania*, edição 207, publicada em 20/11/2017. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/recuperacao-judicial-deempresas-as-novas-teorias-da-divisao-equilibrada-de-onus-e-da-superacao-do-dualismo-pendular/> brasileiro.

COSTA, Daniel Carnio. *O sistema de insolvência transnacional no direito brasileiro*. In *Recuperação Empresarial e Falência: Diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. Coordenação Daniel Carnio Costa, Flávio Tartuce, Luis Felipe Salomão – 1 ed – Barueri/SP, Atlas, 2021.

COSTA, Daniel Carnio. *Os Impactos do PL 6.229/05 na Insolvência Transnacional*. Inseto na obra coletiva *Análise de Impacto Legislativo na Recuperação e Falência*, obra que contou com a coordenação acadêmica do ministro Luís Felipe Salomão e Flavio Galdino. Rio de Janeiro: Editora J & C, 2020. Páginas 79 a 99.

COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Nasser D. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*, 3ª edição, Curitiba: Juruá, 2022, página 461.

COSTA, Daniel Carnio e Coelho; COELHO, Cristiano de Castro Jarreta. *A aplicação no Brasil da cláusula de barreira da ordem pública em insolvência transnacional – Artigo 167-A, § 4.º da Lei nº 11.101/2005, introduzido pela Lei nº 14.112/2020*, que fez parte da obra coletiva coordenada por COSTA, Daniel Carnio, SISTEMA BRASILEIRO DE INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL, Curitiba, Editora Juruá, 2022.

COSTA, Daniel Carnio; REZENDE, Frederico A. O. D. *The New Brazilian Bankruptcy Law (14.112/2020) and Cross-Border Insolvency Framework*. Revista INSOL WORLD. The Quarterly Journal of INSOL International. Primeiro Trimestre de 2021. Página 27 < <https://www.insol.org/>>.

COSTA, Daniel Carnio; RODRIGUES FILHO, João Oliveira. *Prática de Insolvência Empresarial*. Curitiba: Juruá, 2019.

COSTA, Daniel Carnio; SESTER, Peter Ch. *Cross-border Insolvency and Recovery Proceedings*. Curitiba: Juruá, 2023.

COUTINHO, Diogo R. *Direito, Desigualdade e Desenvolvimento*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013

CROCCO, FABIO WEINBER, *When a deference makes a difference: The Role of U.S. Courts in Cross-Border Bankruptcies*, encontrado no link <https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/media/Weinberg%20Crocco%2C%20Fabio%20-%20When%20Deference%20Makes%20a%20Difference%20-%20The%20Role%20of....pdf>.

DI PETRO, Maria Sylvia Zanella; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Tratado de Direito Administrativo V – Teoria Geral e Princípios do Direito Administrativo*. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters do Brasil, 2019.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Função Social das Empresas Transnacionais em face do Direito Ambiental Constitucional Brasileiro*. Rio de Janeiro; Editora Lumen Juris, 2022.

FORGIONI, Paula A; *Análise Econômica do Direito: Paranoia ou Mistificação?* in Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, v. 77, páginas 35/71 - ANO 2006.

FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GADELHO JUNIOR, Marcos Duque. *Reflexões sobre os multifacetados vetores da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2022.

GAJARDONI, F. F., Dellore, L., Roque, A. V., , e. a. (2022). *Comentários ao Código de Processo Civil, 5ª*. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

GUERRA, Alexandre. *Princípios da Conservação dos Negócios Jurídicos. A eficácia jurídico-social como critério de superação das invalidades negociais*. São Paulo: Almedina, 2016.

GUIMARÃES, Marcio Souza. *Insolvência Transnacional – Princípios. In Recuperação de Empresas e Falência: Diálogos Entre a Doutrina e a Jurisprudência*. Obra coordenada por SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flavio; COSTA, Daniel Carnio.

HABERMAS, Jürgen; RATZINGER, Joseph. *Dialética da Secularização. Sobre razão e religião*. São Paulo: Editora Ideias & Letras, 2020.

HUBERMAN, Leo. *História da Riqueza do Homem*. 22ª edição. Rio de Janeiro: LTC – GEN Grupo Editorial Nacional, E-book, 2010.

JACKSON, Thomas H. Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements, and the Creditor's Bargain, 91 Yale L.J. 1982.

JOOHO LEE, Justice and Bounded Moral Rationality in Bankruptcy, 50 Creighton L. Rev. 333. 2017.

KOROBKIN, R. Donald. Contractarianism and the Normative Foundations of Bankruptcy Law, 71. Tex, L., Rev. (1993)

LANGEN, Julia Tamer. *A Lei Modelo da UNCITRAL e a Disciplina da Insolvência Transnacional no Brasil*. Dissertação de Mestrado na USP. 2020. Encontrada no endereço < <https://repositorio.usp.br/item/003024167>> consultado em 09.7.2023.

LOMBARDI, Benjamim G.; BLAIN, Peter C. *United States: Substantive Consolidation: Adding Assets to the Bankruptcy Pot.* Disponível em: <http://www.mondaq.com/unitedstates/x/286042/Insolvency+Bankruptcy/SubstantiveConsolidation+Adding+Assets+To+The+Bankruptcy+Pot>, acesso em 09.07.2023

LOPUCKI, Lynn M., The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy. Encontrado no endereço eletrônico <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2795&context=mlr>, Acesso em 15.12.2023.

MAXIMILIANO, Carlos, *Coleção Fora de Série - Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 23rd edição. São Paulo: Grupo GEN, 2021.

MARTINS-COSTA, Judith; Costa e Silva, Paula. *Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação. Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

MEDAUR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 23ª edição. Belo Horizonte: Editora Forum, 2023.

MELO, João Manuel Cardoso D. *O Capitalismo Tardio* – encontrado no link <https://www.eco.unicamp.br/images/publicacoes/Livros/teses/O%20capitalismo%20tardio.pdf>, consultado em março de 2023.

MELLO, Celso Antonio Bandeira D. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Gilmar F; BRANCO, Paulo Gonet. *Série IDP - Linha Doutrina - Curso de direito constitucional*. 15ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2020

MIRAGEM, Bruno; Teoria Geral do Direito Civil; Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021. p. 91.

MORAES, Alexandre D. *Direito Constitucional*. 39ª. São Paulo: Grupo GEN, 2023.

NERY, Rosa Maria de Andrade Nery; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de Direito Civil. Volume II. Contratos*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2016.

NUSDEO, Fabio. *O Direito Econômico Centenário: um 'vol d'oiseau' sobre o passado e algumas perspectivas para o futuro*. In Filosofia e Teoria Geral do Direito. Homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior. Obra organizada por João Mauricio Adeodato e Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Quartier Latin, 2011, página 397.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias D. *Soft Law e Direito Privado Estrangeiro: fontes úteis aos juristas brasileiros* – encontrado no link: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-direito-privado-estrangeiro/380100/soft-law-e-direito-privado-estrangeiro-fontes-uteis-aos-juristas>, consultado em outubro de 2023.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil*. rev. e atual. 33ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020, v.I.

PERLINGIERI, Pietro; O Direito Civil na Legalidade Constitucional; Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Bookseller, 2021.

PUGLIESI, Adriana Valéria. *Direito Falimentar e Preservação de Empresa*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998. V. 1.

RUGGIE John Gerard. *Quando negócios não são apenas negócios – as corporações multinacionais e os direitos humanos*, de John Gerard Ruggie, São Paulo: Planeta Sustentável, 2014, encontrada no formato eletrônico.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica. Princípios e Fundamentos Jurídicos*. 3ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. 1ª edição ampl. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2021.

SATIRO, Franciso. *Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial*. *In* Direito Empresarial e outros estudos de direito em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro. Obra organizada por CASTRO, Rodrigo R. Monteiro D.; WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge; GUERREIRO, Carolina Tavares. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

SAYEG, Ricardo e BALERA, Wagner; *O Capitalismo Humanista – Filosofia Humanista de Direito Econômico*; São Paulo: KBR Editora Digital, 2011.

SILVA, VIRGÍLIO AFONSO da. *Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico*, Disponível em <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2005-Interpretacao_e_sincretismo.pdf>. Acesso em 31.07.2021.

SILVERMAN, Ronald. *Advances in Cross-Border Insolvency Cooperation; the UNCITRAL MODEL LAW on cross-border insolvency*. ILSA JOURNAL OF INTERNATIONAL & COMPARATIVE LAW., v. 6, n. 265

SCHEPPELE, Kim Lane; Waldron, Jeremy. *Contractarian Methods in Political and Legal Evaluation*. 3 Yale: J.L & Human, 1991.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral*. 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Cecilia Bodin D. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Volumes 1 e 2.

THE WORLD BANK. *Principles for effective insolvency and creditor/debtor regimes*. World Bank Group Insolvency & Debt Resolution Technical Assistance Program, Revised, 2015.

UNCITRAL – United Nations Commission on International Trade Law. *Legislative Guide on Insolvency Law*. United Nations Publication. New York, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Interpretação da Lei e de Precedentes – Civil Law e Common Law*. In Filosofia e Teoria Geral do Direito. Homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior. Obra organizada por João Mauricio Adeodato e Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Quartier Latin, 2011. Página 1061.

WARREN, Elizabeth. *Bankruptcy Policy (1987)*. University of Chicago Law Review: Vol. 54: Iss. 3, Article 1. Consultado no endereço <<https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol54/iss3/1/>> em 12.10.23.

WATSON, Alan. *From Legal Transplants to Legal Formants*. Encontrado no <https://heinonline.org> . Download realizado em 23.03.2022.

WESSELS, Bob; MARKELL, Bruce; KILBORN, Jason. *International Cooperation in Bankruptcy and Insolvency Matters*. Oxford University Press: New York, 2009, p.12.

WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil*. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

WILLIAMSON, Oliver. *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: The Free Press, 1985.

WORLD BANK GROUP. *Doing Business: Medindo a regulamentação do ambiente de negócios*. Classificação das Economias. Disponível em: <https://portugues.doingbusiness.org/pt/rankings>. Acesso em 12.10.2023.

ZINGALES, Luigi; *A Capitalism for The People – Recapturing the Lost Genius of American Prosperity*; New York: BASIC BOOKS, 2012; p. 212.

ZUBOFF, Shoshana. *A Era do Capitalismo de Vigilância*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.