FALÊNCIA: CONFLITO DE COMPETÊNCIAS NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO E SEUS EFEITOS *

*Danielle Murad Fernandes***
*Luana Christian de Araújo Muniz ****

Sumário: Introdução; 1 Breve Histórico da Falência; 2 Características e pressupostos da falência; 3 Competência falimentar; 3.1 Jurisdição e competência no direito internacional privado; 3.2 Foro falimentar; 4 Efeitos transnacionais da falência; Conclusão; Referências.

RESUMO

O presente *paper* pretende discutir o conflito de competências no direito falimentar. A globalização, a facilidade de locomoção e os inúmeros meios de telecomunicação facilitam o progresso e o desenvolvimento de empresários. Neste contexto capitalista, o número de empresas multinacionais cresce em grandes proporções. Todavia, mantê-las é uma tarefa árdua, pois quando se fala de esfera internacional surgem conflitos em razão das diferentes nacionalidades e dos diferentes ordenamentos jurídicos. A dificuldade aumenta quando se fala em falência. Suponhamos que a empresa tenha sedes em vários países, cada qual com suas leis e peculiaridades. A questão é complexa e mister se esclarecer de que modo se dá a repercussão internacional das normas de falência do Direito brasileiro e, em se tratando de empresas multinacionais, qual juízo competente para decretar a falência.

Palavras-chave: Falência. Competência. Conflito. Direito internacional privado brasileiro. Efeitos transnacionais.

INTRODUÇÃO

A Lei de Falências, nº 11.101/05, estabelece em seu art. 3º que o juízo competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência é o do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial da empresa com sede no exterior. Em uma perspectiva formal, principal estabelecimento é aquele registrado no ato constitutivo da empresa, ainda que este endereço seja apenas do escritório e não onde propriamente se exerce a atividade a que a empresa se propôs. Porém, há

* Paper associado à disciplina de Falência e Recuperação de Empresas, ministrada pelo Professor José Humberto Gomes de Oliveira.

** Acadêmica em Direito dos cursos da UNDB. E-mail: danimurad74@hotmail.com

*** Acadêmica em Direito dos cursos da UNDB. E-mail: lwanakristian@hotmail.com

outra perspectiva para o que seria esse principal estabelecimento. Trata-se de um ponto de vista material, defendido pelo Superior Tribunal de Justiça, de que o estabelecimento principal seria o centro onde se realizaria as principais atividades do devedor.

Diante dessas duas vertentes, mister discutir se a competência para decretar a falência seria em razão da matéria ou do local. Para tanto, valendo-se de uma linha de raciocínio lógico, no primeiro capítulo far-se-á uma breve abordagem acerca da história do instituto falimentar.

Em seguida, no segundo capítulo, mostrar-se-á em que consiste a falência, qual o seu conceito; quais suas características e pressupostos; de que forma ocorre o processo falimentar e quais as consequências do ato de decretação da falência.

No terceiro capítulo levantar-se-á o ponto central do trabalho, qual seja, a competência falimentar. Como futuras juristas, é imperioso esclarecer de que modo identificar qual o juízo se deve recorrer para pedir a falência de uma empresa multinacional, e, sendo decretada essa falência por aquele juízo, quais serão os efeitos transnacionais para as demais filiais e sedes mundo afora. Para se chegar a uma resposta, primeiramente falar-se-á sobre a jurisdição e competência no direito internacional privado, e, posteriormente, aplicar-se-á ao foro falimentar.

Por fim, no quarto capítulo abordar-se-á quais os efeitos transnacionais que esta decretação da falência irá provocar. O tema é escasso, carente de discussões doutrinárias, legislativas e jurisprudenciais, fato que revela a importância de se discuti-lo, objetivando contribuir academicamente para este debate.

1 BREVE HISTÓRICO DA FALÊNCIA

No período romano, as obrigações adquiridas pelo indivíduo quando não adimplidas, eram cumpridas privando a liberdade e, em casos mais graves, com a própria vida do devedor: o indivíduo pagava suas dívidas com o próprio corpo (LACERDA, 1971, p.27). É possível constatar a preocupação em garantir a punição ao devedor que não adimplisse suas obrigações. Nesse caso, se o comerciante não honrasse suas dívidas, não seria decretado “falido”, pois não havia um Direito Falimentar organizado.

O Direito Falimentar começou a ser sistematizado e organizado na Idade Média. Nesse período houve uma crescente atuação do Estado nas atividades empresariais. A falência passou a ser vista como ato delitivo que deveria ser combatido e evitado a todo custo. Passou-

se, então, a prever sanções que não acarretavam na responsabilização corporal do devedor. O insolvente poderia ser comerciante ou não – somente com o desenvolvimento do comércio é que algumas legislações passaram a delimitar que dentre os devedores, apenas os comerciantes poderiam ser submetidos a falência (LACERDA, 1971, p.27-28).

No Brasil é possível delimitar três períodos da história da falência: colonial, imperial e republicano. Durante o período colonial a legislação aplicável a falência eram as Ordenações do Reino. Posteriormente, com a proclamação da Independência, a legislação falimentar que passou a vigor foi recebida de Portugal. Somente no período republicano surgiram novas legislações, como por exemplo, o Decreto nº 917, de 24 de outubro de 1890, a Lei nº 2.024, de 1908, e o Decreto nº 5.746, de 09 de dezembro de 1929 (SOUSA, 2008).

Por fim, foi editado o Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, que vigorou por 60 anos ininterruptos. Este foi revogado em razão das novas necessidades que surgiram no país, pela nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas a Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 (SOUSA, 2008).

2 CARACTERÍSTICAS E PRESSUPOSTOS DA FALÊNCIA

Quando uma parte não cumpre com sua obrigação de pagar ao credor, este poderá recorrer ao Poder Judiciário exigindo a execução do patrimônio do devedor até o valor necessário para quitar o débito. Em regra, a execução processa-se por um único credor que utiliza o seu direito de ação para exigir a satisfação da obrigação não cumprida. Porém, como toda regra, comporta exceções. Fábio Ulhoa Coelho (2010, p.243) leciona que, quando a soma de valores do patrimônio do devedor é menor que o valor total das dívidas, a regra da individualidade da execução é injusta, por não possibilitar a discriminação de todos os credores em ordem de preferência ou garantias contratadas, fato que priorizaria uns credores em detrimento de outros, que provavelmente sequer veriam o dinheiro.

Para colocar os credores em posição de igualdade, o direito falimentar afastou a regra da individualidade da execução e o que a rege é a execução pelo concurso de credores. Desse modo, se aquele que deve possui “menos bens que os necessários ao integral cumprimento de suas obrigações, a execução deles não poderá ser feita de forma individual. (...) Deve processar-se como concurso, ou seja, envolvendo todos os credores e abrangendo todos os bens, reunindo a totalidade do passivo e do ativo do devedor” (COELHO, 2010, p.243). Pode-se dizer, portanto, que o direito falimentar objetiva a *par condicio creditorum*,

ou seja, o tratamento paritário dos credores, dando aos mais necessitados, a exemplo dos trabalhadores, ordem de preferência e iguais condições de exigir o que lhes é devido.

Nesse sentido, Fábio Coelho (2010, p.244), conceitua a falência como um processo judicial de execução do patrimônio da pessoa jurídica devedora e que será feito pelo concurso de credores. No entanto, a falência não possui um único conceito. Doutrinadores apresentam diversas acepções. Almeida (200, p.13) *apud* Perin Junior (2011, p.52), leciona que a falência possui dois ângulos antagônicos, sejam eles o econômico e o jurídico. Pelo primeiro ponto de vista, identificaria um estado patrimonial. Em contrapartida, pelo segundo prisma se caracterizaria por um processo de execução coletiva contra o empresário devedor.

Sampaio Lacerda (1996, p.28) conceitua como uma “condição daquele que, havendo recebido uma prestação a crédito, não tenha à disposição, para a execução da contraprestação, um valor suficiente, realizável no momento da contraprestação”. A falência ocorreria, portanto, quando o devedor empresário, que recebeu a contraprestação do credor, não possuir o valor equivalente para cumprir com sua obrigação. Por isso o autor em comento diz que a falência é uma situação de desequilíbrio entre os valores realizáveis e as prestações exigidas.

Acrescenta-se à discussão a ideia de que “a falência nada mais é, portanto, que a organização legal e processual de defesa coletiva ao estado patrimonial de um indivíduo que não consegue fazer frente aos débitos que pesam sobre ele.” (PERIN JUNIOR, 2011, p.54). É dizer, é a organização dos credores para que estes obtenham os valores que lhes é devido. Não é, pois, uma criação da lei, mas uma situação fática.

Fato é que, para ser instaurado processo de execução concursal, se faz mister obedecer três requisitos: estabelecer quem pode ser sujeito da falência; a insolvência e, por fim, a decretação da falência que fica condicionada a uma decisão judicial por meio da Sentença Declaratória de Falência. Uma vez decretada, o pagamento aos credores vai até o limite patrimonial existente.

Quanto aos sujeitos, apenas pessoas jurídicas podem ser decretadas falidas. É preciso exercer atividade empresária. Assim, mesmo sendo devedor, aquele que exercer algum tipo de atividade econômica, mas sem vínculo empresarial, jamais terá sua falência decretada. É o caso, por exemplo, das pessoas que vendem bombons em paradas de ônibus ou que vendem lanches nas portas de colégios e faculdades. Do mesmo modo, não podem ter falência decretada as cooperativas, o agricultor familiar e nem o profissional liberal. Quando qualquer um destes se tornarem devedores poderão ser exigidos e decretados insolventes, nunca falidos.

Todavia, o art. 2º da Lei de Falências, Lei nº. 11.101/05 exclui da falência algumas entidades que exercem atividade empresária. Pelo artigo em comento, (I) empresas públicas e sociedades de economia mista não podem falir. De igual modo, não são sujeitos à falência (II) instituições financeiras públicas ou privadas, cooperativas de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedades operadoras de plano de assistência à saúde, sociedades seguradoras, sociedades de capitalização e todas as outras entidades legalmente equiparadas às anteriores. Se a parte devedora for qualquer uma dessas não poderá ser decretada a falência.

O segundo aspecto, qual seja, o da insolvência, estabelece que para fins de decretação de falência é irrelevante a insuficiência de dinheiro para solvência do débitos. “Exige a lei a ‘insolvência jurídica’, que se caracteriza, no direito falimentar brasileiro, pela impontualidade injustificada (LF, art. 94, I), pela execução frustrada (art.94, II) ou pela prática de ato de falência (art. 94, III)”. (COELHO, 2010, p. 251). Significa dizer que se a sociedade empresária não houver cumprido com sua obrigação no prazo estabelecido e não ter apresentado nenhuma justificativa para tanto ou, se a tentativa de execução quedou-se ineficaz ou se, por fim, a empresa houver praticado qualquer dos atos dispostos no art. 94, III da Lei de Falências, poderá ser decretada a falência da devedora. O que vale, portanto não é a falta de dinheiro, mas o enquadramento em uma dessas três hipóteses. A empresa devedora pode até possuir patrimônio suficiente, inclusive superior, para quitar as dívidas, porém, se preencher uma das situações do Art. 94 poderá ser decretada falida.

No que se refere à impontualidade injustificada, o inciso I, do artigo em comento especifica que só dá ensejo à decretação da falência a dívida que resultar de obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados e cuja soma seja superior ao valor de 40 (quarenta) salários mínimos, na data do pedido de falência. É dizer, a obrigação que não foi cumprida deve ser provada por meio de protesto do título no Cartório de Protestos. Uma vez protestado caracterizada está a impontualidade sem motivo.

Por outro lado, se o requisito para decretar a falência for a execução frustrada, é preciso que haja o que Fábio Coelho (2010, p.255) chama de tríplice omissão: o devedor mesmo executado não paga, não deposita e quão menos nomeia bens para penhora. Do mesmo modo, considera-se insolvente para fins de falência, o devedor que pratica um dos atos previstos no inciso III do art. 94.

Devido à complexidade e seriedade do instituto em voga, o pedido de falência adota um rito diferente, a depender do sujeito ativo. “Quando requerida a falência pelo credor ou sócio minoritário, o rito tem característica contenciosa, como a generalidade dos

procedimentos judiciais (arts. 94 a 98). Para a autofalência, as regras procedimentais dão ao rito a natureza não contenciosa (arts. 105 a 107)” (COELHO, 2010, p. 264).

Citado, o devedor requerido tem 10 (dez) dias para apresentar sua defesa. Nesse mesmo prazo, pelo art. 98, §único, o réu poderá elidir, ou seja, depositar em juízo o valor da dívida total. Havendo o depósito “a decretação da falência está de todo afastada. Elidido o pedido de falência com o depósito judicial do reclamado, essa ação, mesmo para aqueles que não a consideram uma forma de execução individual, converte-se em inequívoca medida judicial de cobrança” (COELHO, 2010, p. 264). A elisão, portanto, impede que a falência seja decretada.

Após analisar todos os requisitos estabelecidos em Lei, estando em termos a petição inicial e tendo transcorrido o prazo para a defesa, o juiz irá decretar a falência por meio de uma sentença declaratória. Sobre a modalidade de sentença, Fábio Coelho (2010, p.267) faz uma reflexão interessante. Para o autor a sentença que declara a falência não é declaratória, mas sim constitutiva, na medida em que ela altera as relações entre os credores e a sociedade devedora falida, fazendo incidir sobre as partes as normas específicas do direito falimentar. Fato é que, com a sentença, é estabelecido um termo legal cujo período corresponde aos noventa dias anteriores à decretação da falência, e onde será realizado uma auditoria. O termo legal tem, pois, o intuito de analisar as condutas dos sócios, observando se não ocorreram irregularidades capazes de prejudicar de alguma forma aos credores.

Como regra, o processo de falência se delonga por anos e anos. Para conseguir pagar o maior número de credores é necessária a figura de um administrador da massa falida. Em qualquer hipótese o juiz é o administrador final de todos os bens. A ele compete autorizar a possível venda antecipada de bens cuja deterioração ou desvalorização ocorrem muito rápido, aprovar a prestação de contas do administrador judicial e quaisquer outros atos administrativos. Para tanto o juiz é auxiliado pelo promotor de justiça e um administrador judicial. O primeiro, conforme suas atribuições constitucionais, exerce função de fiscal da lei e se constatar crime falimentar faz sua denuncia. Por outro lado, o administrador “além de auxiliar o juiz na administração da falência, o administrador judicial é também o representante da comunhão de interesse dos credores. (...) Ele deve ser profissional com condições técnicas e experiência para bem desempenhar as atribuições cometidas por lei” (COELHO, 2010, p.274). O administrador a ser escolhido pelo juiz deverá, portanto, ter conhecimento e/ou experiência em administração de empresas.

No processo falimentar há ainda a figura do comitê de credores e da Assembleia geral de credores. O primeiro será composto “por um representante dos empregados, um

representante da classe de credores com garantia real ou privilégios especiais e um representante da classe de credores quirografários, subordinados ou com privilégios gerais, conforme dispões o art. 26 da LFRE” (PERIN JUNIOR, 2011, p. 246). Dentre outras atribuições, previstas no art. 27, o Comitê é responsável por fiscalizar e examinar as atividades e contas do administrador judicial. A Assembleia Geral de Credores complementa o comitê, e tem “o escopo de proteger o interesses dos credores, enquanto o administrador judicial objetiva proteger não só o interesse dos credores, mas também do devedor, da empresa, como unidade produtiva que é, dos empregados e da coletividade em geral” (PERIN JUNIOR, 2011, p. 253).

Por fim, ressalta-se que são legitimados para propor ação de falência, a própria sociedade, o seu sócio e o seu credor, conforme o art. 97 da Lei de Falências. Interessante a possibilidade de autofalência, hipótese em que o próprio devedor insolvente pede que seja decretada sua falência. “É a medida processual adequada para o encerramento das atividades daquele que não tem condições mínimas de exercê-las, tendo em vista a possibilidade de gerar maiores prejuízos aos seus credores em geral” (PERIN JUNIOR, 2011, p.131). Apesar de muito raro ocorrer na prática, em virtude das consequências que a decretação da falência carrega, a Lei estabelece a possibilidade no art. 105.

Conforme dito alhures, podem ser decretados falidos as pessoas jurídicas, à exceção daquelas do art. 2º da Lei Falimentar. Entretanto, na esfera internacional os parâmetros são outros. Há países que permitem a falência de pessoas físicas. Se um brasileiro for decretado falido em outro país os efeitos valerão para o Brasil? Ou, se uma pessoa jurídica brasileira, mas com filiais em outros países, tenha a falência decretada em um daqueles países, esta valerá para o Brasil? Em se tratando de empresas multinacionais, de quem é a competência para julgar o pedido de falência? Essas questões são tema do capítulo a seguir.

3 COMPETÊNCIA FALIMENTAR

3.1 Jurisdição e competência no direito internacional privado

Jurisdição, exercida por órgãos jurisdicionais, é uma manifestação de um Poder e, como tal, se impõe imperativamente às situações concretas que são submetidas à apreciação do órgão jurisdicional para que este aplique o Direito vigente (DIDIER, 2011). Já a competência, conforme ensina Agostinho Fernandes Dias da Silva (1971, p. 30), consiste na

distribuição de tarefas e especialização entre os órgãos judiciários na prestação da tutela jurisdicional pelo Estado. A competência, por sua vez, pode ser concorrente ou exclusiva.

No caso da competência exclusiva o Estado entende que em determinados casos somente ele poderá apreciar o conflito. Nestes casos, se tal determinação não for observada pelo Estado estrangeiro, o Estado que julga possuir competência exclusiva não reconhecerá a decisão estrangeira eventualmente proferida, isto é, não haverá homologação das decisões estrangeiras (BASSO, 2009, p. 242).

Em se tratando de competência concorrente, segundo ensina Nádia de Araújo (2004, p. 203) o Estado entende que igualmente outro(s) Estado(s) teria(m) competência para exercer jurisdição em determinadas situações e apreciar o conflito segundo suas leis – sendo assim, o Estado pode admitir que outro Estado estrangeiro também aprecie determinado caso, e, em regra a consequência será o reconhecimento (e posterior execução), no seu território, dos efeitos advindos da decisão proferida pelo tribunal estrangeiro, considerado igualmente competente. A competência concorrente está prevista nos arts. 12, *caput*, da LINDB e 88, do Código de Processo Civil. Já a competência exclusiva encontra-se nos arts. 12, §1º, da LINDB e 89, do Código de Processo Civil.

Segundo o entendimento de Gustavo Bregalda Neves (2010, p. 169), em regra, diante de um conflito de leis no espaço, mais precisamente, diante de um conflito internacional, o juiz deverá solucionar o problema de acordo com a *lex fori* – é o que traz o artigo 12 da LINDB. Ou, conforme ensina Maristela Basso (2009, p. 241), em caso de conexão internacional, deverá ser utilizada a legislação do local onde foi ajuizada a ação.

Assim, para fins de homologação de sentença estrangeira que venha a decretar falência de empresário ou sociedade empresária brasileira, é crucial determinar se a competência falimentar é concorrente ou exclusiva. Além disso, é necessário determinar o alcance do Art. 3º da Lei 11.101/05, verificando se esta norma poderia ser utilizada como parâmetro para fixação da competência internacional dos tribunais brasileiros em matéria falimentar ou se teria sua aplicação subordinada à norma que estabeleça a jurisdição dos tribunais brasileiros em âmbito internacional (CPC e LINDB).

3.2 Foro falimentar

É evidente que os artigos do Código de Processo Civil e LINDB mencionados anteriormente não se referem diretamente à matéria falimentar. Temos, contudo, o art. 3º da Lei 11.101/05 que dispõe: “é competente para homologar o plano de recuperação

extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil”.

O artigo 3º da Lei nº 11.101/2005 determina que o juízo do local do principal estabelecimento do devedor será o competente para decretar falência do empresário ou sociedade empresária ou homologar a sentença estrangeira que decretar falência (CAMPINHO, 2009, p.33). Sendo assim, é necessário determinar qual, dentre vários estabelecimentos, seria o principal.

Realizando uma interpretação literal do dispositivo, tem-se a adoção do critério formal na determinação do principal estabelecimento. Como consequência, o principal estabelecimento será aquele indicado no contrato social ou no estatuto – a sede social.

Contudo, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, julgando o Conflito de Competência 37.736/SP, entende – embora houvesse divergência durante o julgamento, este foi o posicionamento vitorioso – que a competência do juízo falimentar não se define em função do local, mas em razão da matéria, sendo, portanto, absoluta (STJ, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 11/06/2003, S2 - SEGUNDA SEÇÃO).

No mesmo sentido tem-se o posicionamento do Ministro do STJ Eduardo Ribeiro (que resume o entendimento dominante do STJ e STF), que entende por principal estabelecimento, “não necessariamente aquele indicado como sede, nos estatutos ou no contrato social, mas a verdadeira sede administrativa, em que está situada a direção da empresa, de onde parte o comando de seus negócios” (STJ - CC: 366 PR 1989/0008705-3, Relator: Ministro EDUARDO RIBEIRO, Data de Julgamento: 11/10/1989, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 27.11.1989 p. 17561 JBCC vol. 154 p. 210).

Adotando o posicionamento da 2ª Seção do STJ, negando a validade do critério formal, temos os doutrinadores que defendem a aplicação do critério material para determinar o juízo falimentar. Tem-se o entendimento de Luiz Tzirulnik para quem “nem sempre o principal estabelecimento do comerciante, quando se tratar de sociedades comerciais, há de equivaler ao estabelecimento social, isto é, o local avençado em contrato social para servir de sede à sociedade” (TZIRULNIK, 1994, p. 61-62). Quando se trata de falência, “a visão do domicílio convencional, contratual ou estatutário cede em favor da do domicílio real” (CAMPINHO, 2009, p.33).

Consoante os ensinamentos de Fábio Ulhoa (2005, p. 27-28) quando a sociedade estrangeira possui várias filiais, considera-se como principal estabelecimento aquela, dentre as filiais brasileiras, que possua o maior volume de atividades empresariais. Assim, estando o

principal estabelecimento situado no Brasil, a competência para decretar falência será brasileira, com exclusão de qualquer outro juízo estrangeiro.

Rejeitando igualmente o critério formal que determina ser o principal estabelecimento correspondente a sede social, tem-se o entendimento de Gladston Mamede, para quem principal estabelecimento não é sede, “pois se o legislador quisesse definir a competência pela sede, teria usado essa palavra” (MAMEDE, 2006, p. 57). Segundo o autor, para estabelecer o juízo de determinada localidade como o competente para processar a falência da empresa, entre os diversos estabelecimentos, é fundamental analisar a estrutura da empresa em conjunto com a atividade empresarial exercida para verificar a predominância das atividades da empresa (MAMEDE, 2006, p. 57).

Resumindo, principal estabelecimento é aquele que mantém maior volume de relações jurídicas. Não se confunde com o maior estabelecimento, nem se afere procurando pelo núcleo pensante/decisório da empresa. É necessário realizar o exame da estrutura organizacional da empresa e de sua atividade para que seja possível determinar (MAMEDE, 2006, p. 57-58).

Tem-se aqui a correspondência entre principal estabelecimento e a sede administrativa, que, ao contrário da sede social, “não decorre de estipulação no ato constitutivo levado a registro, mas sim de uma aferição da exteriorização de atos concretos, constituindo-se, pois, em uma questão de fato, a ser apreciada à luz do caso concreto pelo juiz ao aceitar sua competência” (CAMPINHO, 2009, p.34).

Do exposto acima, conclui-se que somente poderá haver a decretação da falência e homologação pelo juízo do local em que o falido exerce o maior volume de atividades no território brasileiro. Isso ocorre porque no caso de uma empresa que tenha seu principal estabelecimento fora do Brasil, essa competência é do juiz do local da filial brasileira, conforme regula o Código Civil, art. 75, § 2º: “se a administração, ou diretoria, tiver sede no estrangeiro, haver-se-á por domicílio da pessoa jurídica, no tocante às obrigações contraídas por cada uma das suas agências, o lugar do estabelecimento, sito no Brasil, a que ela corresponder” (MAMEDE, 2006, p. 51).

No caso de empresário/sociedade empresária domiciliado (a) no Brasil, a priori, tem-se uma hipótese de competência concorrente, pois conforme o art. 88 CPC, se o réu, qualquer que seja sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil, a autoridade judicial brasileira será competente (lembrando que, no caso de pessoa jurídica estrangeira, esta será considerada domiciliada no Brasil se possuir agência, filial ou sucursal no país). Contudo, não é a interpretação que se pode extrair do art. 3º da Lei nº 11.101/05.

Como é possível constatar, a competência prevista no art. 3º da Lei nº 11.101/05 é determinada pelo lugar, ou seja, trata-se de competência *ex ratione loci* (em razão do local) normalmente entendida como competência relativa (MAMEDE, 2006, p. 51). Esse lugar será o principal estabelecimento.

Com base neste dispositivo, fica afastada a possibilidade de reconhecimento de sentença estrangeira que decreta falência de empresário individual ou sociedade empresária que exerça suas atividades no Brasil. Nesse caso, a competência do juiz brasileiro, antes relativa, tornar-se-ia absoluta em razão do foro do estabelecimento principal do falido, isto é, quando o devedor estiver estabelecido no Brasil – com relação às atividades desenvolvidas no Brasil, não será permitida a concorrência de tribunais estrangeiros.

Esse é o posicionamento que se adequa à regra de competência territorial estabelecida pelo processo civil comum, segundo a qual “o réu deve ser demandado no foro do seu domicílio e, em se tratando de pessoa jurídica, deve ela ser demandada no foro do lugar de sua sede ou onde se achar a agência ou sucursal, quanto às obrigações que ela contraiu” (CAMPINHO, 2009, p.33).

Independentemente de o devedor ser nacional ou estrangeiro, com relação às obrigações que contraiu em território nacional, o tribunal brasileiro será competente. Neste caso, a sentença que decretar falência apenas terá efeito em território brasileiro. Com isso busca-se resguardar os empresários e sociedades empresárias domiciliados no Brasil de falência decretada por juiz estrangeiro. Se fosse permitido que os efeitos da decretação de falência por sentença estrangeira fossem aplicados ao devedor aqui domiciliado, por se tratar de competência exclusiva, haveria violação da soberania nacional.

Qualquer empresário que desenvolva suas atividades no Brasil, em caso de falência, deverá se sujeitar à jurisdição dos tribunais brasileiros, mesmo que o principal estabelecimento esteja situado fora do território nacional, bastando para fins de fixação de competência, que haja filial ou sucursal exercendo atividades aqui. Dentre as filiais/sucursais, aquela que tiver o maior volume de atividade será o principal estabelecimento.

4 EFEITOS TRANSNACIONAIS DA FALÊNCIA

A falência, por toda a complexidade que a envolve faz surgir muitos efeitos. A seriedade da ação declaratória de falência é tão ampla que os efeitos dela derivados podem se subdividir em efeitos quanto à pessoa, aos bens, aos atos, aos contratos e quanto aos credores do falido. A questão aqui é identificar se os efeitos da falência de uma filial, decretada num

determinado país, irão se estender a todos os demais. Ou seja, haverá efeitos transnacionais com a declaração da falência?

No contexto histórico-cultural em que atualmente se vive o comércio transnacional intensifica-se cada dia mais e, com isso, milhares de empresas estabelecem sedes em diversos países. O problema é: intensificando as relações internacionais, mais propensas as empresas ficam à insolvência. “Como cada País possui legislação falimentar própria, é preciso que cada Estado crie regras específicas que contemplem as hipóteses de insolvência transnacional, definindo de que forma ela se processará” (DOS SANTOS, 200[?], p.1). É necessário que cada país determine a extensão dos efeitos.

Quanto a extensão desses efeitos o que se observa é que há dois princípios em voga. São eles o princípio da territorialidade e o princípio da universalidade.

a falência internacional, isto é, o concurso de credores com elementos em conexão com sistemas jurídicos estrangeiros, é regida pelo princípio da territorialidade e pluralidade de foros falimentares. Porém, nos últimos anos, normativas comunitárias têm incorporado aspectos da universalidade do foro e unidade legal no processo de falência. Ambos os princípios territorialidade ou universalidade - referem-se ao alcance dos efeitos da declaração de falência. O primeiro restringe os efeitos aos limites territoriais do Estado onde foi aberto o processo, isto é, só atinge os estabelecimentos e bens do devedor situados no país onde foi aberto o concurso. O princípio da universalidade admite que os efeitos da declaração sejam também extraterritoriais, atingindo empresas filiais e bens situados em outros países, embora a jurisdição seja única ou, ao menos, predominante em relação às demais. (CARNEIRO, 2010, p.19).

Sérgio Campinho (2006) preleciona que vigora o princípio da territorialidade, ou seja, os efeitos da falência ficam restritos ao território do país em que foi decretada devido a supremacia da Justiça Nacional para conhecer das matérias. Dessa forma, cada filial, agência ou sucursal da matriz estrangeira é tida como estabelecimento autônomo, e, por assim ser, a decretação da falência produzirá efeitos tão somente sobre o empresário daquela filial, não atingindo as demais filiais/matrizes em outros países.

Corroborando com este entendimento o doutrinador Irineu Strenger (2005, p. 926). O autor mostra - e para isso cita Nelson Abrão- que a legislação defende o princípio da territorialidade, ou seja, os efeitos da sentença declaratória da falência se limitariam ao próprio país. Todavia, Strenger aponta que o Mercado Europeu tem admitido, pelo Projeto de Convenção relativo à falência, art. 2º, que os processos de falência quando abertos em determinado país produzem efeitos sobre todos os demais Estados que de alguma forma são contratantes, o que impede a formação de novos processos de falência em outros Estados.

Desta feita, para o Mercado Europeu, “quando um devedor é declarado em estado de falência em determinado país e tem bens distribuídos em diversos Estados e credores de

distintas nacionalidades, a falência deve ter efeito universal” (STRENGER, 2005, p. 924). Significa dizer que, independentemente de onde foi proferido o estado de falência, surtirá efeitos para todos os países e para todos os credores da nacionalidade que for. É dizer, pois, que está havendo uma mudança lenta e gradual de paradigmas. Se antes vigia o princípio da territorialidade e os efeitos da falência se limitavam ao território do país onde era decretada; atualmente, há “a relativização do territorialismo no direito falimentar internacional em função do universalismo jurídico que, até então, caracteriza apenas o direito falimentar interno” (CARNEIRO, 2010, p.9). Aos poucos a territorialidade está sendo relativizada e os efeitos se tornando transnacionais.

CONCLUSÃO

Desde a antiguidade o Estado busca formas de combater o inadimplemento nas relações comerciais. Inicialmente, o patrimônio e o corpo do próprio devedor respondiam por suas dívidas (e não raramente a própria família do devedor sofria as consequências do inadimplemento).

Com o transcorrer do tempo as atividades comerciais evoluíram e houve uma incrementação nos riscos próprios a grande movimentação de créditos inerentes ao desenvolvimento de tais atividades de forma que se tornou indispensável a criação de um tratamento jurídico diferenciado para resolver os problemas de insolvência. Tal tratamento deveria ser apto a proteger o devedor de boa-fé e os interesses dos credores.

Assim, ao longo dos séculos surgiram vários institutos que objetivavam proteger os credores e resguardar o devedor de boa fé, em detrimento do devedor de má fé, buscando sempre manter a confiabilidade que deve existir nas relações comerciais. Esses institutos desenvolvidos em diferentes momentos e lugares constituem o embrião do direito falimentar aplicado atualmente.

Depois de encontrados mecanismos que permitam a execução do devedor, outros problemas surgem no âmbito do direito falimentar diante do processo globalização vivenciado recentemente. Em razão da existência de inúmeros meios de telecomunicação que facilitam o progresso e tornam possível o desenvolvimento de atividades comerciais em vários países (e por isso torna possível uma insolvência transnacional), a determinação do foro falimentar para fins de instauração do processo falimentar e efeitos deste processo se torna mais complexa.

No Brasil, considerando os argumentos apresentados neste trabalho, a competência do juízo é exclusiva em âmbito internacional, desde que haja em território nacional pelo

menos um estabelecimento secundário. Nessa hipótese, os efeitos jurídicos advindos do processo falimentar instaurado no Brasil serão unicamente territoriais. Por sua vez, a determinação do juízo competente para processar a falência em território nacional (este possui foro exclusivo e, portanto, eventual sentença proferida no estrangeiro não poderá ser reconhecida em território brasileiro) será feita com base no estabelecimento principal do devedor. Ora, é necessário tornar inequívoco qual critério deverá ser utilizado para determinação do foro falimentar, pois quando surgem divergências jurídicas além das fronteiras nacionais é preciso efetivar a aplicação do direito para resguardar a soberania do país e o regular funcionamento do comércio internacional.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Nádia de. Competência Internacional no Brasil. In: _____. **Direito Internacional privado: teoria e prática brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BASSO, Maristela. Competência do Juiz Brasileiro, Regras de Aplicação do Direito Estrangeiro e Recursos Cabíveis. In: _____. **Curso de direito internacional privado**. São Paulo: Atlas, 2009.
- BRASIL. **CÓDIGO CIVIL**. In: Vade Mecum Saraiva, 2012.
- BRASIL. **CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**. In: Vade Mecum Saraiva, 2012.
- BRASIL. **Lei 11.101/2005**: Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. In: Vade Mecum Saraiva, 2012.
- BRASIL. **LINDB**: Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. In: Vade Mecum Saraiva, 2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CC: 366 PR 1989/0008705-3**. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/590728/conflito-de-competencia-cc-366-pr-1989-0008705-3>>. Acesso em: 26/02/2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de competência nº 37.736 – SP (2002/0155087-3)**. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19482689/conflito-de-competencia-cc-37736-sp-2002-0155087-3/inteiro-teor-19482690>>. Acesso em: 26/02/2014.
- CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial**. Rio de Janeiro, Renovar, 2006. p. 40-41.
- CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial**. 4ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- CARNEIRO, Cyntia Soares. Falência internacional no Direito Comunitário. In: **Suma de Negócios, Vol. 1 N° 1: 7-24, Bogotá, julho 2010**. Disponível em: <<http://publicaciones.konradlorenz.edu.co/index.php/SumaDeNegocios/article/viewFile/634/430>>. Acesso em 17 de abr. 2014.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas: lei n. 11.101, de 9.2.2005**. 3 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2005.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. 13ª ed. vol. 1. rev. ampl. e atual. Salvador: jusPODIVM, 2011.
- DOS SANTOS, Eronides Aparecido Rodrigues. **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 26 de fev. 2014.

LACERDA, J.C. Sampaio de. **Manual de direito falimentar**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971.

LACERDA, J.C. Sampaio. **Manual de direito falimentar**. 13^a. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas**. Vol. 4. São Paulo: Atlas, 2006.

NEVES, Gustavo Bregalda. Processo Internacional. In: _____. **Direito Internacional**. 2. ed. rev. atual. vol. 11. São Paulo: Saraiva, 2010.

PERIN JUNIOR, Ecio. **Curso de Direito Falimentar e recuperação de empresas**. 4^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, Agostinho Fernandes Dias da. **Direito processual internacional**. Rio de Janeiro: Vilani Filhos, 1971.

SOUSA, Douglas Cavallini de. **Os avanços da nova lei de falências**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 52, abr 2008. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2724>. Acesso em: 11/02/2014.

STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado**. 6^a. ed. São Paulo: LTr, 2005.

TZIRULNIK, Luiz. **Direito falimentar**. 3. ed. São Paulo: RT, 1994.