

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 9

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

Rio de Janeiro
julho / dezembro de 2012

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares; Prof. Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski, Prof. Sérgio Murilo Santos Campinho e Prof. Valter Shuenquener de Araújo).

Coordenação: Sérgio Murilo Santos Campinho e Mauricio Moreira Mendonça de Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Arnoldo Wald (UERJ), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Leonardo Greco (UERJ), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse 1 e Centre de Droit des Affaires de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg), Sérgio Murilo Santos Campinho (UERJ), Théophilo de Azeredo Santos (UNESA) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Pinto, Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Rosany Fagundes, Valter Shuenquener de Araújo e Viviane Perez

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

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

Revista semestral de direito empresarial. — nº 9 (julho/dezembro 2012)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-
v.

UERJ
Campinho Advogados
Bocater, Camargo, Costa e Silva Advogados Associados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

A FALÊNCIA DECRETADA NO EXTERIOR COMO FATO NO BRASIL

[TÍTULO EM LÍNGUA ESTRANGEIRA]

*Daniel Gruenbaum*¹

Resumo: O presente artigo cuida dos efeitos de fato ou eficácia material da sentença estrangeira de falência. Conclui-se que, como ato jurisdicional, a eficácia da sentença estrangeira de falência depende de prévia homologação pelo Superior Tribunal de Justiça. Como fato jurídico, contudo, sua eficácia (eficácia material ou eficácia como fato) só depende do que dispuser a norma material aplicável pelo juiz brasileiro ao caso.

Sommaire: Cet article est consacré aux effets de fait où efficacité matérielle dun jugement étranger de faillite. On conclut qu'entant qu'acte juridictionnel, lefficacité du jugement étranger de faillite dépend de ce que lexequatur soit accordé par le Superior Tribunal de Justiça. En tant que fait juridique, cependant, son efficacité (effet de fait ou efficacité matérielle) ne dépende que de la règle de droit applicable en l'espèce par le juge.

¹ Agradeço à Professora Carmen Tiburcio e à doutora Marcela Harumi pelas discussões e comentários a versões anteriores do texto. O artigo é dedicado à memória e admirável tirocínio empresarial de Samuel Podval.

Palavras-Chave: Falência. Direito Internacional Privado. Homologação de sentença estrangeira. Efeito de fato. Eficácia material.

Mots-Clet: Faillite. Droit international privé. Reconnaissance des jugements étrangers. Effet de fait. Efficacité matérielle.

SUMÁRIO: Introdução. I. Falência estrangeira como ato jurisdicional. I.1. Reconhecimento automático. I.2. Reconhecimento por homologação. II. Falência estrangeira como fato jurídico. II.1. Fundamentos. II.2. Lei aplicável. II.3. Efeitos de fato e homologação da sentença estrangeira. II.4. Exemplos no Direito brasileiro. III. Conclusão.

Introdução

Em que medida falência decretada no exterior produz no Brasil certas consequências jurídicas mesmo antes e independentemente de homologação da sentença estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça? Dessa questão se ocupa o presente artigo. Para ilustrar do que se tratará, pode-se desde já questionar se, antes e independentemente de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, a falência do devedor decretada no exterior acarretaria, por exemplo, o vencimento antecipado de obrigação (art. 333, I do Código Civil (CC), art. 77 da Lei n.º 11.101/05), impediria que seu fiador gozasse do benefício de ordem (art. 828, III CC) ou autorizaria o vendedor a sobrestar a entrega da coisa (art. 495 CC) ou o afiançado a exigir a substituição do fiador (art. 826 CC). Ou ainda – sempre antes e independentemente de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça –, se a falência do sócio decretada no exterior acarretaria sua exclusão de pleno direito de sociedade simples (art. 1.030, parágrafo único CC).

A resposta para essas perguntas depende de uma distinção fundamental entre dois perfis de uma sentença estrangeira de falência: como ato jurisdicional estrangeiro (I) e como simples fato jurídico (II).

I. Falência estrangeira como ato jurisdicional

Em razão da relativa independência e autonomia dos sistemas jurídicos, para que os efeitos próprios a um ato jurisdicional sejam sentidos em um sistema jurídico diverso daquele onde proferido, é preciso que tal ato seja aceito por esse outro sistema jurídico. Essa aceitação tradicionalmente recebe o nome de reconhecimento e, conforme o país, pode ocorrer segundo variados modelos.² Dois são os mais frequentes: o reconhecimento automático (*ope legis*) (I.1) e o reconhecimento por homologação (*ope judicis*) (I.2).

I.1. Reconhecimento automático (*ope legis*)

De acordo com o primeiro modelo, o reconhecimento no foro nacional de falência decretada no exterior ocorre automaticamente – isto é, independentemente de prévia decisão judicial (ou de algum outro órgão) – desde que satisfeitos os pressupostos previstos pelo direito do foro. Fala-se, então, em reconhecimento automático, de plano ou *ope legis*.³

Esse modelo é adotado em alguns sistemas, como no direito da União Europeia (direito comum europeu), segundo o qual uma falência decretada em um Estado-membro é reconhecida em todos os

2 Note-se desde já que esses modelos não implicam, por si só, quais serão os pressupostos para o reconhecimento, tampouco qual a extensão e a lei aplicável aos efeitos da falência – matéria sujeita a grande variação mesmo entre os sistemas que seguem um mesmo modelo – alguns aplicando, como regra, o direito do foro estrangeiro onde aberta a falência (*lex fori concursus*), outros o direito nacional (*lex fori*), outros uma combinação do direito estrangeiro para algumas matérias e o direito nacional para outras –, mas apenas se o reconhecimento depende ou não de prévia manifestação de algum órgão do foro onde requerido.

3 Automático não significa, porém, que não haja pressupostos para tanto, tampouco que todos os efeitos da sentença estrangeira sejam sempre aceitos. Significa apenas que o reconhecimento independe de manifestação prévia de algum órgão do foro nacional e que qualquer juiz ou autoridade pode conhecer dos efeitos da sentença estrangeira de falência, decidindo incidentalmente sobre a satisfação dos pressupostos do reconhecimento.

outros Estados-membros sem necessidade de procedimento especial.⁴ O mesmo ocorre, de forma notável, no direito alemão, aplicável às sentenças não abarcadas pelo regime comum europeu. Com efeito, a Lei de Falências alemã (*Insolvenzordnung* – InsO), na sequência de célebre orientação jurisprudencial⁵, determina que a sentença estrangeira de falência é reconhecida independentemente de processo especial (§ 343 I InsO), produzindo efeitos automaticamente, ou seja, sem necessidade de processo especial.⁶ Para tanto, a sentença estrangeira deve, essencialmente, e independentemente de reciprocidade⁷, (i) ter sido decretada por juízo que, à luz do direito alemão, seja internacionalmente competente (§ 343 I 1 InsO)⁸ e (ii) não produzir resultado manifestamente contrário à ordem pública internacional (§343 I 2 InsO).

4 Regulamento (CE) nº 1346/2000 do Conselho, de 29 de Maio de 2000, relativo aos processos de insolvência, *Jornal Oficial*, nº L 160 de 30.6.2000, p. 1-18, consid. 22, art. 16 (1) e art. 17 (1). O Regulamento não se aplica à Dinamarca.

5 Bundesgerichtshof (BGH) 11.7.1985 – IX ZR 178/84, *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* (BGHZ) 95, 256 = *Neue Juristische Wöchenschrift* (NJW) 1985, 2897 (abandonando antiga jurisprudência e afirmando que “a abertura de concurso no exterior também abarca o património situado na Alemanha”).

6 Já assim expressamente a exposição de motivos da lei que acrescentou o dispositivo. Veja-se Deutscher Bundestag, *Drucksache* 15/16 (25.10.2002), disponível em <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/15/000/1500016.pdf>, p. 21 (explicando que o § 343 I 1 reproduz o princípio dominante do direito da falência internacional alemão do reconhecimento automático, de modo que a abertura de um processo de falência estrangeiro implica que este diretamente, ou seja, sem necessidade de um processo especial de reconhecimento, produz efeitos na Alemanha).

7 BGH 27.05.1993 – IX ZR 254/92, BGHZ 122, 373, 375 (“A reciprocidade não é pressuposto do reconhecimento”); BGH 14.11.1996 – IX ZR 339/95, BGHZ 134, 79, 90 (“A reciprocidade pode de fato ser duvidosa com relação à Noruega [...]. Isso, porém, não impede o reconhecimento na Alemanha”). Isso é diferente do que ocorre com o reconhecimento de sentenças estrangeiras em matéria civil e comercial, em que se exige reciprocidade (§ 328 I 5 *Zivilprozessordnung* – ZPO).

8 Trata-se do chamado princípio do espelho (Spiegelbildprinzip), pelo qual o direito alemão entende por legítima a competência internacional do juiz estrangeiro na medida e dentro dos limites em que a atribui aos seus próprios tribunais. Veja-se, a respeito da falência, SCHACK, Haimo. *Internationales Zivilverfahrensrecht*. 5ª ed.

Um bom exemplo de aplicação do regime alemão foi dado com o reconhecimento da decisão da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo que deferiu o processamento da recuperação judicial da Varig Logística S.A.⁹ Tratava-se, na espécie, de reclamação trabalhista ajuizada na Alemanha por credor habilitado no processo brasileiro. A reclamação foi rejeitada pelo tribunal do trabalho de Frankfurt am Main¹⁰, ao argumento de que o autor não poderia buscar a satisfação de seu crédito paralelamente nos dois países, porque isso prejudicaria os demais credores habilitados no processo de recuperação. E, em grau de recurso, em acórdão do Tribunal Regional Trabalho de Hessen, em cuja ementa se lê o seguinte:

(1) O processo de recuperação brasileiro é um processo de insolvência no sentido do art. 343, §1º da Lei de Falências. (2) De acordo com o direito brasileiro, todos os credores devem habilitar seus créditos no processo de recuperação. (3) Se um processo estrangeiro de insolvência for reconhecido no foro nacional, então todos os credores locais devem habilitar seus créditos no processo estrangeiro de acordo com as formas e prazos lá vigentes. Uma ação judicial é inadmissível no foro nacional.¹¹

O acórdão é interessante por diversos aspectos. Mas, para ilustrar o modelo de reconhecimento automático de sentenças estrangeiras de falências em vigor no direito alemão, basta ressaltar o trecho do parágrafo 66 da fundamentação, em que o Tribunal Regional do Trabalho de Hessen afirmou:

9 Processo nº 0121755-70.2009.8.26.0100.

10 Arbeitsgericht Frankfurt am Main 24.8.2012 – 11/18 Ca 4843/08, não publicado.

11 Landesarbeitsgericht Hessen 4.8.2011 – 5 Sa 1550/10, *Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht (ZInsO)* 29/2012, p. 1333, também disponível em <http://www.rechtsprechung.hessen.de> ou <http://openjur.de/u/307589.html>.

O reconhecimento da abertura do processo estrangeiro de insolvência significa em particular que ele produz diretamente no foro interno – isto é, sem um processo especial de reconhecimento – os efeitos que lhe são atribuídos pelo direito aplicável à falência (art. 335 da Lei de Falências).

I.2. Reconhecimento por homologação

Já de acordo com o segundo modelo, o reconhecimento dos efeitos de sentença estrangeira de falência depende de prévia manifestação de algum órgão do foro nacional, não ocorrendo automaticamente pela simples satisfação dos pressupostos previstos pelo direito desse foro. Diz-se, então, que se trata de reconhecimento por homologação¹² ou *ope judicis*.

Esse modelo é seguido, por exemplo, pelo direito espanhol¹³, francês¹⁴ e suíço¹⁵, bem como no direito brasileiro. Com efeito, como

12 Em alguns países, a homologação é chamada de *exequatur*. No Brasil, porém, *exequatur* é o nome tradicionalmente dado à decisão que defere a diligência solicitada por carta rogatória. Veja-se, por exemplo, art. 2º da Resolução nº 9, de 4.5.2005, da Presidência do Superior Tribunal de Justiça, a respeito da qual, ARAUJO, Nadia de (Coord.). *Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça. Comentários à Resolução nº 9/2005*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

13 Art. 220 da Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE nº 164, de 10 de julio de 2003, p. 26905) (“mediante el procedimiento de exequátur”). O título IX da Ley Concursal espanhola é inteiramente dedicado às normas de direito internacional privado. Para um exemplo de aplicação do dispositivo no reconhecimento na Espanha da falência do Lehman Brothers International Europe na Inglaterra, veja-se Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid, j. 4.7.2009 – Auto nº 211/2009, Recurso nº 569/2008, ROJ: AJM 41/2009, disponível em <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>.

14 Entre muitos anteriores, Cour de cassation, 1^{er} chambre civil (Cass. 1^{er} civ.) 28.3.2012 – Nº 11-10.639, *Revue des sociétés*, 2012, p. 400 = *Bulletin d'information de la Cour de cassation* (BICC) v. 765 (1.7.2012), Arrêt no. 896, disponível em http://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/Bicc_765.pdf (“Na falta de exequatur, uma decisão de liquidação judicial proferida no exterior não pode produzir na França nenhum efeito de suspensão das ações individuais”). No mesmo sentido, AUDIT, Bernard. *Droit international privé*. 6ª ed. Paris: Economica,

explicado pela doutrina¹⁶ e confirmado pelos tribunais¹⁷, os efeitos de falência decretada no exterior só serão sentidos no Brasil se e depois que a respectiva sentença estrangeira for homologada pelo Superior Tribunal de Justiça.¹⁸ Como antes da homologação a sentença estrangeira de falência é ineficaz no sistema jurídico nacional – ou seja, não produz nenhum de seus efeitos declaratórios, constitutivos ou condenatórios, tampouco seu conteúdo goza da autoridade de coisa julgada –, o falido no exterior continua *in bonis* no país.¹⁹

2010, parágrafo 793; BUREAU, Dominique / WATT, Horatia Muir. *Droit international privé*. t. II. 2ª ed. Paris: PUF, 2010, parágrafo 1090.

15 Art. 166, §1º da Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP); Tribunal fédéral 6.3.2008, *Recueil officiel des Arrêts du Tribunal Fédéral* (ATF) 134 III 366, 373 (afirmando que uma sentença estrangeira de falência não pode ser reconhecida incidentalmente, mas apenas a título principal); Tribunal fédéral 23.9.2008, ATF 135 III 40, 44 (afirmando que “não se trata da extensão direta da falência estrangeira sobre o território suíço, mas antes de uma espécie de cooperação jurídica em favor de um processo estrangeiro”). Veja-se, para outros exemplos de aplicação do dispositivo, Tribunal fédéral 10.10.2011, ATF 137 III 517 (acerca do pressuposto da reciprocidade, afirmando que a Finlândia a acorda); Tribunal fédéral 6.10.1999, ATF 126 III 101 (afirmando que não é necessário que o julgamento estrangeiro de falência tenha força de coisa julgada, bastando que seja executório no Estado em que proferido).

16 Assim, por exemplo, VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1955, nº 1.235, p. 85 (“A homologação não é somente necessária para os atos de execução, senão ainda para que a sentença declaratória de falência comece a produzir os seus efeitos regulares”).

17 STJ, j. 19.4.1994, RESP 19.263, Rel. Min. Antonio Torreão Braz, *LEXSTJ* 65/113 = *RSTJ* 76/143 (“A sentença estrangeira que declara a falência de empresa comercial só tem eficácia no Brasil depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal, de acordo com as disposições legais em vigor”); STJ, j. 28.5.1996, RESP 15.708, Rel. Min. Paulo Costa Leite, *RT* 741/207 (“Sentença estrangeira declaratória de falência só tem eficácia no Brasil depois de homologada pelo STF”). Para precedentes mais antigos, veja-se, com vastas referências, OCTAVIO, Rodrigo. *Dicionário de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1933, p. 159-165.

18 Sobre a extensão da competência do Superior Tribunal de Justiça para o processo de homologação, veja-se TIBURCIO, Carmen, As Inovações da EC 45/2004 em Matéria de Homologação de Sentenças Estrangeiras. In: *Temas de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 191.

19 De forma similar, embora centrados na sorte do estabelecimento empresarial, FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. vol. 15. São Paulo: Saraiva, 1966, nº 4247, p. 613 (afirmando a respeito da falência no exterior de titular de estabelecimento no Brasil que “[o]

Tem-se, então, uma pessoa jurídica manca, uma sociedade claudicante – falida no exterior, não falida no Brasil.²⁰ Relações jurídicas mancadas (*binkende Rechtsverhältnisse, limping legal relationships, rapports juridiques boiteuses*) surgem sempre que uma mesma relação jurídica é válida em um sistema, mas inválidas em outro, ou quando, embora válida em ambos, possui diferentes efeitos em cada um.²¹ O fenômeno não é inteiramente estranho ao direito societário: um caso bastante conhecido ocorre quando uma sociedade, apesar de personificada e regular à luz do direito do foro onde constituída, é qualificada como sociedade irregular e despersonificada à luz do direito do foro onde sua administração tem sede efetiva, com a consequência de que os sócios gozam de responsabilidade limitada à luz do direito do primeiro país, mas são ilimitadamente responsáveis pelas dívidas da sociedade à luz do direito do segundo país.²²

titular dêste, destarte, a despeito de falido no lugar daquele estabelecimento matriz, não será, só por falido no estrangeiro, falido no Brasil [...]”; VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1955, nº 1.230, p. 82 (“Pode ainda acontecer que o seja [falido] no país onde funciona a casa matriz e aqui continue *in bonis*”). Veja-se também CAMPINHO, Sérgio. *O Direito de Empresa à Luz do Novo Código Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 272-273.

20 Relembre-se aqui a distinção entre o falido e as sociedades de que eventualmente seja sócio, especialmente importante quando a falida no exterior for sociedade estrangeira controladora de sociedade nacional: ainda que haja a homologação da sentença estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça, falida será a sociedade-mãe, e não a sociedade-filha. A menos, por óbvio, que a decretação da falência no exterior tenha abarcado ambas sociedades e se venha a entender – o que é altamente controverso e não precisa ser resolvido aqui – que tal sentença estrangeira poderia ser homologada sem restrição ao capítulo relativo à sociedade nacional.

21 Com mais referências e exemplos, GRUENBAUM, Daniel. Foreign Surrogate Motherhood: mater semper certa erat, *American Journal of Comparative Law* vol. 60 (2012), p. 475, esp. p. 500-502.

22 Veja-se, por exemplo, BGH 27.10.2008 – II ZR 158/06, NJW 2009, 289, parágrafo (I)(1)(c) (considerando uma companhia validamente constituída segundo o direito suíço como despersonalizada na Alemanha, onde sua administração tinha sede, com a consequência de que seus acionistas, embora gozassem de responsabilidade limitada na Suíça, seriam pessoal e ilimitadamente responsáveis pelas dívidas sociais na Alemanha).

Sociedades claudicantes são por vezes inevitáveis e, no caso específico da falência, são consequência direta do modelo de reconhecimento por homologação adotado no Brasil, que privilegia os interesses dos credores locais e protege as sociedades nacionais de ações de credores no exterior. Embora bastante tradicional e adotado desde a época do Império²³, o modelo tem o inegável potencial para, até que a sentença estrangeira seja homologada, cindir a unidade do patrimônio do devedor, frustrar eventual universalidade do concurso reclamada pelo direito do foro onde processada a falência e, especialmente, desbalancear a paridade entre os credores do falido (*par conditio creditorum*). De fato, a necessidade de prévia homologação confere certa vantagem aos credores locais, que poderão aproveitar a seu favor o tempo entre a decretação da falência no exterior e o reconhecimento da sentença no Brasil para obter a satisfação de seu crédito.²⁴

Neste caso, contudo, devem os credores avaliar o risco de serem obrigados a restituir à massa o que obtiverem no país fora da execução concursal estrangeira. Isso pode vir a ocorrer por, no mínimo, dois motivos. Primeiro, caso se entenda – o que é controverso e não precisa ser aprofundado aqui – que, uma vez homologada no Brasil, a sentença estrangeira de falências produziria efeitos desde a sua prolação no exterior. Segundo, caso o direito do foro estrangeiro onde aberta a falência considere que a execução individual brasileira proporcionou enriquecimento sem causa que deve ser restituído pelo credor à massa ou ao síndico, ainda que a falência não tenha sido reconhecida no País. Tal dever de o credor restituir o obtido em prejuízo da massa é expressamente previsto em falências regidas pelo

23 Veja-se com mais referências, VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. v. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, p. 40-44.

24 No mesmo sentido, VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1955, nº 1.235, p. 85 (“O sistema da unidade ou universalidade da falência sofre um rude golpe, pois, no intervalo que vai da sentença da falência à sua homologação pelo Supremo Tribunal Federal, continuam devedor e credores locais, como iremos ver, com a faculdade de praticar atos que influem na solução final da falência”).

direito alemão²⁵, espanhol²⁶, holandês²⁷ e pelo direito europeu comum²⁸, mas talvez não em falências regidas pelo direito francês²⁹.

25 Assim expressamente § 342 I InsO (“Se um credor no processo de insolvência obtiver, por execução judicial, por prestação do devedor ou por qualquer outro meio, às custas dos bens envolvidos no processo de falência, algo a partir dos bens que não estão situados no estado onde aberto o processo, ele deverá devolver o que obteve ao administrador da falência. Os dispositivos a respeito do enriquecimento sem causa aplicam-se no que couber”). E, mesmo antes de dispositivo expresse, ainda na vigência da lei anterior, BGH 13.07.1983 – VIII ZR 246/82 (“Sparkassenfall”), BGHZ 88, 147 = NJW 1983, 2147 (afirmando na ementa que “[s]e um credor concursal doméstico de um processo concursal doméstico, por meio de execução no exterior, obtém bens do falido lá situados que pertenciam à massa, então ele deve, em razão de enriquecimento sem causa, devolvê-los ao síndico”). Para o estado do direito alemão na vigência da lei anterior, veja-se SPAHLINGER, Andreas. *Sekundäre Insolvenzverfahren bei grenzüberschreitenden Insolvenzen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998, p. 140-146. Para o atual estado, entre muitos outros, HESS, Harald. *Insolvenzrecht: Großkommentar*. Band II. Heidelberg: C.F. Müller, 2007, § 342 parágrafo 4-11; SCHACK, Haimo. *Internationales Zivilverfahrensrecht*. 5ª ed. München: C.H. Beck, 2010, parágrafo 1174; STEPHAN, Guido. In: *Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung*. 4ª ed. Heidelberg: C.F. Müller. 2006, § 342 parágrafo 5-10.

26 Art. 218, §1º da Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (“El acreedor que, tras la apertura de un concurso principal en España, obtuviera un pago total o parcial de su crédito con cargo a bienes del deudor situados en el extranjero o por la realización o ejecución de los mismos deberá restituir a la masa lo que hubiera obtenido, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 201. En el caso de que dicho pago se obtuviera en un procedimiento de insolvencia abierto en el extranjero, se aplicará la regla de imputación de pagos del artículo 229”). Salvo se a execução individual no exterior tiver sido autorizada pelo juiz espanhol, nos termos do art. 218, §2º (“Cuando el Estado donde se hallaren os bienes no reconociera el concurso declarado en España o las dificultades de localización y realización de esos bienes así lo justificaren, el juez podrá autorizar a los acreedores a instar en el extranjero la ejecución individual, con aplicación, en todo caso, de la regla de imputación prevista en el artículo 229”).

27 Veja-se VEDER, Michael. *Cross-Border Insolvency Proceedings and Security Rights*. The Hague: Kluwer, 2004, p. 141-156, explicando em detalhes o art. 203 da Lei de Falência holandesa (*Failissementswet*), assim por ele vertido para o inglês: “A creditor who after the declaration of bankruptcy has recovered his claim separately, either in whole or in part, from goods situated abroad of a debtor declared bankrupt in the Netherlands, which are not subject to a priority right in his favour, must pay the amount so recovered into the estate”.

28 Art. 20, §1º do Regulamento (CE) nº 1346/2000 (“Qualquer credor que, após a abertura de um processo referido no nº 1 do artigo 3º, obtiver por qualquer meio, nomeadamente com carácter executório, satisfação total ou parcial do seu crédito com base nos bens do devedor situados no território de outro Estado-Membro, deve restituir ao síndico o que tiver obtido, sob reserva do disposto nos artigos 5º e 7º). Mas é improvável – diante da referência do texto a “situados no território de outro Estado-Membro” – que o dever de restituição previsto no Re-

II. Falência estrangeira como fato jurídico

Viu-se que a homologação é pressuposto da eficácia da sentença estrangeira no Brasil, ou seja, de seus efeitos sentenciais e da autoridade de seu conteúdo. Dela não depende, porém, a sua existência ou validade, as quais estão sujeitas exclusivamente ao que dispuser o direito do foro onde proferido o julgado estrangeiro. Por isso, além de ser um ato jurisdicional, a sentença de falência também pode ser analisada como fato jurídico. Disso se ocupam os próximos itens, que cuidarão dos fundamentos dos efeitos de fato **(II.1)**, da lei que lhes é aplicável **(II.2)**, da necessidade ou não de homologação **(II.3)** e de alguns exemplos **(II.4)**.

II.1. Fundamentos

Uma sentença estrangeira não homologada ou cuja homologação tenha sido denegada não é ato inexistente ou inválido no Brasil, mas apenas um ato ineficaz.³⁰ Afinal, como já se ressaltou com

gumento também se aplique se o credor se satisfizer com bens situados fora do território de um Estado-membro (por exemplo, no Brasil). Nesse caso, o dever de restituição dependerá do que dispuser o direito autônomo do foro onde aberto a falência e não do art. 20, §1º do Regulamento. Nesse sentido, VIRGÓS, Miguel / GARCIMARTÍN, Francisco. *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*. The Hague: Kluwer, 2004, parágrafo 463; RIEDEMANN, Susanne. In: PANNEN, Klaus (ed.). *European Insolvency Regulation*. Berlin, De Gruyter, 2007, Art. 20, parágrafo 12; DUURSMA-KEPPLINGER, Henriette-Christine / CHALUPSKY, Ernst. In: DUURSMA-KEPPLINGER, Henriette-Christine / DUURSMA, Dieter / CHALUPSKY, Ernst. *Europäische Insolvenzverordnung: Kommentar*. Wien: Springer, 2002, Art. 20, parágrafo 16.

29 Cour d'appell de Versailles, 20.3.2008 – BNP Paribas Suisse c. M. Chavane de Dalmassy ès qualités, *Revue critique de droit international privé* (Rev. crit. DIP) 2008, p. 649, note Louis d'Avout (cassando decisão do Tribunal de comércio de Versalhes que condenara a sociedade BNP Paribas Suisse a reembolsar ao síndico da SAS Neil & Man a quantia equivalente a US\$200.000, recebida da falida na Suíça após a declaração da quebra na França, porque, segundo a CA, a universalidade da falência declarada na França só atingiria a conta corrente da falida mantida na Suíça depois de sua aceitação pelo sistema jurídico suíço).

30 BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Sentença Estrangeira (parecer), in *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 201.

propriedade, não se poderia homologar algo que ainda não existe³¹ e, justamente por isso, Pontes de Miranda admite que a existência da sentença estrangeira seja objeto de ação declaratória no Brasil³². E, como fato, a sentença estrangeira também pode desencadear a produção de certos efeitos jurídicos.³³

Fala-se, então, em eficácia material (*materielle Wirkung, efficacité matérielle*³⁴) ou, em sentido amplo, de eficácia de fato (*Tatbes-*

31 BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Sentença Estrangeira [parecer]. In: *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 201. Veja-se também BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. V. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, art. 483, parágrafo 54 (explicando que, mesmo antes da homologação, o julgado estrangeiro já produz ao menos um efeito, se presentes todos os requisitos, “o de gerar, para quem haja de fazê-lo valer aqui, o direito à homologação”).

32 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 142 (“É admissível ação declaratória, positiva ou negativa, a respeito da existência de sentença estrangeira, ou de ter eficácia alhures”). O que é provavelmente correto, desde que, nesse caso, a sentença declaratória tenha por objeto apenas a existência – a simples existência – da sentença estrangeira como fato jurídico ocorrido no exterior, não versando sobre o accertamento dos pressupostos previstos para que tal ato seja eficaz como ato jurisdicional no Brasil.

33 Assim, por exemplo, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. V. 13ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2006, art. 483, parágrafo 54; PEREIRA, Marcela Harumi Takahashi. *Sentença Estrangeira: Efeitos Independentes da Homologação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 81; aparentemente, assim também PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p.98 (“se o Estado da importação confere outra força ou outro efeito, é força ou efeito seu, que nada tem com a homologação, força ou efeitos que ele cola à sentença estrangeira como fato jurídico, ato jurídico, negócio jurídico, ou o que quer que seja, e não força ou efeito do *judgado* estrangeiro *integrado* em sua eficácia. Alguns efeitos anexos podem ocorrer”). Veja-se ainda ARAGÃO, Paulo Cezar. In: ROSAS, Roberto / ARAGÃO, Paulo Cezar. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 243 (afirmando que, se a homologação for julgada improcedente, “a sentença estrangeira, em si, como comando, nenhum efeito poderá gerar em nosso país, cabível sempre, porém, a sua invocação para fins meramente probatórios, utilizada então como simples *fato jurídico*. Se o *fato*, pela nacionalização, não se pode transformar em *ato*, nada impede que, enquanto *fato*, dele se sirva o juiz nacional”).

34 LOUSSOUARN, Yvon / BOUREL, Pierre / VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de. *Droit international privé*. 8ª ed. Paris: Dalloz, 2004, parágrafo 493-1; AUDIT, Bernard. *Droit international privé*. 6ª ed. Paris: Economica, 2010, parágrafo 458.

*tandswirkung*³⁵, *effet de fait*³⁶) da sentença estrangeira – embora mais claro talvez fosse falar em eficácia *como* fato. Trata-se de efeitos programados por norma de direito material e liberados em razão da existência da sentença, que não se confundem com os efeitos principais (declaratório, constitutivo, condenatório) que decorrem da sentença como ato jurisdicional. Na eficácia de fato ou material, a sentença estrangeira é mero dado da realidade tomado como relevante pelo suporte fático (*Tatbestand, fattispecie*) de uma norma jurídica do direito material aplicável, de modo que os efeitos jurídicos não decorrem propriamente da sentença estrangeira como ato decisório, mas da norma material aplicada pelo juiz nacional a um determinado caso.

Aqui, diversamente do que ocorre quando a sentença estrangeira é homologada, o juiz brasileiro não estará vinculado pela autoridade de seu conteúdo, mas considerará o julgado estrangeiro como

35 Veja-se, todos com mais referências, SÜß, Theodor. Die Anerkennung ausländischer Urteile. In: *Beiträge zum Zivilprozessrecht: Festgabe zum siebzigsten Geburtstag von Leo Rosenberg*. München: C.H. Beck, 1949, p. 229, esp. p. 259-269; MATSCHER, Franz. Über die Nebenwirkungen der Zivilurteile mit besonderer Berücksichtigung der ausländischen Urteile, *Juristische Blätter* (JBL) 1954, p. 54-59; MÜLLER, Klaus. Zum Begriff der 'Anerkennung' von Urteilen in §328 ZPO, *Zeitschrift für Zivilprozess* (ZZP) vol. 79 (1966), p. 199, esp.p. 241-244; MARTINY, Dieter. *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts*. vol. III/1. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1984, parágrafo 427-435; SCHACK, Haimo. *Internationales Zivilverfahrensrecht*. 5ª ed. München: C.H. Beck, 2010, parágrafo 870-874.

36 Precursor, BARTIN, Étienne. Le jugement étranger considéré comme un fait, *Journal du droit international* (JDI) 1924, 857. Mais recentemente, AUDIT, Bernard. *Droit international privé*. 6ª ed. Paris: Economica, 2010, parágrafo 461; BUREAU, Dominique / WATT, Horatia Muir. *Droit international privé*. t. II. 2ª ed. Paris: PUF, 2010, para. 1090; PÉROZ, Hélène. *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*. Paris: L.G.D.J., 2005, parágrafo 86-88; MAYER, Pierre / HEUZÉ, Vincent. *Droit international privé*. 8ª ed. Paris: Montchrestien, 2004, parágrafo 456. Veja-se ainda na jurisprudência da Corte de Cassação, embora em alguns casos o resultado seja questionável, Cour de cassation, Chambre commerciale (Cass. com.) 4.10.2005, JDI 2006, 601, note G. Cuniberti = *Rev. crit. DIP* 2006, 407 note H. Muir Watt (considerando como um fato a transferência de propriedade sobre um navio vendido em hasta pública); Cass. civ. 1^{er} 25.4.2006, *Rev. crit. DIP* 2007, 113, note S. Lemaire (atribuindo efeito de fato a resoluções do Conselho de Segurança da ONU), Cass. civ. 1^{er} 22.1.2009, *Rev. crit. DIP* 2009, 533, note H. Muir Watt (rejeitando que um julgamento belga relativo à titularidade de direito autoral fosse considerado apenas um fato em ação de contrafação na França).

um fato, a ser por ele livremente apreciado, do qual extrairá as consequências previstas pela norma aplicável.³⁷ Sob este perfil, então, a sentença estrangeira não se diferencia de outros acontecimentos considerados como juridicamente relevantes por alguma norma (nascimento com vida, passagem do tempo, declaração negocial etc.).³⁸

Apesar de pouco tratado pela doutrina nacional, que costuma abordar o tema sob uma perspectiva puramente interna, restrito aos efeitos secundários ou anexos da sentença nacional³⁹, não são poucos os exemplos do direito positivo brasileiro em que a sentença estrangeira goza de eficácia material – criando, modificando ou extinguindo direitos em razão de sua simples existência como fato (e não como ato decisório estrangeiro).

Relativamente comum é a sentença estrangeira constituir fato de cujo implemento dependa a eficácia do negócio jurídico ou a exi-

37 Nesse sentido, como afirmado em antigo julgado do Supremo Tribunal Federal, a respeito de ação de cobrança proposta no Brasil na qual a sentença estrangeira foi apresentada como prova do débito: “Não há se confundir sentença estrangeira a ser executada, com documento de procedência estrangeira para servir de prova. A sentença em questão foi oferecida na qualidade de documento para servir como prova com o valor que lhe fôsse dado pelo Juiz da demanda”. STF, j. 17.6.1946, Embargos no Recurso Extraordinário n. 8441, Rel. Ministro Lafayette de Andrada, Diário da Justiça (Apenso), nº 258, de 7.11.1947, p. 4177. O trecho é do voto do Ministro Relator. Da ementa do acórdão consta: “Embargos. Não há se confundir sentença estrangeira a ser executada, nem documentos de procedência estrangeira para servirem de prova. Só no primeiro caso há necessidade de prévia homologação”. Sou grato à Seção de Pesquisa de Jurisprudência e à Seção de Arquivo do Supremo Tribunal Federal por ter identificado e encaminhado cópia digitalizada do Diário da Justiça onde publicado o acórdão, bem como do andamento processual do caso.

38 Assim também MARTINY, Dieter. *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts*. vol. III/1. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1984, parágrafo 427.

39 Com relação às sentenças nacionais, entre muitos, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. III. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 212-214; SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. vol. 2, t. I. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 378-381; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I. 42ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 479-480; DIDIER JR, Fredie / BRAGA, Paula Sarno / OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 6ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 372-377.

gibilidade de alguma prestação.⁴⁰ Exemplo doutrinário tradicional é o contrato de honorários advocatícios cujo valor e vencimento estão subordinados à prolação de sentença estrangeira⁴¹. Mas também se está diante de eficácia de fato da sentença na vedação da concessão de visto ou naturalização ordinária ao estrangeiro condenado no exterior (respectivamente, art. 7º, IV e art. 112, VII da Lei n.º 6.815/80), em certos casos previstos na legislação penal (art. 7º, §2º, d do Código Penal)⁴², na interrupção da prescrição em razão da decisão estrangeira que ordena a citação do réu (art. 202, I CC)⁴³, ou ainda – de forma bastante marcante – na impossibilidade de homologação de sentença arbitral anulada no foro da sede do tribunal arbitral (art. V, §1º, e da Convenção de Nova York⁴⁴ ou art. 38, VI da Lei n.º 9.307/96 c/c art. VII, §1º da Convenção de Nova York)⁴⁵, hipótese em que a sentença

40 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. V. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, art. 483, parágrafo 54 (“Mas também *como documento*, utilizável para fins probatórios, a sentença estrangeira pode mostrar-se apta a surtir efeitos no território nacional, independentemente de ato formal de reconhecimento. É concebível que se torne necessário, em processo instaurado perante a Justiça brasileira, provar o *próprio fato* da prolação de uma sentença, pela Justiça de outro Estado, sobre determinada matéria, *v.g.*, se esse evento foi previsto como condição suspensiva ou resolutive em certo ato jurídico, e o juiz nacional tem de verificar se ocorreu o implemento da condição; em tal hipótese, não se há de reclamar a homologação para que seja utilmente exibido em juízo, como prova do fato, o documento em que se corporifica a sentença estrangeira”).

41 BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Sentença Estrangeira [parecer]. In *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 201; PEREIRA, Marcela Harumi Takahashi. *Sentença Estrangeira: Efeitos Independentes da Homologação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 82.

42 PEREIRA, Marcela Harumi Takahashi. *Sentença Estrangeira: Efeitos Independentes da Homologação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 82-89.

43 Com mais detalhes, GRUENBAUM, Daniel. Prescrição Extintiva no Direito Internacional Privado Brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC)* (em publicação).

44 Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, promulgada pelo Decreto nº4.311, de 23.7.2002.

45 A respeito, com mais referências, CASELLA, Paulo Borba / GRUENBAUM, Daniel. Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira Anulada. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 9 (abr. 2009), p. 207.

estrangeira judicial anulatória produz, como simples fato, o efeito de extinguir o direito à homologação da sentença arbitral estrangeira.⁴⁶

Essas considerações, desenvolvidas a respeito das sentenças estrangeiras em geral, podem ser aplicadas também às de falência: tal como qualquer sentença estrangeira, a de falência pode ser considerada não só como ato jurisdicional, mas como um fato e, então, eventualmente gozar de eficácia material se assim estipular determinada norma aplicável pelo juiz nacional⁴⁷.

II.2. Lei aplicável

Os efeitos de fato da sentença estrangeira de falência dependem da norma material que os tenha programado e que deva ser aplicada pelo juiz nacional a determinado caso em razão do direito internacional privado brasileiro.⁴⁸ Essa norma pode então, conforme o

46 No mesmo sentido, CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à lei nº9.307/96*. 2ªed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 377 (“Anulada a sentença arbitral (no país de origem), bastará a produção de tal prova pelo réu para que a homologação seja denegada”).

47 Mas veja-se, ao menos indiretamente e de passagem, FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. vol. 15. São Paulo: Saraiva, 1966, nº 4256, p. 625, o qual, depois de se referir ao art. 796 do Código de Processo Civil de 1939, que cuidava da força probante da sentença estrangeira não homologada, afirma: “Não valerá a sentença, em tais condições, com a força de coisa julgada, que a homologação lhe teria comunicado; mas quiçá como elemento de prova do ato ou fato que constituir a relação processual da ação a que se juntar. Ter-se-á então um dos casos da chamada prova emprestada, que o Juiz apreciará no conjunto das demais provas que no feito se produzirem”. Veja-se também VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1955, nº 1.235, p. 85 (“A sentença de falência [estrangeira] vale como prova do fato que ela positiva”).

48 No mesmo sentido, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 103 (“Os efeitos anexos dependem das regras de direito internacional privado”). O ponto é pacífico na doutrina alemã: SCHACK, Haimo. *Internationales Zivilverfabrensrecht*. 5ª ed. München: C.H. Beck, 2010, para 870; MARTINY, Dieter. *Handbuch des Internationalen Zivilverfabrensrechts*. vol. III/1. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1984, para. 428; GEIMER, Reinhold. *Internationales Zivilprozessrecht*. 6ª ed. Köln: Otto Schmidt, 2009, para. 48, para. 2786; TKATCHENKO, Nikita. *Anerkennung der*

que indicar a regra de conexão, ser do direito brasileiro ou de algum direito estrangeiro – mas não necessariamente sempre do direito do foro onde a sentença de falência tiver sido proferida (*lex fori concursus*)⁴⁹.

A correta identificação da lei aplicável é, por isso, ponto de partida para que se possa discutir quais efeitos de fato a sentença estrangeira de falência poderá desencadear e se eles dependem de prévia homologação. Aqui, complexos problemas de qualificação podem surgir.⁵⁰ Tome-se, como exemplo, a impossibilidade de o fiador do falido se valer do benefício de ordem em caso de falência do devedor principal. Trata-se de instituto abarcado pela lei que rege o contrato de fiança (*lex contractus*), pela lei do foro onde a falência foi decretada (*lex fori concursus*) ou pela lei do foro do processo de cobrança (*lex fori processus*)? Caso se conclua pela qualificação contratual – como parece mais correto –, então o fiador só perderá o benefício de ordem em razão da decretação de falência do devedor principal no exterior na hipótese de assim determinar o direito que rege o contrato de fiança, independentemente de assim também determinar o direito do país onde a falência foi decretada (*lex concursus*) ou do país onde proposta a execução (*lex fori processus*).

Por isso, caso o benefício de ordem seja qualificado como questão contratual, regida pela *lex contractus*, apenas no caso de a fiança ser regida pelo direito brasileiro é que será possível discutir em que medida a sentença estrangeira de falência acarreta a vedação do art. 828, III CC (*infra* II.4.2). Se, todavia, o contrato de fiança for regido pelo direito estrangeiro, então é o direito estrangeiro que deverá ser consultado para que determine se e em que medida uma sentença

Restschuldbefreiung nach der EuInsVO. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2009, p. 40-41.

49 Aparentemente contra, PEREIRA, Marcela Harumi Takahashi. *Sentença Estrangeira: Efeitos Independentes da Homologação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p.128 (afirmando que, em matéria cível, “a regra geral é que tais efeitos obedeçam ao direito material do foro de origem”).

50 A respeito, em geral, DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 363-384.

de falência desencadeia igual consequência. O cenário não é simples, mas possível.

Pense-se, por exemplo, em execução movida perante os tribunais brasileiros por exportador brasileiro (credor) em face do banco fiador de importador francês (devedor principal). O contrato de fiança é regido pelo direito alemão. A falência do importador (devedor principal) foi decretada na França. Goza o banco (fiador) do benefício de ordem na execução brasileira? Como a questão recebe qualificação contratual, a resposta depende do direito que rege o contrato, ou seja, do direito alemão. Com efeito, sendo a fiança regida pelo direito alemão, então, ainda que a execução se processe no Brasil, o benefício de ordem – como matéria contratual – será regido pelo direito estrangeiro. Nesta hipótese, o direito alemão prevê que o benefício de ordem (*Einrede der Vorausklage*) está excluído na hipótese de falência do devedor principal (art. 773 I 4 BGB). Como a falência decretada na França – salvo exceções que não incidem no exemplo – é diretamente eficaz na Alemanha por força do art. 16 (1) do Regulamento (CE) n.º 1346/2000⁵¹, o suporte fático do art. 773 I 4 BGB está satisfeito e, conseqüentemente, o banco fiador não pode mais arguir o benefício de ordem perante a execução brasileira.

II.3. Efeitos de fato e homologação da sentença estrangeira

Uma das maiores controvérsias do tema diz respeito à questão sobre se os efeitos de fato da sentença estrangeira dependem de prévia homologação. Pontes de Miranda, um dos poucos a tratar (ainda que muito brevemente) do tema, não é muito claro. Embora em um trecho afirme que os efeitos anexos da sentença estrangeira “depen-

51 Na verdade, a eficácia direta por meio do reconhecimento automático facilita um pouco o exemplo, porque evita que se tenha que discutir em que medida, à luz do direito alemão, o art. 773 I 4 BGB se contentaria com a simples existência da sentença estrangeira de falência, independentemente de ela satisfazer os pressupostos para o seu reconhecimento como ato jurisdicional na Alemanha.

dem das regras de direito internacional privado”⁵², mais adiante afirma que não se produzem “antes da homologação no Brasil, os efeitos anexos da sentença condenatória; *e.g.*, hipoteca judiciária”.⁵³ Já Paulo Cezar Aragão, embora afirme que, apesar de o julgado estrangeiro não ter sido homologado, “nada impede que, enquanto *fato*, dele se sirva o juiz nacional”⁵⁴, conclui não ter “fundamento a opinião de uma ala da doutrina que faz tais efeitos [*efeitos secundários*] prescindirem de homologação, omitindo a necessária diferença entre *eficácia documental* (probatória) e *eficácia jurisdicional necessária* e implícita [...]”.⁵⁵

A posição doutrinária que defende a necessidade de homologação em qualquer caso aparentemente desconsidera que as condições para a eficácia material da sentença estrangeira dependem exclusivamente do que dispuser a norma específica aplicável ao caso – seja direito brasileiro, seja de direito estrangeiro – que tenha programado tal eficácia. Assim, pode até ser correto que a hipoteca judicial dependa, como afirma Pontes de Miranda, de prévia homologação da sentença estrangeira.

Mas a extrapolação do raciocínio para todos os casos de eficácia material da sentença estrangeira é inadequada e não se sustenta diante da constatação de que, apesar de a hipoteca judiciária depender de prévia homologação, dela não dependem tantas outras hipóteses de efeitos de fato da sentença estrangeira, como: a vedação da aplicação extraterritorial da lei penal no caso de absolvição no exte-

52 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 103.

53 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 113 (“Nem se podem produzir, antes da homologação no Brasil, os efeitos anexos da sentença condenatória; *e.g.*, hipoteca judiciária”).

54 ARAGÃO, Paulo Cezar. In: ROSAS, Roberto / ARAGÃO, Paulo Cezar. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 243

55 ARAGÃO, Paulo Cezar. In: ROSAS, Roberto / ARAGÃO, Paulo Cezar. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 164.

rior (art. 7º, II do Código Penal)⁵⁶, a liberação da eficácia do negócio jurídico ou exigibilidade da prestação subordinada à prolação da sentença estrangeira⁵⁷ ou a extinção do direito à homologação da sentença arbitral estrangeira anulada (art. V, §1º, e da Convenção de Nova York ou art. 38, VI da Lei n.º 9.307/96 c/c art. VII, §1º da Convenção de Nova York).⁵⁸

Parece, então, não haver resposta única condicionando ou não a eficácia material à homologação, de modo que a extensão e condições para que a sentença estrangeira produza efeitos como fato só podem ser resolvidas a partir de interpretação da norma específica (brasileira ou estrangeira, conforme o direito aplicável à causa) que os tenha programado.

II.4. Exemplos no Direito brasileiro

II.4.1. Exceção de insegurança (art. 477 CC), sobrestamento da entrega da coisa vendida (art. 495 CC), garantia de restituição no mútuo (art. 590 CC) e substituição do fiador insolvente (art. 826 CC)

De acordo com o Código Civil, se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incum-

56 Assim, expressamente, PEREIRA, Marcela Harumi Takahashi. *Sentença Estrangeira: Efeitos Independentes da Homologação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 84 (fazendo referências a Heleno Cláudio Fragoso e Paulo José da Costa Jr.).

57 Assim, expressamente, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. V. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, art. 483, parágrafo 54.

58 No mesmo sentido, CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à lei nº9.307/96*. 2ªed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 377 (“Anulada a sentença arbitral (no país de origem), bastará a produção de tal prova pelo réu para que a homologação seja denegada”).

be, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la (art. 477 CC). Trata-se da “exceção de insegurança”⁵⁹, que encontra desdobramentos em outros dispositivos. Nos contratos de compra e venda, se antes da tradição o comprador “cair em insolvência”, o vendedor poderá sobrestar a entrega da coisa “até que o comprador lhe dê caução de pagar no tempo ajustado” (art. 495 CC)⁶⁰; nos contratos de mútuo, o mutuante pode exigir garantia de restituição “se antes do vencimento o mutuário sofrer notória mudança em sua situação econômica” (art. 590 CC); nos contratos de fiança, o afiançado pode exigir a substituição do fiador que se tornar insolvente (art. 826 CC). Os dispositivos contemplam hipóteses em que a capacidade de cumprimento da prestação se torna duvidosa ante a deterioração da situação patrimonial do devedor.⁶¹

A insolvência, a diminuição do patrimônio ou a mudança na situação econômica do devedor são elementos do suporte fático das respectivas normas materiais que podem vir a ser satisfeitos por uma série de dados da realidade. Pode-se questionar, então, em que medida tais elementos também estariam satisfeitos pelo fato de falência ter sido decretada no exterior. Nestes casos, poder-se-ia sustentar que não se trataria de efeitos da sentença estrangeira como ato jurisdicional, atribuídos pelo direito do foro estrangeiro onde proferida (*lex fori concursus*), mas apenas de efeito programado pelo próprio direito aplicável ao contrato (*lex contractus*) – no exemplo, o direito bra-

59 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. t. XXVI. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, §§ 3.129 – 3.130, p. 109-113; TEPEDINO, Gustavo / BARBOZA, Heloisa Helena / MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado*. vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 156.

60 Anota-se a respeito do sobrestamento da entrega da coisa (art. 495) que a norma se satisfaz com “a mera insolvabilidade, isto é, estado patrimonial que permita presumir a insolvência” e que o “essencial é que haja justo receio de que o comprador não conseguirá honrar o compromisso antes assumido” (TEPEDINO, Gustavo / BARBOZA, Heloisa Helena / MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado*. vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 156).

61 TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento Anterior ao Termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 185.

sileiro. Poderia até ocorrer de o direito estrangeiro não atribuir à sentença de falência tal efeito. Seria irrelevante, porque não se trataria de efeitos atribuídos pela *lex fori concursus* à sentença de falência, mas dos efeitos atribuídos pela *lex contractus* – no exemplo, o direito brasileiro – à deterioração patrimonial do comprador.

Se assim for, então – sempre conforme a apreciação a ser feita pelo juiz nacional – a falência do devedor decretada no exterior poderia ser considerada como fato apto – se o negócio jurídico for regido pelo direito brasileiro⁶² – a autorizar que uma parte se recusasse a prestar até que a parte falida satisfizesse a que lhe competisse contratualmente ou até que desse garantia bastante (art. 477); que o vendedor suspendesse a entrega da coisa vendida até que o comprador falido lhe desse caução de que pagaria no tempo ajustado (art. 495); que o mutuante exigisse garantia de restituição da coisa emprestada (art. 590 CC); ou, finalmente, que o afiançado exigisse do devedor principal a substituição do fiador insolvente (art. 826).

Mas a apreciação do juiz nacional é indispensável, porque as circunstâncias de cada caso podem compor matrizes bastante diversas. É concebível, por exemplo, que a companhia possua bastantes e significativos bens no Brasil, formando vultuoso patrimônio, e que a sentença estrangeira de falência tenha, segundo o próprio direito do foro onde proferida (*lex fori concursus*), eficácia meramente territorial, restrita aos poucos bens situados no foro estrangeiro. Apreciando tal cenário, não seria de se espantar que o juiz nacional concluísse que, malgrado a decretação de falência no exterior, o suporte fático dos artigos 477, 495, 590 ou 826 CC não estaria satisfeito porque não teria havido degradação patrimonial substancial do devedor no país.

62 Se o negócio jurídico não for regido pelo direito brasileiro, então, como visto (*supra* II.2), o efeito de fato da sentença estrangeira de falência dependerá da interpretação da normas do direito estrangeiro aplicável.

II.4.2. Benefício de ordem do fiador do falido (art. 828, III CC)

Como regra, o fiador demandado pelo pagamento da dívida garantida tem o direito de exigir que os bens do devedor principal sejam executados antes dos seus (art. 827, *caput* CC). Trata-se do conhecido benefício de ordem. Ao fiador não aproveita, porém, este benefício “se o devedor for insolvente, ou falido” (art. 828, III CC). A razão é simples: para gozar do benefício de ordem, o fiador deve nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembaraçados, quantos bastem para solver o débito (art. 827, *parágrafo único* CC).⁶³ Ora, se foi decretada a falência do devedor principal, não haverá bens livres e desembaraçados a serem nomeados.⁶⁴ Parece, pois, ser pressuposto da norma que o devedor principal tenha perdido a disponibilidade de seus bens em razão da decretação de sua falência.

Considerando, porém, que antes da homologação da sentença estrangeira de falência, o falido no exterior continua *in bonis* no Brasil, com plena disponibilidade sobre seus bens, pode-se indagar se a impossibilidade de o fiador se valer do benefício de ordem (art. 827, III CC) não dependeria de prévia homologação da sentença de falência no Brasil: não porque a perda do benefício de ordem seja efeito principal da sentença estrangeira de falência, mas porque o suporte fático da norma brasileira não se satisfaria apenas com a mera decretação da quebra no exterior. A norma exigiria, antes, a indisponibilidade dos bens, que só é alcançada com a eficácia da sentença estrangeira no País. Se assim for, então, antes da homologação, o fiador ainda poderia invocar o benefício de ordem, se conseguisse indicar bens livres e desembaraçados do devedor no foro.

63 TEPEDINO, Gustavo / BARBOZA, Heloisa Helena / MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado*. vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 644.

64 CAMPINHO, Sérgio. *Falência de Recuperação da Empresa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 313 (“A partir da decretação da falência, o devedor perde o direito de livremente administrar os seus bens e deles dispor (artigo 103)”).

II.4.3. Vencimento antecipado (art. 333, I CC c/c art. 77 da Lei n.º11.101/05)

A decretação da falência determina o vencimento antecipado das dívidas do devedor (art. 333, I CC c/c art. 77 da Lei n.º 11.101/05). Tal como ocorre com o benefício de ordem do fiador do falido, também aqui a norma pressupõe que o devedor tenha perdido o poder de disposição sobre seu patrimônio. Não por outro motivo, afirma-se que o vencimento antecipado só se justifica após a decretação da falência⁶⁵ e, em verdade, que seria um dos seus efeitos típicos.⁶⁶ Por essa linha, então, o vencimento antecipado não seria eficácia material da sentença estrangeira de falência, mas verdadeiro efeito sentencial, o qual dependeria de prévia homologação para ser sentido no País.

As incertezas são menores, porém, quando o vencimento antecipado for previsto contratualmente. Com efeito, é bastante frequente, especialmente nos contratos de longa duração, que as partes estipulem eventos futuros que, uma vez ocorridos, geram o poder de o credor exigir o adimplemento antes do termo contratual. Um desses eventos é a decretação de falência do devedor. Nesses casos, desencadearia a falência estrangeira as consequências contratualmente previstas?

A resposta à questão depende, essencialmente, de interpretação da cláusula à luz do direito aplicável ao contrato. Pode ocorrer de as partes terem expressamente previsto que o vencimento antecipado ocorreria em caso de falência “onde quer que decretada” ou “no Brasil ou no exterior”, e, então, a decretação de falência em qualquer foro pode satisfazer o pressuposto da cláusula contratual, acarretan-

65 Nesse sentido, MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. vol. V. t. I. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 405.

66 PACHECO, José Silva. *Processo de Falência e Concordata*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 278 (“Entenda-se que produz o vencimento antecipado a sentença que decreta a falência. É parte da eficácia da sentença. Dela flui, com força ínsita, o vencimento de todos os créditos [...]”).

do – como efeito de fato da sentença – o vencimento antecipado da obrigação⁶⁷. Pode ocorrer, porém, de a cláusula não ser clara a respeito, prevendo o vencimento antecipado caso, por exemplo, “seja decretada a falência de qualquer uma das Partes”, de modo que a solução dependerá de interpretação contratual.

O importante é a constatação de que, se esse for o convencionado pelas partes, então a sentença estrangeira de falência pode desencadear os efeitos programados pela cláusula contratual independentemente de homologação, porque o vencimento antecipado não terá seu efeito como ato jurisdicional, mas apenas efeito da sua existência como dado da realidade, ou seja, como um fato. Aqui, a sentença estrangeira de falência não se diferencia de outros fatos ocorridos no exterior que frequentemente provocam, por expressa disposição contratual, o vencimento antecipado da obrigação, como a redução da classe de risco do devedor (*downgrading*), a alteração da sua composição acionária ou a perda de alguma licença ou autorização governamental.

II.4.4. Exclusão do sócio falido da sociedade simples (art. 1.030, parágrafo único CC)

O sócio declarado falido será excluído de pleno direito da sociedade simples (art. 1.030, parágrafo único CC), dispositivo também

67 Pressupõe-se, por óbvio, que a disposição contratual seja válida. Afinal, não se pode esperar que todas as cláusulas contratuais que atribuam alguma consequência jurídica à decretação da falência sejam válidas. Comparem-se, a respeito de cláusula em contrato de *swap* que alterava a ordem e prioridade dos pagamentos do devedor, as posições dos tribunais norte-americanos em *Lehman Brothers Special Financing Inc. v. BNY Corporate Trustee Services Limited (In re Lehman Brothers Holdings Inc.)*, 422 B.R. 407 (Bankr. S.D.N.Y. 2010) (considerando a cláusula ineficaz porque violava a proteção conferida pelo direito falimentar norte-americano – 11 U.S.C. §§ 365(e)(1), 541(c)(1)(B) – contra as chamadas “cláusulas *ipso facto*”), com a posição da Suprema Corte do Reino Unido em *Perpetual Trustee Co Ltd v BNY Corporate Trustee Services Ltd* [2011] UKSC 38, [2011] 3 WLR 521 (considerando a mesma cláusula contratual válida e não violadora da “anti-deprivation rule”).

aplicável às sociedades limitadas regidas supletivamente por suas regras (art. 1.053, parágrafo único CC). Não há dúvidas de que a exclusão do sócio é efeito de fato da sentença de falência previsto pelo direito brasileiro para as sociedades nacionais⁶⁸. A questão é, então, saber se tal efeito de fato depende ou não da prévia homologação da sentença estrangeira de falência. O ponto já foi enfrentado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Tratava-se de caso no qual se discutiu a validade de deliberação social que excluía o autor de sociedade limitada brasileira de que era sócio em razão da decretação de sua falência na Argentina.⁶⁹ O acórdão, por votação majoritária, foi pela invalidade da deliberação social, essencialmente porque a sentença estrangeira de falência não fora previamente homologada pelo Superior Tribunal de Justiça. A posição da maioria a respeito da necessidade de homologação foi bem explicada no voto do desembargador Ênio Santarelli Zuliani, para quem a falência do sócio só teria repercussão nas relações sociais quando

os efeitos da falência impliquem na extinção do dever de colaboração que cada sócio deve dar a sociedade, porque se a falência não afetar a capacidade do sócio de continuar prestando a sua responsabilidade limitada ao capital social, será forçoso concluir que não há motivo jurídico ou econômico para a medida resolutiva da exclusão. [...] Portanto, o que interessa os demais sócios interessados em excluir o sócio falido, é o efeito da falência e não o fato declarado pela falência. [...] A falta da homologação da sentença estrangeira obsta que

68 Se a sociedade não for regida pelo direito brasileiro, então a questão dependerá do que dispuser a lei da nacionalidade da sociedade (*lex societatis*).

69 TJSP, j. 11.10.2007, Apelação Cível nº 450.267-4/0, Rel. Des. José Geraldo de Jacobina Rabello ("Sociedade comercial – Exclusão extrajudicial de sócio de empresas – Fundamento dos atos a incidir em falência do sócio em outro país – Necessidade de homologação da decisão estrangeira para se mostrar com eficácia no Brasil (Constituição Federal, artigo 105, n. I, letra "i"; CPC, artigo 483 – Causa invocada que não podia ser tomada como substituta de outro motivo grave para justificar as exclusões – Sociedade a não se confundirem com as empresas, cuja preservação é o que mais importa – Deliberações sociais de exclusão dos sócios anuladas – Apelação acolhida para esse requerido fim").

a massa falida possa exigir a liquidação do sócio [...], sendo que esta situação elimina o direito de exclusão do sócio, por justa causa.

Do trecho transcrito parece ser possível extrair que, para a maioria, o suporte fático do art. 1.030, parágrafo único do Código Civil dependeria não apenas da decretação de falência, mas de o falido ter perdido a disponibilidade de seus bens, o que, como visto, só ocorre após sua homologação.⁷⁰

Em judicioso voto divergente, porém, o desembargador Fernando Maia da Cunha sustentou que não se tratava, no caso, de cumprimento de sentença estrangeira – o qual dependeria de prévia homologação –, mas “de simples consideração de um motivo, como outro qualquer, com previsão legal, para justificar a exclusão do sócio autor”. E, mais adiante, embora sem nomeá-lo, prossegue o voto descrevendo o efeito de fato da sentença estrangeira de falência:

Impenoso repetir à exaustão, com a devida vênia da douta maioria, que não se trata de dar eficácia para cumprimento de sentença estrangeira no Brasil ao que seria indispensável a sua homologação junto ao Colendo Superior Tribunal de Justiça, mas de simples prova documental referente ao motivo que ensejou a exclusão do sócio autor. [...] Conquanto sutil, é diferente a eficácia para execução da sentença estrangeira no Brasil, a circunstância de ter, como motivação para a exclusão da sociedade, a confissão de estado falimentar na Argentina feita pelo autor ao pedir a própria falência. A prova documental existente a respeito não é para atos de execução daquele pedido falimentar, como arrecadação de bens e outros, mas exclusivamente para comprovar que, declarando-se o autor falido naquele País, dava motivo legal para a sua exclusão das empresas rés.

70 Essa parece também ser a posição do Superior Tribunal de Justiça, que, ao menos de passagem, reconheceu, justamente em razão desse dispositivo, o interesse dos sócios de sociedade brasileiro na homologação da sentença estrangeira de falência de outros sócios. Veja-se, a respeito da falência decretada em Portugal de sócios portugueses de sociedade brasileira, STJ, j. 12.5.2012, SEC 1735, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 3.6.2011; STJ, j.15.9.2010, SEC 1734, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Rel. p/ acórdão Min. Felix Fischer, DJe 16.2.2011.

Pode-se cogitar se o resultado do caso seria diferente se a exclusão do sócio tivesse como fundamento não o dispositivo legal, mas cláusula específica do contrato social que autorizasse a exclusão do sócio em caso de “falência decretada no Brasil ou no exterior, independentemente de prévia homologação pelo Superior Tribunal de Justiça”. Pressupondo-se que tal cláusula seja válida, então seria possível concluir que a sentença estrangeira de falência poderia ser considerada fato apto a satisfazer o suporte da disposição contratual e, assim, acarretar a exclusão do sócio independentemente de homologação.

III. Conclusão

Em conclusão, a sentença estrangeira de falência pode ser analisada sob dois perfis: como ato jurisdicional estrangeiro ou como fato jurídico. Como ato jurisdicional, a eficácia da sentença estrangeira de falência depende de prévia homologação pelo Superior Tribunal de Justiça. Assim, antes da homologação, o falido no exterior permanece *in bonis* no Brasil. Como fato jurídico, contudo, a eficácia da sentença estrangeira de falência – chamada de eficácia material ou eficácia de fato – só depende do que dispuser a norma material indicada pelo direito internacional privado brasileiro como aplicável pelo juiz brasileiro. A distinção entre eficácia sentencial e eficácia de fato, porém, nem sempre é simples.

Bons e relativamente incontroversos exemplos da eficácia de fato da sentença estrangeira de falência podem ser encontrados em negócios jurídicos que atribuem o poder de uma das partes pôr-lhes fim (por resolução ou resilição, conforme o caso) em razão de ter sido decretada a falência da outra parte no exterior. Para além daqueles criados no exercício da autonomia privada, há outros exemplos no direito brasileiro de situações em que pode se manifestar a eficácia de fato da sentença estrangeira de falência, como a exceção de insegurança (art. 477 CC), o sobrestamento da entrega da coisa ven-

dida (art. 495 CC), a garantia de restituição no mútuo (art. 590 CC), a substituição do fiador insolvente (art. 826 CC), a perda do benefício de ordem do fiador (art. 828, III CC) ou a exclusão do sócio falido da sociedade simples ou sociedade limitada regida supletivamente pelas regras da sociedade simples (art. 1.030, parágrafo único CC).

Em todos esses casos, porém, pode-se questionar se a eficácia de fato estaria condicionada à prévia homologação da sentença estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça. Quando se tratar de eficácia de fato prevista em negócio jurídico, a menos que interpretação contratual conduza à conclusão em contrário, a homologação é desnecessária. Quando, porém, a eficácia de fato é prevista em lei, a resposta depende exclusivamente de interpretação da norma que tiver programado a eficácia em questão, não havendo solução única para todos os casos.