

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO “O NOVO DIREITO INTERNACIONAL”

Nathália Laís Michel

O ATIVO NA INSOLVÊNCIA EMPRESARIAL INTERNACIONAL

Porto Alegre

2015

NATHÁLIA LAÍS MICHEL

O ATIVO NA INSOLVÊNCIA EMPRESARIAL INTERNACIONAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito para a obtenção do título de Especialista em Direito Internacional, pelo Curso de Pós-Graduação “O Novo Direito Internacional”, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS.

Orientador: Prof. Dr. Silvio Javier Battello Calderon

Porto Alegre

2015

NATHÁLIA LAÍS MICHEL

O ATIVO NA INSOLVÊNCIA EMPRESARIAL INTERNACIONAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito para a obtenção do título de Especialista em Direito Internacional, pelo Curso de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS.

Aprovada em 08 de Julho de 2015.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Silvio Javier Battello Calderon
Orientador

Prof. Dra. Claudia Lima Marques
Banca Examinadora

Prof. Dr. Augusto Jaeger Junior
Banca Examinadora

Dedico este trabalho a todos os colegas que, assim como eu, não se cansam do diário e árduo estudo que demanda o direito.

AGRADECIMENTOS

Expresso meus sinceros agradecimentos àqueles que, de forma direta ou indireta, me apoiaram na realização de mais esta etapa.

Um agradecimento especial ao meu pai, Elton, e ao meu noivo, Guilherme, pela inegável prontidão nas noites em que percorreram alguns quilômetros, privando-se de seu tempo livre, para me proporcionar conforto e segurança no trajeto durante este ano que passou. O meu muito obrigada.

Ao meu orientador, Silvio, pelas sugestões, pela compreensão e por ajudar a tornar este estudo o mais prazeroso possível.

*A maneira mais segura de revelar o caráter de uma pessoa não é pela adversidade,
mas dando-lhe poder.*

Abraham Lincoln

RESUMO

A decretação de uma falência que implique efeitos internacionais pode gerar uma série de dúvidas e discussões ainda não exauridas, especialmente quando se fala na arrecadação de seus ativos e a efetiva aplicabilidade de seus efeitos, que transcendem o Estado de decretação. Para tentativa de resolução destas questões, o presente trabalho apresenta os dois princípios elementares em caso de uma insolvência transfronteiriça, expondo os seus respectivos elementos, e relatando de que modo estes se aplicariam no caso concreto. Ainda, elenca os prós e contras de cada um destes princípios, eis que, de regra geral, eles não são aplicados de forma unânime pelos Estados. Neste sentido, apresenta a sugestão de um sistema que propõe a uniformização da legislação falimentar internacional, já incorporada por algumas legislações nacionais de determinados Estados, demonstrando a necessidade de adaptação do direito falimentar brasileiro à atual problemática. Por conseguinte, tece considerações acerca das regras para fixação de competência, explicando, ademais, os fundamentos utilizados para embasar a legislação aplicável ao caso concreto, especialmente no que tange aos ativos da massa falida. Por fim, como elemento principal, assinala como se dá formação deste ativo e demonstra situações peculiares que podem se formar a partir da decretação da quebra, explanando quais seriam as possíveis legislações aplicáveis nas demandas que envolvam direitos de terceiro, inclusive os atos prejudiciais praticados aos credores com o desvio de ativos, concluindo-se o estudo.

Palavras-chave: Insolvência. Internacional. Ativos. Competência. Lei aplicável.

ABSTRACT

The bankruptcy declaration that implies international effects can render a series of questions and discussions not yet exhausted, especially concerning the collection of its assets and the effective applicability of the effects that transcend the state of enactment. As an attempt to solve these issues, this paper presents the two basic principles in the event of a cross-border insolvency, exposing its respective elements, and reporting how these would apply in the concrete case. The pros and cons of each of these principles still list, behold, in general, they are not applied unanimously by the states. In this sense, it presents the suggestion of a system that proposes the standardization of the international bankruptcy law, already incorporated in some national laws in certain states, demonstrating the need to adapt the Brazilian bankruptcy law to the current problems. Therefore, considerations on the rules for competence fixing are composed, also explaining the foundation used to support the applicable legislation to the concrete case, especially with respect to the assets of the bankrupt assets. Finally, as the main component, it notes how this asset formation given and demonstrates peculiar situations that may develop from the declaration of bankruptcy, explaining what would be the possible laws applicable in disputes involving third party rights, including the harmful acts against the creditors with the diversion of assets, concluding the study.

Keywords: Insolvency. International. Assets. Competence. Applicable law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I: PRINCÍPIOS DE DIREITO FALIMENTAR INTERNACIONAL	11
1.1 PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE	11
1.2 PRINCÍPIO DA TERRITORIALIDADE	15
1.3 APLICAÇÃO PRÁTICA DOS PRINCÍPIOS	19
1.4 A LEI MODELO DA UNCITRAL COMO SOLUÇÃO ECLÉTICA.....	20
CAPÍTULO II: CRITÉRIO PARA FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA INTERNACIONAL E LEI APLICÁVEL EM INSOLVÊNCIA COM CONEXÃO INTERNACIONAL	24
2.1 CRITÉRIO DO LOCAL DOS BENS (<i>FORUM REI SITAE</i>)	24
2.2 LEI APLICÁVEL.....	27
2.2.1 <i>Lex Fori Concursus</i>	27
2.2.2 <i>Lex Rei Sitae</i>	31
2.3 AS REGRAS DE FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA E LEI APLICÁVEL SEGUNDO A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	34
CAPÍTULO III: O ATIVO NA INSOLVÊNCIA INTERNACIONAL	38
3.1 OS BENS QUE COMPÕE O ATIVO DA MASSA FALIDA.....	38
3.2 SITUAÇÕES PECULIARES EM RELAÇÃO AO ATIVO E O DIREITO APLICÁVEL	39
3.3 OS ATOS PREJUDICIAIS À MASSA, ESPECIALMENTE A TRANSFERÊNCIA DE BENS NO PERÍODO SUSPEITO	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	53

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tratará sobre a insolvência empresarial internacional, especialmente no que tange à realização de seus ativos, cuja expansão está intimamente ligada aos progressos comerciais, industriais e tecnológicos da economia mundial.

Logo, quando credores e devedores têm o mesmo domicílio, ou quando são abrangidos por um só elemento de conexão, não há dificuldade para um decreto de falência ou recuperação judicial. Porém, quando os efeitos de uma quebra transcendem o território de um Estado, imprescindível analisar-se de que modo se darão a extensão destes efeitos.

Para tanto, no primeiro capítulo serão descritos os dois princípios que norteiam a base da legislação falimentar internacional, demonstrando os pontos positivos e negativos de cada um.

A adoção de um ou outro princípio é que irá direcionar o posicionamento de cada Estado em relação a quebra ali decretada, podendo ser uma temática bastante controvertida, eis que não há legislação sedimentada sobre o tema, especialmente no Brasil. No entanto, considerando que a aplicação de cada princípio geralmente não é una e integral, muitos Estados acabam aplicando soluções mistas, adequadas à sua legislação.

Também analisaremos, como possível solução aos casos de insolvência internacional, a aplicabilidade da Lei Modelo da UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*), que dispõe expressamente sobre procedimentos de falência com conexão internacional, criando instrumentos diferenciados para harmonização das legislações, garantindo maior segurança jurídica.

No segundo capítulo, será discorrido sobre os critérios para a fixação de competência e para verificação da legislação aplicável em tais casos, identificando os elementos de cada qual, e analisando as suas possíveis exceções.

Em relação ao mesmo tema, serão analisados tais critérios (fixação de competência e legislação aplicável) segundo o direito brasileiro, indicando os dispositivos legais utilizados para embasamento do posicionamento que é adotado em nossos tribunais.

Por fim, no terceiro capítulo, será analisado, primeiramente, o que se trata o ativo da massa falida e de quais bens ele é composto, para após, explicitar situações que suscitam dúvidas quanto à legislação aplicável, considerando que a arrecadação (ou tentativa dela) do ativo da massa possa acarretar efeitos no estrangeiro ou a credores ou terceiros estrangeiros, no caso de insolvência internacional.

Outro ponto importante que será abordado no quarto capítulo, será sobre a transferência de bens no período suspeito, a possibilidade de anulação ou revogação dos atos praticados neste período, bem como o procedimento judicial a ser adotado neste caso, visando a busca de tal patrimônio para compor o ativo da massa falida.

CAPÍTULO I: PRINCÍPIOS DE DIREITO FALIMENTAR INTERNACIONAL

Partindo da necessidade de posicionamento em uma falência internacional, existem dois entendimentos opostos: aquele que aplica o princípio da universalidade e aquele que aplica o princípio da territorialidade.

1.1 PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE

O sistema que aplica o princípio da universalidade entende que a falência possui caráter eminentemente uno e universal, de interesse direto de todos os credores do devedor, “não podendo ser dividido apenas em razão das diversas jurisdições internacionais”.¹

Desta forma, de acordo com este sistema, segundo Beat Walter Rechsteiner, um país “reconhece um procedimento de insolvência estrangeiro em seu território se determinados requisitos legais forem cumpridos”.² A partir disto, tem-se que o tribunal de um único país exerceria a jurisdição sobre a falência internacional, expandindo seus efeitos sobre todos os países onde estejam situados os bens da empresa.

Para María Elsa Uzal, seguindo os ensinamentos de Brédin-Loussouarn, a ideia trazida por tal modelo funda-se no sentido de que,

la quiebra por la naturaleza de su materia se halla ligada al estatuto personal, pues lo que se tiene en mira es la persona del fallido, su estado y capacidad y la unidad de su patrimonio, de ahí que quien es fallido en un Estado debe serlo en los otros, desprendiendo el efecto de la extraterritorialidad de la declaración en ese sentido.³

Assim, a lei que regula o procedimento de insolvência é única, sendo que, “dicha Ley debe ser la Ley del Estado de apertura del procedimiento concursal”, e

¹ JO, Hee Moon. **Moderno Direito internacional privado**. São Paulo: LTr, 2001, p. 540.

² RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito falimentar e MERCOSUL**. São Paulo: J. de Oliveira, 2000, p. 30.

³ UZAL, María Elsa. **Procesos de insolvencia en el derecho internacional privado**. 1. ed. Buenos Aires: La Ley, 2008, p. 159.

“regula tanto las cuestiones procesales como las cuestiones substantivas del procedimiento de insolvencia”.⁴

Hee Moon Jo entende que a “unificação internacional do processo falimentar seria o procedimento mais adequado”, ressaltando, ainda, que “a criação de uma corte internacional de falência seria uma adequada e eficiente opção para o futuro”, tendo em vista os aspectos econômicos, processuais, bem como o grande número de empresas transnacionais em situação falimentar.⁵

Silvio Javier Batello Calderon denomina tal sistema como modelo universal, o qual objetiva “uma assimetria entre a atividade e o direito”, pois, “se a empresa tem vocação internacional, devem ser aplicadas a todas as suas atividades as regras da casa central, independentemente do território onde sejam realizadas as atividades”.⁶

Frisa-se, todavia que, para ser viável a aplicabilidade do princípio da universalidade, “é necessário que todos os Estados onde estão localizados ativos do devedor o adotem em suas legislações”, dependendo, ainda, “da atitude e da cooperação judiciária de todos os Estados com ativos do devedor insolvente em relação ao Estado no qual foi aberto o processo de insolvência”.⁷

Os doutrinadores que defendem a aplicabilidade do princípio da universalidade afirmam:

Apenas este garante a igualdade de tratamento dos credores da mesma categoria (*par condicio omnium creditorum*), quando a insolvência do devedor tiver conexão internacional. Sendo a igualdade de tratamento dos credores (*par condicio omnium creditorum*) um objetivo básico de cada procedimento de insolvência, a sua realização no contexto internacional fica prejudicada caso um país não adote o princípio da universalidade na sua legislação interna.⁸

Em uma análise geral, verifica-se que este sistema, além de garantir a igualdade de tratamento entre os credores, é o que

mejor permite alcanzar, en el trafico externo, los objetivos que son inherentes a cualquier procedimiento concursal en el plano interno, al

⁴ CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. **Derecho concursal internacional**. Madrid: Editorial Colex, 2004, p. 22.

⁵ JO, Hee Moon. **Moderno Direito internacional privado**. São Paulo: LTr, 2001, p. 540.

⁶ CALDERON, Silvio Javier Battello. **Falência internacional no MERCOSUL**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 64.

⁷ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito falimentar e MERCOSUL**. São Paulo: J. de Oliveira, 2000, p. 34.

⁸ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito falimentar e MERCOSUL**. São Paulo: J. de Oliveira, 2000, p. 35.

permitir que sea una única jurisdicción – la más vinculada al deudor – la encargada de realizar el procedimiento concursal y liquidar el patrimonio de aquél, de acuerdo a la ley de ese país.⁹

Além disso, importante asseverar que esta tese evita parcialmente o *forum shopping*, já que não importa que o devedor transfira bens a outros Estados, pois o procedimento de insolvência irá abarcar todos os seus bens, independente de sua localização.

Beat Walter Rechsteiner pondera, ademais, que tal modelo pode evitar que diversas jurisdições atuem concomitantemente em relação ao mesmo devedor, impedindo decisões contraditórias, já que a pluralidade de processos falimentares não teria vinculação, e, sim, os processos seriam autônomos entre si. Como crítica a tal sistema, o autor destaca que sua aplicação, enseja, muitas vezes, a aplicação de direito estrangeiro, que pode ser incompatível com o direito interno, tendo em vista as nuances e especialidade de cada ordenamento jurídico, como o direito do trabalho, direito fiscal, entre outros.¹⁰

Em complemento à crítica, Silvio Javier Batello Calderon¹¹ lembra que a colaboração jurisdicional internacional, necessária em tais casos, nem sempre é possível, considerando aspectos de legislação interna e onerosidade, obstaculizando a celeridade processual.

Na esteira deste modelo, ao existir somente um procedimento concursal, todos os credores se submetem ao processo, sejam eles nacionais ou estrangeiros. No entanto,

La tesis beneficia en demasía a los acreedores de países del primer mundo y perjudica excesivamente los acreedores de países receptores de inversiones, que se ven obligados a trasladarse al extranjero (= país de origen del deudor en crisis) para litigar y hacer efectivos sus créditos.¹²

No âmbito do direito interno brasileiro, o princípio da universalidade é diretamente vinculado ao princípio do juízo universal, o qual surge da necessidade

⁹ UZAL, María Elsa. **Procesos de insolvencia en el derecho internacional privado**. 1. ed. Buenos Aires: La Ley, 2008, p. 161-162.

¹⁰ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito falimentar e MERCOSUL**. São Paulo: J. de Oliveira, 2000, p. 34-36.

¹¹ CALDERON, Silvio Javier Battello. **Falência internacional no MERCOSUL**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 65.

¹² CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. **Derecho concursal internacional**. Madrid: Editorial Colex, 2004, p. 26.

de uniformização procedimental, a fim de facilitar o cumprimento das obrigações decorrentes do processo de falência, bem como objetivando igualdade de tratamento entre os credores do empresário ou da sociedade empresária.

Ou seja, “para que se possa conseguir que o pagamento siga a ordem estabelecida pela legislação, é essencial formar um único juízo a realização de todos os pagamentos, isto é, é essencial a formação de um juízo universal”.¹³

Para Amador Paes de Almeida, “por juízo universal se há de entender, pois, a atração exercida pelo juízo da falência, sob cuja jurisdição concorrem todos os credores do devedor comum – o falido”.¹⁴

Desta forma, a universalidade do juízo falimentar significa, conforme frisado por Fábio Ulhoa Coelho¹⁵, que todas as ações referentes a bens, interesses e negócios da Massa devem ser processadas e julgadas pelo juízo no qual tramita o processo de falência. Esta regra está consagrada no artigo 76 da Lei 11.101/2005¹⁶, de onde surge, igualmente, a indivisibilidade do juízo falimentar.

Segundo o Superior Tribunal de Justiça,

a unidade e conseqüente indivisibilidade do juízo falimentar evita a dispersão das ações, reclamações e medidas que, conjuntamente, formam o procedimento falimentar, o qual fica submetido a critério uniforme do juiz que superintende a execução coletiva e que preside a solução dos interesses em conflito ou a ela relacionados.¹⁷

O Supremo Tribunal Federal também já se manifestou no ponto, em julgamento noticiado no Informativo nº 548¹⁸, definindo que o denominado juízo

¹³ TOMAZATTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**, volume 3: falência e recuperação de empresas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 385.

¹⁴ ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falências e recuperação de empresas**: de acordo com a Lei n. 11.101/2005. 25, ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 126.

¹⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹⁶ BRASIL. **Lei nº 11.101**, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 26 fev. 2015.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência 84.752/RN**. Autor: Solange Cunha Pereira e Outros. Réu: Incosa Engenharia S/A – Massa Falida. Relatora: Min. Nancy Andrichi. Brasília (DF), 27 de junho de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3192475&num_registro=200701131173&data=20070801&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 24 março 2015.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 548**, de 25 a 29 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo548.htm>>. Acesso em: 15 março 2015.

universal serve para atrair todas as ações aptas a afetar o patrimônio da empresa, tanto no processo de quebra como no de recuperação judicial.

Ora, se o princípio da universalidade prevê a sujeição de todas as relações jurídicas relativas ao devedor a uma única direção, deve haver um só juízo para todas as medidas judiciais e atos referentes ao devedor, como mencionado por Cristiano Imhof.¹⁹

Portanto, dentro do direito interno, aplica-se o princípio da universalidade do juízo na insolvência corporativa, não havendo possibilidade jurídica de prosseguirem as execuções individuais afetas àquele espécie de procedimento. Desta senda, o princípio da universalidade do juízo falimentar nacional exerce uma atratividade sobre todas as ações de interesse da massa falida, caracterizando a sua individualidade.

Por fim, em que pese os argumentos negativos e positivos sobre o modelo universal, é imperioso concordar que “la tesis favorece la expansión sin fronteras del capitalismo internacional, o con otras palabras, potencia decididamente la globalización económica”²⁰, cada dia mais evidente.

1.2 PRINCÍPIO DA TERRITORIALIDADE

Em direto contraste ao princípio da universalidade, o princípio da territorialidade estabelece que as leis falimentares são leis territoriais, ou seja, só podem ser aplicadas no território onde os bens do devedor se encontrem. Isto é, por ser o processo falimentar uma execução forçada, o efeito da decretação da falência será limitado ao território em questão, não podendo, portanto, ser reconhecida no estrangeiro, consoante professado por He Moon Jo.²¹

Contudo, considerando que neste sistema os efeitos de cada processo falimentar são limitados a determinado território, verifica-se que sua aplicabilidade

¹⁹ IMHOF, Cristiano. **Lei de recuperação de empresas e falência**: interpretada e anotada artigo por artigo. 3. ed. São Paulo, Atlas, 2014.

²⁰ CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. **Derecho concursal internacional**. Madrid: Editorial Colex, 2004, p. 26.

²¹ JO, Hee Moon. **Moderno Direito internacional privado**. São Paulo: LTr, 2001.

pode acarretar uma pluralidade de falências de um mesmo devedor ou grupo econômico, eis que não podem ser estendidos a território estrangeiro.

Beat Walter Rechsteiner ressalta que a pluralidade de juízos de insolvência está caracterizada quando mais que uma autoridade judiciária ou equivalente “se declararem internacionalmente competentes em diferentes países para abrir um procedimento de insolvência em relação ao mesmo devedor”.²²

As consequências deste modelo, segundo Silvio Javier Battello Calderon, são as seguintes:

Quando o devedor possuir um patrimônio internacionalmente disperso, deverá solicitar a declaração de abertura do respectivo processo falimentar, submetendo-se às exigências das leis locais em cada país onde exista estabelecimento ou bens de qualquer natureza.²³

Como benefício à utilização do modelo, Hee Moon Jo assim destaca:

A adoção da territorialidade tem a vantagem de permitir uma solução mais rápida, já que os efeitos da sentença falimentar não atingem os bens localizados no exterior. Portanto, não há, nesse caso, a necessidade de esperar pela cooperação judiciária internacional e muito menos a necessidade da homologação da sentença brasileira nos países em que se situam os bens, para que o processo de execução da sentença falimentar possa ser concluído.²⁴

Na mesma esteira, Beat Walter Rechsteiner assevera que os doutrinadores a favor do princípio da territorialidade ressaltam a complexidade dos procedimentos de insolvência com conexão internacional, tendo em vista que as legislações falimentares divergem em seu teor.²⁵

No seu entendimento, no entanto, afirma que “o princípio da territorialidade no âmbito do direito falimentar não corresponde mais às necessidades dos tempos atuais com a globalização dos mercados”.²⁶

²² RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito falimentar e MERCOSUL**. São Paulo: J. de Oliveira, 2000, p. 30.

²³ CALDERON, Silvio Javier Battello. **Falência internacional no MERCOSUL**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 62.

²⁴ JO, Hee Moon. **Moderno Direito internacional privado**. São Paulo: LTr, 2001, p. 544.

²⁵ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito falimentar e MERCOSUL**. São Paulo: J. de Oliveira, 2000.

²⁶ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito falimentar e MERCOSUL**. São Paulo: J. de Oliveira, 2000, p. 36.

Porém, consoante dita Silvio Javier Battello Calderon, dentro do referido modelo, “beneficiam-se os credores locais que têm prioridade de pagamento para seus créditos”, fato que os isenta de litigarem em tribunais estrangeiros.²⁷

Todavia, embora a territorialidade torne “mais eficiente a liquidação de bens internacionalmente dispersos”²⁸, em contrapartida, tal sistema não observa o princípio da igualdade de tratamento de todos os credores (*par condicio omnium creditorum*), o qual é integralmente aplicado apenas quando a totalidade do patrimônio do devedor faz parte da massa falida, independente do local onde encontram-se estabelecidos tais bens, como afirma Beat Walter Rechsteiner.²⁹

Isto é, consoante assevera Marlon Tomazette, citando Lino Guglielmucci, “fala-se em aplicação da *par conditio creditorum*, no sentido de que todos os credores terão direitos iguais no processo de falência, ressalvadas as preferências estabelecidas na legislação”.³⁰

Para Alfonso-Luis Calvo Caravaca e Javier Carrascosa González, outro ponto negativo é o alto custo processual para a empresa devedora, já que,

Una multitud de procedimientos de insolvencia en varios países requiere de los acreedores unos gastos procesales elevadísimos (= ejercicio de la acción colectiva en muchos Estados y aplicación de múltiples Leyes estatales). También para el deudor es poco eficiente: debe organizar su defensa en varios países y con arreglo a una multiplicidad de Leyes estatales.³¹

Também, verifica-se que tal modelo pode fomentar o *forum shopping*, já que o devedor poderá “trasladar su patrimonio a países en los cuales sea difícil la declaración de insolvencia (paraíso concursal o Bankruptcy Heaven)”.³²

No Brasil, observa-se que o legislador ordinário utilizou tacitamente o critério da territorialidade, ao impor que a competência para a declaração de falência é do

²⁷ CALDERON, Silvio Javier Battello. **Falência internacional no MERCOSUL**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 62.

²⁸ CALDERON, Silvio Javier Battello. **Falência internacional no MERCOSUL**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 63.

²⁹ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito falimentar e MERCOSUL**. São Paulo: J. de Oliveira, 2000.

³⁰ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas**, v. 3, 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 270-271.

³¹ CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. **Derecho concursal internacional**. Madrid: Editorial Colex, 2004, p. 29.

³² CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. **Derecho concursal internacional**. Madrid: Editorial Colex, 2004, p. 29.

juiz em cuja jurisdição o devedor tem o seu principal estabelecimento ou filial de outra situada fora do Brasil, conforme art. 3º da Lei 11.101/2005.³³

Desta senda, no caso de empresa estrangeira com filial no Brasil, como lembra Amador Paes de Almeida³⁴, a quebra só produzirá efeitos sobre os bens situados no território nacional, não atingindo os bens situados no estrangeiro.

A teoria da territorialidade da falência declarada no estrangeiro foi adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, quando da análise do Recurso Especial número 19.263/RS³⁵, proveniente da quarta turma, de relatoria do Ministro Torreão Braz, observando que a lei de falências não dispõe sobre regras de direito internacional privado, e que a sentença declaratória de falência no exterior deve ser, obrigatoriamente, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça para que aqui tenha eficácia.

Contudo, posicionamento contrário ao sistema da territorialidade foi utilizado em caso recente e precedente no Brasil, onde Desembargador Gilberto Campista Guarino, da décima quarta câmara cível do tribunal de justiça do Estado do Rio de Janeiro, deferiu o processamento de recuperação judicial de empresa pertencente a grupo econômico brasileiro situada na República da Áustria. Em sua decisão monocrática, deferiu efeito suspensivo e revogou a decisão interlocutória que havia rejeitado o pedido de recuperação judicial das sociedades empresárias austríacas.

Conforme argumentado pelo referido Desembargador Relator, “a ausência de previsão normativa quanto à aplicação do instituto da recuperação judicial além dos limites territoriais (o que é uma pesada falha legislativa), se não o autoriza, por outro lado, não o veda”.³⁶

³³ BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 06 março 2015.

³⁴ ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falências e recuperação de empresas**: de acordo com a Lei n. 11.101/2005. 25, ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 19.263/RS**. Recorrente: Direct Import Corporation of América. Recorrido: NA do Amaral e Companhia Ltda. Relator: Min. Antônio Torreão Braz. Brasília (DF), 19 de abril de 1994. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199200045499&dt_publicacao=22-08-994&cod_tipo_documento=&formato=PDF>. Acesso em: 24 março 2015.

³⁶ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento 0064658-77.2013.8.19.0000**. Agravante: OGX Petróleo e Gás Participações S/A e Outros. Agravado: A Justiça. Relator: Des. Gilberto Guarino. Rio de Janeiro (RJ), 03 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004BD0A8F461F8B721E830B1BAE63A18D8DC50251492438>>. Acesso em: 24 março 2015.

Assim, determinou que fosse efetivado procedimento único e conjunto, submetendo todos os credores, sejam estes nacionais ou internacionais, a um processo comum de recuperação Judicial. Destacou, por fim,

que a Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência do Empresário e da Sociedade Empresária é, atualmente, alvo de acirrado debate, no que concerne à necessidade de reforma, a fim de que, dentre as alterações, passe a tratar da denominada “insolvência transnacional”, seguindo o rumo das tendências legislativas internacionais, calcadas na cooperação e no diálogo entre os Juízes e Tribunais de diferentes Estados.³⁷

1.3 APLICAÇÃO PRÁTICA DOS PRINCÍPIOS

Na prática, verifica-se que nenhuma país utiliza cada um destes princípios de forma absoluta, verificando-se que a solução processual sempre é mista. Ou seja, a mescla dos princípios da universalidade e territorialidade pode apresentar modelos intermediários, tendenciosos a um ou outro princípio.

Neste sentido, afirmam Alfonso-Luis Calvo Caravaca e Javier Carrascosa González que “es cierto que las dos tesis clásicas anteriores, - tesis de la universalidad del procedimiento de insolvencia y tesis de la territorialidad del procedimiento de insolvencia-, conocen también versiones atenuadas”.³⁸

Como exemplifica Silvio Battello Javier Calderon,

Uma forma de mitigar a territorialidade é condicionar a abertura de novos processos à existência de estabelecimento comercial no Estado onde se pretende abrir o concurso e, assim, impedir a abertura quando existirem somente bens do devedor.³⁹

³⁷ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento 0064658-77.2013.8.19.0000**. Agravante: OGX Petróleo e Gás Participações S/A e Outros. Agravado: A Justiça. Relator: Des. Gilberto Guarino. Rio de Janeiro (RJ), 03 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004BD0A8F461F8B721E830B1BAE63A18D8DC50251492438>>. Acesso em: 24 março 2015.

³⁸ CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. **Derecho concursal internacional**. Madrid: Editorial Colex, 2004, p. 31.

³⁹ CALDERON, Silvio Javier Battello. **Falência internacional no MERCOSUL**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 65-66.

Destarte, utiliza-se de forma moderada cada um destes princípios, já que a rígida utilização estrita de cada um pode conflitar com diversos aspectos, tanto de direito material como de direito processual dos Estados.

De todo modo, mesmo nas versões mitigadas de cada modelo, “ninguna de las tesis generales pierde su identidad”.⁴⁰

Há entendimento doutrinário de que deve ser aplicado o princípio da universalidade para os bens móveis e da territorialidade para os bens imóveis. O inconveniente deste sistema é que ele “divide o patrimônio arrecadável do devedor, com isto não soluciona os problemas da insolvência internacional”.⁴¹

1.4 A LEI MODELO DA UNCITRAL COMO SOLUÇÃO ECLÉTICA

Atualmente, e cada dia mais, as empresas transnacionais mantêm ativos e passivos em diversos países, como consequência de suas atividades multijurisdicionais, já que a globalização intensifica as relações econômicas transfronteiriças, gerando um grande aumento de negócios empresariais internacionais.

Contudo, como professora Hee Moon Jo⁴², no caso de decretação de falência destas empresas, a solução e andamento do processo falimentar torna-se complicada, justamente pela situação dos seus bens.

Beat Walter Rechsteiner assevera que,

Como todo Estado possui sua própria legislação de direito falimentar, a cada um incumbe determinar as normas jurídicas da competência internacional para abrir um procedimento de insolvência, do direito aplicável a esses procedimentos, bem como do reconhecimento pelo direito interno de procedimentos de insolvência estrangeiros e de cooperação internacional entre autoridades judiciárias e equivalentes no âmbito do direito falimentar internacional.⁴³

⁴⁰ CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. **Derecho concursal internacional**. Madrid: Editorial Colex, 2004, p. 31.

⁴¹ BERGER, Dora. **Insolvência internacional: Brasil, Alemanha e MERCOSUL**. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 47.

⁴² JO, Hee Moon. **Moderno Direito internacional privado**. São Paulo: LTr, 2001.

⁴³ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito falimentar internacional e MERCOSUL**. São Paulo: J. de Oliveira, 2000, p. 05-06.

Neste contexto, partindo do ponto de que a falência decretada em juízo de determinado país acarrete efeitos a vários outros, surgem diversas problemáticas em relação à efetiva aplicabilidade da extensão de seus efeitos, especialmente àqueles países que utilizam exclusivamente o sistema da territorialidade.

Analisando a essência do direito falimentar internacional, tem-se que o mesmo

se destina em primeiro lugar a regulamentar a competência internacional e o direito aplicável em relação a situações de insolvência com conexão internacional, bem como o reconhecimento de procedimentos de insolvência estrangeiros pelo direito interno e a cooperação internacional entre as autoridades judiciárias e administrativas no âmbito do direito falimentar internacional.⁴⁴

Porém, a visualização prática de um caso de falência internacional é ainda mais complexa que os seus próprios objetivos.

Assim, considerando as nuances do procedimento falimentar imposto por uma lei nacional em frente à necessidade de sua utilização em um caso de falência multijurisdicional, bem como em tentativa de harmonização e cooperação jurídica em tais casos, a Comissão de Direito Comercial Internacional das Nações Unidas (*United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL*), criou uma lei modelo uniforme que atende às demandas de insolvência internacional, observadas as particularidades do direito interno de cada país.

O *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment* foi aprovado em 30/05/1997⁴⁵, e dispõe expressamente sobre procedimentos de falência com conexão internacional, criando instrumentos que permitam solucionar os casos de insolvência transfronteiriça, fortalecendo, implicitamente, a diplomacia judiciária entre os Estados. Os objetivos primordiais do modelo de lei sobre insolvência internacional seriam:

Facilitar e estabelecer um trabalho conjunto entre os administradores; possibilitar a participação de credores nacionais em processo de insolvência

⁴⁴ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito falimentar e MERCOSUL**. São Paulo: J. de Oliveira, 2000, p. 145.

⁴⁵ UNITED NATIONS. Lei modelo da UNCITRAL sobre insolvência internacional e guias práticos legislativos. Disponível em <http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/insolvency/1997_Model.html>. Acesso em 27 fev 2015.

estrangeira; garantir que outro Estado reconheça os efeitos da decisão de insolvência no seu sistema jurídico.⁴⁶

Eronides Aparecido Rodrigues dos Santos⁴⁷, ao discorrer sobre a adoção da lei modelo, aponta como benefícios de sua aplicabilidade o combate às fraudes e à lavagem de dinheiro, a facilitação na localização de ativos ocultos, bem como a proteção e maximização destes ativos, além de maior segurança jurídica para as partes, entre outros.

No entanto, como lembra Silvio Javier Battello Calderon⁴⁸, sua abrangência é limitada, pois não se está a frente de uma regulamentação completa sobre o tema, não dispondo especificamente sobre competência internacional ou sobre o direito aplicável. Como elenca o autor, sua abrangência limita-se às seguintes situações:

Quando um tribunal ou representante estrangeiro solicita a colaboração jurisdicional em outro Estado relacionado a um processo de insolvência; quanto, tramitando simultaneamente e sobre o mesmo devedor, um processo estrangeiro e um processo no seu país; quando credores ou terceiros interessados, domiciliados no exterior, solicitam abertura ou a sua participação em processo realizado em outro Estado.⁴⁹

A Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial (UNCITRAL), já foi incorporada por algumas das maiores economias do mundo, como os Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, Japão, dentre outras. Ou seja, como lembrado por Hee Moon Jo⁵⁰, a lei modelo não é uma convenção, somente sendo recomendada aos países para que a incorporem em sua lei nacional, visando, nesta esteira, a harmonização das leis nacionais sobre o tema.

Nesta esteira, os Estados que incorporam a Lei Modelo ao seu direito interno “se avienen a introducir mejoras y adiciones útiles a su régimen interno de

⁴⁶ BERGER, Dora. **Insolvência internacional**: Brasil, Alemanha e MERCOSUL. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 29.

⁴⁷ SANTOS, Eronides Aparecido Rodrigues dos. **A insolvência transnacional e a adoção da lei modelo da UNCITRAL**. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Civel_Geral/ms_falencias/ms_fal_diversos/falencias%20doutrina%20UNCITRAL.pdf> . Acesso em 17 março 2015.

⁴⁸ CALDERON, Silvio Javier Battello. **Falência internacional no MERCOSUL**. Curitiba: Juruá, 2011.

⁴⁹ CALDERON, Silvio Javier Battello. **Falência internacional no MERCOSUL**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 72.

⁵⁰ JO, Hee Moon. **Moderno Direito internacional privado**. São Paulo: LTr, 2001.

insolvencia destinadas a resolver problemas peculiares de los casos transfronterizos”.⁵¹

Não obstante, em que pese haja a necessidade de certas modificações no texto legal do direito interno, María Elsa Uzal argumenta que “se ha recomendado a los Estados que, al incorporar la Ley Modelo, introduzcan el menor número posible de cambios en su texto uniforme al adaptarlo a su derecho interno”.⁵² Logo, “cabe, pois, a cada país examinar a sua realidade econômico-social e optar em adotar a lei modelo de forma parcial, integral ou utilizada como referência na elaboração de uma lei internacional harmoniosa e vinculativa sobre a matéria”.⁵³

Para Dora Berger “o objetivo da UNCITRAL não é tímido, uma vez que as normas visam alcançar que países ofereçam a solução mínima em permitir a participação de credores nacionais em processo de insolvência estrangeira”.⁵⁴

Por fim, tem-se que tal modelo parte da busca, cada dia mais necessária, de uma uniformização do processo falimentar no âmbito internacional, já que a economia das empresas passa a pertencer a uma realidade mundial, sendo que seus efeitos não são mais locais, e sim, passam a se disseminar globalmente.

⁵¹ UZAL, María Elsa. **Procesos de insolvencia en el derecho internacional privado**. 1. ed. Buenos Aires: La Ley, 2008, p. 319.

⁵² UZAL, María Elsa. **Procesos de insolvencia en el derecho internacional privado**. 1. ed. Buenos Aires: La Ley, 2008, p. 321.

⁵³ BERGER, Dora. **Insolvência internacional: Brasil, Alemanha e MERCOSUL**. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 29.

⁵⁴ BERGER, Dora. **Insolvência internacional: Brasil, Alemanha e MERCOSUL**. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 30.

CAPÍTULO II: CRITÉRIO PARA FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA INTERNACIONAL E LEI APLICÁVEL EM INSOLVÊNCIA COM CONEXÃO INTERNACIONAL

Há diversos critérios que o Estado adota para determinar a sua jurisdição internacional, tais como do domicílio do réu, do local de execução da obrigação, do local do ato ilegal, do local dos bens, etc. Assim sendo, cabe a cada Estado estabelecer limites para a sua própria jurisdição internacional.

Conforme explicitado no capítulo anterior, o sistema universal entende que o tribunal de um único país deve exercer sua jurisdição sobre a falência internacional, expandindo seu alcance sobre todos os países onde estão situados os bens da empresa. Já o sistema territorial reconhece a jurisdição paralela dos países onde se situam tais bens.

Assim, no presente capítulo, será analisado apenas o critério que diz respeito estritamente à jurisdição no caso de insolvência com conexão internacional em relação aos seus ativos, e a lei aplicável nestes casos, tanto de forma geral, como de acordo com a legislação brasileira.

2.1 CRITÉRIO DO LOCAL DOS BENS (*FORUM REI SITAE*)

A regra geral é de que cada Estado exerce jurisdição territorial sobre os bens situados em seu território. Portanto, consoante professa Hee Moon Jo, “é ele quem tem os maiores interesses sobre o destino desses bens”⁵⁵, de onde decorre o princípio que prega que cada país exerce a sua jurisdição sobre os bens situados em seu território, o *forum rei sitae*.

Em classificação literal “assim se diz o foro que é determinado pela situação da coisa, isto é, o que é demonstrado em virtude de, no local, a que se refere, estar situado o imóvel, que vai servir de objeto à questão”.⁵⁶

⁵⁵ JO, Hee Moon. **Moderno direito internacional privado**. São Paulo: LTr, 2001, p. 278.

⁵⁶ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

A Convenção de Bruxelas, que trata sobre jurisdição internacional e reconhecimento de sentenças estrangeiras na Europa, estabelece que os tribunais de país onde se situam os bens possuem jurisdição exclusiva no caso de litígios relacionados a estes: “Artigo 16. Têm competência exclusiva, qualquer que seja o domicílio: 1.a) Em matéria de direitos reais sobre imóveis e de arrendamento de imóveis, os tribunais do Estado Contratante onde o imóvel se encontre situado”.⁵⁷

Portanto, no caso de insolvência com bens que se encontrem localizados fora do Estado onde decretada a falência, a regra geral é de que os processos atinentes a tais ativos serão de competência do Juízo do local onde os mesmos encontrem-se localizados.

No caso da competência para a própria abertura de procedimento de insolvência, Beat Walter Rechsteiner afirma que, em determinados países, tais como Estados Unidos, Alemanha, Itália, Argentina, Suécia, França, Israel, Japão e Inglaterra, “a mera existência de ativos do devedor no território nacional é suficiente para estabelecer a competência internacional da abertura de um procedimento de insolvência”.⁵⁸

A Convenção da União Europeia sobre Procedimentos de Insolvência, no entanto, não admite a abertura de procedimento de insolvência fundado apenas em ativos situados em território nacional, cujas importantes definições são a seguir transcritas:

Art. 3º. Para efeitos do presente regulamento, são aplicáveis as seguintes definições

g) «Estado-Membro onde se encontra um bem»: no caso de bens corpóreos, o Estado-Membro em cujo domicílio ou sede no Estado-Membro em cujo território se território está situado esse bem, no caso de bens e direitos que devam ser inscritos num registro público pelo respectivo proprietário ou titular, o Estado-Membro sob cuja autoridade é mantido esse registro, no caso de créditos, o Estado-Membro em cujo território está situado o centro dos interesses principais do terceiro devedor, tal como determinado no n.1 do artigo 3;

⁵⁷ UNIÃO EUROPEIA. **Convenção de Bruxelas**. Convenção relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial. Disponível em: <<http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/Amesterdao/conv-bruxelas-1968.htm>>. Acesso em 20 abril 2015.

⁵⁸ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito falimentar e MERCOSUL**. São Paulo: J. de Oliveira, 2000, p. 157.

h) «Estabelecimento», o local de operações em que o devedor exerça de maneira estável uma atividade econômica com recurso a meios humanos e a bens materiais.⁵⁹

Hee Moon Jo verifica que a Convenção, admite, basicamente, dois meios de solução com relação aos bens de devedor localizado em vários países. O primeiro, dita que o liquidante possui poder extraterritorial sobre os bens situados nos países membros, e, “apesar de não ter uma autorização expressa da corte local, deve respeitar e se fundamentar nas leis e procedimentos locais”.⁶⁰ O segundo meio, admite que o síndico possa abrir procedimentos de insolvência secundários,

em todos os países signatários nos quais se situem os bens de devedor, sem a necessidade da prova da insolvência e sem o prévio exame do tribunal local, sendo suficiente, para tanto, o fato da existência de um processo falimentar principal. Serão aplicadas, para esses processos falimentares secundários, as respectivas leis locais.⁶¹

Tal modalidade “favorece a abertura de uma pluralidade de procedimentos de insolvência em vários países”.⁶² Entretanto, “prejudica a igualdade de tratamento dos credores (*par condicio omnium creditorum*), almejada também em situações de devedores insolventes com conexão internacional”.⁶³

Silvio Javier Battello Calderon, citando Antonio Boggiano, afirma que “es respecto de estos bienes que la jurisdicción queda habilitada, sin invadir la jurisdicción de tribunales extranjeros respecto de bienes sitos en el exterior”.⁶⁴

Portanto, verifica-se que, como regra geral, o Estado competente é aquele da situação da coisa, primordialmente no que tange aos bens imóveis. Não obstante, na opinião de Beat Walter Rechsteiner, “este foro deveria ser admitido somente se os ativos do devedor situados no território nacional possuírem certa dimensão e atingirem a um determinado valor”⁶⁵, evitando-se uma possível multiplicidade de

⁵⁹ UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (CE) n. 1346/2000 do Conselho**, de 29 de maio de 2000, relativo aos processos de insolvência. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000R1346&from=PT>>. Acesso em 06 maio 2015.

⁶⁰ JO, Hee Moon. **Moderno Direito internacional privado**. São Paulo: LTr, 2001, p. 541.

⁶¹ JO, Hee Moon. **Moderno Direito internacional privado**. São Paulo: LTr, 2001, p. 541.

⁶² RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito falimentar e MERCOSUL**. São Paulo: J. de Oliveira, 2000, p. 159.

⁶³ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito falimentar e MERCOSUL**. São Paulo: J. de Oliveira, 2000, p. 159.

⁶⁴ CALDERON, Silvio Javier Battello. **Falência internacional no MERCOSUL**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 100.

⁶⁵ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito falimentar e MERCOSUL**. São Paulo: J. de Oliveira, 2000, p. 159.

ações sem considerável resultado prático.

2.2 LEI APLICÁVEL

Quando estabelecida a competência internacional em relação à insolvência com conexão internacional, especialmente no que tange ao seu ativo, defronta-se com a necessidade de verificação da lei aplicável.

Na esteira do professado por Beat Walter Rechsteiner, cada Estado possui normas próprias de direito internacional privado em seu ordenamento, sendo que os tratados internacionais vigoram no Estado somente quando ele for incorporado pelo direito interno. Para ele,

essas normas são, na grande maioria, normas indicativas ou indiretas, designando meramente o direito aplicável a uma relação jurídica de direito privado com conexão internacional, mas não solucionando a causa materialmente.⁶⁶

No que tange ao direito falimentar, ressalta que este ramo possui uma particularidade, eis que este é composto tanto do direito processual quanto do direito material. Para o autor, “é pacífico que é aplicável basicamente a *lex fori concursus*”⁶⁷ em relação ao direito processual, valendo a mesma regra no que tange ao direito material. Contudo, há determinados casos em que aplicada a lei do local da situação do bem (*lex rei sitae*), sendo que cada qual será explicitado a seguir.

2.2.1 *Lex Fori Concursus*

A regra de lei aplicável *lex fori concursus*, segundo Alfonso-Luis Calvo Caravaca e Javier Carrascosa González, é uma regra utilizada por diversos convênios internacionais e sistemas nacionais de direito internacional privado em

⁶⁶ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado**: teoria e prática. 16. ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 188.

⁶⁷ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito falimentar e MERCOSUL**. São Paulo: J. de Oliveira, 2000, p. 161.

matéria de insolvência internacional.⁶⁸ Significa, portanto, a lei do *forum* onde foi declarada a falência.

Cabe salientar que,

Por vezes, a *lex fori* exerce também a função de elementos de conexão, mais precisamente quando se trata de determinar a lei aplicável a uma relação jurídica de direito privado com conexão internacional. Nesses casos, adota-se com frequência a regra de que o juiz, internacionalmente competente, aplica, como direito aplicável, a *lex fori*.⁶⁹

Para María Elsa Uzal, a resposta ao questionamento da lei aplicável ao procedimento de insolvência é praticamente comum, ou seja, “el país en el que se abre el procedimiento resulta condicionante del derecho a aplicar al proceso allí abierto”.⁷⁰ Partindo desta premissa, a *lex concursus* coincide com a *lex fori concursus*, a qual “no solo se aplica en cuento a lo formal (proceso), sino también en cuanto a lo sustancial de la solución (fondo)”.⁷¹

No entendimento de Beat Walter Rechsteiner, o princípio da regência da *lex fori concursus* “se aplica a todos os tipos de procedimento de insolvência e seus efeitos jurídicos”.⁷²

Em pesquisa à embasamentos legais, verificou-se que o artigo 4º da Lei 1.346/2000 relativo aos processos de insolvência na União Europeia dispôs sobre o tema: “salvo disposição em contrário do presente regulamento a lei aplicável ao processo de insolvência e aos seus efeitos é a lei do Estado-Membro em cujo território é aberto o processo, a seguir designado «Estado de abertura do processo»”.⁷³

Este artigo declara a aplicação da *lex fori concursus* em sentido material, ou seja, aplica o direito concursal material do país onde decretada a falência, excluindo as suas normas de conflito, eliminando-se, assim, o perigo de reenvio em favor de

⁶⁸ CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. **Derecho concursal internacional**. Madrid: Editorial Colex, 2004.

⁶⁹ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado**: teoria e prática. 16. ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 188.

⁷⁰ UZAL, María Elsa. **Procesos de insolvencia en el derecho internacional privado**. 1. ed. Buenos Aires: La Ley, 2008, p. 743.

⁷¹ UZAL, María Elsa. **Procesos de insolvencia en el derecho internacional privado**. 1. ed. Buenos Aires: La Ley, 2008, p. 744.

⁷² RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito falimentar e MERCOSUL**. São Paulo: J. de Oliveira, 2000, p. 162.

⁷³ UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (CE) n. 1346/2000 do Conselho**, de 29 de maio de 2000, relativo aos processos de insolvência. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000R1346&from=PT>>. Acesso em 06 maio 2015.

leis de outro país, reforçando a segurança jurídica.⁷⁴

María Elsa Uzal, ao discorrer sobre o direito falimentar francês, explica sobre a aplicação da regra naquele ordenamento: “en el caso de una quiebra pronunciada en el extranjero, es la *lex fori* extranjera del país del que proviene la sentencia, la que precisará los efectos de esa sentencia, invocados en Francia”.⁷⁵

O próprio Guia Legislativo da Lei de Insolvência da UNICTRAL assegura que “it is quite typical that the law of the State in which insolvency proceedings are commenced, the *lex fori concursus*, will govern the commencement, conduct, administration and conclusion of those proceedings”.⁷⁶ (traduziu-se)

Afirmam Alfonso-Luis Calvo Caravaca e Javier Carrascosa González que a *lex fori concursus* “es una solución de derecho aplicable que aparece respaldada por poderosas ventajas, muy bien sistematizadas”.⁷⁷ Como vantagens, citam que tal critério facilita a determinação da lei aplicável, já que emprega um critério objetivo simples que reforça a segurança jurídica, e que provoca a chamada “coincidência *Forum-Jus*”, isto é:

El tribunal de un país aplicará la Ley sustantiva de dicho país. Se trata de una solución cómoda para las partes y para los tribunales, porque tanto los aspectos procesales como los aspectos sustantivos del procedimiento de insolvencia, quedan sujetos a una misma Ley. En el fondo, la competencia judicial internacional en materia concursal no sólo precede, sino que también condiciona la determinación del derecho aplicable a los procedimientos internacionales de insolvencia.⁷⁸

Silvio Javier Battello Calderon, citando Miguel Virgos Soriano, também elenca justificativas para aplicação da *lex fori concursus*:

a) permite a unidade de soluções e, conseqüentemente, possibilita que todos os vinculados ao processo saibam claramente quais seus direitos e obrigações, prevendo, assim, o risco concursal; b) a coincidência de *forum* e

⁷⁴ CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. **Derecho concursal internacional**. Madrid: Editorial Colex, 2004.

⁷⁵ UZAL, María Elsa. **Procesos de insolvencia en el derecho internacional privado**. 1. ed. Buenos Aires: La Ley, 2008, p. 205.

⁷⁶ É bastante comum que a lei do Estado em que sejam ajuizados os processos de insolvência, a *lex fori concursus*, é que irá reger o início, conduta, administração e conclusão desses processos. In: UNITED NATIONS. United Nations Commission on International Trade Law. **Legislative guide on insolvency law**. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf>. Acesso em: 15 maio 2015.

⁷⁷ CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. **Derecho concursal internacional**. Madrid: Editorial Colex, 2004, p. 109.

⁷⁸ CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. **Derecho concursal internacional**. Madrid: Editorial Colex, 2004, p. 109.

jus simplifica a administração do processo, já que se evitam demoras e gastos para obter informação do direito estrangeiro e, c) assegura-se a *par condictio* dos credores em relação às normas de conflito aplicadas após a abertura do processo; todos ficam sujeitos (no que tange à sua posição dentro da insolvência) ao mesmo ordenamento jurídico.⁷⁹

Parece prudente a utilização deste critério de lei aplicável aos processos relacionados à insolvência, conduzindo a uma igualdade entre todas as partes envolvidas, acarretando que “los derechos de todos los acreedores, sean del país que sean, se rigen, todos ellos, por la misma Ley”.⁸⁰

Assim sendo, utilizando-se o modelo universal antes explicitado, “somente se aplicaria a *lex fori concursus* para a resolução de todos os conflitos de leis, tais como a determinação das causas de abertura, as regras procedimentais e os efeitos concursais”.⁸¹

Entretanto, Beat Walter Rechsteiner aponta exceções à aplicação da *lex fori concursus*, especificamente relacionadas ao ativo da empresa, ou seja, relacionadas a imóveis, direitos reais de garantia em geral, direitos com reserva de domínio, entre outros.⁸²

Portanto, “ha de concluirse pues, en que si bien cabe reconocer a la *lex fori concursus* una competencia general, ello no significa que deba aplicarse en todos los casos y ha todos los efectos”.⁸³ Isto é, deve-se distinguir o processo de insolvência com todas as demais questões vinculadas a seus efeitos, que podem ser regidas por leis diversas.

No ponto, também discorre-se no Guia Legislativo da Lei de Insolvência da UNICTRAL:

To determine the insolvency effects on valid and effective rights and claims, some laws adopt exceptions to the application of the *lex fori concursus*. The purpose of the exception is not to change the law applicable to the question of validity and enforceability (which continues to be governed by the general

⁷⁹ CALDERON, Silvio Javier Battello. **Falência internacional no MERCOSUL**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 143.

⁸⁰ CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. **Derecho concursal internacional**. Madrid: Editorial Colex, 2004, p. 110.

⁸¹ CALDERON, Silvio Javier Battello. **Falência internacional no MERCOSUL**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 140.

⁸² RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito falimentar e MERCOSUL**. São Paulo: J. de Oliveira, 2000.

⁸³ UZAL, María Elsa. **Procesos de insolvencia en el derecho internacional privado**. 1. ed. Buenos Aires: La Ley, 2008, p. 746.

conflict of laws rules of the forum), but to change the law applicable to the insolvency effects.⁸⁴ (traduziu-se)

Assim, quando a decretação da falência acarreta efeitos internacionais, “la *lex fori* se encuentra sin embargo, en concurrencia con la ley del lugar de situación de los bienes (*lex rei sitae*)”⁸⁵, em vista de diversos aspectos que podem incidir sobre os bens situados no estrangeiro.

2.2.2 *Lex Rei Sitae*

A regra determina ser aplicável a lei do local onde está situado o bem.⁸⁶ De tal modo, o lugar de situação da coisa seria o elemento de conexão aplicado. Professora Maria Helena Diniz:

Como Estado e territorialidade são incindíveis, as coisas subordinam-se à *lex rei sitae*, por se acharem em relação ao território e, porque não têm nacionalidade, não conservam laços de procedência. A competência da *lex rei sitae* é técnica, uma vez que a sede das relações jurídicas está no local da situação da coisa como limite imposto pela ordem pública.⁸⁷

María Elsa Uzal também ressalta que “la ley del lugar de la situación de los bienes (*lex rei sitae*) es en general, el punto de conexión preferido en el DIPr”.⁸⁸

O artigo 8º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro⁸⁹ assevera que a qualificação dos bens é territorial, isto é, “afirma que para reger as relações concernentes aos bens será aplicada a lei do país em que estiverem situados”.⁹⁰

⁸⁴ Para determinar os efeitos da insolvência nos direitos e reivindicações válidas e eficazes, algumas leis adotam exceções à aplicação da *lex fori concursus*. O objetivo da exceção não é mudar a lei aplicável à questão da validade e aplicabilidade (que continua a ser regido pelo conflito de regras legais geral do fórum), mas mudar a lei aplicável aos efeitos da insolvência. In: UNITED NATIONS. United Nations Commission on International Trade Law. **Legislative guide on insolvency law**. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf>. Acesso em: 15 maio 2015.

⁸⁵ UZAL, María Elsa. **Procesos de insolvencia en el derecho internacional privado**. 1. ed. Buenos Aires: La Ley, 2008, p. 205.

⁸⁶ TEIXEIRA, Carla Noura. **Direito internacional: público, privado e dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁸⁷ DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 272.

⁸⁸ UZAL, María Elsa. **Procesos de insolvencia en el derecho internacional privado**. 1. ed. Buenos Aires: La Ley, 2008, p. 762.

Nesta esteira, utilizando-se o modelo territorial antes elucidado, a consequência é a “utilização de tantos direitos nacionais quanto o número de países onde o devedor possua bens”, já que “o foro de abertura não se ocupa dos bens situados fora de seu país”.⁹¹

O guia da UNCITRAL também discorre sobre o ponto, consoante transcreve-se:

In the context of cross-border insolvency, it is essential to distinguish between the creation of rights and claims under the law designated as applicable law (whether domestic or foreign substantive law) in accordance with the conflict of laws rules of the forum and the insolvency effects on those rights and claims. Since, as noted, the insolvency law does not establish rights or claims, the issue of whether a given right or claim has been created, and the content of that right or claim, belongs to the realm of general conflict of laws rules. It is typical under general conflict of laws rules, for example, [...], that the *lex rei sitae* will determine if a security interest in immovable assets has been created in favour of a specific creditor, and so on.⁹² (traduziu-se).

No direito argentino, como lembra Silvio Javier Battello Calderon, o conceito de patrimônio citado no art. 2312 do Código Civil (Art. 2.312. Los objetos inmateriales susceptibles de valor, e igualmente las cosas, se llaman "bienes". El conjunto de los bienes de una persona constituye su "patrimonio".⁹³) compreende bens móveis e imóveis, e sua existência refere-se ao lugar da sua localização ou no lugar do registro para bens registrares, acarretando-se, assim, a aplicabilidade da *lex rei sitae*.⁹⁴

⁸⁹ BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de introdução às normas de direito brasileiro. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 14 maio de 2015.

⁹⁰ TEIXEIRA, Carla Noura. Direito internacional: público, privado e dos direitos humanos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 122.

⁹¹ CALDERON, Silvio Javier Battello. **Falência internacional no MERCOSUL**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 139.

⁹² No contexto da insolvência transfronteiriça, é essencial distinguir entre a criação de direitos e pretensões ao abrigo da lei designada como lei aplicável (lei nacional ou lei substantiva estrangeira) em conformidade com o conflito de leis do fórum e dos efeitos de insolvência sobre esses direitos e pretensões. Uma vez que, como se referiu, a lei de insolvência não estabelece direitos ou pretensões, a questão é de saber se um determinado direito ou reivindicação foi criado, e se o conteúdo desse direito pertence ao grupo do conflito geral das leis e regras. É típico sob conflito geral de leis, por exemplo, [...] que a *lex rei sitae* irá determinar se um interesse de segurança em ativos imobiliários foi criado em favor de um credor específico, e assim por diante. In: UNITED NATIONS. United Nations Commission on International Trade Law. **Legislative guide on insolvency law**. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf>. Acesso em: 15 maio 2015.

⁹³ ARGENTINA. **Código civil de la nación argentina**. Disponível em: <http://www.codigocivilonline.com.ar/codigo_civil_online_2311_2350.html>. Acesso em 20 jun. 2015.

⁹⁴ CALDERON, Silvio Javier Battello. **Falência internacional no MERCOSUL**. Curitiba: Juruá, 2011.

No entanto, em relação aos bens móveis que possuem inconstância na sua localização, tais como navios e aeronaves, é imprópria a aplicação da *lex rei sitae*. Nestes casos, como afirma Hee Moon Jo, “a prática geral das mais modernas legislações vai no sentido da aplicação da lei do país de matrícula do bem”.⁹⁵

Nesta toada, observa-se que os sistemas de publicidade registral desempenham uma importante função de proteção da segurança jurídica e do tráfico jurídico econômico.⁹⁶

Discordando com tal regra, Beat Walter Rechsteiner prefere a aplicação da *lex fori concursus*, sem que haja equiparação com os bens imóveis, já que, para ele, a regra “deve ser regularmente a aplicação da *lex fori concursus*”, pois “a aplicação de um outro direito, a saber, a *lex rei sitae*, deve ser admitida apenas excepcionalmente, com muita restrição”.⁹⁷

Hee Moon Jo traz o questionamento sobre a possibilidade de se ajuizar ação no território onde os bens se situam cujo conteúdo não esteja relacionado aos bens em si, mas, no caso, à sua insolvência. Citando o art. 23 do Código de Processo Civil da Alemanha, afirma que tal legislação reconhece a jurisdição internacional com base no valor simbólico de um imóvel. Argumenta, ainda, que há quem entenda que “se o local dos bens imóveis não tem relação com a ação, sob o ponto de vista da imparcialidade das partes, tal local não poderia ser um foro adequado”.⁹⁸

María Elsa Uzal, citando Antonio Boggiano, afirma que “una postura sostenida en doctrina ha sido considerar que debe aplicarse siempre, a todos los privilegios, la ley del lugar de situación de los bienes aunque se haya declarado la quiebra en otro”.⁹⁹

Não obstante, menciona que outros autores consideram que deve-se restringir a aplicação da *lex rei sitae* a determinados privilégios, demonstrando como exemplo o entendimento de Diéna:

⁹⁵ JO, Hee Moon. **Moderno Direito internacional privado**. São Paulo: LTr, 2001, p. 484.

⁹⁶ CAÑETE, María José Verdú. **Procedimientos concursales comunitarios**: integración del reglamento (CE) 1346/2000, del consejo, sobre procedimientos de insolvencia, en el sistema concursal español. Valencia: Tirant lo blanch, 2004, p. 95.

⁹⁷ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito falimentar internacional e MERCOSUL**. São Paulo: J. de Oliveira, 2000, p. 171-172.

⁹⁸ JO, Hee Moon. **Moderno Direito internacional privado**. São Paulo: LTr, 2001, p. 305.

⁹⁹ UZAL, María Elsa. **Procesos de insolvencia en el derecho internacional privado**. 1. ed. Buenos Aires: La Ley, 2008, p. 763.

Sostiene que su aplicación se limite a privilegios especiales como los emanados de las hipotecas que gravan bienes precisos y determinados, pues esos derechos reales sólo pueden localizarse dentro del país de situación del bien y dado que, en principio, la *lex fori* determina la manera en que se repartirá el activo entre los distintos acreedores, será necesario, tener en consideración la "*lex rei sitae*" para precisar si ciertas acreencias se benefician con garantías particulares.¹⁰⁰

Partindo desta ideia, a utilização da *lex rei sitae* deveria ser praticada somente em casos específicos, com certa cautela, sendo que "o reconhecimento do local dos bens como foro competente seria feito apenas quando estes possuíssem certa ligação com a ação. A relação existente entre a ação e o bem do réu já seria suficiente para tanto".¹⁰¹

2.3 AS REGRAS DE FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA E LEI APLICÁVEL SEGUNDO A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Inicialmente, é preciso ressaltar que a determinação de competência ocorre em duas etapas na legislação brasileira: "na primeira, o Poder Judiciário define sua jurisdição", e, "na segunda, define os contornos da competência interna".¹⁰²

O Código de Processo Civil insere o princípio básico de direito internacional privado relacionado à competência internacional, trazendo a competência relativa e prorrogável no artigo 88 e a absoluta e exclusiva no artigo 89, nos seguintes termos:

Art. 88. É competente a autoridade judiciária brasileira quando: I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil; II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação; III - a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil.

.....

Art. 89. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra: I - conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil; II - proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional.¹⁰³

¹⁰⁰ UZAL, María Elsa. **Procesos de insolvencia en el derecho internacional privado**. 1. ed. Buenos Aires: La Ley, 2008, p. 763.

¹⁰¹ JO, Hee Moon. **Moderno direito internacional privado**. São Paulo: LTr, 2001, p. 306.

¹⁰² ARAÚJO, Nádia de. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. 5. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 233.

¹⁰³ BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 20 abril 2015.

Importante salientar que no novo Código de Processo Civil, tais regras encontram-se insculpidas nos artigos 22 e 23.¹⁰⁴

Beat Walter Rechsteiner¹⁰⁵, professa que, se a lei nacional estabelece que apenas os seus juízes e tribunais são internacionalmente competentes para julgar uma lide, com a exclusão de qualquer outra, a competência é caracterizada como absoluta.

Logo, a regra de competência absoluta e exclusiva da justiça brasileira impede a eficácia de qualquer decisão de tribunal estrangeiro sobre a lide, seguindo, assim, a lei da situação da coisa (*lex rei sitae*), que determinará tanto a competência internacional do foro nacional, quanto a lei nacional como lei aplicável:

Este é o princípio reconhecido pela maioria dos países, uma vez que ele permite que o país exerça a sua jurisdição sobre os bens imóveis situados em seu território (*forum rei sitae*). Particularmente, ele permite o exercício da jurisdição exclusiva.¹⁰⁶

Assim sendo, considerando que cabe apenas à justiça brasileira julgar causas referente a imóveis situados no Brasil, não será possível reconhecer-se o pedido de homologação de sentença estrangeira que versar sobre imóveis aqui situados, resultando na incompetência da justiça estrangeira. Da mesma forma, o Brasil também “se declara incompetente para as ações que versem sobre imóveis sítos no exterior”.¹⁰⁷

Em decisão de homologação de sentença estrangeira o Supremo Tribunal Federal se manifestou exatamente no ponto: “também não comporta homologação, sentença estrangeira declaratória de falência, cujos possíveis efeitos no Brasil relacionam-se exclusivamente com imóveis aqui situados”.¹⁰⁸

¹⁰⁴ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 20 jun. 2015.

¹⁰⁵ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado: teoria e prática**. 16. ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹⁰⁶ JO, Hee Moon. **Moderno direito internacional privado**. São Paulo: LTr, 2001, p. 304.

¹⁰⁷ ARAÚJO, Nádya de. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. 5. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 258.

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Sentença estrangeira 2.492. Agravante: Uno Finanzierungs GMBH e Erick Mehl. Relator: Min. Xavier de Albuquerque. Brasília (DF), 03 de março de 1982. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC &docID=345876>>. Acesso em: 06 maio 2015.

Para Nádia de Araújo “é uma tendência geral os Estados soberanos terem competência exclusiva para causas relativas a imóveis situados em seu território, por serem estas uma questão de ordem pública *lato sensu* e de segurança jurídica”.¹⁰⁹

Silvio Javier Battello Calderon afirma que “a solução é diferente caso o devedor possua somente bens móveis no Brasil, já que, na hipótese, admite-se o reconhecimento de processo de insolvência estrangeiro, com a condição de ser previamente homologado pela justiça nacional”.¹¹⁰

Importante frisar que o Código de Processo Civil, em seu artigo 337¹¹¹, equivalente no novo Código de Processo Civil ao artigo 376¹¹², admite que juízes brasileiros julguem a causa segundo o direito estrangeiro que possua conexão no caso.

Portanto,

é perfeitamente admissível, portanto, que, não obstante a competência internacional pertença à autoridade judiciária de dado Estado soberano, esse juiz internacionalmente competente venha a julgar segundo normas jurídico-substanciais de outro país e até mesmo dar-lhe efetividade mediante os atos do processo de execução forçada.¹¹³

Contudo, Nádia de Araújo, citando Marcelo de Nardi, afirma que, “em havendo algum elemento de fixação de competência, o juiz brasileiro deve reconhecer-se competente, sempre observando a eficácia”. Ou seja, “se a eficácia é no estrangeiro deve considerar a possibilidade de aceitação naquele foro de sua decisão”.¹¹⁴

Necessário salientar, no entanto, que “o foro do imóvel não aparece na legislação falimentar”.¹¹⁵ Entretanto, o Supremo Tribunal Federal já julgou o foro do imóvel como aplicável a procedimentos falimentares de conexão com o Brasil,

¹⁰⁹ ARAÚJO, Nádia de. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. 5. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 258.

¹¹⁰ CALDERON, Silvio Javier Battello. **Falência internacional no MERCOSUL**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 103.

¹¹¹ BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 20 abril 2015.

¹¹² BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 24 abril 2015.

¹¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito processual civil**. v. I. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 351.

¹¹⁴ ARAÚJO, Nádia de. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. 5. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 237.

¹¹⁵ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito falimentar e MERCOSUL**. São Paulo: J. de Oliveira, 2000, p. 155.

porém, “os efeitos jurídicos desse procedimento falimentar se restringem aos ativos do devedor insolvente no Brasil”.¹¹⁶

Por conseguinte, “tratando-se de bens móveis gravados ou não, situados fora do Brasil, os efeitos jurídicos determinam-se pela *lex fori concursus*, é dizer, o direito do juízo falimentar”.¹¹⁷

Não obstante, Dora Berger afirma que o previsto em nossa legislação, por si só, não é suficiente para solucionar os conflitos sobre insolvência internacional, porque as demandas inserem aspectos outros que não somente ações relativas a imóveis situados no Brasil”, já que “a Massa também pode ser formada de bens móveis, materiais e imateriais gravados ou não com direito real de garantia”.¹¹⁸

¹¹⁶ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito falimentar e MERCOSUL**. São Paulo: J. de Oliveira, 2000, p. 156.

¹¹⁷ CALDERON, Silvio Javier Battello. **Falência internacional no MERCOSUL**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 103.

¹¹⁸ BERGER, Dora. **Insolvência internacional: Brasil, Alemanha e MERCOSUL**. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 64.

CAPÍTULO III: O ATIVO NA INSOLVÊNCIA INTERNACIONAL

Com a decretação da falência da empresa, impõe-se ao Administrador Judicial a arrecadação dos bens da empresa/sociedade empresária, os quais irão compor o ativo da massa falida. Frisa-se, que o ativo do massa falida “ocupa lugar de destaque nos processos falimentares, na medida em que será sobre essa que os credores satisfarão seus créditos”.¹¹⁹

Contudo, considerando a hipótese de uma insolvência transfronteiriça, problemas podem surgir em relação aos bens que porventura não encontrem-se estabelecidos no Estado de decretação da quebra, ou que estejam gravados por direito de credor ou terceiro estrangeiro.

Para solver judicialmente as questões atinentes ao ativo da massa que imponham tais efeitos transfronteiriços, necessário se faz analisar sua forma de tratamento e legislação aplicável nestes casos.

3.1 OS BENS QUE COMPÕE O ATIVO DA MASSA FALIDA

Inicialmente, cumpre esclarecer como é conceituada a composição do ativo da massa falida:

Considerada patrimônio autônomo, é composta pelos bens sujeitos à execução, excluídos aquele absolutamente impenhoráveis, que não se submetem à arrecadação, permanecendo o devedor na posse plena dos mesmos (créditos por alimentos, pensões etc.).¹²⁰

María José Verdú Cañete também discorre sobre a sua composição:

La masa activa, en principio, está compuesta por todos los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de declaración

¹¹⁹ CALDERON, Silvio Javier Battello. **Falência internacional no MERCOSUL**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 162.

¹²⁰ CALDERON, Silvio Javier Battello. **Falência internacional no MERCOSUL**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 162.

del concurso y los que reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento.¹²¹

Contudo, existem bens que são imunes ao processo de insolvência, como a seguir asseverado: “existen bienes y derechos localizados en otros países que resultan inmunes a los efectos del procedimiento de insolvencia principal regido por la Ley del país de apertura del mismo (*lex fori concursus*)”.¹²²

Neste grupo de exceções o autor cita os bens gravados com direitos reais de garantia, direito de compensação, ou contratos com reserva de domínio. Contudo, “estos bienes o derechos del deudor podrán ser objeto de un procedimiento de insolvencia territorial”¹²³, como autoriza, citando como exemplo, o Regulamento 1.346/2000 que dispõe sobre os processos de insolvência na União Europeia.

3.2 SITUAÇÕES PECULIARES EM RELAÇÃO AO ATIVO E O DIREITO APLICÁVEL

Como dita Beat Walter Rechsteiner, nos processos de insolvência com conexão internacional, há questões jurídicas relacionadas a imóveis, direitos reais de garantia sobre bens móveis e imóveis, e, ainda, contratos com reserva de domínio que suscitam dúvidas tanto na prática quanto na teoria.¹²⁴

Para o autor, é pacífica a aplicação da *lex fori concursus* quando um bem móvel ou imóvel está situado neste país quando da abertura do processo de insolvência. Contudo, “não existe clareza sobre o direito aplicável caso os respectivos bens forem situados fora do território do país onde foi aberto um procedimento de insolvência”.¹²⁵

¹²¹ CAÑETE, María José Verdú. **Procedimientos concursales comunitarios**: integración del reglamento (CE) 1346/2000, del consejo, sobre procedimientos de insolvencia, en el sistema concursal español. Valencia: Tirant lo blanch, 2004, p. 79.

¹²² CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. **Derecho concursal internacional**. Madrid: Editorial Colex, 2004, p. 121-122.

¹²³ CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. **Derecho concursal internacional**. Madrid: Editorial Colex, 2004, p. 121.

¹²⁴ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito falimentar internacional e MERCOSUL**. São Paulo: J. de Oliveira, 2000.

¹²⁵ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito falimentar internacional e MERCOSUL**. São Paulo: J. de Oliveira, 2000, p. 164.

Silvio Javier Batello Calderon argumenta, no ponto, que a aplicação pura e simples da *lex fori concursus*, nestes casos, pode levar a situações injustas.¹²⁶

O autor, citando Volken, elenca como questões principais necessárias de análise, as cláusulas de reserva de propriedade e os créditos com garantias reais. Nas duas situações, é de suma importância determinar o direito aplicável. Os contratos com reserva de domínio e os créditos com garantia real requerem qualificações especiais, tais como a determinação do tipo de bem, se móveis ou imóveis, bem como a forma de constituição da garantia.¹²⁷

Primeiramente, antes de adentrar em cada tópico, cabe explicitar a própria definição de tais modalidades. No que tange à reserva de domínio, assim descreve-se:

La reserva de dominio puede definirse como aquel pacto accesorio al contrato de compraventa por el que el vendedor se asegura el cobro del precio aplazado mediante la retención del derecho de propiedad, a pesar de la entrega inmediata de la cosa al comprador para su uso y disfrute, hasta que este no pague la totalidad del precio.¹²⁸

Já os direitos reais de garantia, podem ser conceituados como sendo “todos aqueles criados por lei e, portanto, limitados e reconhecidos como tais pela própria legislação nacional, sendo-lhes reconhecidas duas faculdades fundamentais: o direito de persecução e o direito de preferência”.¹²⁹

María José Verdú Cañete, citando o Regulamento 1346/2000, conceitua sobre tal direito e discorre sobre suas particularidades:

Derechos que, constituidos con anterioridad a la apertura del procedimiento, que recaigan sobre todo tipo de bienes, materiales e inmateriales, muebles o inmuebles, tanto bienes determinados como conjuntos constituidos por colecciones de bienes indefinidos que varían de tanto en tanto, siempre que sean calificados conforme al derecho nacional como derechos reales.¹³⁰

¹²⁶ CALDERON, Silvio Javier Battello. **Falência internacional no MERCOSUL**. Curitiba: Juruá, 2011.

¹²⁷ CALDERON, Silvio Javier Battello. **Falência internacional no MERCOSUL**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 141.

¹²⁸ CAÑETE, María José Verdú. **Procedimientos concursales comunitarios**: integración del reglamento (CE) 1346/2000, del consejo, sobre procedimientos de insolvencia, en el sistema concursal español. Valencia: Tirant lo blanch, 2004, p. 89.

¹²⁹ CALDERON, Silvio Javier Battello. **Falência internacional no MERCOSUL**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 162-163.

¹³⁰ CAÑETE, María José Verdú. **Procedimientos concursales comunitarios**: integración del reglamento (CE) 1346/2000, del consejo, sobre procedimientos de insolvencia, en el sistema concursal español. Valencia: Tirant lo blanch, 2004, p. 82.

Para a autora, “su fundamento, constitución, validez, contenido y alcance se rige por su propia ley aplicable que será generalmente la del Estado de situación del bien (*lex rei sitae*)”.¹³¹

A Convenção da União Europeia sobre Procedimentos de Insolvência, em seu artigo 5º, dispõe que os direitos reais não são tangidos pelo processo de insolvência quanto no momento de sua abertura encontrarem-se situados fora do seu território nacional:

A abertura do processo de insolvência não afeta os direitos reais de credores ou de terceiros sobre bens corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, quer sejam bens específicos, quer sejam conjuntos de bens indeterminados considerados como um todo, cuja composição pode sofrer alterações ao longo do tempo, pertencentes ao devedor e que, no momento da abertura do processo, se encontrem no território de outro Estado-Membro.¹³²

Pela leitura do artigo, conclui-se que os bens não gravados com direito real de garantia sujeitam-se à arrecadação na insolvência mesmo que estejam situados fora do Estado de decretação.

Por conseguinte, verifica-se que tal convenção estabelece regras sobre o direito aplicável “quando um imóvel situado fora do país da abertura de um procedimento de insolvência faz parte dos ativos do devedor insolvente”¹³³, ou seja, a eficácia do ato se rege conforme o direito que vigorar no país da situação do bem (*lex rei sitae*).

Na concepção de Beat Walter Rechsteiner, tal norma (*lex rei sitae*) constitui exceção ao princípio da aplicação da *lex fori concursus*, norma básica de direito falimentar internacional quanto ao direito aplicável.¹³⁴

Exemplifica-se:

Si se abre un concurso en España contra un deudor que posee un inmueble en Alemania gravado con una hipoteca a favor de un banco alemán, *la Lex*

¹³¹ CAÑETE, María José Verdú. **Procedimientos concursales comunitarios**: integración del reglamento (CE) 1346/2000, del consejo, sobre procedimientos de insolvencia, en el sistema concursal español. Valencia: Tirant lo blanch, 2004, p. 82.

¹³² UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (CE) n. 1346/2000 do Conselho**, de 29 de maio de 2000, relativo aos processos de insolvência. Disponível em < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000R1346&from=PT>>. Acesso em 20 abril 2015.

¹³³ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito falimentar internacional e MERCOSUL**. São Paulo: J. de Oliveira, 2000, p. 164.

¹³⁴ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito falimentar internacional e MERCOSUL**. São Paulo: J. de Oliveira, 2000.

Fori Concursus no afecta en absoluto a dicha hipoteca (derecho real sobre un bien sito en otro Estado miembro).¹³⁵

Em outras palabras, o terceiro credor conserva seu direito real sobre o bem, de modo que pode exercer seu direito de separação da massa ativa em relação a este bem, podendo executar o seu direito.

No direito alemão, como esposado por Dora Berger, independentemente do processo de insolvência ter sido aberto em seu território ou em território estrangeiro, “seus efeitos e consequências são regidos pela lei do Estado em cujo território o bem imóvel se encontre (*lex rei sitae*)”, motivo pelo qual também regem-se pela lei da situação da coisa “quaisquer atos conservatórios de direitos e ações que o administrador tomar, relacionados a contratos parcialmente cumpridos que tenham por objeto bens imóveis”.¹³⁶

Observa-se que esta norma objetiva proteger as partes contratantes do lugar da situação dos bens imóveis, e do Estado. Não obstante,

isso não autoriza afirmar que a lei do Estado em cujo território os bens imóveis ficam situados, concede sempre ao credor uma posição melhor do que a lei de outro Estado, porque a legislação deste pode ser bem mais benéfica. Mesmo nessa circunstância, aplica-se a lei da situação da coisa (*lex rei sitae*) a contratos que tenham por objeto coisa imóvel ou direito de usufrui bem imóvel.¹³⁷

Maria José Verdú Cañete argumenta que, no caso de direitos reais, a maioria dos ordenamentos jurídicos se regem pela lei do Estado da situação do bem (*lex rei sitae*):

Si ésta permite afectar de algún modo esos derechos reales y, además, el deudor tiene un establecimiento en ese Estado, el síndico (o cualquier otra persona habilitada al efecto) puede solicitar la apertura de un procedimiento secundario. Éste se desarrollará conforme al derecho nacional y los derechos reales quedarán afectados en las mismas condiciones que lo haría un procedimiento nacional.¹³⁸

¹³⁵ CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. **Derecho concursal internacional**. Madrid: Editorial Colex, 2004, p. 124.

¹³⁶ BERGER, Dora. **Insolvência internacional**: Brasil, Alemanha e MERCOSUL. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 74.

¹³⁷ BERGER, Dora. **Insolvência internacional**: Brasil, Alemanha e MERCOSUL. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 74.

¹³⁸ CAÑETE, María José Verdú. **Procedimientos concursales comunitarios**: integración del reglamento (CE) 1346/2000, del consejo, sobre procedimientos de insolvencia, en el sistema concursal español. Valencia: Tirant lo blanch, 2004, p. 80.

No direito brasileiro, se existirem bens fora do território nacional, no entanto, apenas móveis, gravados com direitos reais de garantia, estes fariam parte do processo de insolvência aqui aberto, sendo que seus efeitos, portanto, seriam regidos pela *lex fori concursus*, devendo-se salientar a exclusão daqueles direitos incompatíveis com o direito brasileiro pela violação da ordem pública.¹³⁹

Todavia, na opinião de Silvio Javier Battello Calderon, “a aplicação da *lex fori concursus* sobre os créditos com garantias reais constituídos no exterior pode ser uma forma de limitar os direitos dos credores estrangeiros sobre os credores locais”.¹⁴⁰

Dora Berger, discorrendo sobre o direito falimentar alemão, defende a necessidade de proteção das partes titulares dessa garantia, cujas argumentações são a seguir transcritas:

Há a necessidade de regra especial para proteger as expectativas legítimas, garantir as relações comerciais locais não permitindo que os efeitos da insolvência decretada noutro Estado alcancem créditos anteriores garantidos por um direito real ou por um privilégio.¹⁴¹

Se créditos dessa natureza se sujeitassem aos efeitos da insolvência estrangeira, isso geraria insegurança, reduziria a importância dos direitos reais e especiais no âmbito do comércio jurídico, assim como destruiria seus objetivos que consistem em garantir direitos a terceiros pessoas.¹⁴²

Netsa toada, aplicando-se a *lex rei sitae*, teria-se uma posição “mais justa com os credores ou terceiros titulares do direito real e com o restante dos credores”. Porém, para Silvio Javier Battello Calderon, tal aplicação é de difícil concretização, considerando a dificuldade em aplicar um direito real de estranha jurisdição, que determinaria a eficácia da garantia no processo de insolvência bem como a posição na ordem de pagamento, o que também poderia acarretar em conflito de normas.¹⁴³

Não obstante todos os entendimentos esposados, o autor, citando Sanchez Lorenzo, entende que, considerando as particularidades da legislação de cada

¹³⁹ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito falimentar internacional e MERCOSUL**. São Paulo: J. de Oliveira, 2000, p. 168-169.

¹⁴⁰ CALDERON, Silvio Javier Battello. **Falência internacional no MERCOSUL**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 159.

¹⁴¹ BERGER, Dora. **Insolvência internacional: Brasil, Alemanha e MERCOSUL**. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 99.

¹⁴² BERGER, Dora. **Insolvência internacional: Brasil, Alemanha e MERCOSUL**. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 99-100.

¹⁴³ CALDERON, Silvio Javier Battello. **Falência internacional no MERCOSUL**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 163.

Estado sobre o tema, bem como a colocação que os direitos reais ocupam dentro do processo de insolvência, deve-se escolher a lei aplicável que,

establece mayores límites o restricciones a la oponibilidad de la garantía: en principio, corresponde a la *lex rei sitae* determinar a existencia y oponibilidad de la garantía-privilegio, o su rango como crédito privilegiado; la *lex concursus* sólo sería de aplicación en caso de prever condiciones de oponibilidad más restrictivas o, incluso, la inoponibilidad o carácter no privilegiado de la garantía. Al contrario, no será de aplicación si prevé mayores efectos frente o en la masa que la *lex rei sitae*.¹⁴⁴

No que tange aos contratos de reserva de domínio, “o procedimento de insolvência aberto sobre o comprador ou o vendedor da coisa abrange o bem reservado no momento da sua abertura se este se encontra no país”. Assim sendo, se aplicaria “a regra geral da *lex fori concursus* sobre os efeitos jurídicos de um procedimento de insolvência em relação a um direito com reserva de domínio”.¹⁴⁵

Vê-se, então, que, em princípio, sempre se aplica a *lex fori concursus*, sendo que, para a exclusão de sua aplicabilidade, é necessário se fazer a análise acerca da efetiva localização do bem e a data da celebração do contrato, como a seguir explanado:

A exclusão da *lex concursus* aplicar-se-ia aos contratos que estipulassem cláusulas com reservas de domínio, constituídos antes do início do processo de insolvência e sempre que os bens sujeitos à reserva estejam situados em país distinto ao de abertura do processo, justificando-se a exclusão tanto para a insolvência do comprador, quanto a do devedor.¹⁴⁶

Além disso, é também necessário analisar se tal direito foi validamente constituído, de acordo com a *lex fori concursus*. Isso porque, como assevera Beat Walter Rechsteiner, “tanto os requisitos legais para a constituição de um direito com reserva de domínio como os seus efeitos jurídicos em procedimentos de insolvência variam consideravelmente nas legislações nacionais”.¹⁴⁷

No direito brasileiro, consoante se extrai da leitura do artigo 119 da Lei 11.101/2005, “o contrato com reserva de domínio não se resolve após a decretação

¹⁴⁴ CALDERON, Silvio Javier Battello. **Falência internacional no MERCOSUL**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 160.

¹⁴⁵ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito falimentar internacional e MERCOSUL**. São Paulo: J. de Oliveira, 2000, p. 165.

¹⁴⁶ CALDERON, Silvio Javier Battello. **Falência internacional no MERCOSUL**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 168.

¹⁴⁷ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito falimentar internacional e MERCOSUL**. São Paulo: J. de Oliveira, 2000, p. 166.

da falência daquele que comprou um bem com tal reserva”¹⁴⁸, tendo a faculdade, no entanto, ouvido o Comitê de credores, de restituir “a coisa móvel comprada pelo devedor com reserva de domínio do vendedor se resolver não continuar a execução do contrato, exigindo a devolução, nos termos do contrato, dos valores pagos”.¹⁴⁹

Diante das diversas particularidades explanadas, deve-se analisar as características dos bens abarcados pelos contratos mencionados, a fim de que se possa equalizar a garantia dos direitos de terceiros e credores, bem como preservar o patrimônio da massa falida, pois é este que formará o ativo que satisfará o pagamento dos créditos.

3.3 OS ATOS PREJUDICIAIS À MASSA, ESPECIALMENTE A TRANSFERÊNCIA DE BENS NO PERÍODO SUSPEITO

O processo de falência tem por meta “otimizar os ativos que integram a massa, de modo a solver as dívidas do falido”.¹⁵⁰

Sendo assim, cabe verificar se não ocorreram atos prejudiciais aos credores, especialmente quanto ao desvio de ativos, bens estes que possam retornar a compor a massa ativa da falida, possibilitando, por esta consequência, um maior adimplemento de seu passivo.

Para análise deste ponto, imprescindível analisar que “precede à declaração de insolvência um período de “suspeita”, em que determinados atos realizados pelo devedor sobre seu patrimônio, durante esse tempo, podem ser considerados como prejudiciais para os credores”.¹⁵¹

Verifica-se, entretanto, que se adotado, por exemplo, o sistema da territorialidade, não se soluciona

¹⁴⁸ CALDERON, Silvio Javier Battello. **Falência internacional no MERCOSUL**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 167.

¹⁴⁹ BRASIL. **Lei nº 11.101**, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 21 maio 2015.

¹⁵⁰ PURIFICAÇÃO, Carlos Alberto da. **Recuperação de empresa e falência comentada**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 243.

¹⁵¹ CALDERON, Silvio Javier Battello. **Falência internacional no MERCOSUL**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 154.

a questão da transferência, pelo devedor, dos bens da empresa ao exterior antes da decretação da falência, fraudando a execução forçada. Portanto, no mínimo, o síndico deveria ter o direito de alcançar os bens da empresa no exterior, já que ele sucedeu o falido no direito de disposição de tais bens.¹⁵²

Em continuidade, existindo um processo de insolvência transfronteiriço, as regras do próprio processo falimentar são as que determinam as formas e condições para decidir sobre a revogação ou a ineficácia dos atos jurídicos realizados durante o período suspeito.¹⁵³

Neste período, o falido já teria conhecimento do atual estado da empresa, e, ao pressentir a iminente falência, pratica atos que podem ser nulos ou revogáveis. Neste caso, a *lex concursus* “regulamenta as condições de exercício e o alcance das ações de ineficácia ou revogação concursal, determinando se o ato em análise deve reputar-se nulo, se os efeitos da ação são retroativos ou não etc.”.¹⁵⁴

Para tentativa de revogação de atos, o direito alemão prevê a necessidade de inscrição no registro público da decisão de reconhecimento de abertura de processo de insolvência, sendo que, até sua efetivação, “a lei alemã protege o terceiro de boa-fé a favor do qual o devedor transferiu bens ou direitos”.¹⁵⁵

A ação utilizada para revogação do ato chama-se ação revocatória falimentar. A natureza da ação revocatória é pessoal, pois não se leva em conta a natureza dos bens que se quer recompostos à massa. Tanto bem móvel quanto bem imóvel serão arrecadados pelo juiz universal da falência se julgada procedente a ação revocatória, pois esta tem seu escopo voltado à pessoa do falido (empresário ou sociedade empresária)¹⁵⁶, e não ao bem que se quer recomposto à massa.

O Desembargador Relator, Dr. Luis Augusto Coelho Braga, reproduziu os ensinamentos de Rubens Requião no que respeita à etimologia do vocábulo “revocatória” em seu acórdão:

A ação revocatória, na falência, não visa o efeito de anular ou desfazer atos praticados pelo devedor em determinada época e em dadas circunstâncias.

¹⁵² JO, Hee Moon. **Moderno Direito internacional privado**. São Paulo: LTr, 2001, p. 544.

¹⁵³ CALDERON, Silvio Javier Battello. **Falência internacional no MERCOSUL**. Curitiba: Juruá, 2011.

¹⁵⁴ CALDERON, Silvio Javier Battello. **Falência internacional no MERCOSUL**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 156.

¹⁵⁵ BERGER, Dora. **Insolvência internacional: Brasil, Alemanha e MERCOSUL**. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 98.

¹⁵⁶ CAHALI, Yussef Said. **Fraudes contra credores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 275-276.

O que se pretende, com essa ação, genuína criação do Direito Falimentar, é tirar o efeito de determinados atos praticados pelo devedor (voltando-os para trás), destituindo-os de eficácia, mas tão somente em relação à massa falida, sem anulá-los ou desconstituí-los totalmente. Esse é o segredo da ação revocatória na falência, cuja sutileza nem todos facilmente de pronto percebem.¹⁵⁷

Quanto à sua competência, cabe transcrever o raciocínio a seguir esposado:

A propositura de uma ação revocatória pressupõe a declaração da falência do devedor insolvente mediante sentença judicial. O princípio da força atrativa (*vis attractiva*) do procedimento falimentar, geralmente reconhecido pelas diversas legislações nacionais, sugere a competência do juízo da falência para processar uma ação revocatória. Tal regra vale inclusive quanto a causa *sub judice* tem uma conexão internacional.¹⁵⁸

Segundo a Lei 11.101/2005, determinados atos praticados pelo devedor antes da decretação da quebra, em que a empresa já estava em situação pré-falimentar, “tenha ou não o contratante conhecimento do estado de crise econômico-financeira do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores”¹⁵⁹, são ineficazes, a qual pode ser declarada de ofício, alegada em defesa ou pleiteada em ação própria.

A lei prevê, ainda, a possibilidade de revogação dos atos praticados pela empresa com a intenção de prejudicar os credores, assim elencados: “a) desfazendo-se de bens, b) contratando com terceiros, em prejuízo do patrimônio da empresa; ou c) realizando outras práticas claramente danosas aos interesses dos credores”.¹⁶⁰ Há a necessidade neste caso, no entanto, de se comprovar a efetiva

¹⁵⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 70039013933**. Apelante: Lupan Comercial de Alimentos Ltda. e Outros. Apelados: Massa Falida de Comercial de Alimentos Visconde Ltda. Relator: Des. Luis Augusto Coelho Braga. Porto Alegre (RS), 21 de março de 2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70036162154%26num_processo%3D70036162154%26codEmenta%3D5170498+A%C3%87%C3%83O+REVOCAT%C3%93RIA+E+PER%C3%8DODO+SUSPEITO++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70036162154&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=21/03/2013&relator=Artur%20Arnildo%20Ludwig&aba=juris>. Acesso em: 21 maio 2015.

¹⁵⁸ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito falimentar internacional e MERCOSUL**. São Paulo: J. de Oliveira, 2000, p. 181.

¹⁵⁹ BRASIL. **Lei nº 11.101**, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 21 maio 2015.

¹⁶⁰ PURIFICAÇÃO, Carlos Alberto da. **Recuperação de empresa e falência comentada**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 246.

fraude entre a devedora e o terceiro, bem como o efetivo prejuízo ocasionado à Massa Falida.¹⁶¹

Sobre a existência de normas para declaração de nulidade dos atos prejudiciais, cabe transcrever a bem colocada explanação de María Elsa Uzal:

Con mayor o menor extensión, prácticamente todas las legislaciones consagran esta declaración de nulidad, difieren en cambio, en cuanto a la posibilidad de reconocimiento automático de los efectos de la declaración extranjera de quiebra y en cuanto a la posibilidad de reconocer tales efectos sin publicación previa frente a terceros.¹⁶²

Em se tratando de competência para processamento da demanda, entende-se que, se a falência foi decretada no Brasil, este juízo falimentar seria internacionalmente competente para processar a ação revocatória. Limitação para isso ocorreria se a falência fosse decretada no estrangeiro, onde seria necessário analisar-se se o réu é domiciliado no Brasil.¹⁶³

Entretanto, dificuldades podem surgir quando da determinação da lei aplicável a tal demanda.

Para Beat Walter Rechsteiner, a doutrina predominante entende que deva ser aplicada exclusivamente a *lex fori concursus*.¹⁶⁴ María Elsa Uzal mantém o pensamento na mesma linha, afirmando parecer “claro que la competencia legislativa sobre el punto corresponde a la ley que organiza la quiebra, que no es otra que la *lex fori concursus*”.¹⁶⁵

Em igual sentido pronunciou-se Massimo Fabiani, ao discorrer sobre o procedimento da ação revocatória falimentar segundo a Convenção da União Europeia sobre Procedimentos de Insolvência:

Even the court is in favour of the application of the bankruptcy revocatory action of *lex fori concursus*. The very strong position of the action in the

¹⁶¹ BRASIL. **Lei nº 11.101**, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 21 maio 2015.

¹⁶² UZAL, María Elsa. **Procesos de insolvencia en el derecho internacional privado**. 1. ed. Buenos Aires: La Ley, 2008, p. 766.

¹⁶³ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito falimentar internacional e MERCOSUL**. São Paulo: J. de Oliveira, 2000, p. 184.

¹⁶⁴ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito falimentar internacional e MERCOSUL**. São Paulo: J. de Oliveira, 2000, p. 185.

¹⁶⁵ UZAL, María Elsa. **Procesos de insolvencia en el derecho internacional privado**. 1. ed. Buenos Aires: La Ley, 2008, p. 766.

procedural system is a decisive factor, and it is clear in the creation of such an action, as well as in the function it meets.¹⁶⁶ (traduziu-se).

Esta seria, portanto, a primeira e majoritária corrente.

A segunda corrente também aplicaria a *lex fori concursus*, porém, com certas restrições, pois:

Admite que a pessoa beneficiada pelo ato jurídico incriminado prove a aplicação de um direito de outro Estado contratante conforme as normas do direito internacional privado, bem como que o ato jurídico em questão segundo esse direito seja inatacável sob todos os aspectos jurídicos.¹⁶⁷

Este entendimento teria partido do direito falimentar alemão, bem como da Convenção da União Europeia sobre Procedimentos de Insolvência, em seu artigo 13, determinando que não se aplicará o disposto na *lex concursus* sobre nulidade, anulabilidade ou inoponibilidade de atos jurídicos quando quem se beneficiou do ato prejudicial aos interesses dos credores prove que:

- esse ato se rege pela lei de um Estado-Membro que não o Estado de abertura do processo, e,
- no caso em apreço, essa mesma lei não permite a impugnação do ato por nenhum meio.¹⁶⁸

A terceira e última corrente, permite a aplicação da lei falimentar do país onde está sendo processada a ação revocatória.

Sobre o tema, María Elsa Uzal ressalta que há outros autores que consideram que a lei aplicável “es la de aquellos países donde se han realizado los actos cuya validez es cuestionada y también, que tratándose de actos de disposición se ha de aplicar la ley del lugar de situación de los bienes que fueron objeto de los actos en cuestión”.¹⁶⁹

¹⁶⁶ Até mesmo a corte é a favor da aplicação da *lex fori concursus* na ação revocatória falimentar. A posição muito forte da ação no sistema processual é um fator decisivo, e é claro na criação de tal ação, bem como na função que ela atende. In: FABIANI, Massimo. **Bankruptcy revocatory proceedings between *lex concursus* and *lex contractus* ins EC Regulation n. 1346/2000.** Disponível em: <www.cbc.unifg.it/userfiles/file/FABIANI_EN.doc>. Acesso em: 28 maio 2015.

¹⁶⁷ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito falimentar internacional e MERCOSUL.** São Paulo: J. de Oliveira, 2000, p. 185.

¹⁶⁸ UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (CE) n. 1346/2000 do Conselho**, de 29 de maio de 2000, relativo aos processos de insolvência. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000R1346&from=PT>>. Acesso em 20 maio 2015.

¹⁶⁹ UZAL, María Elsa. **Procesos de insolvencia en el derecho internacional privado.** 1. ed. Buenos Aires: La Ley, 2008, p. 766-767.

Portanto, verifica-se ser de suma importância a análise de eventual ocorrência de transferência de bens, inclusive fora do território do Estado em que decretada a falência, no período suspeito, para tentativa de reaver o bem à Massa. Consoante verificou-se no contexto do esposado, não há grandes discussões acerca da competência para julgamento desta espécie de ação, devendo-se, no entanto, observar as minúcias da legislação a ser aplicável no caso – sendo, regra geral, a *lex fori concursus* -, a fim de não prejudicar os credores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término do presente estudo, constata-se que o desenvolvimento da sociedade, aliado ao crescimento galopante das empresas nos últimos anos, tem acarretado em cada vez mais numerosos casos de falências decretadas que geram efeitos transfronteiriços, além daquelas próprias empresas falidas que, de forma direta, são tituladas de falências internacionais.

A partir desta concepção, tornou-se imperiosa a criação de uma norma jurídica apta a ser aplicável por qualquer Estado que tenha interesse em incorporá-la ao seu ordenamento jurídico interno. Sobre este aspecto, verifica-se que o Brasil vem andando a passos curtos acerca do tema, cada dia mais relevante, observando-se uma latente necessidade de adaptação e desenvolvimento da legislação falimentar em âmbito internacional.

Tal carência pode afetar diretamente o próprio objetivo da execução coletiva, que é o pagamento dos credores. Isto é, analisando o objeto principal do estudo, a arrecadação e otimização dos ativos, em conjunto com a resolução das questões que pairam sobre os bens da falida, especialmente aqueles situados fora do território nacional, é uma das principais atribuições da falência, senão a principal.

Como propósito basilar, foi identificada a necessidade simultânea de solver diversos aspectos processuais que pesam sobre os ativos da insolvência. Não fica claro a efetiva legislação aplicável a cada peculiar situação envolvendo tais bens, gerando discussões ainda não exauridas, cujas relações podem estar interligadas a diversos sistemas jurídicos por vezes conflitantes.

Refletiu-se que o constante trânsito de bens e valores entre os países, cada dia mais facilitado e comumente praticado, certamente abrirá um leque de discussões no caso de uma sentença declaratória de quebra que os afetem, desafiando o limite dos Estados envolvidos.

Não é de se negar que há instrumentos que assentam regras aceitas internacionalmente, contudo, ainda há muito a evoluir.

A própria falta de dispositivos sobre falência internacional na Lei 11.101/2005 vai de encontro à crítica acerca da evolução do tema, pois, ainda que se queira manter a linha da territorialidade, não restam dúvidas sobre a necessidade de norma escrita que a regule.

Os sistemas jurídicos falimentares de outros países, com foco na realidade debatida neste trabalho, possibilitam a discussão dos critérios para identificação da lei aplicável. No entanto, ainda assim não é unânime a regra a ser aplicada em cada caso, especialmente em relação àqueles bens que pendem direitos de terceiro.

Concluindo, analisa-se como resposta rápida e eficaz para os Estados, a incorporação da lei modelo da UNCITRAL, possibilitando a existência de legislações uniformes, no que caibam, bem como incentivando a cooperação jurídica internacional entre os Estados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falências e recuperação de empresas**: de acordo com a Lei n. 11.101/2005. 25, ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARAÚJO, Nádia de. **Direito internacional privado**: teoria e prática brasileira. 5. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2011

BERGER, Dora. **Insolvência internacional**: Brasil, Alemanha e MERCOSUL. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 2010.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de introdução às normas de direito brasileiro. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 14 maio de 2015.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 20 abril 2015.

BRASIL. **Lei nº 11.101**, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 26 fev. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência 84.752/RN**. Autor: Solange Cunha Pereira e Outros. Réu: Incosa Engenharia S/A – Massa Falida. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília (DF), 27 de junho de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3192475&num_registro=200701131173&data=20070801&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 24 março 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 19.263/RS**. Recorrente: Direct Import Corporation of América. Recorrido: NA do Amaral e Companhia Ltda. Relator: Min. Antônio Torreão Braz. Brasília (DF), 19 de abril de 1994. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199200045499&dt_publicacao=22-08-994&cod_tipo_documento=&formato=PDF>. Acesso em: 24 março 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Sentença estrangeira 2.492. Agravante: Uno Finanzierungs GMBH e Erick Mehl. Relator: Min. Xavier de Albuquerque. Brasília (DF), 03 de março de 1982. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345876>>. Acesso em: 06 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 548**, de 25 a 29 de maio de 2009. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo548.htm>>. Acesso em: 15 março 2015.

CAHALI, Yussef Said. **Fraudes contra credores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

CALDERON, Silvio Javier Battello. **Falência internacional no MERCOSUL**. Curitiba: Juruá, 2011

CAÑETE, Ma José Verdú. **Procedimientos concursales comunitarios**: integración del reglamento (CE) 1346/2000, del consejo, sobre procedimientos de insolvencia, em el sistema concursal español. Valencia: Tirant lo blanch, 2004.

CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. **Derecho concursal internacional**. Madrid: Editorial Colex, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito processual civil**. v. I. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. São Paulo: Saraiva, 2007.

FABIANI, Massimo. **Bankruptcy revocatory proceedings between lex concursus and lex contractus ins EC Regulation n. 1346/2000**. Disponível em: <www.cbc.unifg.it/userfiles/file/FABIANI_EN.doc>. Acesso em: 28 maio 2015.

IMHOF, Cristiano. **Lei de recuperação de empresas e falência**: interpretada e anotada artigo por artigo. 3. ed. São Paulo, Atlas, 2014.

JO, Hee Moon. **Moderno Direito internacional privado**. São Paulo: LTr, 2001.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PURIFICAÇÃO, Carlos Alberto da. **Recuperação de empresa e falência comentada**. São Paulo: Atlas, 2011.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito falimentar e MERCOSUL**. São Paulo: J. de Oliveira, 2000.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado**: teoria e prática. 16. ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento 0064658-77.2013.8.19.0000**. Agravante: OGX Petróleo e Gás Participações S/A e Outros. Agravado: A Justiça. Relator: Des. Gilberto Guarino. Rio de Janeiro (RJ), 03 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www1.tjrj>>.

jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004BD0A8F461F8B721E830B1BAE63A18D8DC50251492438>. Acesso em: 24 março 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 70039013933**. Apelante: Lupan Comercial de Alimentos Ltda. e Outros. Apelados: Massa Falida de Comercial de Alimentos Visconde Ltda. Relator: Des. Luis Augusto Coelho Braga. Porto Alegre (RS), 21 de março de 2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70036162154%26num_processo%3D70036162154%26codEmenta%3D5170498+A%C3%87%C3%83O+REVOCAT%C3%93RIA+E+PER%C3%8DODO+SUSPEITO++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70036162154&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=21/03/2013&relator=Artur%20Arnildo%20Ludwig&aba=juris>. Acesso em: 21 maio 2015.

SANTOS, Eronides Aparecido Rodrigues dos. **A insolvência transnacional e a adoção da lei modelo da UNCITRAL**. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Civel_Geral/ms_falencias/ms_fal_diversos/falencias%20doutrina%20UNCITRAL.pdf> . Acesso em 17 março 2015.

TEIXEIRA, Carla Noura. Direito internacional: público, privado e dos direitos humanos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TOMAZATTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**, volume 3: falência e recuperação de empresas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

UNIÃO EUROPEIA. **Convenção de Bruxelas**. Convenção relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial. Disponível em: <<http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/Amesterdao/conv-bruxelas-1968.htm>>. Acesso em 20 abril 2015.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (CE) n. 1346/2000 do Conselho**, de 29 de maio de 2000, relativo aos processos de insolvência. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000R1346&from=PT>>. Acesso em 06 maio 2015.

UNITED NATIONS. **Lei modelo da UNCITRAL sobre insolvência internacional e guias práticos legislativos**. Disponível em <http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/insolvency/1997_Model.html>. Acesso em 27 fev 2015.

UNITED NATIONS. United Nations Commission on International Trade Law. **Legislative guide on insolvency law**. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf>. Acesso em: 15 maio 2015.

UZAL, María Elsa. **Procesos de insolvencia en el derecho internacional privado**.
1. ed. Buenos Aires: La Ley, 2008.