



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

FELIPE SANTOS COELHO

**INSOLVÊNCIA TRANSFRONTEIRIÇA:
A RELOCALIZAÇÃO DO CIP DO
DEVEDOR E A PROBLEMÁTICA DO
FORUM SHOPPING NO ÂMBITO DE
APLICAÇÃO DO REGULAMENTO (UE)
2015/848 (REFORMULAÇÃO)**

**CROSS-BORDER INSOLVENCY: THE
RELOCATION OF THE COMI AND THE PROBLEM
OF THE *FORUM SHOPPING* UNDER THE
APPLICATION OF REGULATION (EU) 2015/848
(RECAST)**

*Dissertação de Mestrado na Área de
Especialização em Ciências Jurídico-Forenses,
apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra
Orientador: Professor Doutor Alexandre de
Soveral Martins*

Maio, 2018

AGRADECIMENTOS

A realização desta dissertação de mestrado não teria se tornado realidade sem o apoio e incentivo de pessoas tão importantes, as quais sou eternamente grato.

Inicialmente, dirijo um agradecimento a minha família, em especial, minha mãe, minha tia, minha irmã, meu tio Onório e a minha namorada Carolina, por todo apoio, incentivo, amizade, generosidade e paciência demonstrados e total ajuda na superação de obstáculos que ao longo dessa caminhada surgiam. Esse trabalho é especialmente dedicado a eles, pessoas sem as quais eu não conseguiria chegar até aqui.

Agradeço meu orientador, o Senhor Professor Doutor Alexandre de Soveral Martins, admirável profissional da Universidade de Coimbra, pelo seu apoio, opiniões e disponibilidade para orientar e solucionar dúvidas e problemas que surgiram ao longo da realização deste trabalho.

Aos professores da Universidade Coimbra, todo meu respeito e admiração, e aos funcionários da Biblioteca de Direito e Biblioteca Geral, pela disponibilidade em auxiliar e pela atenção.

Às amizades feitas em terras portuguesas, por todo carinho, apoio e ajuda nos momentos mais difíceis dessa caminhada, e claro, por dividir também toda felicidade e alegria que Portugal pode nos proporcionar. E às amizades antigas, feitas no Brasil, que mesmo de longe deram todo o suporte necessário.

Muito obrigado a todos aqueles que de alguma forma, de perto ou de longe, contribuíram para que esse mestrado pudesse ser realizado da melhor maneira possível.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar os processos de insolvência de caráter transfronteiriço de sociedades e pessoas coletivas que possuem seu centro de interesses principais dentro da Comunidade Europeia, compreendidos no âmbito de aplicação do Regulamento (UE) 2015/848 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, relativo aos processos de insolvência, em contraste com a problemática do *forum shopping*.

A percepção desse fenômeno acontece por meio do exercício da liberdade de estabelecimento, que uma sociedade utiliza para migrar o seu CIP de um Estado-Membro para outro, com a intenção de requerer a abertura de um processo de insolvência em uma determinada jurisdição, que contenha um direito substantivo mais favorável aos seus interesses e/ou de seus credores.

A fim de preservar o bom funcionamento do mercado interno da União Europeia, a preocupação em distinguir entre o bom *forum shopping* e o mau *forum shopping* é constante, dessa maneira, evitar incentivos que levem as partes transferir bens e ações judiciais de um Estado-Membro para outro, de forma abusiva e fraudulenta em prejuízo do interesse coletivo dos credores deve ser necessariamente afastada.

Palavras-chave: insolvência transfronteiriça, centro de interesses principais, *forum shopping*, Regulamento (UE) 2015/848 (reformulação), liberdade de estabelecimento, realocização do CIP, interesse coletivo dos credores, abuso de direito.

ABSTRACT

The objective of this paper is to analyze cross-border insolvency proceedings of companies and legal persons which have their center of main interests within the European Community within the scope of Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council, of May 20, 2015, relating to insolvency proceedings, in contrast to the problem of forum shopping.

The perception of this phenomenon occurs through the exercise of freedom of establishment, which a company uses to migrate its CIP from one Member State to another, with the intention of requesting the opening of insolvency proceedings in a particular jurisdiction, containing a substantive right more favorable to their interests and / or their creditors.

To preserve the smooth functioning of the internal market of the European Union, the concern to distinguish between good forum shopping and bad forum shopping is constant, thus avoiding incentives for the parties to transfer assets and legal actions of a Member State to another, abusively and fraudulently to the detriment of the collective interest of creditors must necessarily be avoided.

Key-words: cross-border insolvency, center of main interests, forum shopping, Regulation (EU) 2015/848 (recast), freedom of establishment, relocation of CIP, collective interest of creditors, abuse of law.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art. – Artigo

Cfr. – Conferir

CIRE – Código de Insolvência e de Recuperação de Empresas

CIP – Centro de Interesses Principais

Cit. – Citação

COMI – *Center of main interests*

JO – Jornal Oficial

Op. – Obra publicada

p. – página

pa. – Parágrafo

SWD – *Staff Working Document*

TFUE – Tratado de Funcionamento da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

UE – União Europeia

UNCITRAL – *United Nations Commission of International Trade Law*

ÍNDICE

1. Introdução.....	8
2. A insolvência no contexto das sociedades com atividade plurilocalizada, uma abordagem sobre o direito internacional privado e o direito da insolvência.	9
3. O Regulamento Comunitário sobre os processos de insolvência.....	13
4. O Centro de interesses principais:	16
4.1 A evolução do conceito através da lapidação pela jurisprudência.	21
5. O <i>forum shopping</i> : A seleção do foro	27
6. Relocalizações do Centro dos Interesses principais.	29
7. A questão sobre o período de suspensão	33
8. As relocalizações do CIP como exercício da liberdade de estabelecimento.	36
9. O bom e o mau <i>forum shopping</i>	39
10. Notas conclusivas.	44
11. Bibliografia.....	47
12. Jurisprudência.....	53

1. Introdução

A evolução das relações comerciais diminuiu às distâncias que separam os Estados-Membros da Comunidade através da necessidade constante das sociedades e pessoas coletivas de expandir os negócios além das fronteiras. Porém, não são todas as configurações que prosperavam e as possibilidades de serem enfrentadas grandes dificuldades econômicas rondavam o universo daquelas sociedades. Conseqüentemente, a inevitabilidade de uma abordagem de reestruturação, recuperação ou até mesmo de liquidação era imperativa.

A partir desse cenário, uma forma de regulamentação era pretendida mesmo que não fosse direcionada à harmonização do direito substantivo dos Estados-Membros, mas para promover uma gestão eficaz dos procedimentos relativos à insolvência de caráter transfronteiriço, principalmente para estabelecer a competência jurisdicional para a abertura desses processos.

Posto isso, o legislador comunitário tratou de promulgar o Regulamento Original sobre os processos de insolvência e determinou que o elemento de conexão com a jurisdição do competente consistiria no centro de interesses principais do devedor e em que Estado-Membro ele estaria estabelecido.

Portanto, o presente trabalho, em um primeiro momento, abordará a insolvência das sociedades que possuem uma característica transfronteiriça, no sentido de estabelecer o âmbito de aplicação da legislação Comunitária ante a incidência do Regulamento Original e a reformulação do Regulamento, por meio da identificação do CIP do devedor, para a abertura do processo principal de insolvência. A contextualização depende da definição do conceito e posterior enquadramento com a jurisprudência TJUE, que a tempos tenta dirimir os conflitos de competência e proporcionar uma clarificação por meio da interpretação legislativa, além de estabelecer os parâmetros da presunção relativa à sede estatutária.

Em um segundo momento, a problemática do fenômeno *forum shopping* será apresentada através da definição das suas práticas e como podem ser evidenciadas pela realocação do CIP do devedor. Por conseguinte, a abordagem relativa a uma das supostas salvaguardas previstas na reformulação do Regulamento, nomeadamente o período de suspensão relativo presunção da sede estatutária, direcionado para combater práticas abusivas de transferência do CIP de um Estado-Membro para outro.

Ainda nesse momento, a consideração será destinada à questão da liberdade de estabelecimento no sentido de legitimar as movimentações do CIP do devedor, como sendo uma das garantias fundamentais proporcionadas pelo TFUE que asseguram o bom funcionamento do mercado interno da União Europeia. Por fim, mas não menos importante, a abordagem decorrerá a respeito da diferenciação entre as boas práticas de *forum shopping* em contraste com as práticas ruins *forum shopping*, sobre a importância de distingui-las a ponto de ponderar a aplicação do Regulamento, exaltar os seus benefícios e afastar as simulações.

Portanto, o presente estudo tem a intenção de contextualizar a problemática a respeito dos seguintes questionamentos: Qualquer estratégia relativa a mudança do CIP que não seja para aumentar os ativos líquidos do devedor é considerada abusiva, no âmbito de aplicação do Regulamento e do exercício da liberdade de estabelecimento? O período de suspensão que incide sobre a mudança da sede estatutária realmente promove uma barreira à realocação fictícia da mesma? A necessidade de perquirir uma recuperação bem-sucedida da sociedade enseja práticas abusivas de *forum shopping*? Até que ponto a falta de harmonização dos direitos substantivos sobre insolvência é entendida como a causa desse fenômeno? E seria o *forum shopping*, de acordo com o Regulamento, necessariamente ruim para o funcionamento do mercado interno da União Europeia?

Isso posto, o intuito do trabalho conduzirá à exposição dos fatos e explicações que enquadram a problemática, com a finalidade de responder os questionamentos propostos e concluirá por apresentar a melhor consideração a respeito do tema.

2. A insolvência no contexto das sociedades com atividade plurilocalizada, uma abordagem sobre o direito internacional privado e o direito da insolvência.

Em tempos nunca tão globalizados, a busca por melhores oportunidades no mercado, fez aumentar o interesse das empresas em ultrapassar as fronteiras dos seus territórios a procura de mais opções comerciais e melhores incentivos econômicos. Isso deu azo a uma expansão das relações jurídicas dessas sociedades através da mobilidade para outros Estados-Membros da Comunidade. Afirmando uma das prerrogativas da União Europeia, como um dos seus objetivos, na criação de um espaço sem fronteiras internas, que

possibilite a prosperidade econômica, a coesão econômica e social e o estabelecimento de um mercado interno e de uma união econômica e monetária.¹

Nesse cenário, o benefício para as partes interessadas era nitidamente percebido nos novos locais em que as sociedades se constituíam, vistos por meio da criação de empregos, da celebração de contratos com fornecedores, dos impostos arrecadados, etc. Contudo, o exercício da liberdade de estabelecimento² realizado com a instalação estável em outros Estados-Membros por um período indefinido³, pressupõe a conexão⁴ daquela sociedade com a jurisdição de vários desses Estados-Membros através dos seus estatutos pessoais de constituição.

Dessa forma, caso a persecução seja tomada por uma má gestão, ou simplesmente se deprende com as incertezas do mercado ou qualquer outro acontecimento substancialmente negativo, que acarrete a sua reorganização⁵, ou, em um viés mais opressivo, venha a ser forçada a requerer a declaração de insolvência.

Contudo, existem três cenários em que a sociedade pode estar inserida, tomando em consideração a lei⁶ de Portugal⁷, por exemplo: o primeiro, ao deparar-se com uma situação econômica difícil, em que a busca por uma reorganização ou o crédito no mercado

¹ MACHADO, Jónatas E. M., **Direito da União Europeia**, 2ª Ed., 2014, p., 298 e ss.

² Art. 49.º a 54.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

³ MACHADO, Jónatas E. M., **Direito da União Europeia**, 2ª Ed., 2014, p., 356.

⁴ Relativo ao direito internacional das sociedades o elemento de conexão é centrado em duas teorias, o que distingue da abordagem com que é observado no direito internacional privado da insolvência com o centro de interesses principais do devedor. Portanto, à luz da teoria da incorporação, a lei reguladora do estatuto pessoal das sociedades é determinada de acordo com o local onde aquela se constitui (que corresponderá à sede estatutária ou ao local do registo). Repare-se que a designação do local de constituição não implica um contato efetivo com o ordenamento jurídico em causa, prevalecendo a autonomia das partes na escolha de lei aplicável. Já a teoria da sede determina que a lei reguladora do estatuto pessoal da sociedade corresponda ao local onde se encontra a sede da administração, ou seja, ao local onde se reúnem os administradores e onde as assembleias de membros são realizadas, podendo, adicionalmente, considerar-se o local onde os órgãos de fiscalização ou de controlo se encontram. PINHEIRO, Luís de Lima, **Direito Internacional Privado Direito de Conflitos Parte Especial** (3.ª Edição ed. Vol. II, 2009): Almedina, p., 116;

⁵ O autor afirma que o uso de uma das liberdades fundamentais é, além de contribuir para uma criação de condições de livre e real concorrência está intrinsecamente ligado com a permissão às sociedades para adequarem suas atividades no mercado interno. MACHADO, Jónatas E. M., **Direito da União Europeia**, 2ª Ed., 2014, p., 356.

⁶ Em vista da diversidade de direitos substantivos sobre insolvência, o aparato legislativo que determina as regras de aplicação para os processos de insolvência com incidência transfronteiriça é o Regulamento (UE) 2015/848 do Parlamento e do Conselho de 20 de maio de 2015, relativo aos processos de insolvência, que será corretamente observado oportunamente.

⁷ De acordo com o art. 7.º do Regulamento, a lei aplicável ao processo de insolvência é a lei do Estado-Membro em cujo território é aberto o processo, conforme o princípio do *lex fori concursus*.

possa ser a solução mais aceitável; segundo, estar em uma situação insolvência iminente⁸, o que restringe ainda mais o leque de opções de inverter a condição, e terceiro, encontrar-se em situação de insolvência atual⁹, o que necessariamente acarretará a abertura de um processo de insolvência.

Ademais, nota-se que o patrimônio dessa sociedade está espalhado em vários Estados-Membros da UE, o que apresenta uma maior complexidade e ascende um questionamento primordial, dentre todos os locais em que a sociedade tem um dos seus estabelecimentos, qual jurisdição é competente para reger o processo e em qual deles seria aberto o processo principal?¹⁰

Parte-se do pressuposto que o processo de insolvência é um processo de execução universal, em via de atender o princípio da universalidade¹¹ se esse for adotado pela jurisdição do determinado Estado em que o devedor tiver o seu centro de interesses principais¹².

Se os ativos do devedor estiverem dispostos em outros Estados-Membros que não o de abertura do processo principal, a abordagem será mais localizada, em consideração e

⁸ A lei não define, porém consiste em uma insolvência que ainda não existe, mas ao fazer um juízo de prognóse da situação da empresa, estipula-se um parâmetro, uma marcação temporal pode vir a identificar que se encontra em situação de insolvência iminente, conforme dispõe o art. 3.º,4 do CIRE.

⁹ De acordo com o art., 3.º, 1, 2 e 3 do CIRE, seja o devedor impossibilitado de cumprir suas obrigações vencidas.

¹⁰ O ponto da jurisdição foi um dos elementos sumarizados na proposta e emenda do regulamento sobre a insolvência, ao passo que esclarece as regras de competência e melhora o quadro processual para determinar a jurisdição. van CALSTER, Geert, *COMIng, and Here to Stay. The Review of the European Insolvency Regulation.*, 2015. Adiante, nota 45.

¹¹ Entende-se por “princípio da universalidade que os efeitos do processo de insolvência devem ser regidos por uma única lei, a abranger a totalidade dos bens do devedor, qualquer que seja o país em que se situem. Ainda seria necessário que o Estado que acolhe esse princípio, aceitasse os efeitos, à medida que viesse a ser confrontado com a abertura de um mesmo processo em outro Estado”. MARTINS, Alexandre de Soveral, **Um Curso de Direito da Insolvência**. 2ª Ed. rev., e act. - Almedina, Coimbra, 2017, p., 658; VICENTE, Dário Moura, **Insolvência Internacional: Direito Aplicável**, AAVV., Estudos em memória do Prof. Doutor José Dias Marques, Almedina, 2007, p.; MIGUEL VIRGÓS SORIANO & ETIENNE SCHMIT – *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*, Documento do Conselho da União Europeia n.º 6500/96 DRS 8 CFC, 1996, p., 14. O universalismo implica que os ativos de uma empresa insolvente devem ser administrados em todo o mundo e apresenta certas formas de interpretação a respeito da matéria em *commom law*. McCORMACK, Gerard. *Jurisdictional Competition and Forum Shopping in Insolvency proceedings. The Cambridge Law Journal*, 68(1), 2009., p., 170.

¹² *Center of Main Interests*.

em garantia dos credores locais, com a abertura de processos secundários¹³, que são abrangidos pela lei local daquele Estado, de acordo com o princípio da territorialidade¹⁴.

Há, ainda, a possibilidade de abertura de um único processo, em atenção ao princípio da unidade¹⁵, ou enfrentar vários processos de insolvência, o que se dedica o princípio da pluralidade^{16,17}.

A abordagem ideal, tomada em consideração a questão da dispersão do patrimônio do devedor, estaria a partir da abertura de um único processo, sob a égide de uma única lei e com eficácia universal, e com isso, viria a produzir efeitos em todos os Estados-Membros que o devedor tem bens reconhecidos.¹⁸ Em observância ao princípio do *par conditio creditorum*.¹⁹ Isso dificultaria, por um lado, a transferência dos ativos do devedor de um Estado-Membro a outro, e por outro, resultaria em outras variedades de problemas²⁰ que invalidariam a aplicação dessa abordagem abstrata²¹.

¹³ Considerando 23.

¹⁴ “Confere à jurisdição do Estado, conduzir o processo de insolvência que nele foi aberto, e diz respeito, somente, ao patrimônio do devedor que nele está inserido”. PINHEIRO, Luís de Lima, **O Regulamento comunitário sobre insolvência - Uma introdução**, in ROA, Ano 66, Vol. III, 2006, p. 1106.

¹⁵ “Um processo único de insolvência que abrange a totalidade dos bens do devedor, mesmo dispersos por vários Estados”. MARTINS, Alexandre de Soveral, **Um curso de direito da insolvência**. 2ª Ed. rev., e actualizada - Editora Almedina, Coimbra, 2017, p. 658.

¹⁶ São “processos distintos de insolvência, abertos em um ou mais Estados, à medida que o patrimônio do devedor se encontra espalhado entre eles. Contudo, não é incompatível com o princípio da universalidade, pelo fato de poder existir uma coordenação a respeito dos processos.” MARTINS, Alexandre de Soveral, op., cit., p., 658.

¹⁷ MARTINS, Alexandre de Soveral, op., cit., p., 658; MARTINS, Alexandre de Soveral, **O “CIP” (“Centro de interesses principais”) e as sociedades: um capítulo europeu**. Direito das Sociedades em Revista, ano 1., Vol. 1, março, 2009, p. 134; PINHEIRO, Luís de Lima, op., cit., p., 1106. FERREIRA, Cátia Filipa da Silva, **A Responsabilidade dos Administradores e Gerentes na Insolvência Transfronteiriça – A Problemática do forum shopping**. Dissertação de mestrado. Universidade Católica Portuguesa. Porto, 2012, p. 10.

¹⁸ MARTINS, Alexandre..., op., cit., p., 658, cita VICENTE, Dário Moura, **Insolvência Internacional: Direito Aplicável**, AAVV., Estudos em memória do Prof. Doutor José Dias Marques, Almedina, 2007, p. 83.

¹⁹ Sobre o princípio da universalidade e da unidade relativamente ao tratamento igualitário dos credores em respeito ao princípio do *par conditio creditorum*. MARTINS, Alexandre de Soveral, op., cit., p., 658, cita VICENTE, Dário Moura, op., cit., p., 83.

²⁰ Os interesses das partes mais fracas como o dos empregados, pequenos investidores e consumidores, por exemplo, estão respaldados nas leis do Estado de abertura do processo de insolvência. Porém, nos demais Estados, aqueles mesmos tipos de credores, daqueles outros Estados, que estavam assegurados que os direitos sobre os outros bens estariam garantidos pela lei do país em que estão inseridos, não teriam a mesma segurança. Isso poderia desencadear uma tentativa lesiva por parte do devedor de eivar-se de suas responsabilidades ao simular a mudança para a lei do Estado-Membro mais benéfica para venha a resguardar o seu patrimônio. MARTINS, Alexandre de Soveral, op., cit., p., 659 sublinha o entendimento de VICENTE, Dário Moura, op., cit., p., 84.

²¹ MARTINS, Alexandre de Soveral, op., cit., p., 658, cita VICENTE, Dário Moura, op., cit., p., 83.

Naquele sentido, no cenário Europeu, aquelas e outras preocupações fizeram os Estados-Membros adotar a Convenção de Bruxelas²², relativas aos processos de insolvência, assinada em 1995²³. Porém, ela não entrou em vigor por não contar com a assinatura do Reino Unido²⁴. Ainda assim o texto serviu como base para a promulgação do Regulamento Comunitário²⁵, principal ferramenta aplicável à gestão eficaz dos processos de insolvência de sociedades com atividades transnacionais.

3. O Regulamento Comunitário sobre os processos de insolvência

A necessidade de uniformização dos direitos substantivos sobre insolvência seria conveniente²⁶ no âmbito da UE, mas como bem sabe-se, não é seguramente viável afirmar que em um futuro próximo essa condição possa vir a ser alcançada, tanto a nível comunitário como global.

Por outro lado, sob a ótica internacional, a evolução da aproximação das legislações teve grande contribuição desenvolvida pela UNCITRAL²⁷, que elaborou a Lei modelo²⁸ com o foco de direcionar e promover mecanismos que servem como diretrizes para a resolução de conflitos que compreendem casos de insolvência transfronteiriça²⁹ de sociedades, relativamente aos Estados³⁰ que adotam sua aplicação.

²² (JOCE, L 6500/96) “A competência atribuída à Comunidade Europeia, em matéria de Direito Internacional Privado, Pelo Tratado de Amsterdão, os órgãos comunitários decidiram transformar esta Convenção num Regulamento comunitário com um texto normativo praticamente idêntico”. PINHEIRO, Luís de Lima, op., cit., p., 1105.

²³ Dada esta identidade, os trabalhos preparatórios constituíram um processo de interpretação do Regulamento, em Especial o Relatório Explicativo de Virgós-Sheimit, que negociado pelos Estados-Membros e em que se explica a origem e a teleologia dos seus preceitos.” MARTINS, Alexandre de Soveral, op., cit., p., 660;

²⁴ PINHEIRO, Luís de Lima, op., cit., p., 1105; MARTINS, Alexandre de Soveral, op., cit., p., 660;

²⁵ Regulamento CE 1346/2000, de 29 de maio de 2000, publicado no JOCE, L 160, 30/06/2000, que foi revogada pelo Regulamento (UE) 2015/848 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de maio de 2015 (Reformulação) publicado no JOUE, L141, de 05/06/2015.

²⁶ PINHEIRO, Luís..., cit., ob., p., 1104.

²⁷ *United Nations Commission on International Trade Law.*

²⁸ *Model Law on Cross-Border Insolvency, 1997; Legislative Guide on Insolvency Law, 2004; Legislative Guide on Insolvency, Part Three: Treatment of enterprise groups in insolvency, 2010; Legislative Guide on Insolvency Law, Part Four: Directors' obligations in the period approaching insolvency, 2013.* < http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency.html>

²⁹ SERRA, Catarina, **Insolvência-Comentários à Proposta de Alteração do Regulamento europeu relativo aos processos de insolvência, com especial consideração do Direito Português.** Direito das Sociedades em Revista, outubro, 2013, p. 101.

³⁰ http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html

Internamente na UE, era inviável por parte do legislador supranacional promover alguma forma de codificação que unificasse, no sentido de promover uma harmonização³¹, em relação ao direito substantivo de insolvência de cada Estado-Membro.

A ideia de uma forma de processo de insolvência universal única e exclusiva para toda a Comunidade será difícil de aplicar sem modificar, pela aplicação da lei do Estado-Membro de abertura do processo, os direitos pré-existentes criados antes da insolvência ao abrigo das diferentes legislações nacionais de outros Estados-Membros abrangidos. A razão para isso está na obsessão de um sistema uniforme de direitos de segurança na Europa, e na grande diversidade de leis nacionais de insolvência no que diz respeito aos critérios para a prioridade a ser dada às diferentes classes de credores³², por exemplo.

O legislador comunitário notou que os problemas relacionados com as insolvências internacionais precisavam de regulamentação, em vista de que os procedimentos sobre insolvência não são tratados na Convenção de Bruxelas³³ e pelo regulamento³⁴ relativo à competência judiciária e à execução de matéria civil e comercial.

Dessa maneira, aprovou-se o Regulamento Original³⁵ relativo aos processos de insolvência que produzam efeitos transfronteiriços, que vigorou a partir de 31 de maio de 2002 até a sua revogação e posteriormente substituição por sua reformulação, o Regulamento³⁶ (UE) 2015/848 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, relativo aos processos de insolvência.

³¹ O Parlamento propôs levantar a questão da harmonização das leis substantivas de insolvência, que foi solicitado uma análise sobre a situação. Foi elaborado o *The Insol Report*: <https://www.insol-europe.org/eu-study-group-introduction-and-members>, que sugeriu a harmonização de uma parte significativa da legislação dos Estados-Membros, que após, foi requerido a Comissão a apresentação de propostas legislativas: *European Parliament Resolution, with recommendations to the Commission on insolvency proceedings in the context of EU company law (2011/2006(INI))*, 15.11.2011 (*European Parliament Resolution*). MUCCIARELLI, Federico M., *Not Just Efficiency: Insolvency Law in the EU and its Political Dimension*. *European Business Organization Law Review* 14, 2013. 177.

³² Relatório Virgós-Schmit, *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*, Documento do Conselho n.º 6500/96/EN, Bruxelas, 1996, pa. 12.

³³ Convenção de Bruxelas de 1968 relativa à Competência Jurisdicional e à Execução de Decisões em matéria civil e comercial, LO L 299 de 31/12/1978;

³⁴ E pelo Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, JO L 351 de 20/12/2012, artigo 1.º, 2, b.

³⁵ Regulamento (CE) n.º 1346/2000 do Conselho, de 29 de Maio de 2000, relativo aos processos de insolvência, publicado no JO L 160 de 30/06/2000.

³⁶ Publicado no JO L 141 de 05/06/2015.

A intenção do legislador supranacional não se fundamentava em promover um regime único para os processos que produzam aqueles efeitos, mas se limitar a estruturar as matérias sobre jurisdição internacional relativas a lei que se aplica³⁷ e o local de abertura do processo principal³⁸.

O Regulamento articula a competência internacional com o direito substantivo aplicável³⁹, uma vez que a sua aplicação não é direcionada somente ao processo, mas também às circunstâncias substantivas da insolvência, que são determinadas pela lei⁴⁰ do Estado-Membro em que foi requerida a abertura do processo principal.

O legislador supranacional determinou que o único critério para aferir a competência de abertura do processo principal de insolvência é através da identificação do Centro dos Interesses Principais do devedor, e esse deve estar necessariamente situado em um dos Estados-Membros da Comunidade para que o Regulamento seja aplicado.⁴¹

Posto isso, passa-se a sua contextualização, a fim de apresentar a evolução da sua interpretação através da jurisprudência dos Estados e do Tribunal de Justiça da União Europeia e, conseqüentemente, determinar o mecanismo que consiste na essência das práticas de *forum shopping*, dentre a sua realocização oportunista ou legítima antes de preenchimento do processo de insolvência.

³⁷ “somente será aplicável se a lei aplicável ao processo for a lei de um Estado-Membro vinculado pelo regulamento” MARTINS, Alexandre de Soveral, op., cit., p., 662.

³⁸ Conforme dispõe o Considerando 6, o presente regulamento deverá incluir disposições que regulem a competência para a abertura de processos de insolvência e a propositura de ações que deles decorram diretamente e que com eles se encontrem estreitamente relacionadas. O presente regulamento deverá igualmente incluir disposições relativas ao reconhecimento e à execução das decisões judiciais em processos desta natureza e disposições relativas à lei aplicável ao processo de insolvência. Além disso, o presente regulamento deverá prever regras de coordenação dos processos de insolvência relativos ao mesmo devedor ou a vários membros do mesmo grupo de sociedades.

³⁹ PINHEIRO, Luís de Lima, op., cit., p., 1109.

⁴⁰ O princípio da *lex fori concursus*.

⁴¹ MARTINS, Alexandre de Soveral, op., cit., p., 670, cita BENEDETTELLI, Massimo, “*Centro degli interessi principali del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera*”, RDIPP, 2004, p., 514 e ss.

4. O Centro de interesses principais:

Conforme abordado até então, a falta de harmonização dos direitos substantivos de insolvência na Comunidade fez surgir a necessidade de promulgação do Regulamento, que proporcionou a gestão eficaz dos processos de insolvência com efeitos transfronteiriços,⁴² por meio de disposições que regulam a competência de abertura dos processos e as ações que dele decorram (...)⁴³.

Para que isso ocorra, é necessário que seja identificado o centro dos interesses principais do devedor⁴⁴ em um determinado Estado-Membro da União⁴⁵, que através da requisição de abertura do processo principal⁴⁶, determine qual jurisdição será competente para coordenar as medidas a serem tomadas aos bens de um devedor insolvente.

A identificação desse elemento está disposta no art. 3.º do Regulamento, que pronuncia o âmbito da competência internacional e estabelece o CIP como: “o local em que o devedor exerce habitualmente a administração dos seus interesses⁴⁷ de forma habitual e cognoscível por terceiros”⁴⁸. E, no caso de sociedades e pessoas coletivas, presume-se que o

⁴² Considerando 1.

⁴³ Considerando 6.

⁴⁴ *Center of Main Interests* - COMI

⁴⁵ Exceto a Dinamarca que fez o *opt-out* e não se aplica, conforme o considerando 88.

⁴⁶ Considerando 23: “O presente regulamento permite que o processo de insolvência principal seja aberto no Estado-Membro em que se situa o centro dos interesses principais do devedor. Esse processo tem alcance universal e visa abarcar todo o patrimônio do devedor. Para proteger a diversidade dos interesses, o presente regulamento permite que os processos secundários de insolvência eventualmente instaurados corram paralelamente ao processo principal de insolvência. Pode-se instaurar um processo secundário de insolvência no Estado-Membro em que o devedor tenha um estabelecimento. Os efeitos dos processos secundários de insolvência limitar-se-ão aos ativos situados no território desse Estado. A necessidade de manter a unidade dentro da União é garantida por normas imperativas de coordenação com o processo principal de insolvência.”

⁴⁷ Sobre a definição pode-se dizer que o local da sede estatutária corresponde ao local identificado como tal, nos estatutos da sociedade, pelo que, sendo um critério objetivo, não levanta qualquer problema de interpretação ou de aplicação. DINIS, José Pedro. **O critério da direção efetiva na convenção modelo da OCDE sobre o rendimento e o patrimônio**. Dissertação de Mestrado em Direito Fiscal. Universidade Católica Portuguesa. Escola de Direito do Porto. Porto. 2011.

⁴⁸ Relatório Virgós/Schimit, n.º 75. “Ao usar o termo “interesses”, a intenção era abranger não apenas atividades comerciais, industriais ou profissionais, mas também atividades econômicas gerais, de modo a incluir as atividades de indivíduos privados (por exemplo, consumidores). A expressão “principal” serve como um critério para os casos em que esses interesses incluem atividades de diferentes tipos que são executadas em diferentes centros.” MIGUEL VIRGÓS SORIANO & ETIENNE SCHMIT – *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*, Documento do Conselho da União Europeia n.º 500/96 DRS 8 CFC, 1996, p. 1-184, pa. 75.

CIP é o local da respectiva sede estatutária⁴⁹, no entanto, tal presunção é ilidível⁵⁰ até prova em contrário.

A declaração de abertura do referido processo é reconhecida em todos os outros Estados-Membros⁵¹ e logo são produzidos os efeitos que lhe são atribuídos pela lei do estado de abertura do processo.⁵² Ademais, o órgão jurisdicional do Estado em que pronuncia a declaração de abertura, é incumbido, por força do artigo 4.º primeira parte, sobre a verificação *ex officio*,⁵³ a saber se os fundamentos e requisitos são preenchidos, ao passo que se não estiverem, deve ser indeferida a abertura. Assim como, a segunda parte daquele mesmo artigo, na verificação, por parte do administrador da insolvência.

Consequentemente, após gerados os efeitos provenientes do processo principal, somente poderão ser abertos procedimentos secundários⁵⁴ nos outros Estados-Membros, se nesses forem verificados estabelecimentos⁵⁵ do devedor.⁵⁶

⁴⁹ Esta presunção só é aplicável se a sede estatutária não tiver sido transferida para outro Estado-Membro nos três meses anteriores ao pedido de abertura do processo de insolvência. Esta segunda parte será tratada oportunamente, quando for levantada a questão temporal e o sistema para tentar evitar a seleção fraudulenta e abusiva do foro, conforme art. 3.º, 1, 2 segunda parte do Regulamento, que será tratada oportunamente.

⁵⁰ Relatório Virgós/Schimit, n.º 75. No caso de empresas e pessoas coletivas, a Convenção presume, salvo prova em contrário, que o centro dos interesses principais do devedor é o local da sua sede social. Este local corresponde normalmente à sede do devedor. MIGUEL VIRGÓS SORIANO & ETIENNE SCHMIT – *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*, Documento do Conselho da União Europeia n.º 500/96 DRS 8 CFC, 1996, p. 1-184, pa. 75.

⁵¹ Art.º 19, 1. Qualquer decisão que determine a abertura de um processo de insolvência, proferida por um órgão jurisdicional de um Estado-Membro competente por força do artigo 3.º, é reconhecida em todos os outros Estados-Membros logo que produza efeitos no Estado de abertura do processo. A regra prevista no primeiro parágrafo é aplicável no caso de o devedor, em virtude da sua qualidade, não poder ser sujeito a um processo de insolvência nos restantes Estados-Membros. 2. O reconhecimento de um processo referido no artigo 3.º, n.º 1, não obsta à abertura de um processo referido no art. 3.º, n.º 2, por um órgão jurisdicional de outro Estado-Membro. Este último processo constitui um processo de insolvência secundário na asserção do capítulo III.

⁵² Artigo 20.º do Regulamento.

⁵³ Os motivos do exame, tanto *ex officio* e *ex parte* (o devedor ou os credores), podem ser variados, mas sempre concernentes à jurisdição nacional, excepcionalmente sobre o disposto no art., 5.º do Regulamento. Compendo as salvaguardas no que diz respeito ao exame de jurisdição. BORK, Reinhard, MANGANO, Renato, *European Cross-Border Insolvency Law*. Oxford University Press, 2016, p., 99.

⁵⁴ Considerando 58: “O presente regulamento não restringe o direito de pedir, na sequência da abertura do processo de insolvência principal, a abertura de um processo de insolvência no Estado-Membro em que o devedor tenha um estabelecimento: o administrador da insolvência do processo principal de insolvência ou qualquer outra pessoa habilitada pela lei nacional desse Estado-Membro pode pedir a abertura de um processo de insolvência secundário.” E art., 3.º, 3 do Regulamento.

⁵⁵ Sobre estabelecimento, dispõe o art., 2.º, n.º 10, como sendo o local de atividade em que o devedor exerça ou tenha exercido, de forma estável, uma atividade económica, com recurso a meios humanos e a bens materiais, nos três meses anteriores à apresentação do pedido de abertura do processo principal de insolvência.

⁵⁶ Conforme cita SOVERAL, Alexandre de Soveral, op., cit., p., 664, essa abordagem é considerada na doutrina, por vários autores, como sendo uma variação do princípio da universalidade, por exemplo: universalidade limitada, para BRITO, Maria Helena, **Falências internacionais. Algumas considerações a propósito do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas**, *Themis*, Ed. Especial, 2005, p., 193;

O conceito de CIP foi criado como uma determinação de Direito Europeu autônomo⁵⁷, significa que é um conceito supranacional,⁵⁸ que não pode ser pré-determinado efetivamente pela legislação nacional.⁵⁹

O Regulamento estabelece a presunção relativa à sede estatutária das sociedades e pessoas coletivas, como sendo o local do CIP. Isso constitui a identificação de um elemento objetivo, de acordo com o local em que a sociedade exerce habitualmente a administração dos seus interesses em uma base regular⁶⁰, ou seja, o local em que são tomadas as decisões estratégicas, como a gestão do negócio e do trabalho da sociedade.⁶¹

Dessa maneira, é possível notar algumas semelhanças no que diz respeito à determinação da lei aplicável ao estatuto pessoal de uma sociedade comercial. Aparentemente, em relação ao fator de conexão, segue a vertente da doutrina de acordo com a teoria da sede real.⁶² Segundo a qual, o local que se situa a sede da administração de uma sociedade deve ser decisivo para determinar o direito nacional aplicável a ela, em uma situação que envolva uma conotação transfronteiriça.⁶³

um sistema misto de pendor universalista para PINHEIRO, Luís de Lima, op., cit., p., 1108; ainda o termo universalidade mitigada para VICENTE, Dário Moura, op., cit., 91.

⁵⁷ PINHEIRO, Luís de Lima, op., cit., p., 1113.

⁵⁸ Porém, sobre a evolução da interpretação a respeito CIP, este deve ser entendido, conforme pressupõem os autores, em um contexto de que os tribunais dos Estados-Membros podem definir o conceito do CIP por meio de legislação, mas essa definição somente teria efeitos internos e não impediria os juízes de uma interpretação diferente da definição interna em relação à aplicação do Regulamento. Miguel Virgós and Francisco Garcimartín, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, Kluwer Law International, 2004, referido em: TIRADO, Ignacio, *An Evolution of COMI in the European Insolvency Regulation: From 'Insolvenzimperialismus' to the Recast*, 2015, p. 5.

⁵⁹ O desenvolvimento na jurisprudência sobre a interpretação de determinação do CIP, deve ser entendido em um contexto de ausência de “confiança mútua” entre os tribunais de diferentes Estados-Membros, ou uma tentativa generalizada de manter os procedimentos na sua própria jurisdição. No sentido de, justificarem a sua própria competência, ao apresentar um leque variado de circunstâncias e fatos que consideravam como prova de que o centro da administração principal do devedor era disposto na sua jurisdição. TIRADO, Ignacio, op., cit., p., 6. E é possível acrescentar, que o conceito de confiança mútua, parte do pressuposto de que todos os tribunais são igualmente competentes e adequados para promover o processo de insolvência, conforme é destacado pelo Regulamento, para evitar a o conflito positivo de jurisdição, uma vez que, se um processo principal for aberto em um Estado-Membro, este não pode ser aberto em outro, conforme dispõe os art. 19.º e 20.º do Regulamento, arts., 16.º e 17.º do Regulamento Original.

⁶⁰ “Administration in a regular basis”

⁶¹ Entende-se por ser o local da direção efetiva da sociedade. Pode-se entender que corresponde ao local onde são tomadas, em substância, as decisões chave, tanto a nível de gestão como a nível comercial, necessárias à condução da atividade da sociedade na sua globalidade. DINIS, José Pedro, op., cit., p., 15.

⁶² A respeito do estatuto pessoal da sociedade, a doutrina divide-se, tradicionalmente, entre a teoria da sede real e a teoria da constituição. Segundo a teoria da sede, o estatuto da sociedade é determinado pelo direito do local onde a sociedade tenha a sua sede efetiva. Por outro lado, a teoria da constituição defende que o estatuto da sociedade é fixado pelos seus fundadores, os quais estipulam o direito aplicável, valendo a sede formal e não a efetiva. CORDEIRO, Antônio Menezes, *Direito Europeu das Sociedades*, Almedina, 2005, p., 17.

⁶³ BORK, Reinhard, MANGANO, Renato, op., cit., p., 79.

Assim, caso seja reconhecida a divergência⁶⁴ entre a sede estatutária e a sede de administração, o local em que está situada a direção efetiva⁶⁵ da sociedade, será, em regra, o local CIP tem por localização, sendo aquele o Estado-Membro da sua sede.⁶⁶

Além da identificação do elemento objetivo, ainda é necessário que esse local seja cognoscível por terceiros, conforme denota-se do art. 3.º, 1 do Regulamento, nos mesmos termos. Uma vez que, para conseguir uma melhor interpretação e consequentemente a localização precisa do lugar em que em que são concentrados os interesses principais do devedor, sendo necessário que se tenha a especial atenção aos credores⁶⁷ e a sua percepção

⁶⁴ Em particular, os tribunais ingleses, que tiveram a primeira oportunidade de comentar a lei da insolvência inglesa favorável à dívida, tomaram a iniciativa de impedir o "*forum shopping*" que prejudicou o mercado. Na jurisprudência inglesa, a abordagem "comando e controle", também chamado de "função de matriz" ou "mente de administração", prevaleceu em grande parte para determinar o CIP de uma empresa devedora, assim, os tribunais consideraram principalmente o local onde as funções da sede da empresa são exercidas, onde está o centro de sua gestão e controle. REUß, Philipp M., "*Forum Shopping*" in der Insolvenz. *Missbüchliche Dimension der Wahrnehmung unionsrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten*, 2011, p, 123.

⁶⁵ Sobre o conceito de direção efetiva: corresponde ao local onde são tomadas, em substância, as decisões chave, tanto a nível de gestão como a nível comercial, necessárias à condução da atividade da sociedade na sua globalidade. DINIS, José Pedro, op., cit., p., 15

⁶⁶ Pelo fato de o CIP, ser determinado, também, através do reconhecimento por terceiros, o lugar da sede estatutária é o ponto privilegiado de referência de terceiros para a localização da sociedade. De forma a não ser cognoscível por terceiros que a sociedade tem a sede de administração, ou direção efetiva num Estado-Membro diferente da sede estatutária. Uma vez que seja demonstrado que a uma parte considerável dos credores, tem que ter ciência, ou deve ter, que a sociedade tem sua direção efetiva em um Estado-Membro diferente. Contudo, é passível de ser entendido no caso em que a sociedade não apresenta qualquer natureza de atividade econômica em outro Estado-Membro, mas é reconhecida uma conexão especialmente relevante, cognoscível por terceiros em outro Estado-Membro. PINHIRO, Luís de Lima, op., cit., p., 1114.

⁶⁷ Sobre o processo *Re: Daisytek ISA Ltd*, (WL 21353254) de 16 de maio de 2003, *High Court of Justice (Chancery Division) of Leeds (UK)*, pressupõe um grande marco para a correta abordagem em relação ao local da administração dos interesses do devedor seja determinável por terceiros. Mesmo sendo um caso em que estava em análise a insolvência de um grupo de sociedades, convém ressaltar o entendimento proferido pela Corte Inglesa, nos seguintes termos: Sumariamente, tratava-se da determinação da jurisdição de abertura do processo principal de insolvência que posteriormente viria a ser reconhecido nos outros Estados-Membros em que encontravam as suas subsidiárias. A decisão foi fundamenta no Relatório Virgós-Schimt n.º 75, em consonância com o Considerando 13 do Regulamento Original. Todos esses fatores reunidos foram considerados como prova bastante de que as empresas estrangeiras tinham seu CIP no Reino Unido e não onde foram incorporados, rebatendo, assim, a presunção do art. 3.º, 1. Isso levou à conclusão de que os tribunais ingleses realmente tinham jurisdição para emitir as ordens administrativas que eles fizeram. A decisão foi exarada no sentido de quem eram os terceiros, apesar de as subsidiárias não Inglesas estarem operacionais e conduzindo seus negócios abertamente nos mercados nacionais em que estavam inseridos, constatou que, os "terceiros", na acepção do Regulamento, no comércio, foram identificados como sendo os credores. E os credores eram subdivididos em credores financeiros e fornecedores. Isso porque os credores pensaram que era em Inglaterra o CIP. No entanto, os tribunais franceses não concordaram inteiramente. O tribunal de primeira instância proferiu uma ordem de administração francesa para as empresas afetadas, ignorando assim a decisão inglesa e isto também em desrespeito do considerando 22 do Regulamento. No entanto, o caso foi, consequentemente, submetido à corte de apelação francesa, *Cour d'appelle du Versailles*, que analisou novamente o caso e julgou que a Suprema Corte inglesa estava de fato certa, o tribunal de comércio francês não deveria ter feito uma ordem administrativa em relação a subsidiária francesa. Nos termos dos artigos 16.º e 17.º do Regulamento, os tribunais franceses deveriam ter reconhecido imediatamente a decisão do Supremo Tribunal de Leeds, o que os teria impedido de abrir o processo principal em França. O facto de o Tribunal de Recurso francês ter anulado a decisão da instância inferior foi - de certo modo - uma decepção, como não o

quanto aquele local.⁶⁸ Ademais, perante a aplicação do Regulamento Original, sustentava-se uma forma de interpretação do CIP de acordo com fatores internos⁶⁹ ou em combinação dos fatores internos e externos,⁷⁰ não sendo pacífica na doutrina e na jurisprudência.

Contudo, aquela determinação da base regular⁷¹, gerava uma incompatibilidade com gestão temporária da sociedade no local, sendo observada através da migração do CIP para outro local em um curto espaço de tempo antes da abertura do processo de insolvência.

Assim, a necessidade de acrescentar uma condição temporal⁷² era patente, como forma de prevenir casos de seleção abusiva do foro através da transferência da sede estatutária de um Estado-Membro para outro em um período compreendido nos três meses anteriores a apresentação a insolvência.⁷³

fizeram, a questão seria certamente remetida para o TJUE, que seria vantajoso pois poderia ter feito um precedente que poderia ter esclarecido esta incerteza. TIRADO, Ignacio, op., cit., p., 8; ALTHINI, Johan, *The Center of Main Interests – A Troublesome phrase in the EC Regulation on Insolvency proceedings.*, Master thesis, 2005., p., 28.

⁶⁸ “Considerando 28 incorpora a essência do exarado no processo *Daistek ISA Ltd.*, que interpretaram a expressão terceiros especialmente a se referir aos credores”. TIRADO, Ignacio, op., cit., p., 14.

⁶⁹ No sentido de que basear o CIP em fatores internos poderia facilitar o *forum shopping* especialmente se o devedor for uma sociedade que é pertencente a um grupo de sociedades, por exemplo. Consequentemente sugeriram que o lugar para que seja determinado o CIP deveria ser o lugar que se encontrava as atividades econômicas da sociedade. KLAUS, Pannen, *European Insolvency Regulation, Commentary, de Gruyter Commentaries on European Law, Berlin, 2007*, referido em BORK, Reinhard, MANGANO, Renato, op., cit., p., 81.

⁷⁰ Destaca-se o entendimento também decorrido na interpretação dos tribunais, no sentido de que eram considerados inadequados basear a determinação do CIP em fatores internos (EMBIC *Garantie Versicherungs Vertrieb GmbH, AG Mönchengladbach*, 27/04/2004 – 19 IN54/04 – [2004] EIRCR(A) 105); Alguns tribunais franceses no processo *EMTEC Magnetics Benelux N.V* – Tribunal de Nanterre, 2006, n° 2006P00148, pareciam ser mais conciliatórios. Isso significa que esses tribunais pareciam adotar uma abordagem combinada com a qual a localização do CIP se baseava tanto em fatores internos quanto externos. REUß, Philipp M., “*Forum Shopping*” in *der Insolvenz. Missbäuchliche Dimension der Wahrnehmung unionsrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten*, citado em BORK, Reinhard, MANGANO, Renato, op., cit., p., 81.

⁷¹ Nota-se que o termo na língua inglesa é “*regular basis*”, conforme também dispõe a *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency (1997) with Guide to Enactment and Interpretation (2013)*, nos seus artigos 2, b, e 16, 3; Todavia, o que interessa é a determinação precisa a ser confirmada, de forma a não ser prejudicada com uma mudança do CIP que seja anterior a um certo/curto período de tempo estipulado, pois, não é possível verificar uma conveniente gestão em um curto período de tempo. BORK, Reinhard, MANGANO, Renato, op., cit., p., 82.

⁷² Teria criado uma incerteza jurídica, relacionada a problemas na determinação do momento exato em que o CIP é deslocado de um Estado para outro. *COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT Accompanying the document Revision of Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings* SWD/2012/0416 final, p., 3.5.

⁷³ Na tentativa de prevenir a seleção fraudulenta, com a mudança da sede estatutária para outro Estado-Membro, sem atender as salvaguardas propostas pelo Regulamento, entendeu-se que era necessário aplicar uma cláusula temporal. Está veio com a reformulação do Regulamento, conforme dispõe o art. 3.º do Regulamento, ao prever que a presunção somente será aplicável, se esta não tiver sido transferida nos três meses anteriores do requerimento de abertura do processo de insolvência.

4.1 A evolução do conceito através da lapidação pela jurisprudência.

Outra condição que precisaria ser melhorada é relativa à clareza na definição do CIP⁷⁴, a fim de proporcionar uma melhor interpretação do conceito e consequentemente afastar a tensão que a simulação na migração do CIP gerava. Para alcançar essa consideração, seria necessário levar a matéria até a instância do extraordinária do Tribunal de Justiça da União Europeia e esse vir a se pronunciar sobre os conflitos de competência nessa matéria.

Fato é que alguns casos paradigmáticos ascenderam o TJUE e algumas ambiguidades foram ponderadas. Não obstante, no acórdão do caso *Eurofood IFSC Ltd*⁷⁵, o Tribunal estabeleceu um precedente que serviu de parâmetro para a interpretação do conceito de CIP nos moldes do Regulamento Original, que pronunciou sobre o conceito, relativamente ao entendimento da Corte naquela época⁷⁶.

O entendimento do Tribunal foi no sentido de ser rejeitada a interpretação do art. 3.º do Regulamento Original de que o CIP seria baseado somente em fatores internos. Acompanhou a opinião do Advogado Geral⁷⁷, que sublinhou o conceito destacado do Relatório de Virgós/Schimit, “de que a insolvência é um risco previsível, sendo importante

⁷⁴ Há dificuldades em determinar qual o Estado-Membro competente para abrir o processo de insolvência. Embora exista um amplo consenso em atribuir a competência para abrir o processo principal ao Estado-Membro em que o devedor tiver o CIP, a aplicação prática deste conceito nem sempre é simples. As normas de competência do Regulamento também foram criticadas por permitirem que as sociedades e as pessoas singulares selecionem abusivamente o foro através da transferência do CIP. Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que altera o Regulamento (CE) n.º 1346/2000 do Conselho relativo aos processos de insolvência COM/2012/0744 final - 2012/0360 (COD).

⁷⁵ “A *Eurofood* era uma subsidiária financeira irlandesa do Grupo Parmalat, cuja empresa mãe havia sido colocada em *amministrazione straordinaria* na Itália. A entidade irlandesa funcionou como um veículo para canalizar fundos e financiamento para a Parmalat e, como tal, foi totalmente instrumental para os objetivos e estratégia do grupo. No entanto, a empresa tinha sido incorporada na Irlanda pelo simples motivo de beneficiar dos regimes fiscais oferecidos pela legislação irlandesa. Todas as suas operações foram conduzidas na Irlanda, uma vez que os benefícios fiscais usufruídos pela empresa estavam condicionados ao seu funcionamento e gestão na Irlanda. O veículo serviu principalmente como a entidade envolvida no financiamento do grupo pelo *Bank of America* e detentores de títulos representados pela *Met Life Insurance*, por grandes credores principais da entidade. Ambos os elementos foram fundamentais para o juiz Kelly descobrir que o COMI estava na Irlanda. As operações foram conduzidas com base na aplicação do sistema jurídico irlandês, e não havia dúvida de que os principais credores sempre consideravam a Irlanda como o local da lei aplicável em caso de insolvência da empresa.” TIRADO, Ignacio, op., cit., p., 9.

⁷⁶ O caso *Eurofood IFSC Ltd*, por sua vez, não foi um caso propriamente de *forum shopping*, apesar de promover um viés importantíssimo para interpretação da legislação comunitária, RINGE, Wolf-Georg, ***Forum Shopping Under the EU Insolvency Regulation***. *Oxford Legal Studies Research Paper n.º 33/2008*.

⁷⁷ Cfr. BORK, Reinhard, MANGANO, Renato, op., cit., p., 83.

que a jurisdição internacional seja baseada em um lugar conhecido pelos potenciais credores, e, permite que os riscos legais venham a ser calculados”⁷⁸

Posto isso, o Tribunal exarou a decisão, no seu parágrafo 33, de acordo com a definição de que o CIP deve ser identificado em função de critérios simultaneamente objetivos e determináveis por terceiros. De forma que essa objetividade e essa possibilidade de determinação por terceiros sejam necessárias para garantir a segurança jurídica e a previsibilidade respeitante à identificação do órgão jurisdicional competente para abrir o processo principal de insolvência. E, conseqüentemente, manter a segurança jurídica e a previsibilidade, que por sua vez, revestem-se de uma importância tanto maior quanto a identificação do órgão jurisdicional interpreta da lei aplicável, nos termos do art. 4.º, n.º 1, do Regulamento Original e art. 7.º, n.º 1 da reformulação⁷⁹.

Observou, também, a questão da presunção da sede estatutária da sociedade, no que tange a facilidade de ser ilidida ao deparar com uma sociedade “caixa de correio”, e a sua atividade de gestão e controle venha a ser controlada por uma sociedade-mãe em outro Estado-Membro⁸⁰, o que não bastava para ilidir a presunção.⁸¹ Uma vez que, extrai do art. 3.º, 1, 2 do Regulamento instrumentos reguladores que geram uma “fina afinação”⁸², a presunção como um mecanismo direcionado para facilitar a determinação do local, sendo o CIP localizado mais precisamente.⁸³

⁷⁸ Relatório Virgos/Schimit, parágrafo 75. “A lógica dessa regra não é difícil de explicar. A insolvência é um risco previsível. Portanto, é importante que a jurisdição internacional (que, como nota-se, implica a aplicação das leis de insolvência daquele Estado Contratante) se baseie em um lugar conhecido pelos potenciais credores do devedor. Isso permite que os riscos legais que deveriam ser assumidos no caso de insolvência sejam calculados.” MIGUEL VIRGÓS SORIANO & ETIENNE SCHMIT – *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*, Documento do Conselho da União Europeia n.º 500/96 DRS 8 CFC, 1996, pa. 75.

⁷⁹ Processo C-341/04 *Eurofood IFSC Ltd* [2006] ECR I-3813, ECLI:EU:C:2006:281, pa. 33

⁸⁰ “segundo a qual o centro dos interesses principais dessa filial se situa no Estado-Membro da respectiva sede estatutária, só pode ser ilidida se elementos objetivos e determináveis por terceiros permitirem estabelecer a existência de uma situação real diferente daquela que a localização na referida sede estatutária é suposta refletir. Tal pode ser, nomeadamente, o caso de uma sociedade que não exerça qualquer atividade no território do Estado-Membro da sua sede social. Ao invés, quando uma sociedade exerça a sua atividade no território do Estado-Membro onde se situa a respectiva sede social, o simples facto de as suas decisões económicas serem ou poderem ser controladas por uma sociedade-mãe noutro Estado-Membro não é suficiente para ilidir a presunção prevista no regulamento.” Processo C-341/04 *Eurofood IFSC Ltd* [2006] ECR I-3813, ECLI:EU:C:2006:281, pa. 37.

⁸¹ ROCHA, Ana Gabriela, **Conceitos de direito europeu em matéria societária e fiscal**. Edições Almedina, dezembro de 2014, p.,

⁸² Cfr. BORK, Reinhard, MANGANO, Renato, op., cit., p., 83.

⁸³ Porém, a presunção acarretava várias dúvidas de interpretação, pelo fato de não perceber uma clareza, entre elas. Perguntou-se qual seria a relação entre a segunda e a primeira frase do artigo. Se o artigo se referia a uma forma real de presunção em que o ônus da prova era invertido, ou se a expressão “deveria ser presumida” deveria ser interpretada de um modo não técnico; se o tamanho do tribunal tinha o poder e o dever de examinar

Consecutivamente, a respeito da forma com que vinha a ser ilidida a presunção da sede estatutária, o Tribunal pronunciou-se mais uma vez, mas alternativamente ao precedente anteriormente estabelecido. Desta vez no sentido de ser privilegiado o local em que são tomadas as decisões, de acordo com o conceito de direção efetiva, conforme anteriormente apontado.

O entendimento foi disposto no processo *Interedil Srl*⁸⁴ e serviu em grande medida na influência para a reformulação do Regulamento, uma vez que retomou a discussão sobre a interpretação relativa a identificação do CIP de uma sociedade devedora, analisada com significativa consideração em 2006 no caso *Eurofood*.

Anteriormente, a interpretação era que a presunção simples, prevista pelo legislador comunitário em favor da sede estatutária dessa sociedade, só podia ser ilidida se “elementos objetivos e determináveis por terceiros permitissem concluir pela existência de uma situação real diferente daquela que a localização da referida sede é suposta refletir”⁸⁵. E, ainda, se tal podia ser, designadamente, o caso de uma sociedade caixa de correio, que não exerce qualquer atividade no território do Estado-Membro onde está situada a sua sede estatutária⁸⁶.

No entanto, aquela posição foi considerada muito restritiva, porque foi apontado, de certa maneira, que a realidade empresarial seria muito mais diversificada do que o suposto pelo Tribunal, como acontece nas empresas multinacionais que estão pulverizadas por várias jurisdições. Fato é, que o local da sede estatutária não é alocado em uma empresa “caixa de correio”, ainda assim, este ainda não coincide com o CIP do devedor⁸⁷.

sua jurisdição; se este tribunal pode negar sua jurisdição, o que pode ser analisado mais a fundo em Fletcher in Moss, Fletcher, and Isacs, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings* p. 3.11 a 13. BORK, Reinhard, MANGANO, Renato, op., cit., p., 84.

⁸⁴ Sendo está, uma sociedade italiana que transferiu a sua sede estatutária para o Reino Unido e, posteriormente, foi negociada por um grupo Britânico. Manteve, todavia, alguns bens imóveis em Itália. A empresa não notificou os credores da mudança de sede e celebrou contratos de arrendamento posteriormente à venda dos negócios da sociedade à empresa inglesa. Consequentemente, houve o requerimento de abertura do processo de insolvência perante a corte Italiana, através da justificativa de que o CIP ainda se encontrava lá. Sendo contestado o pedido em via de que não mais tinha o seu CIP em Itália e assim requerer a incompetência dos Tribunais italianos, de acordo com a presunção que acompanha as sociedades e pessoas coletivas de que o local do CIP se presume o local da respectiva sede estatutária da companhia. A insolvência foi requerida em Itália pelo fato de serem notadas diversas circunstâncias que poderiam ilidir a presunção da sede estatutária ter mudado para um Estado-Membro diferente do requerido. Processo C-396/09 *Interedil Srl v Fallimento Interedil Srl, Intesa Gestione Crediti SpA*, [2011] ECR I-9915, ECLI:EU:C:2011:671

⁸⁵ Processo C-341/04 *Eurofood IFSC Ltd* [2006] ECR I-3813, ECLI:EU:C:2006:281, pa, 34.

⁸⁶ Processo C-341/04 *Eurofood IFSC Ltd* [2006] ECR I-3813, ECLI:EU:C:2006:281, pa, 35.

⁸⁷ Cfr. BORK, Reinhard, MANGANO, Renato, op., cit., p., 85.

Por esta razão, ao promover uma outra vertente de esclarecimento, o Tribunal voltou a matéria, afastou aquele precedente, e no processo *Interedil Srl*. interpretou a presunção estabelecida pelo art. 3.º do Regulamento Original de uma forma mais alargada e flexível⁸⁸.

Afirmou o entendimento no sentido de que o CIP de uma sociedade devedora deve ser determinado, privilegiando o local de administração central dessa sociedade, tal como pode ser demonstrado por elementos objetivos e determináveis por terceiros.

Na hipótese de os órgãos de direção ou de controle de uma sociedade estarem no local da sua sede estatutária e de as decisões de administração dessa sociedade serem tomadas, de forma determinável por terceiros, nesse local, a presunção prevista nessa disposição não pode ser ilidida, pois, “a hipótese de o local da administração central de uma sociedade não ser o da sede estatutária da mesma, a presença de ativos sociais e a existência de contratos relativos à sua exploração financeira num Estado-Membro diferente do da sede estatutária dessa sociedade, não podem ser considerados elementos suficientes para ilidir essa presunção, a não ser que uma apreciação global de todos os elementos pertinentes permita demonstrar, de forma determinável por terceiros, que o centro efetivo da direção e de controle da referida sociedade, bem como da administração dos seus interesses, se situa nesse outro Estado-Membro”⁸⁹.

No caso de transferência da sede estatutária de uma sociedade devedora, antes da apresentação de um pedido de abertura de um processo de insolvência, presume-se que o CIP dessa sociedade se encontra no local da nova sede da mesma⁹⁰.

Posteriormente, em atendimento ao art. 46.º do Regulamento Original, foi proposto um estudo aprofundado a partir da sua aplicação com o oferecimento de propostas para emenda-lo.⁹¹

A Comissão Europeia também encarregou um grupo de universidades para analisarem a avaliação externa do Regulamento Original,⁹² e algumas considerações quanto

⁸⁸ Cf. TIRADO, Ignacio, op., cit., p., 11,12,13.

⁸⁹ Processo C-396/09 *Interedil Srl v Fallimento Interedil Srl, Intesa Gestione Crediti SpA*, [2011] ECR I-9915, ECLI:EU:C:2011:671, pa., 59.

⁹⁰ Ver nota 50.

⁹¹ *INSOL Europe, Revisions of the European Regulation*, 2012.

⁹² Sobre o *The Heidelberg-Luxembourg-Vienna Report*, que o relatório constatou que o Regulamento da UE 1346/2000 como um instrumento bem-sucedido para a coordenação dos processos de insolvência dos Estados-

ao CIP, no que tange as práticas de *forum shopping*,⁹³ podiam ser melhoradas e outras que precisam ser acrescentadas.⁹⁴ Nota-se a partir da redação do Considerando 28, por exemplo, em relação a interpretação do termo “terceiros” relacionado aos credores⁹⁵. Como também o dever do Regulamento de conter garantias destinadas à prevenção da seleção fraudulenta e abusiva do foro, conforme depreende-se do Considerando 29 do Regulamento⁹⁶.

Destaca-se a redação do Considerando 30⁹⁷, a qual inclui os parágrafos literalmente transportados da jurisprudência⁹⁸ referente à central de administração, incorpora a parte explicativa do dispositivo.

Lado outro, ainda é necessário que nos casos futuros, a análise relativa à interpretação contida na jurisprudência e codificada no Regulamento seja constantemente clarificada, pois não se sabe qual complexidade prática possa vir a enfrentar com a sua aplicação.⁹⁹

Membros da UE e, portanto, considerado "(...) apropriado não alterar as estruturas fundamentais e as políticas subjacentes do Instrumento da UE ". O relatório diz, entretanto, que o sistema poderia ser melhorado e que algumas "deficiências óbvias" deveriam ser corrigidas. TIRADO, Ignacio, op., cit., p., 14.

⁹³ Também se depreende do ponto 2.3.1 do SWD (2012) 417 finais, O Regulamento foi igualmente criticado por permitir a seleção abusiva do foro (*forum shopping*) por parte de empresas e pessoas singulares, que exploram o sistema deslocando o respetivo CIP para outro Estado Membro. No entanto, nem todas as deslocações são dolosas. O problema da seleção abusiva do foro deriva essencialmente das diferenças entre os regimes nacionais de insolvência.

⁹⁴ Como por exemplo, o escopo de aplicação do Regulamento e uma coordenação dos processos de entidades que se encontram em relação de grupo ou de domínio. MUCCIARELLI, Federico M., *Private international law rules in the insolvency Regulation Recast: a reform or a restatement of the status quo?* 2015, p., 13.

⁹⁵ Ao decidir se o centro dos interesses principais do devedor é cognoscível por terceiros, haverá que ter em especial consideração os credores e a sua percepção quanto ao local em que o devedor administra os seus interesses. Para tal, poderá ser necessário, em caso de mudança do centro dos interesses principais, informar, em tempo útil, os credores do novo local a partir do qual o devedor passou a exercer as suas atividades, por exemplo, chamando a atenção para a mudança de endereço em correspondência comercial ou publicitando o novo local por outros meios adequados. O caso *Daistek ISA Ltd.*, cfr. nota 67.

⁹⁶ Considerando 29: O presente Regulamento deverá conter uma série de salvaguardas destinadas a prevenir a seleção do foro fraudulenta e abusiva.

⁹⁷ Considerando 30, do Regulamento: Assim, a presunção de que a sede estatutária, o local de atividade principal e a residência habitual constituem o centro dos interesses principais deverá ser ilidível e o órgão jurisdicional competente de um Estado-Membro deverá ponderar cuidadosamente se o centro dos interesses principais do devedor está verdadeiramente situado nesse Estado-Membro. No caso de uma sociedade, essa presunção pode ser ilidida se a administração central da sociedade se situar num Estado-Membro diferente do da sede estatutária e se uma avaliação global de todos os fatores relevantes permitir concluir, de forma cognoscível por terceiros, que o centro efetivo da administração e supervisão da sociedade e da gestão dos seus interesses se situa nesse outro Estado-Membro. (...).

⁹⁸ Processo C-396/09 *Interedil Srl v Fallimento Interedil Srl, Intesa Gestione Crediti SpA*, [2011] ECR I-9915, ECLI:EU:C:2011:671

⁹⁹ Convém ressaltar que a Reformulação do Regulamento foi promulgada em maio de 2015, e somente foi aplicada a partir de junho de 2017. E no período de elaboração desse trabalho, ainda não foi identificada nenhuma consideração por parte da jurisprudência a respeito da sua aplicação.

Para uma melhor compreensão do aspecto da presunção, pode-se afirmar que o intuito de evitar qualquer manobra lesiva aos envolvidos através das migrações fictícias ou simuladas do CIP são cada vez mais preocupantes. Ademais, afirma-se na doutrina, que o sistema do CIP para determinação da jurisdição competente, consiste em sua essência, como uma forma de dificultar ou até mesmo evitar a sua manipulação por meio de simulação.¹⁰⁰

Em outras palavras, as salvaguardas foram acrescentadas no Regulamento para afastarem ainda mais as formas lesivas que antes eram realizadas com simulação em prejuízo dos credores, a fim de reforçar finalidades do bom funcionamento do mercado interno da Comunidade,¹⁰¹ porém, torna-se necessário ponderá-las, não é toda forma de *forum shopping* que é praticada em detrimento dos envolvidos.

É notório que as manobras que prejudicam o corpo geral de credores são consideradas ilícitas, mas há que as distinguir das que os promovem benefícios ou até mesmo motivadas por eles em atendimento aos seus interesses. Respeitadas todas as condições, a migração do CIP como prática de *forum shopping* pode gerar benefícios calculáveis, como alcançar uma celeridade processual e a propositura de um plano de reorganização.

Dessa forma, conspirar para uma efetiva a recuperação da sociedade, no sentido de perpetuar a continuidade do negócio e rechaçar uma liquidação precipitada, principalmente, em relação à diminuição do dispêndio financeiro,¹⁰² sempre vai ser mais interessante. Não obstante, ainda há que se destacar a linha tênue que divide o exercício regular do direito, uma vez que o regulamento não caracteriza a seleção do foro como ato repudiável, somente em detrimento dos credores, em relação com a sua prática abusiva.

Lado outro, as deslocções de um Estado-Membro para outro estarão sempre resguardadas no exercício de uma das liberdades fundamentais, previstas no Tratado de Funcionamento da União Europeia¹⁰³, como forma de acompanhar os anseios do mercado a fim de contribuir para uma melhor alocação dos recursos na extensão da União Europeia.¹⁰⁴

¹⁰⁰ Cfr. SHANDRO, S., JONES, B. “*Bankruptcy Jurisdiction in the US and Europe: Reconsideration needed! 2005, Insolvency Intelligence*, p., 128,131; citado em RINGE, Wolf-Georg, op., cit., p., 12.

¹⁰¹ Considerando 5.

¹⁰² TIRADO, Ignacio, op., cit., p., 13.

¹⁰³ MACHADO, Jónatas E. M., ob., cit., p., 45 a 60.

¹⁰⁴ ENGEL, C., *Imposed Liberty and Limits. The EC Treaty as an Economic Constitution for the Member States’* in T Einhorn, T. (ed), *Spontaneous Order, Organization and the Law. Roads to a European Civil Society – Liber Amicorum Ernst-Joaquim Mestmäcker* (Asser Press, The Hague 2003) p., 429, citado por RINGE, op., cit., p., 31.

5. O *forum shopping*: A seleção do foro

Basicamente, o fenômeno do *forum shopping* consiste na escolha e identificação da jurisdição mais interessante para determinada situação jurídica¹⁰⁵, inicialmente debatido na doutrina e na jurisprudência sobre o movimento transfronteiriço das sociedades¹⁰⁶ dentro do mercado econômico europeu, no intuito de se beneficiar da escolha do direito substantivo mais favorável propenso aos seus interesses.

Um fenômeno que atinge distintas disciplinas do direito¹⁰⁷ como também a respeito do direito das sociedades e no direito da insolvência com a observação de casos no decorrer dos últimos anos.¹⁰⁸ E, nos casos relativos ao direito das insolvências, se esses caracterizavam uma preocupação para o bom funcionamento do mercado interno Europeu conforme era disposto no Regulamento Original.¹⁰⁹

Com base o Regulamento, pode-se afirmar que ele contém dois objetivos principais, em primeiro lugar, garantir a administração eficiente e eficaz de solvência transfronteiriça em termos de maximização dos ativos líquidos para satisfazer as reclamações dos credores e, em segundo lugar, a prevenção do *forum shopping* para garantir previsibilidade, com a promoção da eficiência dos contratos de crédito.¹¹⁰

Dessa forma, a eficácia na gestão dos processos de insolvência estaria comprometida ao ser confrontada com uma prática abusiva de seleção do foro, tanto na

¹⁰⁵ RINGE, Wolfe-Georg, op., cit., p., 3.

¹⁰⁶ KOPPENSTEINER, Hans-Georg, **Transferência transfronteiriça da sede da sociedade. Direito das Sociedades em Revista**, outubro de 2017, ano 9, Vol., 18. Almedina., p., 13 e ss.

¹⁰⁷ No direito das patentes, por exemplo, KA Moore, *Forum shopping in patente cases: Does geographic choice affect innovation?* 2001, North Carolina Law Review; ou direito de família, M, *Perspective for the Unification na Harmonization of family Law in Europe, Oxford*, Nova York, 2003., cfr., RINGE, Wolf-Georg, op., cit., p., 3.

¹⁰⁸ Sobre uma intensa competição nos últimos anos para um direito das sociedades mais flexível e ideal aos negócios dentro da União Europeia. ARMOUR, John., *'Who should make corporate law? EC legislation versus Regulatory Competition'*, 2005, 58 *Current Legal Problems* 369; RINGE, Wolf-Georg, *'No freedom of emigration for companies?'*, 2005, 16 *Eur. Business L. Rev.* 621; em RINGE, Wolf-Georg, op., cit., p., 1.

¹⁰⁹ O combate ao *forum shopping* é uma questão central, que não afeta apenas o direito europeu da insolvência. Peel in de Vareilles-Sommières (ed.), *Forum shopping in the European Judicial Area, Oxford: Hart Publishing*, 2007, p. 1 e ss, em BORK, Reinhard, MANGANO, Renato, op., cit., p., 91.

¹¹⁰ De WEIJS, Roelf Jakob and BREEMAN, Martijn, *Comi-Migration: Use or Abuse of European Insolvency Law? Amsterdam Law School Research Paper*, 2013, p., 16 e 17.

iminência de abertura de um processo principal, quanto na busca de um ordenamento que beneficie um processo de recuperação.¹¹¹

Não obstante, a insolvência é um risco previsível,¹¹² que, de certa maneira, não pode ser precedido de uma incerteza¹¹³, mas sim calculado a partir do momento em que forem preenchidos seus requisitos, e, caso não fosse, a incerteza geraria uma constante insegurança jurídica nas relações comerciais dentro da Comunidade Europeia.¹¹⁴

Nesse sentido o legislador supranacional definiu o fenômeno como sendo a forma em que uma sociedade em situação de insolvência¹¹⁵ (devedora) “transfere seus bens ou ações judiciais de um Estado-Membro para outro, no intuito de obter uma posição jurídica mais favorável”¹¹⁶ para o preenchimento dos requisitos de abertura do processo principal de insolvência em outro Estado-Membro diferente do que se encontrava.

Entendeu-se que as práticas do *forum shopping* eram indesejáveis e os incentivos para esse tipo específico de conduta deveriam ser evitados,¹¹⁷ ao prever uma abordagem hostil¹¹⁸ à luz do antigo considerando 4¹¹⁹ do Regulamento Original ante a percepção de tais comportamentos. Entretanto, o Regulamento Original falhou ao alcançar esse objetivo,¹²⁰ ao notar a grande contingência de casos gerada a partir desse fenômeno¹²¹ que pôde certamente

¹¹¹ Como por exemplo o *Company Voluntary Arrangement* (CVA), previsto na legislação inglesa no Insolvency Act 1986, Capítulo 56, parte 5, in RINGE, Wolf-Georg, op., cit., p., 4 e 7.

¹¹² Ver nota 78.

¹¹³ De fato, qualquer incerteza jurídica produziria uma seleção adversa da primeira no que diz respeito aos créditos prestados, uma vez que os potenciais credores não saberiam com antecedência qual seria o seu risco e, portanto, qual seria o valor do seu investimento. MUCCIARELLI, Federico M., *The Unavoidable Persistence of Forum Shopping in European Insolvency Law*, 2013, p., 2.

¹¹⁴ A aplicação do conceito de abuso de direito introduz incerteza no tratamento de questões jurisdicionais, e isso, de uma perspectiva econômica, se traduz em custos. EIDENMÜLLER, Horst, *Abuse of Law in the Context of European Insolvency Law*, 2009, *European Company and Financial Law Review*, Forthcoming, p., 13.

¹¹⁵ Sobre o direito de insolvência português, cfr. MARTINS, Alexandre de Soveral, op., cit., p., 1 e ss.

¹¹⁶ Considerando n.º, 5.

¹¹⁷ Conforme atualizado na reformulação do Regulamento, as práticas serão abusivas conforme for notado o prejuízo ao interesse geral dos credores, assim dispõe o considerando 5.

¹¹⁸ SCHLAEFER, Georg Friedrich, *Forum Shopping under the Regime of the European Insolvency Regulation*, *The International Insolvency Institute International Insolvency Studies*, 2010., p., 6; RINGE, Wolf-Georg, op., cit., p., 2.

¹¹⁹ Considerando 4 do Regulamento Original: Para assegurar o bom funcionamento do mercado interno, há que evitar quaisquer incentivos que levem as partes a transferir bens ou ações judiciais de um Estado-Membro para outro, no intuito de obter uma posição legal mais favorável (*forum shopping*).

¹²⁰ REUß, Philipp M, op., cit., 50 e ss.

¹²¹ (...) “muitos foram, com efeito, os processos de insolvência abertos num Estado-Membro onde o devedor não desenvolvia a sua atividade desde o início, mas para o qual transferiu oportunisticamente a administração dos seus negócios, com a intenção de beneficiar de um direito mais favorável” SERRA, Catarina, op., cit., p., 121

ser identificada como uma das questões mais contenciosas no campo da lei da insolvência internacional.¹²²

Dessa maneira, conforme destacou-se na reformulação do Regulamento,¹²³ a necessidade em manter afastados os incentivos que ensejam as práticas de seleção do foro ainda são considerados, porém o legislador acautelou-se em direcioná-los como práticas ruins para o bom funcionamento do mercado se estes forem diretamente realizados em detrimento dos credores.

Assim sendo, práticas de *forum shopping* comprometem a transparência, a previsibilidade jurídica e diminuem as chances de reestruturar insolventes,¹²⁴ e, quanto aos credores, sem distinção as suas classes, em que a justificativa para o bom funcionamento está resguardada.

6. Relocalizações do Centro dos Interesses principais.

Sabe-se que a falta de harmonização¹²⁵ entre os direitos substantivos de insolvência, gera o incentivo às práticas de *forum shopping*, que as sociedades devedoras se utilizam da transferência do seu CIP de um Estado-Membro para outro, da escolha da legislação mais conveniente e do local de insolvência, independentemente da localização das suas atividades.

As considerações que sustentam essa mobilidade são depreendidas dos art. 49 e 54 do TFUE, em que, expressamente, reconhecem o direito aos indivíduos e às sociedades de estabelecerem suas atividades através da Comunidade Europeia, por meio do exercício da liberdade de estabelecimento.¹²⁶

A relocalização do CIP, para o direito internacional de insolvência e no contexto das sociedades e das pessoas coletivas, corresponderá com a transferência da sede estatutária

¹²² SCHLAEFER, Georg Friedrich, op., cit., p., 3

¹²³ Considerando 5.

¹²⁴ Mucciarelli, Federico M., *Not Just Efficiency: Insolvency Law in the EU and its Political Dimension*. *European Business Organization Law Review* 14. 2013, p., 177, sobre o que foi constatado no *INSOL Report*, pa., 26-27.

¹²⁵ WRIGHT, Paul, *Challenges to the Harmonisation of Business Law: Domestic and Cross-Border Insolvency Law*, 2015, p., 1 e ss.

¹²⁶ BERNARD, *The Substantive Law of the EU: The four freedoms*, 4.º Ed. Oxford University Press, 2013, in BORK, Reihard, MANGANO, Renato, op., cit., p., 92.

de um Estado-Membro para outro. E essa mudança também pode ser alcançada através dos mecanismos legais que estão dispostos no Estatuto da Sociedade Europeia (SE),¹²⁷ que permite a transferência da sede da sociedade de um Estado-Membro a outro e, na Diretiva (EU) 2017/132 relativa a determinados aspectos do direito das sociedades¹²⁸, atual texto legislativo que dispõe sobre as fusões transfronteiriças que permite às sociedades da União Europeia a se fundirem com sociedades em outros Estados-Membros.¹²⁹

Denota-se, então, a possibilidade a partir de duas estratégias, que são principalmente consideradas¹³⁰ tanto no contexto de grupos de sociedades quanto no verdadeiro ato de migrar para outra jurisdição.¹³¹

A primeira, com a mudança da sede estatutária de um Estado-Membro para outro, conforme instituído pela presunção advinda do art. 3.º do Regulamento, será correspondente com o local do CIP, a realocação daquela corresponderá com a alteração do direito substantivo que passará a ser o do novo local em que irá se situar, e conseqüentemente, preencher à insolvência perante aquela nova jurisdição.¹³² E a segunda, consiste na transferência das funções diretivas de uma sociedade que se encontra em outro Estado-Membro para uma nova sede, ou seja, a sede estatutária ainda continua no local antigo, porém, a direção efetiva da sociedade transfere-se para o novo Estado-Membro.¹³³

¹²⁷ Regulamento do Conselho 2157/2001/CE, outubro 8, 2001, sobre o estatuto da sociedade europeia (Regulamento das SE).

¹²⁸ Diretiva (UE) 2017/1132 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho de 2017, relativa a determinados aspetos do direito das sociedades (Texto relevante para efeitos do EEE.) publicada O L 169 de 30.6.2017

¹²⁹ MUCCIARELLI, Federico M., *The Unavoidable Persistence of Forum Shopping in European Insolvency Law*, 2013, p., 4; RINGE, Wolf-Georg, op., cit., p., 11.

¹³⁰ RINGE, Wolf-Georg, op., cit., p., 4 e RINGE, Wolf-Georg, *Insolvency Forum Shopping, Revisited*, 2017. *Hamburg Law Review* 2017, p., 41.

¹³¹ RINGE, Wolf-Georg, op., cit., p., 4 e 5.

¹³² Visto nos casos das sociedades *Schefenacker*, *Deutsche Nickel* and *Hans Brochier*, conforme o autor relaciona. RINGE, Wolf-Georg, op., cit., p., 5.

¹³³ Nesse caso, os autores ilustram a situação de acordo com o caso *Hellas Telecommunications (Luxembourg) II SCA* [2009] EWHC 3199 (Ch.), em que uma sociedade sediada em Luxemburgo transfere a direção efetiva para o Reino Unido, e começa a tratar todas as negociações do novo local, o que satisfaz o entendimento da corte de abertura do processo, porém ainda mantinha o local anterior, o novo local era designado por ser o centro onde todas as negociações eram feitas. RINGE, Wolf-Georg, *Insolvency Forum Shopping, Revisited*, *Hamburg Law Review* 2017, p., 42 e DE WEIJS, Roelf Jakob and BREEMAN, Martijn, op., cit., p., 7.

A efetividade dessas manobras é caracterizada pela capacidade da sociedade de obter o êxito na realização da mudança, e por vezes, sendo usufruída com a anuência de certa parte dos credores, ou até mesmo por iniciativa deles.¹³⁴

Porém as motivações¹³⁵ são comuns aos envolvidos e, diante de uma consideração otimista, o *forum shopping* poderia ser empregado para o benefício dos litisconsortes e traria eficiência ao procedimento,¹³⁶ como por exemplo a diminuição dos custos empregados no seguimento do processo.

Além das suspeitas quanto aos motivos que ensejam a realocização do CIP, argumenta-se, também, que o ato de o migrar, em si, é indesejável, porque cria incerteza jurídica e custos adicionais, como se uma sociedade estrangeira precisasse ser liquidada ao abrigo de um regime de insolvência diferente do direito que está inserida.¹³⁷

Os credores normalmente negociariam com base em certas expectativas, e seriam desagradavelmente surpreendidos se achassem que suas transações com o devedor seriam liquidadas sob um direito substantivo alheio e desconhecido, sendo este, a lei do determinado Estado-Membro no qual foi deslocado o CIP.¹³⁸

Considera-se, então, a existência de outra gama de credores que não podem compensar o risco de serem prejudicados por qualquer mudança da jurisdição, sendo por ato particular do devedor ou por ato em conjunto com outros demais envolvidos. Situação esta, que a lei precisaria considerar.¹³⁹

As disparidades entre as jurisdições dos Estados-Membros sobre a disciplina de insolvência ainda geram vantagens e desvantagens competitivas que dificultam as atividades das sociedades que as realizam além-fronteiras. Dessa forma, foi considerado pelo

¹³⁴ Como a lei de insolvência é primariamente vista como lei dos credores, o consentimento dos credores tem um peso significativo, uma vez pode ser enfatizado por eles em sede de uma melhor expectativa de recuperação. RINGE, Wolf-Georg, op., cit., p., 19 a 22.

¹³⁵ De acordo com o autor, “a jurisprudência mostra que diferentes motivações podem desempenhar um papel importante na seleção do foro, por exemplo, se o devedor deseja retardar a disputa legal e, portanto, escolhe aquele local conhecido por seus longos processos judiciais.” RINGE, Wolf-Georg, op., cit., p., 4.

¹³⁶ Juridicamente, no sentido de promover um processo célere para alocar os recursos dos envolvidos e proporcionar uma melhor liquidação ou por um viés econômico, em que consiste no dever de uma legislação eficaz de insolvência colocar os ativos improdutivos do devedor em produtividade novamente, através de uma forma diferente, mas bem-sucedida de reorganização. RINGE, Wolf-Georg, op., cit., p., 17.

¹³⁷ DE WEIJS, Roelf Jakob e BREEMAN, Martin, op., cit., p., 8.

¹³⁸ DE WEIJS, Roelf Jakob e BREEMAN, Martin, op., cit., p., 8 cita EIDENMÜLLER, Horst, *Abuse of Law in the Context of European Insolvency Law*, 2009, *European Company and Financial Law Review*, Forthcoming, p.,5.

¹³⁹ EIDENMÜLLER, Horst, op., cit., p., 8.

Parlamento Europeu, que aquela condição estabelecia barreiras a uma reestruturação bem-sucedida das sociedades em dificuldade, a ponto de favorecerem as práticas de *forum shopping*, sendo que o mercado interno se beneficiaria em condições mais equitativas e assim evitaria o abuso e propagação daquele fenômeno.¹⁴⁰

O Regulamento Original não continha qualquer estipulação que ponderava a mudança do CIP, ou sequer regras para distinguir se pode ser uma mudança imprópria ou benéfica, mas expressamente visa excluir toda conduta de *forum shopping*¹⁴¹ abusivo em um contexto de insolvência como sendo prejudicial para o bom funcionamento do mercado interno.¹⁴²

No entanto, a regra que determina o CIP é considerada na sua essência uma ferramenta eficaz projetada para impedir a manipulação, conforme anteriormente delineado, sendo que a dificuldade para simular a sua transferência para outro Estado-Membro é mais complicada que a simples mudança da sede de uma sociedade.¹⁴³

Consequentemente através das preocupações com as mudanças simuladas percebidas,¹⁴⁴ a reformulação do Regulamento prevê, além de outras salvaguardas,¹⁴⁵ a adição de um *look-back period*,¹⁴⁶ ou período de suspensão relativo à migração do CIP, para a sede estatutária das sociedades e das pessoas coletivas, não sendo aplicada se for observada

¹⁴⁰ Resolução do Parlamento Europeu, de 15 de novembro de 2011, que contém recomendações à Comissão sobre os processos de insolvência no contexto do direito das sociedades da UE (2011/2006(INI)), publicado no JO C 153E de 31.5.2013, p. 1—9.

¹⁴¹EIDENMULLER, Horst and van ZWIETEN, Kristin, *Restructuring the European Business Enterprise: The EU Commission Recommendation on a New Approach to Business Failure and Insolvency*, 2015. *European Corporate Governance Institute (ECGI) - Law Working Paper*, n.º. 301/2015; p.,23

¹⁴² Nota 123

¹⁴³ Uma sociedade tem fortes laços com o local em que está inserida, o que dificulta a mudança dos critérios de fato que são necessários para compor o núcleo de uma sociedade em uma outra localidade, ou país. RINGE, Wolf-Georg, op., cit., p.,12.

¹⁴⁴ Conforme nota-se dos documentos: SWD/2012/0416 final, SWD/2012/0417 final e a proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que altera o Regulamento 1346/2000, COM/2012/0744 final - 2012/0360 (COD).

¹⁴⁵De acordo com o Considerando 29, a previsão de uma série de salvaguardas destinadas a prevenir a seleção do foro fraudulenta e abusiva, dentre elas: a verificação da competência prevista no artigo 4.º, a impugnação por base na competência internacional por credores estrangeiros de acordo com o artigo 5.º, ambos do Regulamento.

¹⁴⁶ Que tem o objetivo específico de restringir ainda mais as versões abusivas de *forum shopping*, em particular através da introdução de um "período de suspensão" para as atividades de escolhas do foro realizadas pouco tempo antes do devedor requerer a abertura do processo de insolvência. RINGE, Wolf-Georg, *Insolvency Forum Shopping, Revisited*, *Hamburg Law Review* 2017, p., 38.

a mudança de um Estado-Membro para outro nos três últimos meses que antecederem o pedido de abertura do processo de insolvência.

7. A questão sobre o período de suspensão

Dentre as salvaguardas previstas para tentar afastar as práticas abusivas do *forum shopping*,¹⁴⁷ a introdução de uma nova determinação veio com a reformulação do Regulamento endereçada às relocalizações abusivas do CIP do devedor, a qual dispõe a respeito da aplicação da presunção relativa ao local da respectiva sede estatutária das sociedades e das pessoas coletivas, como sendo o local em que está o CIP, e, somente se esse local não tenha sido transferido nos três meses anteriores ao pedido de abertura do processo de insolvência.¹⁴⁸

Inicialmente, foi sustentada a necessidade da inclusão no Regulamento de um período de suspensão quanto à relocalização abusiva do CIP, porém a abordagem foi considerada muito severa a primeira impressão, uma vez que a proposta determinava um período de suspensão de um ano.¹⁴⁹ Outras considerações foram prestadas a fim de atenuar essa condição, ao estipular o período de três meses, caracterizado como um período de neutralização.¹⁵⁰ Ainda que não distinguiu entre devedor pessoa coletiva e singular, o que foi introduzido pelo Conselho a diferença quanto aos devedores mais tarde.¹⁵¹

As condições semelhantes a essa nova abordagem são percebidas no contexto das legislações nacionais dos Estados-Membros,¹⁵² que de certa maneira, respaldam a transposição para o ordenamento Comunitário, com o efeito de supostamente rechaçar as

¹⁴⁷ Considerando 29 do Regulamento.

¹⁴⁸ Art. 3º, n.º 1 do Regulamento. Ver também notas 49, 55, 73 e 74.

¹⁴⁹ *European Commission, Revision of the European Insolvency Regulation, proposals by INSOL Europe.*, 2012, p., 10, 33, 45 e 46.

¹⁵⁰ LATELLA, Dario, *The 'COMI' Concept in the Revision of the European Insolvency Regulation*, *European Company and Financial Law Review Forthcoming*. 2013, p., 17.

¹⁵¹ RINGE, Wolf-Georg, *Insolvency Forum Shopping, Revisited*, *Hamburg Law Review* 2017, p., 46.

¹⁵² Em França, não reconhece a relocalização do CIP nos seis meses anteriores do preenchimento do pedido para início do processo de insolvência. *Circulaire de la DACS n° 2006-19 du 15 décembre 2006 relative au règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité*, parágrafo 1.2.1.; Na Espanha, também são seis meses o período estabelecido, conforme o art. 10, n.º 1, *Ley Concursal*, Lei n.º 22/2003, de 9 de julho.

mudanças abusivas na proximidade do pedido de abertura do processo de insolvência, intencionalmente direcionada contra as práticas abusivas de realocização do CIP¹⁵³

Posto isso, o mecanismo que afasta a aplicação da presunção, caso seja reconhecida a mudança durante o período de suspensão, estabelece que a identificação do CIP seja tratada por outros requisitos que confirmam a localização da jurisdição competente, sendo através do real centro de interesses principais do devedor, sem o auxílio da presunção da sede estatutária.

Dessa maneira, a preocupação do legislador supranacional em combater as realocizações abusivas fez surgir alguns questionamentos, uma vez que não está claro como um período de suspensão único adequaria às variadas formas de *forum shopping*,¹⁵⁴ e, ainda, sobre a determinação do momento exato em que o CIP era transferido, o que fez, gerar uma insegurança jurídica.¹⁵⁵

Considera-se, então, que o advento dessa nova condição simplesmente ofereça uma suposta barreira à migração fictícia do CIP?

Preferencialmente, atribui-se ao *forum shopping* que não o empregado a partir de critérios abusivos, ou seja, em consonância dos interesses dos terceiros envolvidos, sendo elas principalmente os credores, a possibilidade de gerar benefícios através da sua prática,¹⁵⁶ a seguir tratado por bom *forum shopping*.

E esse benefício somente poderá ser percebido se a realocização não for compreendida durante o período de suspensão, pois, a falta de clareza com que a norma é disposta, não permite distinguir se o benefício vem de atos em conjunto dos credores ou, se, proveniente de uma decisão exclusiva do devedor para eivar-se das responsabilidades e prejudicar os envolvidos, respectivamente, o bom *forum shopping* e a situação para que a norma deveria ser dirigida.¹⁵⁷

¹⁵³ RINGE, Wolf-Georg, *Insolvency Forum Shopping, Revisited*, *Hamburg Law Review* 2017, p., 47

¹⁵⁴ O autor apresenta como sendo *new one-size-fits-all suspension period*. RINGE, Wolf-Georg, *Insolvency Forum Shopping, Revisited*, *Hamburg Law Review* 2017, p., 43.

¹⁵⁵ Conforme foi percebido pela Comissão sobre a dificuldade de determinar a jurisdição, através da introdução de um período de suspensão, não sendo suficientemente eficaz para atingir os objetivos visados a evitar o *forum shopping*. COM SWD/2012/0416 final. *Impact Assessment Accompanying the document Revision of Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings*, 5.3.

¹⁵⁶ RINGE, Wolf-Georg, op., cit., p., 18.

¹⁵⁷ RINGE, Wolf-Georg, *Insolvency Forum Shopping, Revisited*, *Hamburg Law Review* 2017, p., 48

Considera-se, por outro lado, que a manipulação do período de suspensão possa ser realizada,¹⁵⁸ no sentido de que não condiciona uma melhor segurança jurídica aos credores, pois substituirá a atual incerteza relativa à determinação de CIP, por outra nova, a indeterminação relacionada com o tempo que a CIP realocou. Dessa maneira, os novos credores teriam dificuldades em determinar se o período de suspensão ainda estava em curso, com a consequência de que a lei aplicável às suas reclamações seria a do Estado-Membro em que a CIP se encontrava anteriormente, ou se já tinha terminado.¹⁵⁹ Fato é que a incerteza quanto ao momento exato da transferência ainda permaneceria.¹⁶⁰

Outro problema que pode ser sublinhado é relativo à liberdade de estabelecimento,¹⁶¹ uma vez que o período de suspensão confrontaria o exercício de uma das liberdades fundamentais, no sentido de restringir a possibilidade da transferência do CIP nesses últimos meses poderia representar uma injustificada restrição de estabelecimento.¹⁶²

Para ter certeza, algumas dessas preocupações são mitigadas pelo fato de que o período de suspensão na forma adotada pela reformulação do Regulamento é apenas uma forma singela de um período de suspensão. O legislador comunitário absteve-se de adotar um período de suspensão mais severo, em que a existência do CIP em um respectivo Estado-Membro recém-escolhido é totalmente rejeitado durante um determinado período. Alternativamente, a única coisa que o período de suspensão faz é afastar a presunção. Ou seja, o tribunal do Estado-Membro recém-escolhido pode, mesmo dentro do período de

¹⁵⁸ Considera que o período de suspensão uma forma não tão eficiente para evitar as transferências do CIP, pois, “mudanças genuínas do mesmo podem vir a ser alcançadas ao manter a definição do CIP baseada na realidade comercial”, *House of Commons, Select Committee, European Scrutiny Committee*, debate de 26 Novembro 2014 (“Procedimentos de Insolvência”), in RINGE, Wolf-Georg, *Insolvency Forum Shopping, Revisited*, *Hamburg Law Review* 2017, p., 50.

¹⁵⁹ Ver nota 163.

¹⁶⁰ A importância da percepção do momento exato em que deve ser avaliado o CIP dos devedores, tem que ser considerada conforme sugere o autor, que o CIP dos devedores deve ser avaliado quanto o dia em que a insolvência se torna iminente e inevitável. Uma opinião variada, até que bem antes de acrescentar o período suspeito a migração do CIP anteriormente ao pedido de insolvência. O período de 3 meses da Reformulação. WELLER, Marc-Philippe, *Forum shopping im internationalen Insolvenzrecht? IPRax* (2004) p., 412, in MUCCIARELLI, Federico M., *The Unavoidable Persistence of Forum Shopping in European Insolvency Law*, 2013, p., 2.

¹⁶¹ Tratado no tópico relativo a liberdade de estabelecimento e a movimentação do CIP, em sequência.

¹⁶² COM (2012) SWD 0416, final, item 3.4.1.2 e em RINGE, Wolf-Georg, *Insolvency Forum Shopping, Revisited*, *Hamburg Law Review* 2017, p., 51;

suspensão, considerar que o CIP foi genuinamente transferido para o novo local de escolha.¹⁶³

Portanto, a condição que afasta a presunção da sede estatutária, ante a transferência do CIP no período de suspensão, supostamente apresenta uma barreira fictícia para a realocação do mesmo. Uma vez que não pode ser considerada como uma ferramenta eficaz para a contração das práticas simuladas. O fato do Regulamento considerar o bom *forum shopping* faz com que as realocações na proximidade da insolvência sejam ainda mais dificultadas, inviabilizando qualquer tentativa de transferência programada para nesse período.

8. As realocações do CIP como exercício da liberdade de estabelecimento.

Sendo uma das quatro liberdades fundamentais, a liberdade de estabelecimento¹⁶⁴ está legitimada a partir dos artigos 49 a 54 do TFUE, sendo uma das considerações principais para o funcionamento eficaz do mercado interno, a possibilidade de uma sociedade estabelecer noutra Estado-Membro, isto é, participar, de forma estável e continuada, na vida econômica de um Estado-Membro que não o Estado de origem e dela lucrar.

A partir da interpretação em conjunto do artigo 49 e 54 do TFUE, são conferidas às sociedades e pessoas coletivas que “têm a sua sede, administração central ou principal local de atividade dentro da União e que foram criadas em conformidade com a lei de um Estado-Membro, o direito de livre estabelecimento dentro da União Europeia equiparadas às pessoas

¹⁶³ O autor afirma que o período de suspensão é uma condição inapropriada para a contenção das práticas de *forum shopping* pois essas vão continuar a acontecer, e, acrescenta que supostamente restringem as mudanças do CIP realizadas na iminência da abertura de um processo de insolvência que traga benefícios as partes interessadas e os credores. RINGE, Wolf-Georg, *Insolvency Forum Shopping, Revisited*, *Hamburg Law Review* 2017, p., 51; Outra autora também considera que o período é curto, afirmando que um período de 6 meses seria mais eficaz em desencorajar uma transferência fraudulenta. CARBALLO PIÑEIRO, Laura, *Towards the Reform of the European Insolvency Regulation: Codification Rather than Modification*, *Nederland Internationaal Privaatrecht (NIPR)*, 2014, 2, 207-215

¹⁶⁴ Designadamente nos artigos 49 a 54 do TFUE, “o direito de estabelecimento visa permitir às empresas a reorganização das suas atividades no mercado interno, reduzindo os respectivos custos de transação. Este desiderato é prosseguido, quer mediante a harmonização do direito nacional, quer promovendo a criação e a gestão das sociedades de dimensão europeia” MACHADO, Jónatas, op., cit., p., 356.

singulares, nacionais dos Estados-Membros.”¹⁶⁵ A fim de criar um verdadeiro mercado interno e garantir a mobilidade das empresas dentro dele, assim o artigo 49.º do TFUE visa abolir qualquer restrição à liberdade de estabelecimento.¹⁶⁶

Consequentemente, o fato de a norma do CIP ser estabelecida por um regulamento Europeu, sendo esta uma norma secundária, implica o dever de estar em conformidade com as disposições do TFUE. Ou seja, as condições que ensejam as realocações do CIP estão resguardadas através do exercício da liberdade de estabelecimento.

Conforme foi destacado pela jurisprudência do TJUE, nos processos *Centros*,¹⁶⁷ *Überseering*¹⁶⁸, *Inspire Art*,¹⁶⁹ *Cartesio*¹⁷⁰ e *Vale*,¹⁷¹ a interpretação no sentido de reconhecer o direito de empresários europeus de estabelecerem suas companhias por toda a extensão da Europa, independentemente da localização da sua sede (*Centros*) e o direito das sociedades de transferirem suas sedes de um Estado-Membro para outro (*Cartesio* e *Vale*).¹⁷²

Por um lado, há na doutrina o debate em que o preceito decorrente da jurisprudência do Tribunal, não menciona uma configuração clara a ser estendida ao direito da insolvência, mas sim exclusivamente endereçado ao direito das sociedades.¹⁷³

¹⁶⁵ Entende-se por sociedades as sociedades de direito civil ou comercial, incluindo as sociedades cooperativas, e as outras pessoas coletivas de direito público e privado, com a exceção das que não prossigam fins lucrativos. Art. 54.º do TFUE.

¹⁶⁶ No âmbito das disposições seguintes, são proibidas as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro. Esta proibição abrangerá igualmente as restrições à constituição de agências, sucursais ou filiais pelos nacionais de um Estado-Membro estabelecidos no território de outro Estado-Membro. A liberdade de estabelecimento compreende tanto o acesso às atividades não assalariadas e o seu exercício, como a constituição e a gestão de empresas e designadamente de sociedades, na aceção do segundo parágrafo do artigo 54.o, nas condições definidas na legislação do país de estabelecimento para os seus próprios nacionais, sem prejuízo do disposto no capítulo relativo aos capitais. Art. 49.º do TFUE.

¹⁶⁷ Processo C-212/97 *Centros Ltd contra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, ECLI:EU:C:1999:12;

¹⁶⁸ Processo C-208/00 *Überseering BV contra Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)* ECLI:EU:C: 2002:632

¹⁶⁹ Processo C-167/01 *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam contra Inspire Art Ltd*. ECLI:EU:C: 2003:512;

¹⁷⁰ Processo C-210/06 *CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt*. ECLI:EU:C: 2008:723;

¹⁷¹ Processo C-378/10 *VALE Építési kft*. ECLI:EU:C: 2012:440.

¹⁷² ARMOUR, John, *Who should make corporate law? EC Regulation versus Regulatory Competition*. *Institute for Law and Finance*, 2005., p., 13 e 14.

¹⁷³ “De fato, alguns escrevem habilmente que as prescrições do TFUE e sua interpretação conforme determinado pelo TJUE referem-se a casos em que um indivíduo pretendia estabelecer uma empresa em outro estado membro ou onde uma empresa pretendia transferir sua sede de um estado membro para outro para continuar seus negócios. Em contrapartida, observou-se que os mesmos documentos silenciam sobre a possibilidade de uma empresa se deslocar de um estado membro para outro para aproveitar a lei de insolvência da jurisdição *ad quem*, ou seja, requerer a abertura de um processo de insolvência ou uma forma de reestruturação.” EIDENMÜLLER in de la Feria and Vogenauer, *Prohibition of abuse of law*, pp., 144 e 145, in BORK, Reinhard e MANGANO, Renato, op., cit., p., 93.

Por outro lado, as perspectivas relativas à distinção entre o direito das sociedades e o direito de insolvência, precisam ser afastadas em consideração ao conceito da liberdade de estabelecimento, pois, as disposições que, de certa forma, restringem a escolha de uma sociedade se estabelecer em outro Estado-Membro geraria um obstáculo à garantia de uma das liberdades fundamentais¹⁷⁴ e a violação desse princípio somente pode ser justificada em circunstâncias excepcionais.¹⁷⁵

E segundo a jurisprudência,¹⁷⁶ quaisquer atos “susceptíveis de impedir ou tornar menos atraente o exercício” da liberdade de estabelecimento “devem ser aplicadas de forma não discriminatória; devem ser justificados por exigências imperativas no interesse público; eles devem ser adequados para garantir a consecução do objetivo que perseguem e não devem ir além do que é necessário para alcançá-lo”.¹⁷⁷

Porém, outra questão que está adstrita ao conceito é a forma com que a mudança do CIP de um Estado-Membro para outro é realizada. Através da aplicação do Regulamento Original, as realocações do CIP deveriam ser tratadas cuidadosamente, pois o critério que determinaria a localização era sensível, e, mesmo fatos objetivos e determináveis poderiam ser manipulados.¹⁷⁸

Dessa maneira, exaltou-se a preocupação de como as práticas de *forum shopping* eram empregadas. Era nítido que a liberdade de estabelecimento consubstanciava a transferência do CIP, porém não eram em todas as situações que as características positivas do fenômeno eram percebidas. Assim sendo, surgiu a necessidade de distinguir entre as práticas que consistiam em bom *forum shopping* e mau *forum shopping*.

¹⁷⁴ Nesse sentido, o autor refuta o argumento de que o conceito da liberdade de estabelecimento está confinado as regras formais do direito das sociedades e que nenhuma distinção entre o direito das sociedades e o direito da insolvência deve ser levantada para a avaliação da liberdade de estabelecimento. RINGE, Wolf-Georg, op., cit., p., 24.

¹⁷⁵ Artigo 52 do TFUE.

¹⁷⁶ Processo C-55/94 *Reinhard Gebhard* contra *Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, [1995] ECR I-4165, ECLI:EU:C:1995:411, parágrafo 25.

¹⁷⁷ McCORMACK, Gerard. *Jurisdictional Competition and Forum Shopping in insolvency proceedings*. *The Cambridge Law Journal*, 68(1), 2009, p., 169-197

¹⁷⁸ EIDENMÜLLER, Horst, *Abuse of Law in the Context of European Insolvency Law*, 2009, *European Company and Financial Law Review*, Forthcoming, p., 3.

9. O bom e o mau *forum shopping*.

A condição de insolvência que se vê inserida uma sociedade é decorrente de uma crise econômica relevante e muitas vezes irreversível.¹⁷⁹ Portanto, o sentido de recorrer a ordenamentos jurídicos mais favoráveis torna-se muito interessante. Porém, a efetividade dessa possibilidade somente terá lugar através da mudança do CIP para outro determinado local em que as condições jurídicas sejam mais benéficas, isto é, em outro Estado-Membro.¹⁸⁰

Entretanto, conforme destaca o Considerando 5 do Regulamento, as características para considerar uma prática abusiva e fraudulenta de *forum shopping* devem estar contextualizadas com o ato de prejudicar o interesse coletivo dos credores. Assim, a transferência do CIP que evidencie essa finalidade comprometeria a legalidade da opção e acarretaria na não abertura do processo de insolvência naquele Estado-Membro.

Dessa maneira, para que não seja eivada de ilegalidade e seja afastado o usufruto daquela legislação vindoura, o processo com que a sociedade devedora deve percorrer, através da mudança da localidade de abertura do processo de insolvência, não pode ser empregado de propósitos abusivos, dos quais, não condizem com o detrimento dos interesses dos credores, mas a sua aprovação.¹⁸¹

A distinção das duas práticas (bom e mau *forum shopping*) consiste na forma com que as partes interessadas utilizam para beneficiar da seleção do foro. Sendo a tentativa de “aplicar à lei da insolvência a metodologia do abuso de direito e, de acordo com a jurisprudência do Tribunal relativa à proibição do abuso da lei, distinguida entre o *forum shopping* que é neutro e o *forum shopping* que diminui o valor dos bens do devedor ou que se beneficie o devedor em detrimento do seus credores ou de alguns dos credores em detrimento dos demais, conforme era considerado pela doutrina.”¹⁸²

¹⁷⁹ LATELLA, Dario, op., cit., p., 20.

¹⁸⁰ LATELLA, Dario, op., cit., p., 20 e 21.

¹⁸¹ EIDENMÜLLER, Horst, op., cit., p., 11 e 12; de WEIJIS, Roelf Jakob e BREEMAN, Martijn, op., cit., p.,

¹⁸² EIDENMÜLLER, Horst, op., cit., p., 13.

Entretanto, a única forma empregada para alcançar o bom *forum shopping* é através da mudança do CIP para um Estado-Membro que proponha uma condição mais favorável ao devedor se esta contribuir para o aumento dos ativos líquidos¹⁸³ para satisfazer as reivindicações dos credores.¹⁸⁴

Acrescenta-se que, se for verificada na transferência do CIP a motivação por considerações de eficiência, ela será caracterizada como sendo uma forma de não abuso de direito e conseqüentemente, como sendo bom *forum shopping*. Em contrapartida, se esta for dirigida através da reivindicação de valores, com intuito de elevar o ganho financeiro com a operação, corresponderá com o abuso do direito,¹⁸⁵ designadamente, o mau *forum shopping*.

Isso posto, é reconhecido que a realocização do CIP, que não empregada de abuso de direito, pode realmente beneficiar os credores em certas circunstâncias.¹⁸⁶ Ao ser alcançada, necessariamente, através das condições que o Regulamento preceitua,¹⁸⁷ por meio da informação aos credores do novo local que será aberto o processo de insolvência.

Outro elemento pode ser notado no art. 5 do Regulamento, que prevê explicitamente, que os credores estrangeiros têm o direito de contestar a decisão de abertura, o que pode não ser o caso em todas as jurisdições. Uma vez que o processo de insolvência será muitas vezes aberto sem ouvir os credores, será especialmente na fase de recurso (ou outros meios de contestação) que objeções contra falsas declarações e comissões abusivas serão levantadas e apresentadas ao tribunal competente.¹⁸⁸

¹⁸³ A análise faz perante uma perspectiva econômica, conforme estipula o autor, pois, o objetivo da lei de insolvência ter o dever de se esforçar para maximizar os ativos líquidos do devedor e assim proporcionar a satisfação dos créditos dos quais ele é sujeito. Uma sociedade somente deve ser liquidada se o seu valor de liquidação for superior do que o seu valor de continuidade e reestruturação. Porém, os procedimentos que ensejam uma reorganização ou reestruturação devem ser planejados, para que seus custos sejam diminuídos. Portanto, os procedimentos devem ser mais céleres e simples conforme a possibilidade. Outra questão possivelmente será decorrente da segurança jurídica e da previsibilidade do local em que será aberto o processo de insolvência, ante a discrepância com que se notou, de acordo com o Tribunal, entre o direito das sociedades e o direito de insolvência, sendo mais um ponto de relevância econômica. Ainda, a lei de insolvência precisa se esforçar para proteger os credores “não ajustadores”, que supostamente não podem negociar proteções, por falta de informações e ou recursos para alcançar esse objetivo, ou simplesmente por considerarem que as suas reivindicações são pequenas próximo da condição que os é imposta. EIDENMÜLLER, Horst, op., cit., p., 13.

¹⁸⁴ EIDENMÜLLER, Horst, op., cit., p., 14.

¹⁸⁵ EIDENMÜLLER, Horst, op., cit., p., 16.

¹⁸⁶ MEVORACH, Irit, *Forum shopping in times of crisis: a directors' duties perspective*. *European Company and Financial Law Review*, 2013, 10 (4). p.,9.

¹⁸⁷ Conforme as salvaguardas previstas no Regulamento, de acordo com o Considerando 29.

¹⁸⁸ Art. 5.º do Regulamento.

Não obstante, transpostas as salvaguardas estabelecidas pelo Regulamento, como o período de suspensão por exemplo, há a preocupação relativa a situação de outros credores principalmente na proximidade de um procedimento de insolvência.¹⁸⁹ Por outro lado, há credores que se equipam de aparatos para se protegerem de tais situações, com a adição de cláusulas de proteção e com a exigência de garantias para tentar afastar o prejuízo advindos das realocações do CIP.¹⁹⁰

Ainda, outras evidências consubstanciam o bom *forum shopping*, sendo relacionadas com as possibilidades que rondam a recuperação do devedor ou a propositura de um procedimento para reorganização.¹⁹¹

Toma-se a realocação do CIP a respeito dos mecanismos de reestruturações que as sociedades podem recorrer, uma vez que ao transferi-lo para um Estado-Membro que tenha um processo de reestruturação mais interessante, a sociedade será sujeita a implicação de diferentes níveis de eficiência e abordagem para a resolução do problema.¹⁹²

E conforme destaca-se da jurisprudência de alguns Estados-Membros, principalmente no que se refere os casos de companhias situadas na Alemanha que

¹⁸⁹ O autor considera que é de responsabilidade de credores não garantidos, se protegerem nessas circunstâncias, mesmo em um período próximo à insolvência. Dessa maneira, argumenta que é de responsabilidade do credor ter precaução quanto a tais riscos e incluir cláusulas e garantias nos contratos com o devedor. RINGE, Wolf-Georg, op., cit., p.,

¹⁹⁰ MUCCIARELLI, Federico M., *Private international law rules in the insolvency Regulation Recast: a reform or a restatement of the status quo?* 2015, p., 13.

¹⁹¹ Como por exemplo os processos híbridos e os *pre-packaged plans*. Dentre eles, ainda em consideração com a jurisdição inglesa, a utilização do *schemes of arrangement*. Esse não faz parte do escopo do Regulamento, mas é amplamente utilizado por grandes empresas para evitar a declaração de insolvência. Por ser uma providência específica de direito das sociedades, encontra-se apartado do escopo do Regulamento. Previsto na *Part 26 (sections 895-901) do Companies Act 2006 (CA 2006)*, que permite tornar o acordo entre o devedor e seus credores vinculativo, por via da intervenção judicial, mesmo quando haja oposição de alguns. Utilizados em situações pré-insolvência para evitar a declaração de insolvência através da novação (objetiva ou subjetiva) das obrigações. SERRA, Catarina, op., cit., p., 114; E é importante lembrar, “que os tribunais ingleses consideram que têm jurisdição nesses processos quando o acordo celebrado com os credores indica como lei aplicável a lei inglesa e uma cláusula de jurisdição a favor dos tribunais do Reino Unido, portanto, haverá uma “*sufficient connection*”. Wolf-Georg Ringe, **Article 3 – International jurisdiction**, in Reihard Bork/Kristin van Zwieten (ed.), *Commentary on the European Insolvency Regulation*, cit., pa.146 a pa. 147, in MARTINS, Alexandre Soveral, **Estudos de Direito da Insolvência**, Almedida, 2018, p., 27.

¹⁹² Os autores determinam essas realocações como sendo ‘*restructuring migration*’, and *migration-less restructuring arbitrage*, de forma que, a seleção do foro para as reestruturações e recuperações, muitas vezes precedidas de um estresse econômico que não enseje a declaração de insolvência daquelas sociedades, sugerem um espaço a mais uma concorrência regulatória advinda de um direito substantivo mais favorável e mais desenvolvido para esses casos no âmbito da União Europeia. Sendo o *forum shopping* ainda mais oneroso. EIDENMULLER, Horst and van ZWIETEN, Kristin, *Restructuring the European Business Enterprise: The EU Commission Recommendation on a New Approach to Business Failure and Insolvency*, 2015. *European Corporate Governance Institute (ECGI) - Law Working Paper*, n.º. 301/2015; p., 2.

estrategicamente migraram o CIP para Inglaterra para usufruir de um direito substantivo mais favorável aos seus interesses.¹⁹³ Toma-se o particular caso da sociedade *Deutsche Nickel AG*, em que uma sociedade anônima alemã, através de uma estratégia jurídica elaborada, migra o CIP para Inglaterra para usufruir de um *Company Voluntary Arrangement* (CVA), previsto na legislação inglesa,¹⁹⁴ no intuito de alcançar um plano de reorganização através da aprovação de uma percentagem menor de credores em relação a um similar processo intentado na Alemanha.¹⁹⁵

Diante de uma abordagem direcionada à reestruturação, promovida através de uma política de perpetuação e recuperação dos negócios a ausência de regimes de insolvência harmonizados, as diferenças entre ordenamentos jurídicos são significativas.¹⁹⁶ As legislações dos Estados-Membros oferecem consideráveis vantagens e desvantagens para sociedades em condições financeiras preocupantes.

Dessa maneira, a atratividade é particularmente percebida perante a jurisdição inglesa, que tem destaque devido à flexibilidade com que a lei de insolvência pode ser interessante para as sociedades, principalmente no quesito de reestruturação.¹⁹⁷

Isso mostra que, sobre os auspícios para o funcionamento do mercado interno, a opção pelo bom *forum shopping*, quando não necessariamente conveniente, mas sim devidamente alcançado por meio da transferência legítima do CIP, afasta o conceito da abusividade e enseja uma procura de uma recuperação bem-sucedida para as sociedades.

Há, no entanto, a visão alternativa de que as práticas não abusivas de *forum shopping* são uma ferramenta necessária para permitir que um devedor escolha a jurisdição mais eficiente.¹⁹⁸

¹⁹³ RINGE, Wolf-Georg, op., cit., p., 31.

¹⁹⁴ Ver nota 116.

¹⁹⁵ EIDENMULLER, Horst and van ZWIETEN, Kristin, op., cit., p.,2; RINGE, Wolf-Georg, op., cit., p., 31 e 32;

MEVORACH, Irit, op., cit., p., 17

¹⁹⁷ COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT *Accompanying the document Revision of Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings* SWD/2012/0416 final, parágrafo 20.

¹⁹⁸ O autor afirma que as práticas de seleção do foro são necessárias, ainda que os opositores desse fenômeno considerem que os custos associados são demasiadamente elevados e reduzem o valor do patrimônio do devedor. Se esse não fosse permitido, os devedores seriam forçados a realizar insolvências em jurisdições que causariam mais prejuízos ao seu patrimônio de insolvência do que os custos associados. RINGE, Wolf-Georg, op., cit., p., 19 e 20.

Além disso, a seleção do foro, na condição de bom *forum shopping*, conforme até então exposto, não é condenável em termos gerais, mas apenas se for resultado de manipulação.¹⁹⁹

Portanto, em contrapartida, a implicação decorrente do mau *forum shopping* é nitidamente desconsiderada a partir do Considerando n.º 5 do Regulamento, pois, se realizado sem consentimento e em prejuízo do interesse coletivo dos credores, este será afastado.

Caracteriza, dessa maneira, que o emprego de abuso de direito e fraude através de realocização do CIP não condiz com a tentativa de aumentar os ativos líquidos do devedor para satisfazer as requisições dos credores, pelo contrário, evidencia uma opção de beneficiar-se exclusivamente em detrimento aos credores, o que está em divergência com o bom funcionamento do mercado interno da União Europeia, embora ainda seja visto.²⁰⁰

As salvaguardas previstas no Regulamento são exclusivamente direcionadas para o combate ao mau *forum shopping*. Reconheceu-se por meio da aplicação do Regulamento Original, que a sensibilidade do conceito do CIP proporcionava as duas facetas do fenômeno, porém, o advento do Regulamento e a lapidação da jurisprudência tornou por esclarecer o conceito e afastar as ambiguidades na interpretação.

Conquanto, se notada a realocização em um curto período anterior²⁰¹ a requisição de abertura do processo de insolvência, a característica de que a movimentação seja suspeita sobressai, pois seria caracterizada como forma simulada.

Convém ressaltar ainda, que uma das formas de identificar o mau *forum shopping*, decorre da apresentação de um outro pedido de insolvência posteriormente a abertura do

¹⁹⁹ CARBALLO PIÑEIRO, Laura, *Towards the Reform of the European Insolvency Regulation: Codification Rather than Modification*. *Nederland Internationaal Privaatrecht (NIPR)*, 2014, 2, 211

²⁰⁰ *Hans Brochier Holdings Ltd v Exner* [2006] EWHC 2594; *Hans Brochier Holdings Ltd v Exner High Court of Justice London, Order of 8 December 2006* (5618/06) [2007], em que uma sociedade alemã tentou incorporar seus ativos e passivos em outra sociedade inglesa, o autor argumenta que uma migração bem-sucedida seja necessário que a transferência CIP na sua acepção de transferência da direção efetiva da sociedade e não somente a transferência da sede estatutária, o que inclinou a decisão da corte a refutar a presunção do art., 3.º do Regulamento Original. RINGE, Wolf-Georg, op., cit., p., 9. Não caracteriza a condição de abuso de direito, mas sim na mudança fraudulenta, porém ainda é considerado como uma prática de mau *forum shopping*., EIDENMÜLLER, Horst, op., cit., p., 7

²⁰¹ Há quem considere que o período de suspensão seja uma das soluções eficazes para os problemas de *forum shopping* e abuso da liberdade de estabelecimento, em contraste com o que foi abordado no tópico referente ao assunto. LATELLA, Dario, op., cit., p., 18.

processo em um outro Estado-Membro.²⁰² Essa questão foi evidenciada no entendimento do TJUE sobre as pessoas singulares²⁰³ e as sociedades e pessoas coletivas,²⁰⁴ como uma forma de limitação.

Portanto, o fenômeno do *forum shopping*, em ambas as considerações, não é mais uma questão ilusória.²⁰⁵ A evolução do direito da União Europeia fez alterar o cenário jurídico com que são tratadas as distinções em relação ao bom e ao mau *forum shopping*. O fato de estar previsto no Regulamento novas salvaguardas para evitar a simulação da seleção do foro, a contextualização do conceito de CIP, a verificação da jurisprudência e todos os advenços que foram correlacionados, promovem a proteção dos credores e serão amplamente bem recebidas no contexto prático. Afinal, a manutenção do bom funcionamento do mercado interno é uma das garantias da eficaz gestão dos processos de insolvência de caráter transfronteiricos conforme o escopo do Regulamento direciona.

10. Notas conclusivas.

A partir do que foi exposto no presente trabalho, conclui-se que as práticas de seleção do foro, se empregadas com motivações particulares e prejudiciais aos credores, serão consideradas abusivas e serão afastadas, de acordo com o Regulamento, por serem consideradas ruins para o funcionamento do mercado interno da União Europeia.

A importância da identificação precisa do CIP ainda é considerada uma das preocupações mais relevantes do Regulamento. Contudo, a norma foi codificada no art. 3.º e isso trouxe melhor clareza quanto a sua determinação, que tratou de afastar a ambiguidade

²⁰² Conforme pode-se observar de acordo com o Relatório Virgos-Schimt, “O momento relevante para estabelecer a jurisdição internacional é quando o pedido de abrir um processo de insolvência é preenchido [...] [porque] Esta é a única referência que evita incentivos ao *forum shopping* que o Regulamento tenta expressamente eliminar.” Miguel Virgós and Francisco Garcimartín, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice by Kluwer Law International*, 2004. In RINGE, Wolf-Georg, op., cit., p., 10.

²⁰³ Processo C-1/04 *Susanne Stautitz-Schreiber* [2006] ECR I-701. Em que a devedora requereu a abertura de um processo de insolvência em um Estado-Membro, mas mudou-se para outro Estado-Membro, portanto, o entendimento do Tribunal foi no sentido do primeiro órgão jurisdicional em causa mantém a sua competência mesmo que o CIP tenha sido posteriormente transferido para outro Estado-Membro, conforme o fenômeno jurídico do *perpetuatio fori*.

²⁰⁴ A respeito da “*rule of priority*” por exemplo no Caso *Eurofood*. MARTINS, Alexandre Soveral, **Estudos de Direito da Insolvência**, Almedina, 2018, p., 33. Aqui o Dr. Alexandre Soveral faz referência ao princípio da prioridade, ante a verificação se o processo anterior foi regulamente aberto.

²⁰⁵ de WEIJS, Roelf Jakob and BREEMAN, Martijn, op., cit., p., 22

percebida com a aplicação do Regulamento Original. Dessa maneira, o esclarecimento dos elementos objetivos interpretados em consonância com a determinação por terceiros, com especial consideração aos credores, condiz com a melhor forma para à identificação do local em que será aberto o processo principal de insolvência. Grande parte do advento legislativo foi desempenhado pela jurisprudência, com a análise dos casos *Eurofood* e *Interedil* pelo TJUE.

Quanto a questão da presunção relativa à sede estatutária das sociedades e pessoas coletivas, a jurisprudência também esclareceu sobre a facilidade de ilidir da presunção se esta for considerada uma sociedade “caixa de correio”, e ter a atividade de gestão controlada por outra sociedade em outro Estado-Membro. Nesse sentido, o reconhecimento do local em que está o CIP, necessariamente, deve ser o mesmo que está situado o seu centro de controle, onde se encontra a direção efetiva da sociedade, além de ser cognoscível para terceiros.

Por conseguinte, ainda foi inserido no Regulamento, relativamente a presunção da sede estatutária, o período suspensivo quanto a migração CIP de um Estado-Membro a outro compreendido nos três meses anteriores a requisição de abertura de um processo de insolvência principal. Na sua aceção, ela tenderia a combater o *forum shopping* na iminência de abertura de um processo, mas bastou por se traduzir em uma forma de neutralização do fenômeno. Uma vez que se considera um curto espaço de tempo o período de três meses para alcançar a finalidade, e, principalmente, não distingue entre práticas de bom e mau *forum shopping*. Sendo assim, não constitui uma barreira efetiva contra a transferência fictícia do CIP para outro Estado-Membro.

Às realocações do CIP são garantidas através do exercício da liberdade de estabelecimento, que no critério da insolvência, são destinadas à seleção do foro através da prática do bom *forum shopping* em consonância com os interesses dos envolvidos e principalmente dos credores. A prática que visa o detrimento dos interesses dos credores é empregada mediante o abuso do direito da liberdade e do Regulamento que por sua vez não deve ser considerada, pois compromete a segurança jurídica e põe em risco o bom funcionamento do mercado interno da União Europeia. Isso posto, somente devem ser consideradas as práticas que maximizam os ativos do devedor a fim de suprir as exigências e reclamações dos credores. O mesmo sentido serve para a necessidade de perquirir uma recuperação bem-sucedida, pois o interesse de perpetuação do negócio de uma sociedade,

ponderadas as vantagens e desvantagens da situação, será mais benéfico para as partes interessadas em detrimento de uma onerosa liquidação daquela sociedade.

Ainda, não são todas as práticas de *forum shopping* que devem ser afastadas, mas somente as que forem dirigidas para o detrimento do interesse coletivo dos credores, sendo consideradas como abusivas ou fraudulentas. Por isso, a distinção entre bom e mau *forum shopping* deve ser nitidamente observada, através do acolhimento das salvaguardas previstas no Regulamento, a fim de evitar o conflito de competência. Atendidas as prerrogativas do Regulamento, a gestão eficaz dos processos de insolvência transfronteiriços, no que tange a competência de abertura de um processo principal preservará o bom funcionamento do mercado interno da União Europeia.

Por fim, a realidade econômica que são sujeitas as sociedades integrantes do mercado interno não é estática, e está em constante movimento e adequação. E mesmo que seja alcançada a melhor interpretação do Regulamento, como uma diretriz para as futuras aplicações, a falta de harmonização dentre os direitos substantivos relativos à insolvência consistirá no elemento chave para a continuidade desse fenômeno, tanto do bom como do mau *forum shopping*.

Ao nosso ver, a melhor solução alcançada para a problemática, será consoante a tentativa de harmonizar as questões de insolvência entre os Estados-Membros da União, que por mais provável que pareça, consiste em todo o sentido do fenômeno. E se essa condição for muito idealista e teórica, outra solução será decorrente à instituição pelos Estados-Membros de condições internas mais interessantes, que tragam benefícios às partes interessadas e aos credores a ponto de manter a competência interna e evitar simulações para usufruir de outros ordenamentos mais favoráveis. Fato esse que seria amplamente considerado ao tentar colocar um fim à concorrência regulatória das jurisdições sobre as legislações de insolvência na União Europeia e conseqüentemente deixaria de criar problemas com *forum shopping*.

11. Bibliografia.

ALTHINI, Johan, *The Center of Main Interests – A Troublesome phrase in the EC Regulation on Insolvency proceedings.*, Master thesis, 2005., p., 28. <<http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordOid=1555622&fileOid=1563718>> Acesso em 01/05/2018.

ARMOUR, John, *Who Should make Corporate Law? EC Legislation versus Regulatory Competition (2005) available at Social Science Research Network* <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=860444>. Acesso em 01/05/2018.

BORK, Reinhard, MANGANO, Renato, *European Cross-Border Insolvency Law.* Oxford University Press. 2016.

CARBALLO PIÑEIRO, Laura, *Towards the Reform of the European Insolvency Regulation: Codification Rather than Modification.* *Nederland Internationaal Privaatrecht (NIPR)*, 2014, 2, 207-215.: <<https://ssrn.com/abstract=2482014>> Acesso em 01/05/2018.

COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT *Accompanying the document Revision of Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings*, SWD (2012)416. <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=SWD:2012:0416:FIN>> Acesso em 01/04/2018.

DOCUEMNTTO DE TRABALHO DOS SERVIÇOS DA COMISSÃO RESUMO DA AVALIAÇÃO DE IMPACTO Que acompanha o documento de Revisão do Regulamento (CE) n.º 1346/2000 relativo aos processos de insolvência, SWD/2012/0417 final. <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=SWD:2012:0417:FIN>> Acesso em 01/03/2018.

Proposta de REGULAMENTO DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO que altera o Regulamento (CE) n.º 1346/2000 do Conselho – relativo aos processos de insolvência. COM/2012/0744 final – 2012/0360 (COD). <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=COM:2012:0744:FIN>> Acesso em 01/02/2018.

CORDEIRO, Antônio Menezes, **Direito Europeu das Sociedades**, Almedina, 2005, p., 17.

de WEIJIS, Roelf Jakob and BREEMAN, Martijn, *Comi-Migration: Use or Abuse of European Insolvency Law? (July 9, 2013)*. *Amsterdam Law School Research Paper No. 2013-38*; *Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2013-07*. <<https://ssrn.com/abstract=2291405>> Acesso em 01/05/2018.

DINIS, José Pedro. **O critério da direção efetiva na convenção modelo da OCDE sobre o rendimento e o património**. Dissertação de Mestrado em Direito Fiscal. Universidade Católica Portuguesa. Escola de Direito do Porto. Porto. 2011. <<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/8307/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>> Acesso em 01/05/2018.

EINDENMÜLLER, Horst, *Free Choice in International Company Insolvency Law in Europe*. *European Business Organization Law Review*, Vol. 6, No. 3, pp. 423-448, 2005. <<https://ssrn.com/abstract=821046>> Acesso em 01/05/2018.

EINDENMÜLLER, Horst, *Abuse of Law in the Context of European Insolvency Law (March 5, 2009)*. *European Company and Financial Law Review*, Forthcoming. <<https://ssrn.com/abstract=1353932>> Acesso em 01/05/2018.

EINDENMÜLLER, Horst, *A New Framework for Business Restructuring in Europe: The EU Commission's Proposals for a Reform of the European Insolvency Regulation and*

Beyond (March 8, 2013). ECGI - Law Working Paper No. 199/2013. <<https://ssrn.com/abstract=2230690>> Acesso em 01/05/2018.

EINDENMÜLLER, Horst and van ZWIETEN, Kristin, *Restructuring the European Business Enterprise: The EU Commission Recommendation on a New Approach to Business Failure and Insolvency* (September 17, 2015). European Corporate Governance Institute (ECGI) - Law Working Paper No. 301/2015; Oxford Legal Studies Research Paper No. 52/2015. <<https://ssrn.com/abstract=2662213>> Acesso em 01/05/2018.

European Commission, *Revision of the European Insolvency Regulation, proposals by INSOL Europe*. <<https://www.insol-europe.org/technical-content/revision-of-the-european-insolvency-regulation-proposals-by-insol-europe>> e <<https://www.insol-europe.org/eu-study-group-introduction-and-members>> Acesso em 01/05/2018

FERNANDES, Luís A. Carvalho e LABAREDA, João. **Insolvências Transfronteiriças – Anotado. Regulamento (CE) nº 1346/2000, do Conselho**. Quid Juris? Sociedade Editora, Lisboa, 2003.

FERREIRA, Cátia Filipa da Silva, **A Responsabilidade dos Administradores e Gerentes na Insolvência Transfronteiriça – A Problemática do *forum shopping***. Dissertação de mestrado. Universidade Católica Portuguesa. Porto, 2012. <<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/12047/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado%20-%20C%C3%A1tia%20Filipa%20da%20Silva%20Ferreira.pdf>> Acesso em 01/05/2018.

GARCIMARTIN, Francisco, *Derivatives in Cross-Border Insolvency Proceedings* (February 12, 2016). <<https://ssrn.com/abstract=2731772>> Acesso em 01/05/2018.

GARCIMARTIN, Francisco, *The EU Insolvency Regulation Recast: Scope and Rules on Jurisdiction* (March 21, 2016). <<https://ssrn.com/abstract=2752412>> Acesso em 01/05/2018.

Insolvency proceedings: EU activities in the area of cross-border insolvency cases. <https://ec.europa.eu/info/strategy/justice-and-fundamental-rights/civil-justice/civil-and-commercial-law/insolvency-proceedings_en> Acesso em 01/05/2018

KOPPENSTEINER, Hans-Georg, **Transferência transfronteiriça da sede de uma sociedade.** Direito das Sociedades em Revista, ano 9., vol. 18., outubro, 2017. P. 13 – 25.

KOUTSIAS, Marios. *“The insolvency Regulation and the Centre of Main Interest in the European Union: Are they victims of the company law conflicts within the union?”* *European Company Law* 12, no. 5, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2015; <https://www.academia.edu/30985297/The_Insolvency_Regulation_and_the_Centre_of_Main_Interest_in_the_European_Union_Are_They_Victims_of_the_Company_Law_Conflicts_within_the_Union> Acesso em 01/05/2018.

LATELLA, Dario, *The 'COMI' Concept in the Revision of the European Insolvency Regulation* (September 27, 2013). *European Company and Financial Law Review Forthcoming.* <<https://ssrn.com/abstract=2336470>> Acesso em 01/05/2018.

McCORMACK, Gerard. *Jurisdictional Competition and Forum Shopping in insolvency proceedings.* *The Cambridge Law Journal*, 68(1), 2009, p., 169-197. <https://www.jstor.org/stable/40388776?newaccount=true&read-now=1&seq=6#page_scan_tab_contents> Acesso em 01/05/2018

MACHADO, Jónatas E. M., **Direito da União Europeia.** 2ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

MARTINS, Alexandre de Soveral, **O “CIP” (“Centro de interesses principais”) e as sociedades: um capítulo europeu.** *Direito das Sociedades em Revista*, ano 1., Vol. 1, março, 2009. P. 133 – 151.

MARTINS, Alexandre de Soveral, **Um curso de direito da insolvência.** 2ª Ed. rev. e actualizada - Editora Almedina, Coimbra, 2017.

MARTINS, Alexandre Soveral, **Estudos de Direito da Insolvência**, Almedina, 2018;

MEVORACH, Irit, *Forum shopping in times of crisis: a directors' duties perspective.* *European Company and Financial Law Review*, 10 (4). pp. 523-553, 2013. ISSN 1613- 2548
Access from the University of Nottingham repository:
<http://eprints.nottingham.ac.uk/29761/1/ECFR%202013_Mevorach.pdf > Acesso em 01/05/2018.

MIGUEL VIRGÓS SORIANO & ETIENNE SCHMIT – *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*, Documento do Conselho da União Europeia n. ° 500/96 DRS 8 CFC, 1996, p. 1-184. <http://aei.pitt.edu/952/1/insolvency_report_schmidt_1988.pdf >. Acesso em 22/04/2018.

MUCCIARELLI, Federico M., *Not Just Efficiency: Insolvency Law in the EU and its Political Dimension.* *European Business Organization Law Review* 14. 2013. P., 175- 200.
<<http://eprints.soas.ac.uk/16957/1/Not%20Just%20Efficiency%20EBOR%202013.pdf> >
Acesso em 01/05/2018

MUCCIARELLI, Federico M., *The Unavoidable Persistence of Forum Shopping in European Insolvency Law* (November 2013). <<https://ssrn.com/abstract=2375654>>. Acesso em 01/05/2018

MUCCIARELLI, Federico M., *Private International Law Rules in the Insolvency Regulation Recast: A Reform or a Restatement of the Status Quo?* (August 25, 2015). <<https://ssrn.com/abstract=2650414>>. Acesso em 01/05/2018.

PINHEIRO, Luís de Lima, **O Regulamento Comunitário Sobre Insolvência – Uma Introdução**. Revista da Ordem dos Advogados. Ano 2006. P. 1101-1152.

REUß, Philipp M., *„Forum Shopping“ in der Insolvenz. Missbüchliche Dimension der Wahrnehmung unionsrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten*, Ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011., p., 50 a 125. <https://books.google.pt/books?id=4GeY0Lvkl4C&pg=PA59&hl=pt-PT&source=gbs_toc_r#v=onepage&q&f=false> Acesso em 01/05/2018

RINGE, Wolf-Georg, *Forum Shopping Under the EU Insolvency Regulation* (August 1, 2008). *Oxford Legal Studies Research Paper* No. 33/2008. <<https://ssrn.com/abstract=1209822>>. Acesso em 01/05/2018

RINGE, Wolf-Georg, *Insolvency Forum Shopping, Revisited* (December 2017). *Hamburg Law Review* 2017, p 38-59. <<https://ssrn.com/abstract=3091071>>. Acesso em 01/05/2018

ROCHA, Ana Gabriela, **Conceitos de direito europeu em matéria societária e fiscal**. Edições Almedina, dezembro de 2014.

SERRA, Catarina, **Insolvência transfronteiriça – Comentários à Proposta de Alteração do Regulamento europeu relativo aos processos de insolvência, com especial consideração do Direito Português**. Direito das Sociedades em Revista, outubro, 2013, p. 75-96.

SERRA, Catarina, “Abrindo” o Regulamento europeu sobre insolvência transfronteiriça – Algumas questões sobre o âmbito de aplicação do Regulamento na perspectiva do Direito Português, in João Reis/Leal Amado/Liberal Fernandes/Regina Redinha, Para Jorge Leite, Escritos Jurídicos, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p.729-742.

TIRADO, Ignacio, *An Evolution of COMI in the European Insolvency Regulation: From ‘Insolvenzimperialismus’ to the Recast* (November 6, 2015). <<https://ssrn.com/abstract=2688169>>. Acesso em 01/05/2018

van CASLTER, Geert, *COMIng, and Here to Stay. The Review of the European Insolvency Regulation* (July 28, 2015). <<https://ssrn.com/abstract=2637003>>. Acesso em 01/05/2018.

van ZWIETEN, Kristin, *An Introduction to the European Insolvency Regulation, as Made and as Recast* (April 1, 2016). *This is the introductory chapter to R Bork and K van Zwieten (eds), Commentary on the European Insolvency Regulation (Oxford University Press, July 2016 Forthcoming); Oxford Legal Studies Research Paper No. 32/2016.* <<https://ssrn.com/abstract=2775814>> Acesso em 01/05/2018.

VICENTE, Dário Moura, **Insolvência Internacional: Direito Aplicável**, AAVV., Estudos em memória do Prof. Doutor José Dias Marques, Almedina, 2007, p. 81-104;

WRIGHT, Paul, *Challenges to the Harmonisation of Business Law: Domestic and Cross-Border Insolvency Law* (August 10, 2015). <<https://ssrn.com/abstract=2658230>> Acesso em 01/05/2018.

12. Jurisprudência

Acórdão do processo C-341/04 *Eurofood IFSC Ltd* [2006] ECR I-3813, ECLI:EU:C:2006:281. <<https://curia.europa.eu/>> Acesso em 01/04/2018

Acórdão do processo C-396/09 *Interedil Srl v Fallimento Interedil Srl, Intesa Gestione Crediti SpA*, [2011] ECR I-9915, ECLI:EU:C:2011:671 <<https://curia.europa.eu/>> Acesso em 01/04/2018

Acórdão do processo C-212/97 *Centros Ltd contra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, ECLI:EU:C:1999:12; <<https://curia.europa.eu/>> Acesso em 01/05/2018

Acórdão do processo C-208/00 *Überseering BV contra Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)* ECLI:EU:C: 2002:632 <<https://curia.europa.eu/>> Acesso em 10/05/2018.

Acórdão do processo C-167/01 *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam contra Inspire Art Ltd*. ECLI:EU:C: 2003:512; <<https://curia.europa.eu/>> Acesso em 10/05/2018.

Acórdão do processo C-210/06 *CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt*. ECLI:EU:C: 2008:723; <<https://curia.europa.eu/>> Acesso em 10/05/2018.

Acórdão do processo C-378/10 *VALE Építési kft*. ECLI:EU:C: 2012:440. <<https://curia.europa.eu/>> Acesso em 10/05/2018.

Acórdão do processo C-55/94 *Reinhard Gebhard contra Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, [1995] ECR I-4165, ECLI:EU:C:1995:411 <<https://curia.europa.eu/>> 15/05/2018

Acórdão do processo C-1/04 *Susanne Stautz-Schreiber* [2006] ECR I-701.
<<https://curia.europa.eu/>> 01/04/2018