

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO**

Eduardo Henrique Bondarczuk

**Problemas da Competência Internacional e do Direito Aplicável
no Direito de Insolvência Internacional da União Europeia e do Mercosul**

Porto Alegre

2010

EDUARDO HENRIQUE BONDARCZUK

**Problemas da Competência Internacional e do Direito Aplicável
no Direito de Insolvência Internacional da União Europeia e do Mercosul**

Trabalho de Conclusão de Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, apresentado junto ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Augusto Jaeger Junior

Porto Alegre

2010

EDUARDO HENRIQUE BONDARCZUK

**Problemas da Competência Internacional e do Direito Aplicável
no Direito de Insolvência Internacional da União Europeia e do Mercosul**

Trabalho de Conclusão de Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, apresentado junto ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Apresentado em:

Banca Examinadora

RESUMO

O presente trabalho se propõe a identificar os problemas e apresentar as soluções já encontradas referentes à Competência Internacional e ao Direito Aplicável no Direito de Insolvência Internacional da União Europeia e do Mercosul. Na primeira parte do trabalho se apresenta alguns conceitos importantes a serem utilizados no mesmo. Na segunda parte, busca-se analisar os problemas e soluções encontrados no âmbito da União Europeia em razão do Regulamento 1346/2000. Na última parte, expõe-se a situação do Mercosul, suas características e obstáculos em assuntos do Direito de Insolvência Internacional. Paralelamente são apresentadas inter-relações entre esse direito nas duas regiões.

Palavras-chave: Direito de Insolvência Internacional. Competência Internacional. Direito Aplicável. Direito Internacional Privado. Direito Comunitário. União Europeia. Mercosul.

ABSTRACT

This research has the purpose of identify the problems and to clarify the solutions already found in the following theme: “The International Jurisdiction and the Applicable Law of the International Insolvency Law in European Union and in Mercosul”. In the first part of this composition, it is showed a few important concepts that will be used in the text. Secondly, it is analyzed the problems and solutions found in the European Union according to the Regulation 1346/2000. Finally, it is exposed the situation of Mercosul, its characteristics and obstacles in the subject of International Insolvency Law. At the same time it is presented the relationship between these subjects in the two different regions.

Keywords: *International Insolvency Law. International Jurisdiction. Applicable Law. Private International Law. Community Law. European Union. Mercosul.*

LISTA DE ABREVIATURAS

Art. - Artigo

Arts. – Artigos

Cap. – Capítulo

CAPES – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior

CE – Comunidade Europeia

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

CIDIP – Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado

COMI – Center of Main Interest – Centro de Principal Interesse

CSJN - Corte Suprema de Justicia de La Nación – Suprema Corte de Justiça da Argentina

DDR – Deutsche Demokratische Republik – República Democrática da Alemanha

DIPr – Direito Internacional Privado

EC – Emenda Constitucional

EuInsVO – Europäische Insolvenzverordnung – Regulamento Europeu de Insolvência

GesO – Gesamtvollstreckungsordnung – Lei Geral de Execuções Alemã

InsO – Insolvenzordnung – Lei de Insolvência Alemã

KO – Konkursordnung – Lei de Concursos Alemã

LCQ – Ley de Concursos y Quiebras – Lei de Concursos e Quebras Argentina

LCRE – Ley de Concursos y Reorganización Empresarial – Lei de Concursos e Reorganização Empresarial Uruguaia

LICC – Lei de Introdução ao Código Civil

Mercosul – Mercado Comum do Sul

OEA – Organização dos Estados Americanos

P. – página

Reg. – Regulamento

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJE – Tribunal de Justiça Europeu

UFRGS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul

UNCITRAL - United Nations Commission on International Trade Law – Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional

VerglO – Vergleichsordnung – Lei do Acordo Alemã

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. O DIREITO DE INSOLVÊNCIA INTERNACIONAL	9
1.1 Conceito e origem das diferentes expressões falimentares.....	9
1.2 Pessoa Jurídica	11
1.3 <i>Forum shopping</i>	13
1.4 Aspectos Gerais do Direito de Insolvência Internacional.....	14
1.4.1 Princípio da unidade e da pluralidade de juízos.....	16
1.4.2 Princípio da territorialidade e da universalidade.....	16
1.5 Aspectos Gerais da Competência Internacional	18
1.5.1 Cooperação Internacional.....	19
1.5.2 Competência Internacional no Brasil	20
2 DIREITO DE INSOLVÊNCIA NA UNIÃO EUROPÉIA	22
2.1 Introdução	22
2.1.1 O regulamento de insolvência europeu	22
2.1.2 Competência Internacional e Direito Aplicável	22
2.2 O art. 3 do EuInsVO	23
2.2.1 Princípio da Universalidade	23
2.2.2 Efeitos em outros Estados-membros	24
2.2.3 O Centro de Principal Interesse.....	24
2.2.3.1 Sociedades e o Centro de Principal Interesse	25
2.2.3.2 Teorias para determinar o centro de interesse principal em sociedades.....	25
a) Teoria do Mind of Management:.....	26

b) Teoria do Business-Activity:.....	26
c) Decisão do Tribunal de Justiça Europeu no caso Eurofood:	26
2.2.3.3 Pessoas Naturais e o Centro de Interesse Principal	27
a) Trabalhadores Assalariados:.....	27
b) Atividades industriais ou profissionais liberais:.....	27
2.2.4 Processo Principal e Particular	27
2.2.4.1 Processo Principal	27
2.2.4.2 Processo Particular	28
a) Processo de Insolvência Secundário:.....	29
b) Processo Particular Independente:	29
2.2.5 Conflito de Competência.....	30
2.2.5.1 Conflito de Competência Positivo.....	30
2.2.5.2 Conflito de Competência Negativo	31
2.2.6 Questão temporal	31
2.2.6.1 Transferência de local após o ingresso da ação.....	31
2.2.6.2 Transferência de local antes do ingresso da ação.....	32
2.3 O art. 4 do EuInsVO	32
2.3.1 A limitação da matéria normativa do art. 4 EuInsVO.....	33
2.3.2 Direito Aplicável	34
2.4 Conclusão.....	34
3 DIREITO DE INSOLVÊNCIA NO MERCOSUL	35
3.1 A Lei Modelo da UNCITRAL.....	36
3.2 Acordos Regionais.....	39
3.2.1 Tratado de Montevideu de 1889 e de 1940.....	39
3.2.2 Código de Bustamante	40
3.2.3 Conferências Especializadas Interamericanas sobre Direito Internacional Privado	42
3.3 Ordenamentos Jurídicos.....	43
3.3.1 Argentina.....	43
3.3.1.1 Princípios Adotados.....	43
3.3.1.2 Competência Internacional.....	44
3.3.1.3 Direito Aplicável	45
3.3.1.4 Qualificação de credores estrangeiros	45
3.3.1.5 Efeitos extraterritoriais das sentenças estrangeiras	45

3.3.2 Brasil	46
3.3.2.1 Princípios Adotados.....	46
3.3.2.2 Competência Internacional	46
3.3.2.3 Direito Aplicável	47
3.3.2.4 Qualificação de credores estrangeiros	47
3.3.2.5 Efeitos extraterritoriais das sentenças estrangeiras	48
3.3.3 Paraguai.....	49
3.3.3.1 Princípios Adotados.....	49
3.3.3.2 Competência Internacional	49
3.3.3.3 Qualificação de Credores Estrangeiros	50
3.3.3.4 Efeitos extraterritoriais das sentenças estrangeiras	50
3.3.4 Uruguai.....	50
3.3.4.1 Princípios Adotados.....	51
3.3.4.2 Competência Internacional	51
3.3.4.3 Direito Aplicável	51
3.3.4.4 Qualificação de Credores Estrangeiros	52
3.3.4.5 Efeitos extraterritoriais das sentenças estrangeiras	52
CONCLUSÃO.....	54
BIBLIOGRAFIA	57

INTRODUÇÃO

Essa pesquisa se desenvolveu em razão do Programa Unibral da CAPES e da parceria entre a Faculdade de Direito da UFRGS e a Faculdade de Direito da Justus-Liebig Universität, localizada em Giessen, Alemanha. Graças a esse programa e aos professores doutores Cláudia Lima Marques e Augusto Jaeger Junior, fui selecionado para participar desse intercâmbio que se realizou entre setembro de 2009 e agosto de 2010. Durante esse tempo tive a oportunidade de estudar dois semestres na Faculdade de Direito da Justus-Liebig Universität e aprimorar meus conhecimentos em Direito Internacional Público e Privado e em Direito Da União Europeia. No segundo semestre que estive em Giessen tive a satisfação de atender ao Seminário sobre Direito de Insolvência e foi lá que comecei a desenvolver o presente trabalho. O Prof. Dr. Wolfgang Schur me orientou durante a primeira etapa do meu trabalho, quando desenvolvi o seguinte tema: “Problemas do Direito de Insolvência Europeu: Competência Internacional e Direito Aplicável”. Ao escolher esse tema, já tinha em mente a vontade de fazer uma análise entre os problemas encontrados lá e os problemas do direito de insolvência no âmbito da competência internacional e do direito aplicável encontrados no Mercosul. Para dar continuidade a esse projeto, contei com a orientação do Prof. Dr. Augusto Jaeger Junior.

O crescimento das interações econômicas no plano internacional traz como bagagem a elevação do número de falências que possuem um elemento estranho ao ordenamento nacional. Isso ocorre tanto no Brasil quanto em outros países do mundo. Na maioria dos casos, os processos de insolvência com elementos de estraneidade são solucionados pela aplicação do Direito Internacional Privado. Poucas são as legislações nacionais de insolvência que contemplam regras específicas para solucionar processos com elementos de estraneidade.

Por outro lado, verifica-se que muitas organizações e cooperações internacionais têm se esforçado a fim de uniformizar o ordenamento jurídico internacional e harmonizar os diferentes sistemas legais na área da insolvência. Como exemplos podem ser citados os esforços da UNCITRAL, com a redação da Lei Modelo de 1997, e da União Europeia, através do Regulamento 1346/2000.

Tendo em vista a crescente importância do tema, essa composição se propõe a analisar o assunto, explorando e identificando os problemas da competência internacional e do direito aplicável no direito de insolvência internacional. Regionalmente, limitou-se a pesquisa à União Europeia, por ser um caso único de instituições dotadas de supranacionalidade, e ao Mercosul. Outros assuntos comuns ao direito de insolvência internacional, como a homologação e reconhecimento de sentenças estrangeiras e a qualificação e classificação de credores estrangeiros em processos de insolvência internacional, serão tangencialmente tratados.

Muitos foram os autores que serviram ao desenvolvimento desse projeto. Visto que os autores utilizados e os recursos empregados para o estudo do Direito de Insolvência Europeu foram alemães, o resultado nessa área da pesquisa sofreu grande influência do ponto de vista alemão. Da mesma forma, no estudo do Direito de Insolvência no Mercosul, a doutrina majoritariamente utilizada foi a brasileira, e, por tal razão, sobressai o pensamento brasileiro sobre esse assunto. Porém, a obra do autor argentino Diego P. Fernández Arroyo e principalmente o capítulo construído pela Prof. Maria Blanca Noodt Taquela sobre Concursos e Quebras no Mercosul trouxe muitas contribuições ao assunto no âmbito do Mercosul, permeando o presente trabalho também com a luz do pensamento argentino sobre o tema.

A pesquisa se divide em três capítulos. O primeiro desenvolve uma série de conceitos, princípios e características do Direito de Insolvência Internacional. No segundo capítulo, parte-se para uma análise da competência internacional e do direito aplicável na União Europeia, visando à identificação dos problemas e soluções já encontradas. Finalmente, no terceiro capítulo, demonstra-se a situação encontrada no Mercosul com relação ao tema proposto.

1. O DIREITO DE INSOLVÊNCIA INTERNACIONAL

Primeiramente é necessário apresentar alguns conceitos comuns ao Direito de Insolvência Internacional; para que, posteriormente, se aprofundem as análises propostas.

1.1 Conceito e origem das diferentes expressões falimentares

A palavra falir, na sua origem, traduz-se por omissão, falha. Ao ser tomada pelo Direito, passou a exprimir a ideia de um devedor que não consegue adimplir suas dívidas, visto não possuir recursos para tal¹.

Já a palavra quebra tem sua origem ainda em Portugal, tratava-se do momento em que os credores, furiosos com a falta de adimplemento das dívidas, quebravam a banca do devedor, impossibilitando-o de continuar suas atividades comerciais. Esse vocábulo foi incluído no Código Comercial brasileiro (art. 797 a 913, da Lei nº556/1850). Apesar de suas origens diferentes, as duas palavras (falência e quebra) são usadas como sinônimos no âmbito jurídico².

Nas palavras de Sérgio Campinho³: “A falência revela-se como o conjunto de atos ou fatos que exteriorizam, ordinariamente, um desequilíbrio no patrimônio do devedor”. Ou seja, estando um devedor insolvente, não possuindo patrimônio suficiente para resgatar seus débitos, buscar-se-á uma série de normas a fim de dirimir essa situação de desequilíbrio.

¹ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa: O Novo Regime da Insolvência Empresarial**. 2ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 3.

² *Ibid*, p. 3.

³ *Ibid*, p. 4.

Não se trata de um revanchismo contra o devedor, pelo contrário, tem-se por objetivo liquidar a empresa ou recuperá-la⁴.

Contudo, por que empregar a palavra insolvência no lugar da quebra, ou do atual vocábulo da legislação brasileira, “falência”? Para tanto será necessário entender a tendência mundial de unificação da insolvência empresarial, na qual a recuperação é uma das finalidades, não se excluindo a liquidação. Essa tendência se expressa fortemente no atual ordenamento alemão de insolvência (Lei de Insolvência Alemã, *Insolvenzordnung* – *InsO*). A *InsO* derogou a *KO* (Lei de Concursos Alemã, *Konkursordnung*), a *VerglO* (Lei do Acordo, *Vergleichsordnung*) e, na antiga DDR (República Democrática da Alemanha, *Deutsche Demokratische Republik*), a *GesO* (Lei Geral de Execuções, *Gesamtvollstreckungsordnung*), de 23/05/1991, unificando a legislação concursal alemã⁵. A *InsO* é a primeira legislação concursal alemã a falar na manutenção da empresa⁶, que a partir de agora pode ser realizada também através da reorganização do devedor no processo de insolvência⁷. Ou seja, no Direito Alemão, o processo de liquidação do patrimônio do devedor insolvente ou a recuperação da empresa pode ser viabilizado por meio de um “Plano de Insolvência” (*Insolvenzplan*)⁸. Segundo Wolfgang Breuer⁹, além de apurar a responsabilidade do devedor e saldar as dívidas com os credores, o plano de insolvência tem como objetivo maior o saneamento econômico e financeiro da empresa.

Qualquer pessoa, seja jurídica ou física, pode sofrer um processo de insolvência na Alemanha. Tanto o devedor empresário, quanto o devedor consumidor estarão sujeitos às normas do Direito de Insolvência. Há uma separação entre o processo de insolvência ordinário, que incide sobre o patrimônio de uma empresa ou de uma pessoa natural (§§ 1 ss. da *InsO*), e o processo de insolvência especial, que incide sobre devedores consumidores (§§

⁴ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**, v. I, 17º ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 6; MENDONÇA, Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**, v. VII, 4º ed., Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1946, p. 9 e 10.

⁵ COROTTO, Susana. **Modelos de reorganização empresarial brasileiro e alemão: comparação entre a Lei de Recuperação e Falências de Empresas (LRFE) e a *Insolvenzordnung (InsO)* sob a ótica da viabilidade prática**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p. 60.

⁶ WARRIKOFF, Alexander. **Die Möglichkeiten zum Unternehmenserhalt nach dem neuen Insolvenzrecht**. *KTS, Zeitschrift für Insolvenzrecht*, 1996, p. 489. *apud* COROTTO, Susana. **Modelos de reorganização empresarial brasileiro e alemão: comparação entre a Lei de Recuperação e Falências de Empresas (LRFE) e a *Insolvenzordnung (InsO)* sob a ótica da viabilidade prática**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p. 61.

⁷ COROTTO, Susana. *Op. Cit.*, p. 61.

⁸ Nota de rodapé nº5 do livro CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa: O Novo Regime da Insolvência Empresarial**. 2ºed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 5 e 6.

⁹ *Insolvenzrecht*, 2º ed., Munique: Beck, 2003, p. 173.

304 ss. da InsO), espólio (§§ 315 ss. da InsO), sociedade conjugal continuada (§ 332 da InsO) e sociedade conjugal administrada conjuntamente (§§ 333 s. da InsO)¹⁰.

No entanto, essa visão unitária não foi adotada pela nova lei de falências brasileira (Lei nº 11.101/2005), que se limitou a adotar a recuperação judicial e o processo de falência, mantendo a tradição dualística institucional (concordata e quebra)¹¹.

Diante do exposto, tem-se por lógica adotar o termo „insolvência“ por ser mais abrangente que os termos falência ou quebra, a exemplo da tendência mundial de unificar os processos de insolvência e de falência. Neste trabalho, utilizar-se-á os termos falência, insolvência e quebra como sinônimos a fim evitar a repetição do mesmo termo, embora dando-se acentuada preferência ao termo mais abrangente (insolvência). Havendo necessidade de se referir a casos de insolvência para atividades não empresariais, tal situação será especificada.

Apenas ressalva-se que apesar de no Brasil o termo insolvência nos remeter a uma insolvência civil, a verdade é que o termo falência designa atividades empresariais, enquanto que a insolvência se resguarda a pessoas que exerçam atividades não empresariais.

1.2 Pessoa Jurídica

Ocupando um lugar de relevância no direito de insolvência internacional, cabe uma breve recapitulação sobre a pessoa jurídica no âmbito do Direito Internacional Privado.

Diferentemente da pessoa natural cujo nascimento é uma ocorrência natural que constitui fato jurídico e cujo reconhecimento é automático, as pessoas jurídicas nascem por meio de ato jurídico, devendo estabelecer seu contrato de formação e cumprir com os demais regulamentos estipulados pelas leis do país¹². Por isso, seu reconhecimento dependerá do ordenamento jurídico vigente, mudando de país para país.

O reconhecimento da pessoa jurídica é menos importante que o reconhecimento da pessoa natural, pois o não reconhecimento das últimas geraria abusos graves contrários aos princípios fundamentais de nosso ordenamento. Contudo, as pessoas jurídicas também

¹⁰ COROTTO, Susana. **Modelos de reorganização empresarial brasileiro e alemão: comparação entre a Lei de Recuperação e Falências de Empresas (LRFE) e a *Insolvenzordnung (InsO)* sob a ótica da viabilidade prática**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p. 61 e 62.

¹¹ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa: O Novo Regime da Insolvência Empresarial**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 5.

¹² DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**. Parte Geral. 6ª ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 475.

possuem direitos fundamentais, como o direito ao nome, à marca, à propriedade, e isso faz parte da noção internacional moderna.

Num processo de DIPr, o elemento de conexão escolhido para ligar uma pessoa natural a um determinado ordenamento jurídico poderá ser o de sua nacionalidade ou o de seu domicílio. Mas uma pessoa jurídica não pode sequer possuir domicílio, sem antes constituir personalidade através da outorga do sistema jurídico de seu país de origem, criando-se assim um vínculo entre a pessoa jurídica e o sistema jurídico que concebeu sua formação¹³. As sociedades dependem de sua lei nacional para determinar a lei que regerá seu estatuto jurídico. No entanto, no cenário intencional, essa escolha da nacionalidade causa muitas dificuldades, visto que as empresas jurídicas atravessam fronteiras, atuando em lugares diversos.

Dentre os vários critérios para determinar a nacionalidade de uma pessoa jurídica, Dollinger¹⁴ destaca os três mais importantes:

a) Critério da incorporação: A nacionalidade da pessoa jurídica é fixada pelo país em que a mesma se constitui. É criticado por ser demasiadamente formalista e dependente da vontade dos fundadores, permitindo assim, escolhas arbitrárias e abusivas. Como exemplo de países que adotam esse critério cita-se os Estados Unidos e a Inglaterra.

b) Critério da sede social: A personalidade e a capacidade da pessoa jurídica se afirmam através de suas atividades jurídicas, ligando-a ao país de sua sede social, que pode ser entendida como a sede estatutária. Adotado pela maioria dos países da Europa continental.

c) Critério do controle: A nacionalidade da pessoa jurídica é determinada em função dos interesses nacionais que a animam. O controle se caracteriza principalmente pela nacionalidade dos detentores do capital da sociedade. Foi muito utilizado pelos países da França, Inglaterra e Itália durante a 1ª Guerra Mundial. Foi muito criticado também, pois a fácil mudança dos detentores do controle da sociedade, mediante venda ou dação das respectivas ações, acarretava a alteração da nacionalidade da pessoa jurídica e, conseqüentemente, da lei a que ela se submete, o que implicaria em permanente insegurança jurídica.

No Brasil, o critério adotado e disposto no art. 11 da LICC consagra o critério da incorporação, pois o reconhecimento da personalidade e a determinação da capacidade das

¹³ CASTRO, Amilcar de. **Direito Internacional Privado**. 6º ed. aum. e atualizada. Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 264 *et seq.*

¹⁴ DOLLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**. Parte Geral. 6º ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 478 a 481.

peessoas jurídicas decorrem da lei de sua nacionalidade e que esta é determinada pelo país de sua constituição, sistema que é idêntico ao britânico¹⁵.

Interessante ressaltar o §1º do art. 11 da LICC, segundo o qual uma pessoa jurídica estrangeira que decidir se instalar no Brasil, deverá submeter seus atos constitutivos aos órgãos competentes brasileiros e, após sua constituição, ficará submetida à legislação brasileira. Isso só ocorre se a empresa tiver interesse de instalar no Brasil uma agência, filial ou estabelecimento¹⁶. Nos outros casos, ela poderá exercer suas atividades comerciais no Brasil, se assim o permitir a lei do país de sua constituição.

Oportuno apresentar as diferenças entre os diversos tipos de estabelecimentos de uma pessoa jurídica. Quando uma sociedade deseja atuar em outro país, ela pode fazer basicamente através de duas formas¹⁷. A primeira é através da abertura de uma filial no país estrangeiro, que é um tipo de representação permanente, com dependência jurídica financeira e administrativa da matriz. Também pode ser chamada de agência ou representação. Nos países de língua espanhola é conhecido como sucursal. A segunda forma é através da subsidiária, que supõe a constituição de uma nova sociedade, independente juridicamente, ainda que dependente economicamente da matriz. Em espanhol é chamada de filial, sentido oposto do dado na língua portuguesa.

1.3 *Forum shopping*

Outro conceito muito relevante tanto para o Direito de Insolvência Internacional, quanto para o Direito Internacional Privado, é o de *Forum shopping*.

Forum shopping é uma expressão muito utilizada no Direito Internacional Privado, mas especificamente do âmbito do direito processual internacional, e significa a busca das partes por uma jurisdição cujo resultado jurídico previsto lhes seja mais benéfico.

A sua importância se percebe pela clara elucidação de Jacob Dolinger¹⁸:

O *forum shopping* tem relevância no estudo da fraude à lei, pois às vezes as partes se evadem da aplicação de sua lei sem mudar de nacionalidade, sem trocar seu domicílio, mas simplesmente recorrendo ao Judiciário de outro país, que admite sua

¹⁵ CASTRO, Amílcar de. **Direito Internacional Privado**. 6º ed. aum. e atualizada. Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 270.

¹⁶ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**. Parte Geral. 6º ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 493.

¹⁷ BATTELLO CALDERON, Silvio Javier. **A Insolvência Empresarial no Mercosul**. (Tese de Doutorado) Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2007, p. 28; TAQUELA, Maria. *Concursos y quiebras*. (Cap. 32). In FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (coordenador); *et al. Derecho Internacional de los Estados Del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay*. Buenos Aires: Editora Zavalia, 2003, p. 1321 e 1322.

¹⁸ DOLINGER, Jacob. *Op. Cit.*, p. 424 e 425.

competência jurisdicional para todos que a ele recorrem, como antigamente, no caso dos divórcios em Fiume e em Klausenburg, para onde acorriam os europeus cuja legislação pessoal vedava o divórcio. Mais recentemente isto ocorria com os divórcios no Uruguai e no México utilizados pelos brasileiros, e atualmente com os divórcios de Nevada para os norte-americanos domiciliados em Estados que impõem rigorosos requisitos para a concessão do divórcio. São os chamados “juízos facilitários”.

Na União Europeia, esse problema foi redimido através da fixação de normas comuns aos seus membros para estabelecer o juízo competente internacionalmente, conforme será visto mais adiante. Já no Mercosul, o *Forum shopping* continua como um problema atual a ser solucionado.

1.4 Aspectos Gerais do Direito de Insolvência Internacional

O Direito de Insolvência se relaciona intimamente com diversas áreas do direito, como o direito civil, o direito empresarial, o direito internacional. O crescimento econômico mundial aumentou a interação entre as pessoas no globo. As pessoas passaram a comprar de empresas que se localizavam em países mui longínquos dos seus. As empresas passaram a buscar fornecedores em países espalhados ao redor da Terra. A rede econômica global se tornou muito complexa e diversificada. Assim também o impacto de uma insolvência passou a se disseminar rapidamente pelo mundo, criando a necessidade do desenvolvimento de normas jurídicas que regulassem a insolvência no âmbito internacional. No entanto, por diversas razões, esse direito permanece essencialmente nacional¹⁹, sendo que cada país adota normas de insolvência em conformidade com seus contextos político, econômico, cultural e jurídico, dificultando enormemente a tarefa de uniformizar, e, ou, harmonizar esse direito²⁰.

Os Estados organizaram suas legislações falimentares, adequando a seus respectivos contextos, desenvolvendo-se independentemente. Isso gerou uma grande diferença entre os sistemas jurídicos, devido à complexidade estrutural peculiar de cada país. Esse grande desequilíbrio enfraquece os esforços de diversas entidades internacionais que visam à uniformização e harmonização dos diferentes ordenamentos falimentares. Eis a importância de se realizar estudos nessa área.

¹⁹ RECHSTEINER, Beat Walter. “A insolvência internacional sob perspectiva do Direito brasileiro”. (cap. 21). In PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.) et al.. **Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 671.

²⁰ LISBOA, Marcos de Barros et al. “A racionalidade Econômica da Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas.”(Introdução). In PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.) et al.. **Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 37.

Contudo, o que caracteriza uma insolvência como internacional? O principal elemento que caracteriza uma falência como internacional é a existência de um patrimônio internacionalmente disperso. Outros elementos que auxiliam na tarefa de definir uma insolvência como internacional podem ser a existência de um grupo multinacional, de uma nacionalidade estrangeira de uma sociedade, de acionistas estrangeiros na sociedade falida e de credores que se qualifiquem como estrangeiros²¹.

Nas palavras de Beat Walter Rechsteiner²²: “O direito falimentar internacional se caracteriza, portanto, em primeiro lugar, como um direito de coordenação no âmbito do direito falimentar quanto a situações de insolvência com conexão internacional”. Nesse sentido, o direito falimentar internacional se assemelha muito ao direito internacional privado. O mesmo autor, no entanto, ressalta que são esparsas as normas que regulam diretamente questões jurídicas de insolvência internacional²³.

O Direito de Insolvência Internacional regula principalmente a competência internacional, o direito aplicável nas questões falimentares internacionais, o reconhecimento e homologações dos processos de falência internacional e outras questões de cooperação internacional²⁴. A classificação e a habilitação de credores estrangeiros e sua equiparação aos credores nacionais também é um tema comum do direito de insolvência internacional.

A análise da competência internacional, na maioria dos casos, é efetuada pelos diferentes sistemas de Direito Internacional Privado. O elemento de conexão poderá ser o domicílio do devedor, a sede da sociedade, o país em que se encontra o estabelecimento principal, o centro de principal interesse do devedor, ou ainda o local onde estejam os bens do devedor²⁵, havendo duas correntes nesse sentido. A primeira é a da unidade de juízo que atribui a competência a apenas um Estado no qual o devedor tenha seu domicílio. A segunda corrente é a da pluralidade de juízos competentes, que atribui a competência a todos os países em que existam bens do devedor. A lei modelo da UNCITRAL de 1997²⁶ sobre a insolvência internacional, bem como os guias práticos e legislativos (de 2004, 2009 e 2010) da

²¹ TAQUELA, Maria. *Concursos y quiebras*. (Cap. 32). In FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (coordenador); et al. **Derecho Internacional de los Estados Del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay**. Buenos Aires: Editora Zavalia, 2003, p. 1353.

²² A insolvência internacional sob perspectiva do Direito brasileiro. (cap. 21). In PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.) et al.. **Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 676 e 677.

²³ *Ibid.*

²⁴ RECHSTEINER, Beat Walter. “A insolvência internacional sob perspectiva do Direito brasileiro”. (cap. 21). In PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.) et al.. **Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 675.

²⁵ TAQUELA, Maria. *Op. Cit.*, p. 1353 e 1354.

²⁶ Lei Modelo da UNCITRAL sobre insolvência internacional e guias práticos e legislativos. Disponível em: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency.html. Acesso em: 02/11/2010.

UNCITRAL tentam superar essas duas correntes, conciliando um processo principal com a possibilidade de procedimentos secundários em outros países, semelhantemente ao sistema adotado na União Europeia.

1.4.1 Princípio da unidade e da pluralidade de juízos

A doutrina sobre direito falimentar internacional explicita dois princípios: o princípio da unidade e o da pluralidade de juízos.

O princípio da unidade defende que haja um único processo de insolvência, ainda que existam bens do devedor e, ou, credores em vários países. Na unidade de juízo, todas as questões jurídicas relacionadas ao processo são julgadas pelo mesmo órgão competente, levando em conta todo o patrimônio do devedor, independentemente da localização dos bens²⁷. Geralmente se atribui a competência ao Estado do domicílio do devedor²⁸.

Já o princípio da pluralidade defende que a competência para o julgamento da lide se dê em todos os países em que se encontrem bens de um mesmo devedor. Esse princípio prepondera na maioria dos ordenamentos jurídicos nacionais²⁹.

1.4.2 Princípio da territorialidade e da universalidade

No direito falimentar internacional a doutrina ainda se refere a dois outros princípios, a saber, os princípios da territorialidade e da universalidade, que não podem ser confundidos com aqueles da unidade e da pluralidade³⁰. Os primeiros, por sua vez, têm relação com os efeitos jurídicos, enquanto os últimos têm relação com a competência.

Os efeitos jurídicos de um processo de insolvência internacional ficam restritos ao país de abertura do processo pelo princípio da territorialidade. Nesse caso, duas situações³¹ poderão ocorrer. A primeira é que, para fins do processo, o tribunal nacional não considerará os bens do insolvente localizados no exterior. A segunda situação é que o tribunal nacional

²⁷ RECHSTEINER, Beat Walter. “A insolvência internacional sob perspectiva do Direito brasileiro”. (cap. 21). In PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.) et al.. **Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 674.

²⁸ TAQUELA, Maria. *Concursos y quiebras*. (Cap. 32). In FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (coordenador); et al. **Derecho Internacional de los Estados Del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay**. Buenos Aires: Editora Zavalia, 2003, p. 1354.

²⁹ RECHSTEINER, Beat Walter. *Op. Cit.*, p. 674. Cf. TAQUELA, Maria. *Op. Cit.*, p. 1354.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*, p. 673. Nesse sentido também CASTRO, Amílcar de. **Direito Internacional Privado**. 6º ed. aum. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 407.

não reconhecerá os efeitos jurídicos de um processo estrangeiro que incida sobre bens do insolvente situado no território nacional. Segundo esse princípio, cada Estado, em que houver bens do insolvente, estará habilitado a realizar o procedimento de insolvência, sem que haja comunicação entre eles. O direito aplicado ao processo é o direito do Estado de abertura do processo, só havendo a possibilidade dos credores residentes no país exercerem seus direitos sobre os bens nacionais³². Os países que seguem esse princípio em sua forma mais pura são o Japão e a Coreia do Sul. De uma forma mais branda, Estados Unidos, Inglaterra e País de Gales também seguem esse princípio³³.

Já o princípio da universalidade estende os efeitos jurídicos de um processo de insolvência nacional aos países em que existam bens do devedor insolvente. No entanto, para que isso ocorra, é necessário que em todos os países onde se encontrem ativos do devedor admitam que os efeitos jurídicos de outros Estados tenham validade no território nacional³⁴. Essa admissão normalmente ocorre via cooperação internacional, como resultado do princípio da reciprocidade. Nenhum sistema jurídico do mundo adota esse princípio na sua forma extremada³⁵. Por isso, existem inúmeras variantes do princípio, sendo os principais exemplos os de Bélgica e Luxemburgo³⁶.

Silvio Battello³⁷ emprega as expressões modelo territorialista, modelo universal e modelo misto. O modelo misto, como se subentende do próprio nome, é um meio termo entre os dois princípios. Existem modelos mistos de territorialidade moderada e modelos mistos de universalidade moderada.

O modelo misto com mais características do princípio da territorialidade condiciona a abertura de novos processos à imprescindibilidade de existir um estabelecimento comercial no país, não ocorrendo perante a existência unicamente de bens do insolvente. Ele também permite fazer uma análise da unidade ou pluralidade das massas falimentares, pois sempre que

³² BATTELLO CALDERON, Silvio Javier. **A Insolvência Empresarial no Mercosul**. (Tese de Doutorado) Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2007, p. 45. Nesse sentido também CASTRO, Amílcar de. **Direito Internacional Privado**. 6º ed. aum. e atualizada. Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 407. Cf. TAQUELA, Maria. *Concursos y quiebras*. (Cap. 32). In FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (coordenador); et al. **Derecho Internacional de los Estados Del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay**. Buenos Aires: Editora Zavalia, 2003, p. 1354; e CASTRO, Amílcar de. **Direito Internacional Privado**. 6º ed. aum. e atualizada. Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 407.

³³ ESPLUGUES MOTA, Carlos A. **La quiebra internacional**. Barcelona: Bosch, 1993, p. 50 et seq. Apud BATTELLO CALDERON, Silvio Javier. **A Insolvência Empresarial no Mercosul**. (Tese de Doutorado) Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2007, p. 45 e 46.

³⁴ RECHSTEINER, Beat Walter. “A insolvência internacional sob perspectiva do Direito brasileiro”. (cap. 21). In PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.) et al.. **Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 673.

³⁵ TAQUELA, Maria. *Op. Cit.*, p. 1354. Nesse sentido também CASTRO, Amílcar de. *Op. Cit.*, p. 407; Cf. RECHSTEINER, Beat Walter. *Op. Cit.* p. 673.

³⁶ ESPLUGUES MOTA, Carlos A. *Op. Cit.*, p. 49.

³⁷ BATTELLO CALDERON, Silvio Javier. *Op. Cit.*, p. 49.

houver pluralidade de processos, haverá pluralidade de massas, formando cada processo a sua massa. Quando houver relação entre os processos, após a liquidação, poderá surgir excedentes que poderão servir para o adimplemento das dívidas do insolvente em outros processos.

Já o modelo misto de tendência ao princípio da universalidade faculta a abertura de processos secundários subordinados ao principal, abarcando inclusive a possibilidade de abri-los sem que se inicie o processo principal. Tal modelo é o adotado pelo Regulamento 1346/2000 da União Europeia, que regula a insolvência internacional na região, como será analisado posteriormente. Por regra, no modelo universal moderado, haveria apenas uma massa falimentar, mas o julgador poderá determinar a divisão da massa segundo os bens do devedor existentes em cada país a fim de que os credores locais possam se habilitar em juízo de forma vantajosa em relação aos credores estrangeiros no país. Esse sistema é conhecido como o sistema de preferências nacionais³⁸.

Nas legislações falimentares dos países do Mercosul se percebe a existência de sistemas de princípio territorial, com preferências nacionais, que permitem a distribuição dos excedentes do processo de insolvência aos credores de outros países³⁹. No entanto, tal circunstância raramente ocorre. Apenas as legislações argentina e uruguaia possuem em seus ordenamentos jurídicos de insolvência regulamentações específicas para os processos de insolvência internacional.

1.5 Aspectos Gerais da Competência Internacional

A competência internacional se insere dentro do contexto do chamado Processo Civil Internacional⁴⁰ e é um dos pressupostos básicos do Direito de Insolvência Internacional. A sua função essencial é indicar o juízo a que será submetido um caso em exame⁴¹. O julgador deve, primeiramente, determinar a competência internacional, para só então determinar a lei aplicável ao caso concreto⁴².

³⁸ TAQUELA, Maria. *Concursos y quiebras*. (Cap. 32). In FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (coordenador); *et al. Derecho Internacional de los Estados Del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay*. Buenos Aires: Editora Zavalia, 2003, p. 1355. Nesse sentido também BATTELLO CALDERON, Silvio Javier. **A Insolvência Empresarial no Mercosul**. (Tese de Doutorado) Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2007, p.49.

³⁹ BATTELLO CALDERON, Silvio Javier. **A Insolvência Empresarial no Mercosul**. (Tese de Doutorado) Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2007, p.51.

⁴⁰ ARAÚJO, Nádia de. **Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira**. 4ºed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 217.

⁴¹ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado: teoria e prática**. 12º ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 250.

⁴² ARAÚJO, Nádia de. *Op. Cit.*, p. 218.

Controverso no plano internacional são os conceitos de jurisdição e de competência. Enquanto o conceito de jurisdição está ligado ao direito internacional público, o conceito de competência está ligado ao direito interno e, portanto, determina o alcance da jurisdição nacional frente a outros Estados⁴³. Assim, as normas de competência internacional decorrem do direito de cada país soberanamente determinar o alcance de sua jurisdição interna, o que pode resultar em conflitos positivos e negativos de competência. O conflito positivo ocorre quando dois ou mais tribunais se declaram competentes para julgar uma causa. O conflito negativo ocorre quando nenhum tribunal se declara competente para decidir um caso⁴⁴. O fato dos países utilizarem o direito interno para determinar a competência, não impede a existência de outras fontes⁴⁵.

Outra distinção que se cabe fazer é entre as normas diretas e indiretas de competência internacional. As normas diretas fazem parte do ordenamento interno e determinam expressamente a competência. No Brasil, essas normas se concentram nos arts. 88 a 90 do Código de Processo Civil (CPC). Já as normas indiretas são aquelas nas quais os julgadores estrangeiros indicam que o direito aplicável será o nacional⁴⁶.

Rechsteiner⁴⁷ classifica ainda a competência entre geral e especial, sendo a regra geral da primeira o reconhecimento do domicílio do réu como foro geral e admitindo regra especial no segundo caso, como o exemplo do foro de eleição.

1.5.1 Cooperação Internacional

Por muito tempo, cada Estado determinava a sua própria competência sem interferência externas. Porém, com a crescente movimentação de sujeitos e objetos no globo, os elementos estrangeiros se tornaram corriqueiros nos processos nacionais. Por questões de reciprocidade e outras que não cabem aqui ser debatidas, passou-se a aceitar, cada vez mais, que decisões de outros países tivessem efeitos em outro território nacional. Com isso, têm-se fortalecido a corrente de uma jurisdição materialmente universal nos casos de DIPr⁴⁸.

⁴³ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado: teoria e prática**. 12º ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 250 e 251.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 251 e 252.

⁴⁵ ARAÚJO, Nádia de. **Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira**. 4ºed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 222.

⁴⁶ RECHSTEINER, Beat Walter. *Op. Cit.*, p. 256 e 257.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 256.

⁴⁸ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (coordenador); *et al.* **Derecho Internacional de los Estados Del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay**. Buenos Aires: Editora Zavalia, 2003, p. 139 e 140.

As situações jurídicas, acima descritas, impulsionam a cooperação dos Estados entre si, fazendo com que eles elaborem conjuntamente normas de caráter recíproco que recairão sobre o processo civil internacional⁴⁹. A determinação de uma competência internacional comum, em diferentes áreas jurídicas, tem sido objeto de inúmeros esforços internacionais, inclusive no terreno do direito falimentar internacional, como será visto mais adiante.

As cooperações internacionais podem ocorrer de várias formas⁵⁰, entre elas se podem citar os acordos bilaterais e os acordos multilaterais. Outro tema citado por Araújo⁵¹ é a cooperação interjurisdicional em sentido estrito que trata de diversos atos que ocorrem no curso de processo. O meio processual preferencial para tanto é a carta rogatória.

O Brasil tem o costume de cumprir com pedidos de outros países que chegam por meio de cartas rogatórias ou pelo reconhecimento de sentenças estrangeiras⁵², sendo somente o STJ competente para homologá-las, havendo necessidade de exame da competência indireta das autoridades solicitantes estrangeiras⁵³.

1.5.2 Competência Internacional no Brasil

O CPC regulamentou a competência internacional nos arts. 88 a 90, que fixam monopólio jurisdicional absoluto para a autoridade judiciária brasileira e a competência interna nos arts. 91 a 124⁵⁴. A primeira fixa os limites espaciais e a segunda define os limites internos⁵⁵.

Ele também separou a competência internacional entre concorrente (art. 88), conhecida ainda como relativa, alternativa ou cumulativa; e exclusiva (art. 89). Na competência exclusiva somente a autoridade nacional é internacionalmente competente, devendo-se excluir qualquer outra. Por exclusão, na concorrente se reconhece que outras autoridades também podem ser competentes⁵⁶.

⁴⁹ ARAÚJO, Nádía de. **Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira**. 4^oed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 219 e 220.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 220.

⁵¹ *Ibid.*, p. 220.

⁵² *Ibid.*, p. 219 e 220.

⁵³ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado: teoria e prática**. 12^o ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 256 e 257.

⁵⁴ *Ibid.*, 2009, p. 250; Cf. também MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Garantia Constitucional do Direito à Jurisdição – Competência Internacional da Justiça Brasileira, Prova do Direito Estrangeiro”. In **Revista Forense**, vol. 343, p. 279. *Apud* ARAÚJO, Nádía de. *Op. Cit.*, p. 223 e 224.

⁵⁵ ARAÚJO, Nádía de. *Op. Cit.*, p. 224 e 225.

⁵⁶ RECHSTEINER, Beat Walter. *Op. Cit.*, p. 256 e 257; nesse sentido MESQUITA, José Ignácio Botelho de. “Da Competência Internacional e dos Princípios que a Informam”. In **Revista de Processo**. N. 50, p. 53. *Apud*

No capítulo seguinte se aprofundará os temas em questão, buscando se conhecer melhor a problemática da competência internacional e do direito aplicável no direito de insolvência da União Europeia.

2 DIREITO DE INSOLVÊNCIA NA UNIÃO EUROPÉIA

2.1 Introdução

2.1.1 O regulamento de insolvência europeu

O Conselho da União Europeia assinou, no dia 29 de maio de 2000, o regulamento (da então Comunidade Europeia) n°1346/2000⁵⁷. Ele entrou em vigor em 31 de maio de 2002 em todos os Estados-membros da União Europeia, com exceção da Dinamarca (conforme Consideração n°33 do regulamento⁵⁸).

O regulamento se esforçou por facilitar o desenvolvimento do processo de insolvência. Ela soluciona conflitos de competência e colisões de normas jurídicas. Por essa razão é que o Regulamento Europeu de Insolvência (Europäische Insolvenzverordnung, EuInsVO) contém simplesmente regras processuais e de colisão de normas jurídicas, preenchendo a lacuna do art. 1, § 2, n°2 do Reg. 44/2001, conhecido como Bruxelas I⁵⁹.

2.1.2 Competência Internacional e Direito Aplicável

⁵⁷ REISCHL, Klaus. **Insolvenzrecht**. C. F. Müller: Berlin 2008, p. 247.

⁵⁸ (33) A Dinamarca, nos termos dos artigos 1.o e 2.o do Protocolo relativo à posição da Dinamarca anexo ao Tratado da União Europeia ao Tratado que institui a Comunidade Europeia, não participa na aprovação do presente regulamento e, por conseguinte, não está por ele vinculada nem sujeita à sua aplicação,

⁵⁹ REISCHL, Klaus. *Op. Cit.*, p. 247.

O Regulamento Europeu de Insolvência presenciou um rápido crescimento em importância desde a sua entrada em vigor. Mas juntamente com esse crescimento, muitos problemas relacionados ao regulamento também se elevaram.

Nesse capítulo serão tratados alguns dos problemas do regulamento, especialmente relacionados ao art. 3 e art. 4 do EuInsVO. O art. 3 lida com a competência internacional e o art. 4 sobre o direito aplicável.

2.2 O art. 3 do EuInsVO⁶⁰

Uma das mais importantes normas do regulamento é o artigo 3. É através dele que se definirá a competência internacional para o processo principal e o direito em que se insere a única relação jurídica do devedor com o credor⁶¹.

2.2.1 Princípio da Universalidade

Como já foi visto, o princípio aplicado no direito de insolvência europeu é o da universalidade⁶². Segundo esse princípio, um processo de insolvência aberto dentro de um país, estende seus efeitos também no exterior, em especial onde há patrimônio do devedor comprovado. Da mesma forma se reconhece os efeitos de um processo de insolvência estrangeiro, dentro do território nacional⁶³.

Resumidamente, pode se dizer que o processo nacional de insolvência se estende com seus efeitos no exterior de igual maneira que o processo estrangeiro de insolvência se estende com seus efeitos dentro do país.

⁶⁰ Art. 3: (Competência internacional).

1. Os órgãos jurisdicionais do Estado-Membro em cujo território está situado o centro dos interesses principais do devedor são competentes para abrir o processo de insolvência. Presume-se, até prova em contrário, que o centro dos interesses principais das sociedades e pessoas colectivas é o local da respectiva sede estatutária.

2. No caso de o centro dos interesses principais do devedor se situar no território de um Estado-Membro, os órgãos jurisdicionais de outro Estado-Membro são competentes para abrir um processo de insolvência relativo ao referido devedor se este possuir um estabelecimento no território desse outro Estado-Membro. Os efeitos desse processo são limitados aos bens do devedor que se encontrem neste último território.

3. Quando um processo de insolvência for aberto ao abrigo do disposto no n.º 1, qualquer processo de insolvência aberto posteriormente ao abrigo do disposto no n.º 2 constitui um processo secundário. Este processo deve ser um processo de liquidação.

⁶¹ KIRCHHOF, Hans-Peter; LWOWSKI, Dr. Hans-Jürgen; STÜRNER, Dr. Rolf (Hrsg.). **Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung**. Band 3. 2. Auflage. Verlag C. H. Beck München 2008, p. 1150-1151.

⁶² *Ibid.*, p. 1151.

⁶³ HÄSEMEYER, Ludwig. **Insolvenzrecht**. 4. Auflage. Carl Heymanns Verlag KG: München 2007, p. 988.

Esse princípio também está regulado no direito interno alemão, no art. 335 da InsO (InsO - Insolvenzordnung). Conforme esse artigo, os efeitos da abertura de um processo de insolvência no exterior e no território nacional desdobra-se segundo o Direito do país de abertura do processo. O reconhecimento do processo de insolvência estrangeiro é expresso, de acordo com o art. 343 da lei de insolvência alemã (Insolvenzordnung), e conseqüentemente os seus efeitos também. Os processos particular ou secundário (abaixo explicitado) podem ser abertos desde que haja patrimônio do devedor localizado em território nacional, com fulcro nos arts. 354, 356 da InsO⁶⁴.

2.2.2 Efeitos em outros Estados-membros

Com base no princípio da universalidade, os tribunais dos outros Estados-membros deverão aceitar que não mais poderão reclamar para si o centro de principal interesse do devedor. Depois da EuInsVO (Regulamento Europeu de Insolvência – Europäische Insolvenzordnung), somente existe um centro de interesse cuja existência se dá no país de abertura do processo⁶⁵.

O regulamento não será aplicado quando a competência internacional for de um terceiro Estado, não pertencente aos países signatários, nem mesmo para a decisão da competência dos processos secundários (art. 3, § 2, da EuInsVO)⁶⁶.

Ainda não está determinado, se um tribunal depois de reconhecer sua competência, poderá se declarar como incompetente para julgar a lide⁶⁷.

2.2.3 O Centro de Principal Interesse

Devido à grande diferença entre os ordenamentos jurídicos dos Estados-membros, abriu-se a possibilidade de um determinado credor ou devedor escolher um ordenamento jurídico que oferecesse melhores condições para si. Este fenômeno se chama *forum shopping*.

⁶⁴ HÄSEMAYER, Ludwig. **Insolvenzrecht**. 4. Auflage. Carl Heymanns Verlag KG: München 2007, p. 991-992.

⁶⁵ DUURSMA-KEPLINGER, Henriette-Christine; DUURSMA, Dieter; CHALUPSKY, Ernst. **Europäische Insolvenzverordnung**. (Kommentar). Springer Verlag: Wien 2002, p. 137.

⁶⁶ KIRCHHOF, Hans-Peter; LWOWSKI, Dr. Hans-Jürgen; STÜRNER, Dr. Rolf (Hrsg.). **Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung**. Band 3. 2. Auflage. Verlag C. H. Beck München 2008, p. 1162-1163.

⁶⁷ DUURSMA-KEPLINGER, Henriette-Christine *et al. Op. Cit.*, p. 142.

Assim a competência internacional é de imensa importância para a concepção da abertura de um processo de insolvência⁶⁸.

O elemento de conexão escolhido para a determinação da competência foi o centro do interesse principal (conforme a Consideração nº13 do Reg. 1346/2000⁶⁹). Com isso os potenciais credores de determinado devedor podem calcular os riscos jurídicos de um determinado caso de insolvência ao vincular a competência internacional a um determinado local⁷⁰.

Contudo, o conceito jurídico de “centro de interesse principal”, também conhecido como *center of main interest* (COMI), era muito controverso. O Tribunal de Justiça Europeu (TJE) terminou com a discussão no caso da Eurofood (abaixo explicitado)⁷¹.

2.2.3.1 Sociedades e o Centro de Principal Interesse

A regra é que o centro de principal interesse seja o local de regular estabelecimento, até prova em contrário⁷². Devido ao fato de o EuInsVO deixar ao Direito dos Estados determinar qual será o centro, colisões podem ocorrer⁷³.

Existem, entretanto, diferentes teorias para determinar essa questão.

2.2.3.2 Teorias para determinar o centro de interesse principal em sociedades

O conceito de centro de interesse principal é um conceito próprio do Regulamento. Ele é autônomo e independente da interpretação dos ordenamentos jurídicos nacionais (conforme Consideração nº13 do Reg. 1346/2000).

Duas diferentes abordagens foram construídas.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 123.

⁶⁹ (13) O "centro dos interesses principais" do devedor deve corresponder ao local onde o devedor exerce habitualmente a administração dos seus interesses, pelo que é determinável por terceiros.

⁷⁰ DUURSMA-KEPLINGER, Henriette-Christine; DUURSMA, Dieter; CHALUPSKY, Ernst. **Europäische Insolvenzverordnung**. (Kommentar). Springer Verlag: Wien 2002, p. 126.

⁷¹ KIRCHHOF, Hans-Peter; LWOWSKI, Dr. Hans-Jürgen; STÜRNER, Dr. Rolf (Hrsg.). **Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung**. Band 3. 2. Auflage. Verlag C. H. Beck München 2008, p. 1150-1151.

⁷² *Ibid.*, p. 1152.

⁷³ DUURSMA-KEPLINGER, Henriette-Christine *et al. Op. Cit.*, p. 133.

a) Teoria do *Mind of Management*:

Segundo essa teoria, o centro se localiza, onde as decisões estratégicas e de direção de uma sociedade se realizam. Essa teoria começou nos tribunais ingleses e posteriormente passou a ser empregada nos tribunais continentais⁷⁴.

O desenvolvimento dessa teoria se deu através dos casos⁷⁵: Enron Directo Sociedad Limitada, ISA/Daisytek, Crisscross Telecommunications Group, Automold GmbH, Hettlage, Parmalat/Eurofood, Zenith, Hukla-Werke e MG Rober.

Numa visão abrangente dessa jurisprudência é possível verificar que essa teoria é principalmente empregada para grandes sociedades corporativas⁷⁶.

b) Teoria do *Business-Activity*:

O centro é o local em que estão estabelecidas as atividades de propaganda de uma sociedade. É o local que os terceiros reconhecem como local onde são tomadas as decisões administrativas. Essa teoria é empregada pela maioria dos tribunais continentais europeus⁷⁷.

O desenvolvimento dessa teoria se deu através dos seguintes casos⁷⁸: EMBIC e AvCraft International Ltda..

c) Decisão do Tribunal de Justiça Europeu no caso Eurofood:

O EuInsVO não contém regras para direções conjuntas de empresas na forma de matrizes e filiais de sociedades. Há muita incerteza determinação do centro de interesse principal quando se trata de companhias com muitos estabelecimentos⁷⁹.

A decisão valida a teoria do Business-Activity. Quando a administração de seu interesse principal no lugar de estabelecimento sob a garantia de sua *Corporate Identity* é entregue ao exterior, a presunção do local não pode ser refutada através de um controle simplesmente pela matriz. A presunção do art. 3, §1, segunda frase, da EuInsVO pode somente refutar por meios objetivos e por critérios estabelecido por terceiros⁸⁰.

⁷⁴ KIRCHHOF, Hans-Peter *et al. Op. Cit.*, p. 1153.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 1153-1156.

⁷⁶ KIRCHHOF, Hans-Peter; LWOWSKI, Dr. Hans-Jürgen; STÜRNER, Dr. Rolf (Hrsg.). **Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung**. Band 3. 2. Auflage. Verlag C. H. Beck München 2008, p. 1157

⁷⁷ *Ibid.*, p. 1157

⁷⁸ *Ibid.*, p. 1157-1158.

⁷⁹ DUURSMA-KEPLINGER, Henriette-Christine; DUURSMA, Dieter; CHALUPSKY, Ernst. **Europäische Insolvenzverordnung**. (Kommentar). Springer Verlag: Wien 2002, p. 173.

⁸⁰ KIRCHHOF, Hans-Peter *et al. Op. Cit.*, p. 1158 -1160.

2.2.3.3 Pessoas Naturais e o Centro de Interesse Principal

O conceito de „centro de interesse principal“ é também aplicável para pessoas naturais a fim de definir o local competente. Isso foi discutido no caso Virgos/Schmit⁸¹ e a solução foi a de que não somente atividades comerciais, industriais ou profissionais, mas também atividades econômicas em geral seriam abrangidas, de forma que também a atuação de pessoas físicas seriam abrangidas.

a) Trabalhadores Assalariados:

Alguns autores como, por exemplo, Duursma-Keplinger⁸² defendem o emprego do conceito de domicílio ou residência para determinar a competência. Mas isso não corresponde ao Regulamento. Esse emprego é perigoso porque o conceito normativo de domicílio é diferentemente empregado em cada Estado-membro. Por isso o conceito de centro de interesse principal é mais bem empregado. Ele também é autônomo a fim de evitar que cada país se utilize de seus próprios conceitos⁸³.

b) Atividades industriais ou profissionais liberais:

A regra aqui é, que o lugar, onde alguém profissionalmente se ocupa, é o centro do interesse principal⁸⁴. Quando o lugar de atividades de uma pessoa independente não se localiza em apenas um Estado-membro, então serão utilizados os mesmos critérios das sociedades (acima mencionados) a fim de determinar o centro de interesse principal⁸⁵.

2.2.4 Processo Principal e Particular

2.2.4.1 Processo Principal

O tribunal do Estado-membro internacionalmente competente para a abertura do processo principal é aquele em que se localiza o centro de interesse principal do devedor (art.

⁸¹ *Ibid.*, p. 1163

⁸² DUURSMA-KEPLINGER, Henriette-Christine; DUURSMA, Dieter; CHALUPSKY, Ernst. **Europäische Insolvenzverordnung**. (Kommentar). Springer Verlag: Wien 2002, p. 132

⁸³ KIRCHHOF, Hans-Peter; LWOWSKI, Dr. Hans-Jürgen; STÜRNER, Dr. Rolf (Hrsg.). **Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung**. Band 3. 2. Auflage. Verlag C. H. Beck München 2008, p. 1163-1164.

⁸⁴ DUURSMA-KEPLINGER, Henriette-Christine *et al. Op. Cit.*, p. 132

⁸⁵ KIRCHHOF, Hans-Peter *et al. Op. Cit.*, p. 1165

3, §2, 1ª frase da EuInsVO)⁸⁶. Para evitar o perigo da abertura de um processo paralelo, o Regulamento hierarquizou o processo. Na área de aplicação territorial do EuInsVO é somente admissível um processo principal⁸⁷.

Segundo o art. 33 da EuInsVO, o local internamente competente para a abertura do processo principal de insolvência se dá pelo respectivo Direito nacional. Para os tribunais alemães, a norma de competência interna se encontra no art. 3, §1 da InsO. Conforme esse dispositivo o tribunal de insolvência competente é o tribunal em cuja jurisdição o devedor geralmente está vinculado⁸⁸.

2.2.4.2 *Processo Particular*

Está regulado no art. 3, §2 a §4. Quando um Estado-membro não é competente para abertura de um processo de insolvência principal, ele poderá abrir um processo de insolvência particular⁸⁹. Mas para ingressar com um processo particular, é preciso preencher 3 pré-requisitos⁹⁰:

-O centro de interesse principal do devedor deverá estar localizado em um dos Estados signatários do Regulamento.

-O centro de interesse deverá estar localizado em um outro Estado-membro.

-No território do Estado-membro em que se abrirá o processo particular deverá haver um estabelecimento do devedor.

Por estabelecimento se entende todo lugar de atividade em que o devedor exerce uma atividade econômica de caráter não transitório e que implica o empenho de pessoas e valores patrimoniais (art. 2, alínea h, da EuInsVO). Sem dúvida é decisivo que o conceito de estabelecimento implique um mínimo de organização e um determinado tempo de duração da atividade⁹¹.

Em determinados casos poderá se abrir um processo particular antes do processo principal. Isso pode ocorrer quando um credor nacional ou um credor de um estabelecimento situado em território nacional requerem a abertura de um processo de insolvência ou ainda se

⁸⁶ HÄSEMEYER, Ludwig. **Insolvenzrecht**. 4. Auflage. Carl Heymanns Verlag KG: München 2007, p. 1005.

⁸⁷ DUURSMA-KEPLINGER, Henriette-Christine *et al. Op. Cit.*, p. 135.

⁸⁸ KIRCHHOF, Hans-Peter; LWOWSKI, Dr. Hans-Jürgen; STÜRNER, Dr. Rolf (Hrsg.). **Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung**. Band 3. 2. Auflage. Verlag C. H. Beck München 2008, p. 1174

⁸⁹ HÄSEMEYER, Ludwig. **Insolvenzrecht**. 4. Auflage. Carl Heymanns Verlag KG: München 2007, p. 1010.

⁹⁰ DUURSMA-KEPLINGER, Henriette-Christine; DUURSMA, Dieter; CHALUPSKY, Ernst. **Europäische Insolvenzverordnung**. (Kommentar). Springer Verlag: Wien 2002, p. 155.

⁹¹ *Ibid.*, p. 155.

os dispositivos jurídicos do Estado-membro, onde o devedor o centro de interesse principal tenha, não admitirem a abertura de um processo de insolvência principal. No entanto, após a abertura de um processo de insolvência principal, o processo particular se transformará num processo secundário.

O tipo de processo particular aberto será um processo de liquidação ou um processo de saneamento (art. 3, §4, no sentido dos anexos A e B da EuInsVO)⁹².

a) Processo de Insolvência Secundário:

O Processo de Insolvência Secundário advém em um determinado momento do processo principal. O estabelecimento é o elemento de conexão. O tipo processual é o processo de liquidação (art. 3, §3, 2º frase no sentido do anexo B da EuInsVO)⁹³. Mas existem autores, que em casos específicos defendem um processo de saneamento em vez de um de liquidação⁹⁴.

b) Processo Particular Independente:

Quando em um Estado-membro o devedor tem seu centro de interesse principal e não se poderia abrir um processo de insolvência, nem se poderá abrir um, então são limitadas as possibilidades de execução de um processo particular (art. 3, §4 da EuInsVO). Assim é possível abrir um Processo Particular Independente (também chamado de Processo Particular Isolado), quando falha o processo principal. Trata-se aqui de um importante requisito de admissibilidade, o dever de proteção do direito do credor através da concretização da execução de um determinado Processo Particular Independente⁹⁵.

No caso de um Estado-membro competente para o processo principal, mas cujo Direito não reconhece ou possibilita a abertura de um processo de insolvência, é possibilitado a abertura de um processo particular independente segundo o art. 3, §4, alínea b da EuInsVO, sendo habilitado para ingressar com a ação somente o credor que tem seu domicílio, residência ou moradia no país onde se localiza o estabelecimento do devedor, ou cuja pretensão deriva do funcionamento desse estabelecimento⁹⁶.

⁹² *Ibid.*, p. 171.

⁹³ DUURSMA-KEPLINGER, Henriette-Christine; DUURSMA, Dieter; CHALUPSKY, Ernst. **Europäische Insolvenzverordnung**. (Kommentar). Springer Verlag: Wien 2002, p. 158.

⁹⁴ KIRCHHOF, Hans-Peter; LWOWSKI, Dr. Hans-Jürgen; STÜRNER, Dr. Rolf (Hrsg.). **Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung**. Band 3. 2. Auflage. Verlag C. H. Beck München 2008, p. 1175.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 1175-1176, Rd 76

⁹⁶ *Ibid.*, p. 1175-1176, Rd 77.

Por isso existem 3 possibilidades⁹⁷ para abrir um Processo de Insolvência Particular Independente, conforme o art. 3, §4, alíneas a e b da EuInsVO:

-caso a abertura do processo de insolvência segundo §1 diante da condição que nas normas jurídicas previstas nos Estados-membros, no qual o devedor do centro de seu interesse principal, não é possível (art. 3, §4, alínea a da EuInsVO) ou

-caso a abertura do processo particular solicitada por um credor cujo domicílio, residência ou moradia seja no Estado-membro em que se localiza o estabelecimento correspondente (art. 3, §4, alínea b, 1º caso da EuInsVO), ou

-caso cuja pretensão consiste da conexão derivada do funcionamento dessa empresa (art. 3, §4, alínea b, 2º caso da EuInsVO).

2.2.5 Conflito de Competência

Conflito de competência positivo é quando 2 tribunais de insolvência concorrem pela exigência de tomar para si a competência. Um conflito de competência negativo é quando mais tribunais de insolvência solicitados apontam respectivamente outro tribunal como competente⁹⁸.

2.2.5.1 Conflito de Competência Positivo

Esse conflito está regulado pelo art. 3, §3. Ele ordena que cada processo de insolvência que é aberto temporalmente após o processo principal conforme o §1 do art. 3, seja um processo secundário. Esse é o princípio da prioridade. Mas há um problema com esse princípio, pois após a decisão do Tribunal de Justiça Europeu no caso Eurofood, ficou obscuro sobre quais circunstâncias infere-se o princípio da prioridade. No caso, um conflito jurídico suscitado na Irlanda posteriormente a abertura do processo por um tribunal italiano, foi declarado pelo Tribunal de Justiça Europeu como competente, contrariando o princípio em questão e trazendo certa insegurança na solução dos conflitos de competência⁹⁹.

⁹⁷ DUURSMA-KEPLINGER, Henriette-Christine *et al.* *Op. Cit.*, p. 159-160.

⁹⁸ KIRCHHOF, Hans-Peter; LWOWSKI, Dr. Hans-Jürgen; STÜRNER, Dr. Rolf (Hrsg.). **Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung**. Band 3. 2. Auflage. Verlag C. H. Beck München 2008, p. 1170

⁹⁹ *Ibid.*, p. 1170

2.2.5.2 *Conflito de Competência Negativo*

Também a solução dos conflitos negativos de competência deixa-se derivar dos fundamentos gerais do Regulamento. Ao um tribunal de insolvência se declarar incompetente, assim é também de ser reconhecida essa decisão negativa segundo o art. 25 §1, isto é que respectivamente outros tribunais de insolvência não podem, com a competência internacional do outro, fundamentar sua própria incompetência internacional¹⁰⁰.

2.2.6 *Questão temporal*

Não está disciplinado no Regulamento, em que momento normativo devem ser dados os critérios de competência. Mas é claro, que o Regulamento deve impedir, conforme Consideração n.º4¹⁰¹. Sobre esse esteio, deverá se evitar a transferência dos objetos patrimoniais ou dos conflitos jurídicos de um Estado-membro para outro¹⁰².

2.2.6.1 *Transferência de local após o ingresso da ação*

Quando a mudança do estabelecimento principal do devedor ocorre após o ingresso da ação, transferindo o centro de interesse principal para o território de um outro Estado-membro, mas antes da decisão que abriria o processo de insolvência, ficando competente o tribunal do Estado-membro cujo território o devedor pelo ingresso de sua ação na abertura do processo de insolvência tinha o seu centro de seu interesse principal, conforme determinado pelo Tribunal de Justiça Europeu em sua declaração no caso *Staubitz-Schreiber*¹⁰³. Essa exposição é válida também para a pergunta da existência de um assim chamado „Estabelecimento“ no território um outro Estado-membro (art. 3, §2) e para a competência internacional de um processo secundário¹⁰⁴.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 1172

¹⁰¹ (4) 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).

¹⁰² KIRCHHOF, Hans-Peter; LWOWSKI, Dr. Hans-Jürgen; STÜRNER, Dr. Rolf (Hrsg.). **Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung**. Band 3. 2. Auflage. Verlag C. H. Beck München 2008, p. 1165

¹⁰³ *Ibid.*, p. 1166

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 1166 - 1167

2.2.6.2 Transferência de local antes do ingresso da ação

Não está claro, se uma mudança do estabelecimento principal antes do ingresso da ação de insolvência deve ser levada em consideração ou não. O rascunho de um Tratado sobre Concursos da Comunidade Europeia¹⁰⁵ previa que havendo mudança de local, de domicílio ou do centro do interesse principal até 6 meses antes do ingresso da ação, seria competente o juízo do novo estabelecimento. Mas sendo assim, onde ficaria a liberdade de estabelecimento? Por isso a jurisprudência e a doutrina europeia afirmam que é necessário se observar o caso concreto, por quais circunstâncias fundamentaram a mudança da competência, do estabelecimento. Primeiramente é livre a prova em cada caso, se uma mudança ocorreu por necessidades fáticas ou se não ocorreu somente uma simulação ou um *forum shopping*¹⁰⁶.

2.3 O art. 4 do EuInsVO¹⁰⁷

Os artigos 4 ao 15 contêm unicamente normas de colisão ou também normas materiais para o Direito de Insolvência Internacional nos Estados-membros. O art. 4 estatui a norma básica de colisão, que sempre é aplicada, quando nenhuma outra pode ser aplicada. Para as demais questões do processo de insolvência, a solução aplicável se encontra no direito do

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 1168 – 1169.

¹⁰⁶ KIRCHHOF, Hans-Peter; LWOWSKI, Dr. Hans-Jürgen; STÜRNER, Dr. Rolf (Hrsg.). **Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung**. Band 3. 2. Auflage. Verlag C. H. Beck München 2008, p. 1168 – 1169.

¹⁰⁷ Art. 4: Lei aplicável

1. Salvo disposição em contrário do presente regulamento, a lei aplicável ao processo de insolvência e aos seus efeitos é a lei do Estado-Membro em cujo território é aberto o processo, a seguir designado "Estado de abertura do processo".
2. A lei do Estado de abertura do processo determina as condições de abertura, tramitação e encerramento do processo de insolvência. A lei do Estado de abertura do processo determina, nomeadamente:
 - a) Os devedores que podem ser sujeitos a um processo de insolvência em razão da qualidade dos mesmos;
 - b) Os bens de cuja administração ou disposição o devedor está inibido e o destino a dar aos bens adquiridos pelo devedor após a abertura do processo de insolvência;
 - c) Os poderes respectivos do devedor e do síndico;
 - d) As condições de oponibilidade de uma compensação;
 - e) Os efeitos do processo de insolvência nos contratos em vigor nos quais o devedor seja parte;
 - f) Os efeitos do processo de insolvência nas ações individuais, com exceção dos processos pendentes;
 - g) Os créditos a reclamar no passivo do devedor e o destino a dar aos créditos nascidos após a abertura do processo de insolvência;
 - h) As regras relativas à reclamação, verificação e aprovação dos créditos;
 - i) As regras de distribuição do produto da liquidação dos bens, a graduação dos créditos e os direitos dos credores que tenham sido parcialmente satisfeitos, após a abertura do processo de insolvência, em virtude de um direito real ou por efeito de uma compensação;
 - j) As condições e os efeitos do encerramento do processo de insolvência, nomeadamente por concordata;
 - k) Os direitos dos credores após o encerramento do processo de insolvência;
 - l) A imputação das custas e despesas do processo de insolvência;
 - m) As regras referentes à nulidade, à anulação ou à impugnação dos actos prejudiciais aos credores.

Estado de abertura do processo. Quando isto não for também expresso no texto do regulamento, utilizar-se á da figura do envio de Direito Internacional Privado. No entanto, um reenvio é proibido¹⁰⁸.

A aplicação das normas de colisão devem indicar apenas uma ordem jurídica a ser empregada¹⁰⁹.

Quando essas normas de colisão se referem a „Direito Aplicável“, então se referem ao Direito interno de um determinado Estado-membro, sem cair no Direito Internacional Privado desse país. O intento da norma é pular o Direito Internacional Privado dos países para solucionar os casos de Direito de Insolvência Internacional a fim de evitar o *forum shopping*. Por isso, o art. 4 é uma norma geral de envio¹¹⁰. Funciona como uma norma de Direito Internacional Privado, mas de caráter supranacional.

A aplicação dessas normas de colisão tem uso nos processos principal, secundário e particular¹¹¹.

2.3.1 A limitação da matéria normativa do art. 4 EuInsVO

Para tudo que, neste sentido, se qualifica como fatos de direito falimentar, desde que a EuInsVO não determine de outro modo, é regulado pela *lex fori*, isto é, o direito do Estado de abertura do processo¹¹².

O problema com esse artigo é que ele se omite em afirmar tudo o que é abrangido pela *lex fori*. Um exemplo disso é „qual fato é qualificado como eficácia material ou processual do processo de insolvência“ porque isso traz mandamentado uma extensiva interpretação.

Deve existir um limite entre tipos de concurso e sobre o que se qualifica como direito de insolvência e o que não se qualifica, a fim de criar julgamentos apenas num sentido. Sem que cada juiz decida conforme sua interpretação. Até isso ocorrer, haverá a instituição de forma autônoma do que se entende por direito de insolvência¹¹³.

¹⁰⁸ KIRCHHOF, Hans-Peter *et al. Op. Cit.*, p. 1188.

¹⁰⁹ PAULUS, Christoph G. **Europäische Insolvenzverordnung**. (Kommentar). 2. Auf. Verlag Recht und Wirtschaft GmbH: Frankfurt am Main 2008, p. 134-135.

¹¹⁰ DUURSMA-KEPLINGER, Henriette-Christine; DUURSMA, Dieter; CHALUPSKY, Ernst. **Europäische Insolvenzverordnung**. (Kommentar). Springer Verlag: Wien 2002, p. 178.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 179.

¹¹² *Ibid.*, p.179-180.

¹¹³ PAULUS, Christoph G. **Europäische Insolvenzverordnung**. (Kommentar). 2. Auf. Verlag Recht und Wirtschaft GmbH: Frankfurt am Main 2008, p. 135 -136.

2.3.2 Direito Aplicável

Para processos de insolvência e para haver eficácia jurídica se aplica o direito do Estado de abertura, especialmente em questões relativas a massa falimentar, efeito de contratos, pré-requisitos da liquidação, efeitos jurídicos sobre credores individuais, impugnações, efeitos sobre o direito dos credores após o transito julgado do processo de insolvência¹¹⁴.

Cada alínea do art. 4 §2 EuInsVO detalha o que regerà o direito do Estado de abertura do processo¹¹⁵.

Nos arts. 5 a 15 do EuInsVO estão previstas exceções da regra geral do art. 4, a fim de garantir a segurança jurídica e a boa-fé nos negócios empresariais¹¹⁶.

2.4 Conclusão

O Direito de Insolvência na União Europeia tem crescido em importância na mesma medida em que crescem os problemas relacionados ao tema. Há inúmeras questões relevantes em aberto, embora muitas já tenham sido solucionadas. Os principais problemas encontrados se referem aos efeitos extraterritoriais do processo de insolvência, aos conceitos de centro de principal interesse e de estabelecimento, ao tipo de processo empregado nos processos secundários, ao conflito de competência, à questão temporal e a limitação da abrangência do direito de insolvência da *lex fori*. Tais dificuldades, bem como as soluções já encontradas estão dispostas no texto acima e reafirmadas na conclusão final.

¹¹⁴ DUURSMA-KEPLINGER, Henriette-Christine *et al.* *Op. Cit.*, p. 182.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 182.

¹¹⁶ DUURSMA-KEPLINGER, Henriette-Christine; DUURSMA, Dieter; CHALUPSKY, Ernst. **Europäische Insolvenzverordnung**. (Kommentar). Springer Verlag: Wien 2002, p. 193.

3 DIREITO DE INSOLVÊNCIA NO MERCOSUL

O Tratado de Assunção, assinado em 1991 pelos presidentes da Argentina, do Brasil, do Paraguai e do Uruguai criou o Mercado Comum do Sul (Mercosul) visando à livre circulação de bens e de fatores de produção, bem como a coordenação de políticas macroeconômicas e políticas comerciais¹¹⁷.

O Mercosul é uma organização intergovernamental, e diferentemente da União Europeia, não possui supranacionalidade, ou seja, todas as decisões tomadas pelas instituições do Mercosul são realizadas pelo Direito Internacional Público, necessitando ser incorporadas ao direito interno de cada país pelos processos normais de incorporação de tratados¹¹⁸. Com a decisão n°23/00 (art. 5, a) do Conselho do Mercado Comum¹¹⁹, normas que tratam de assuntos relacionados ao funcionamento interno do Mercosul não necessitarão ser incorporadas ao ordenamento jurídico dos Estados Partes, se assim estiver expressamente disposto na norma. O objetivo dessa decisão é trazer maior celeridade aos processos internos do Mercosul. Contudo, as demais regras devem ser incorporadas pelos membros, que devem informar a Secretaria Administrativa Mercosul do ato realizado. A seguir, a Secretaria deve ser notificada e, finalmente, ela notificará os países que o documento entrará em vigor em 30

¹¹⁷ Tratado para a Constituição de um Mercado Comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República do Uruguai, 26/03/1991 (Dec. n°10.191), disponível em www.mercosur.org.uy (doravante Tratado de Assunção). Aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo n°197, de 25/09/1991 (publicado no Diário Oficial em 26/09/1991), e promulgado através do Decreto n°350 (Diário Oficial de 22/11/1991).

¹¹⁸ ARAÚJO, Nádya de. **Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira**. 4ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 94 e 95.

¹¹⁹ MERCOSUL. Decisão n°23/00 do CMC. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/normativa/decisoes/2000/mercopol-cmc-dec-nb0-23-00/>>. Acesso em: 02/11/2010.

dias¹²⁰. Na área do Direito Internacional Privado, os tratados não fogem à regra, portanto, devem ser incorporados.

Cada vez mais há necessidade de que o Mercosul estabeleça um sistema jurídico seguro a fim de trazer previsibilidade ao comércio e investimento, fomentando a integração na economia internacional¹²¹. No entanto, como visto, os processos de adoção de novas normas no Mercosul, são, em sua maioria, morosos. Além disso, a harmonização de ordenamentos jurídicos é um processo complexo. Welber Barral¹²² acrescenta que as inúmeras “esferas jurídicas”, como os tratados bilaterais e multilaterais, a Organização dos Estados Americanos (OEA), a Área de Livre Comércio das Américas (ALCA) e outros tornam ainda mais complexo as atividades de harmonização, requerendo uma coordenação mais sofisticada entre as instâncias políticas e que mesmo quando existe tal coordenação, ela não é o bastante, pois o resultado da harmonização de direitos é muito distante das práticas sociais correntes.

Não existe Tratado ou Protocolo específico do Mercosul sobre o Direito de Insolvência Internacional. No âmbito do Mercado Comum do Sul, o tema é disciplinado por convenções e tratados internacionais como os Tratados de Montevideu (1889 e 1940) e pelos ordenamentos jurídicos internos dos países membros¹²³. Por isso, passa-se a análise dos mesmos.

3.1 A Lei Modelo da UNCITRAL

Em maio de 1997, o projeto para a formação de uma Lei Modelo sobre Direito de Insolvência Internacional foi adotado pela UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law, Comissão das Nações Unidas para Direito Comercial Internacional). Após sua aprovação, seguiu-se a criação de mais três guias (2004, 2009 e 2010) para facilitar a compreensão e aplicação da lei¹²⁴.

A ideia é de se adotar alguns princípios e normas gerais a fim de dar maior eficiência e rapidez aos processos de insolvência internacionais, sendo ao mesmo tempo flexível e

¹²⁰ Com fulcro no art. 40 do Protocolo de Ouro Preto. MERCOSUL. **Protocolo de Ouro Preto**. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/tratados-e-protocolos/protocolo-de-ouro-preto-1/>>. Acesso em: 02/11/2010.

¹²¹ BARRAL, Welber. Solução de Controvérsias Privadas no Mercosul. In: PIMENTEL, Luiz Otávio; ESPLUGUES MOTA, Carlos A.; BARRAL, Welber (organizadores). **Direito Internacional Privado: União Europeia e Mercosul**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 226.

¹²² *Ibid.*, p. 227.

¹²³ BATTELLO CALDERON, Silvio Javier. **A Insolvência Empresarial no Mercosul**. (Tese de Doutorado) Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2007, p. 68 e 69.

¹²⁴ UNCITRAL. **Lei modelo de 1997 sobre Insolvência Internacional**. Disponível em: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency.html. Acesso em: 13/11/2010.

evitando a ratificação de Tratados sobre o tema que tem como inconveniente a longa demora e o complexo procedimento de adoção¹²⁵. Além disso, a Lei Modelo poderia ser adotada tanto por países que se utilizam de meios judiciais quanto por países que tratam por via administrativa a falência internacional¹²⁶. O objetivo da lei é construir um sistema mínimo de cooperação entre as autoridades competentes dos diferentes países no âmbito do tema regulado; estimular o reconhecimento de procedimentos estrangeiros de insolvência, com a possibilidade da abertura de processos secundários; desenvolver a segurança jurídica no plano internacional, evitando, por exemplo, a ocorrência de *forum shopping*; buscar um tratamento mais igualitário entre credores, devedores e terceiros; e facilitar a recuperação de empresas insolventes¹²⁷.

Os princípios básicos adotados pela Lei Modelo da UNCITRAL de 1997 são¹²⁸: 1) O acesso de representantes da falência aos tribunais de outros países (arts. 9 a 12, 23 e 24); 2) A adoção do modelo misto, permitindo a divisão da falência em processo principal e processos secundários (arts. 2.b e 2.c); 3) A determinação da competência internacional para o processo principal e para os secundários (arts. 2.b, 2.c e 28); 4) O reconhecimento de processos falimentares estrangeiros (arts. 15 a 19); 5) A determinação dos efeitos de reconhecimento de um procedimento principal ou secundários através de normas materiais, de modo que os efeitos não sejam regidos exclusivamente pela lei do Estado que reconhece a falência estrangeira (arts. 20 a 22); 6) O tratamento igualitário entre credores estrangeiros e nacionais e o direito dos credores nacionais para iniciar um procedimento de insolvência em outro Estado (arts. 13 e 14); 7) A cooperação judicial entre tribunais e representantes da falência (arts. 5, 7, 25 a 27); 8) A coordenação de procedimentos concursais paralelos em distintos países e as medidas adotadas como consequência do reconhecimento e da solicitação de reconhecimento de um procedimento estrangeiro (arts. 28 a 32).

¹²⁵ UNCITRAL. **Lei modelo de 1997 sobre Insolvência Internacional**. Disponível em: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency.html. Acesso em: 13/11/2010; Cf. também BATTELLO CALDERON, Silvio Javier. **A Insolvência Empresarial no Mercosul**. (Tese de Doutorado) Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2007, p. 54; e TAQUELA, Maria. *Concursos y quiebras*. (Cap. 32). In FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (coordenador); *et al. Derecho Internacional de los Estados Del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay*. Buenos Aires: Editora Zavalía, 2003, p. 1358.

¹²⁶ TAQUELA, Maria. *Op. Cit.*, p. 1358.

¹²⁷ BATTELLO CALDERON, Silvio Javier. *Op. Cit.*, p. 54; e TAQUELA, Maria. *Op. Cit.*, p. 1358.

¹²⁸ TAQUELA, Maria. *Op. Cit.*, p. 1359 e 1340.

Devido à complexidade de algumas áreas econômicas, como as entidades financeiras e de seguro, estas estão excluídas do âmbito de aplicação da lei (art. 1.2). Também não estão sob o manto do ordenamento as empresas de serviços públicos¹²⁹.

Assim como no Regulamento 1346/2000 da União Europeia, a lei da UNCITRAL estabeleceu a competência internacional no país em que se encontra o centro de principal interesse do devedor (art. 2.b). No mesmo sentido do ordenamento europeu, os processos secundários só são possíveis de ser abertos nos países em que houver estabelecimentos do devedor. Essa competência é válida como uma norma direta entre os países adotantes da Lei Modelo, já a competência estabelecida por um terceiro Estado é aceita como norma indireta nos países onde vigora a Lei Modelo¹³⁰.

Esplugues Mota¹³¹ acredita que a Lei da UNCITRAL pode alcançar maior sucesso que o regulamento europeu de insolvência internacional porque é uma lei dinâmica e flexível, resultado da contribuição de vários países. No entanto, verifica-se uma tímida influencia da mesma ao longo dos 13 anos de sua criação. Alguns ordenamentos jurídicos nacionais que disciplinam a matéria da insolvência e que foram recentemente adotados possuem alguns artigos inspirados pela lei da UNCITRAL. Como exemplo, pode-se citar o Uruguai e a Colômbia¹³².

Há de se concordar com Noodt Taquela¹³³ de que a adoção da Lei Modelo nas legislações internas e a elaboração de um Acordo do Mercosul e países associados baseados na Lei Modelo aprofundaria as relações entre os países e cumpriria com o objetivo de harmonizar a legislação na região conforme o disposto no art. 1º do Tratado de constituição do Mercosul (Tratado de Assunção).

¹²⁹ TAQUELA, Maria. *Concursos y quiebras*. (Cap. 32). In FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (coordenador); et al. *Derecho Internacional de los Estados Del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay*. Buenos Aires: Editora Zavalia, 2003, p. 1360.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 1361.

¹³¹ ESPLUGUES MOTA *apud* TAQUELA, Maria. *Op. Cit.*, p. 1362 a 1363.

¹³² ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. **Direito Concursal Internacional: Análise e Comparação dos Princípios da Legislação Colombiana e Brasileira**. Disponível em: <<http://www.udem.edu.co/NR/rdonlyres/5853484F-7CDF-40C4-BAAB-4D5831582993/0/PAULOCOLOMBO.pdf>>. Acesso em: 18/10/2010.

¹³³ TAQUELA, Maria. *Op. Cit.*, p. 1363.

3.2 Acordos Regionais

Os acordos sobre insolvência internacional na América Latina são bem antigos. O primeiro foi o Tratado de Montevideú de 1889, que foi revisto em 1940¹³⁴. Foi um trabalho efetuado entre os países de língua espanhola da América Latina (Argentina, Bolívia, Peru, Paraguai e Uruguai, ratificado posteriormente também pela Colômbia). Outra solução que muito contribuiu para o Direito de Insolvência Internacional moderno foi o Código Bustamante de 1928. Passa-se agora para uma breve análise desses acordos.

3.2.1 Tratado de Montevideú de 1889 e de 1940

O Tratado de Montevideú de Direito Comercial Internacional regulou a matéria de insolvência internacional entre os arts. 35 a 48. Já em 1940, essa matéria foi regulada pelo Tratado de Montevideú de Direito Comercial Terrestre Internacional nos arts. 40 a 53 e pelo Tratado de Montevideú de Direito Processual Internacional nos arts. 16 a 25¹³⁵. Ambos Tratados determinaram que a competência internacional para o direito de insolvência corresponderia ao domicílio comercial do devedor. Se houvesse estabelecimentos independentes do devedor localizados em diferentes países, aplicar-se-ia a *lex fori*¹³⁶.

O primeiro Tratado adotava os princípios da unidade e da universalidade. Se ocorresse a abertura do processo falimentar no Estado de domicílio do devedor, mesmo que o devedor possuísse agências ou representações em outros Estados, os efeitos desse processo haveria de ser reconhecido pelos outros países adotantes do Tratado. A possibilidade de processos secundários só estava prevista se houvesse estabelecimentos independentes em diferentes Estados. Essa independência deveria ser jurídica¹³⁷, ainda que haja dependência econômica.

O segundo Tratado atenuou os princípios de unidade e de universalidade, pois quando uma sociedade falida tivesse agências em outros Estados, o que se enquadraria como juízo único, os credores locais poderiam optar por abrir um processo de falência nacional em 60

¹³⁴ BATTELLO CALDERON, Silvio Javier. **A Insolvência Empresarial no Mercosul**. (Tese de Doutorado) Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2007, p. 66 e 67.

¹³⁵ TAQUELA, Maria. *Concursos y quiebras*. (Cap. 32). In FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (coordenador); *et al. Derecho Internacional de los Estados Del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay*. Buenos Aires: Editora Zavalia, 2003, p. 1364.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 1364.

¹³⁷ BATTELLO CALDERON, Silvio Javier. *Op. Cit.*, p. 67.

dias¹³⁸, o que configuraria uma pluralidade de juízos. Também se regulamentou, por ocasião desse Tratado, as preferências nacionais¹³⁹, permitindo a ocorrência de desigualdade entre credores nacionais e estrangeiros de mesma classe.

Tendo em vista que o termo “domicílio” ocupa importância central para a determinação da competência, seu conceito foi amplamente debatido, chegando-se a conclusão que o domicílio seria o “estabelecimento principal dos negócios”. Conceito esse, que muito lembra os usados pela Lei Modelo da UNCITRAL e pelo regulamento 1346/2000 da União Europeia.

A lei aplicável em casos de insolvência internacional no âmbito do Tratado era a *lex fori*, seja em unidade, seja em pluralidade de juízos. A execução de bens localizados em outros países obedeceria à legislação local e os efeitos sobre a pessoa empreendedora obedeceriam a legislação do domicílio do devedor¹⁴⁰.

Oportuno mencionar que, segundo os Tratados, não haveria necessidade de reconhecimento das sentenças estrangeiras, apenas seria necessário a publicidade nos Estados em que existissem estabelecimentos do devedor, para se considerar eficaz os efeitos extraterritoriais de uma sentença¹⁴¹.

O Brasil participou dos Congressos de Montevideú, mas ele não assinou, nem ratificou o Tratado. Contudo, para a Argentina, o Paraguai e o Uruguai, os efeitos dos Tratados permanecem até hoje.

3.2.2 Código de Bustamante

A regulamentação do Código Bustamante teve como uma de suas principais fontes o Tratado de Montevideú de 1889¹⁴²; e, por isso, adotou também os princípios de unidade e universalidade, embora admita a pluralidade de juízos caso o devedor possua domicílio em diferentes países e seja requerido por credores. A pluralidade só ocorre em casos de falência com estabelecimentos independentes juridicamente, mas não ocorre em casos de concordata e

¹³⁸ TAQUELA, Maria. *Concursos y quiebras*. (Cap. 32). In FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (coordenador); *et al. Derecho Internacional de los Estados Del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay*. Buenos Aires: Editora Zavalia, 2003, p. 1366.

¹³⁹ BATTELLO CALDERON, Silvio Javier. **A Insolvência Empresarial no Mercosul**. (Tese de Doutorado) Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2007, p. 67.

¹⁴⁰ TAQUELA, Maria. *Op. Cit.*, p. 1367 e 1368.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 1368.

¹⁴² BATTELLO CALDERON, Silvio Javier. *Op. Cit.*, p. 68.

recuperação¹⁴³. Nos casos de concordata, acordo preventivo, ou convênio entre credores, porém, haverá efeitos extraterritoriais, excetuando-se os credores com garantias reais que não aceitaram a proposta. O Direito de Insolvência Internacional está regulado nos arts. 414 a 422¹⁴⁴.

A concordata ou acordo preventivo ou convênio entre o devedor e os credores produz também efeitos extraterritoriais, com exceção dos credores com garantias reais que não aceitaram (art. 421)¹⁴⁵.

Assim como os Tratados de Montevideu, o Código Bustamante regula a matéria de devedores empresariais e de devedores civis. Ele engloba além dos processos liquidatórios, processos de concordata, de suspensão, de quitação e de espera¹⁴⁶.

Diferentemente dos Tratados de Montevideu, o Código disciplina os efeitos pessoais extraterritoriais sobre o devedor, desde que presente a publicidade. Já a execução dos bens do insolvente está sujeita ao reconhecimento pela autoridade competente do país onde se localizam os bens. O patrimônio com garantia real se sujeita a *lex fori* em que os mesmos se localizam¹⁴⁷.

O Código estabeleceu o princípio da retroatividade segundo o qual qualquer Estado poderia anular atos realizados pelo insolvente antes, ou depois da declaração de falência¹⁴⁸. Esse princípio não é encontrado nos Tratados de Montevideu, porém é muito útil a fim de evitar fraudes e prejuízos ao direito dos credores. No caso da União Europeia, foi visto que há uma preocupação nesse sentido, principalmente, com relação à transferência da sede da empresa a um foro que pareça mais favorável ao devedor.

Aqui se deu exatamente o oposto dos Tratados, pois a Argentina, o Paraguai e o Uruguai, estando presentes nas conferências, deixaram de assinar o Código, enquanto o Brasil o aprovou e o ratificou. Mesmo assim, a doutrina e a jurisprudência apontam que não há uma efetiva aplicação do Código Bustamante no Brasil. Os países preferiram deixar de lado a atualização do Código e passaram a aprovar pequenas convenções sobre assuntos específicos

¹⁴³ BATTELLO CALDERON, Silvio Javier. **A Insolvência Empresarial no Mercosul**. (Tese de Doutorado) Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2007, p. 68; e TAQUELA, Maria. *Concursos y quiebras*. (Cap. 32). In FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (coordenador); *et al. Derecho Internacional de los Estados Del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay*. Buenos Aires: Editora Zavalia, 2003, p. 1372.

¹⁴⁴ TAQUELA, Maria. *Op. Cit.*, p. 1371 e 1372.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 1373.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 1372.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 1372 e 1373.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 1373.

através das Conferências Especializadas Interamericanas sobre Direito Internacional Privado, como se passa a discorrer¹⁴⁹.

3.2.3 Conferências Especializadas Interamericanas sobre Direito Internacional Privado

A Organização dos Estados Americanos (OEA) começou a estudar os Tratados antigos da América Latina e verificar a possibilidade de novos projetos. A conclusão a que se chegou foi que fazer tratados sobre diversas matérias separadamente trazia maiores benefícios do que a tentativa de se atualizar os antigos Tratados, por isso optou-se pela realização de conferências sobre diversos assuntos que resultariam em normas materiais e conflituais cujo objetivo seria de implementar a integração econômica da América Latina. As conferências passaram a se chamar Conferências Especializadas Interamericanas sobre Direito Internacional Privado (CIDIPs), sendo que já foram realizadas sete conferências¹⁵⁰.

Ao término de cada conferência, são propostos os temas para a próxima conferência. No encerramento da CIDIP-V, os oito temas foram sugeridos por países membros como sendo o objeto mais urgente de preocupação, entre eles, a falência internacional. No entanto, após alguns anos de discussões e reuniões dos peritos, esse tema acabou ficando de fora¹⁵¹. Na CIDIP VII, o Brasil propôs preliminarmente o tema da insolvência comercial transfronteiriça, mas não foi aprovado para ser discutido na CIDIP VII¹⁵². É provável que venha a ser proposto novamente para a CIDIP VIII, devido sua ampla relevância.

¹⁴⁹ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**. Parte Geral. 6º ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 74 a 79 *passim*.

¹⁵⁰ ARAÚJO, Nádia de. **Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira**. 4ºed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 79 e 80; e DOLINGER, Jacob. *Op. Cit.*, p. 79 e 80 *passim*.

¹⁵¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Histórico do Processo das CIDIPs**. Disponível em: <<http://www.oas.org/DIL/PrivateIntLaw-HistCidipProc-port.htm>>. Acesso em: 02/11/2010.

¹⁵² *Idem*. Conselho Permanente da Organização dos Estados Americanos. Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos. Relatório: Seleção de Temas para a Agenda da Sétima Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado (CIDIP-VII). 30 de março de 2004. P. 3. E na ata final Sétima Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado (CIDIP-VII). 7 a 9 de outubro de 2009. p. 1. Disponível em: <www.oas.org>. Acesso em: 10 de novembro de 2010.

3.3 Ordenamentos Jurídicos

3.3.1 Argentina

A Lei de Concursos e Quebras da Argentina (LCQ, lei n°24.522¹⁵³) regulou o Direito de Insolvência Internacional em seus arts. 2.2, 3 e 4¹⁵⁴. Devido às graves dificuldades enfrentadas pela precária situação econômica da Argentina na última década, a lei sofreu algumas reformas exigidas pelo Fundo Monetário Internacional. Porém não houve alteração nos dispositivos que regulam a falência internacional¹⁵⁵. Importante destacar também que a LCQ se estende a toda pessoa física e toda pessoa jurídica de caráter, incluindo também algumas pessoas jurídicas de caráter público (art. 2 da LCQ).

3.3.1.1 Princípios Adotados

O Direito de Insolvência Internacional argentino adota o princípio territorial, já que os processos de falência abertos no exterior não produzem efeitos sobre os bens do devedor

¹⁵³ REPÚBLICA ARGENTINA. Ley n°24.522. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25379/texact.htm>>. Acesso em: 15/10/2010.

¹⁵⁴ (...)

ARTICULO 2°.- Sujetos comprendidos. Pueden ser declaradas en concurso las personas de existencia visible, las de existencia ideal de carácter privado y aquellas sociedades en las que el Estado Nacional, Provincial o municipal sea parte, cualquiera sea el porcentaje de su participación.

Se consideran comprendidos:

(...)

2) Los deudores domiciliados en el extranjero respecto de bienes existentes en el país.

(...)

ARTICULO 3°.- Juez competente. Corresponde intervenir en los concursos al juez con competencia ordinaria, de acuerdo a las siguientes reglas:

1) Si se trata de personas de existencia visible, al del lugar de la sede de la administración de sus negocios; a falta de éste, al del lugar del domicilio.

2) Si el deudor tuviere varias administraciones es competente el juez del lugar de la sede de la administración del establecimiento principal; si no pudiere determinarse esta calidad, lo que es el juez que hubiere prevenido.

3) En caso de concurso de personas de existencia ideal de carácter privado regularmente constituidas, y las sociedades en que el Estado Nacional, Provincial o Municipal sea parte -con las exclusiones previstas en el Artículo 2 - entiende el juez del lugar del domicilio.

4) En el caso de sociedades no constituidas regularmente, entiende el juez del lugar de la sede; en su defecto, el del lugar del establecimiento o explotación principal.

¹⁵⁵ TAQUELA, Maria. *Concursos y quiebras*. (Cap. 32). In FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (coordinador); et al. *Derecho Internacional de los Estados Del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay*. Aires: Editora Zavalia, 2003, p. 1373.

localizados na Argentina. Mas há elementos que demonstram a existência do princípio extraterritorial¹⁵⁶.

3.3.1.2 *Competência Internacional*

A competência internacional em processos falimentares na Argentina para pessoas físicas é a da administração de seus negócios, na falta desta, será a do domicílio do devedor (art. 3.1). Nas pessoas jurídicas de caráter privado e nas que o Estado fizer parte, a competência será a do juízo da localidade indicada no contrato social (art. 3.3). Se houver mais de um estabelecimento, a sede da administração do estabelecimento principal será o juízo competente. E se ainda assim não puder ser determinada, a competência será do juiz que abriu o processo falimentar (art. 3.2). Quando a sociedade não for constituída conforme os critérios legais, é que, subsidiariamente, poderá se atribuir ao juízo do local onde ocorre a execução principal das atividades da empresa como competente (art. 3.4 da LCQ).

Se um insolvente domiciliado no exterior possuir bens na Argentina, determina o art. 2.2 da LCQ que o tribunal competente seja o argentino, mas apenas para a liquidação dos bens situados no território argentino. Controverso nesse caso é se há a necessidade de comprovação de bens no país; se a mera inscrição de uma filial (sucursal em espanhol) basta; ou, ainda, se seria preciso haver credores locais para a abertura do processo. A Corte Suprema de Justicia de La Nacion (CSJN) considerou suficiente a existência de uma filial, porém a jurisprudência tem se dividido nesse sentido¹⁵⁷. Noodt Taquela¹⁵⁸ é da opinião que o melhor critério para a abertura do processo seria a existência de bens do devedor porque muitos ordenamentos jurídicos adotam o princípio da pluralidade de juízo e porque se a quebra estrangeira não produz efeitos extraterritoriais na Argentina (art. 4.1 LCQ), não pode ser causa de abertura de uma quebra no país quando a solicitem credores estrangeiros, a única possibilidade é atribuir jurisdição aos tribunais argentinos quando houver bens na Argentina, ainda que não existam credores locais.

¹⁵⁶ BATTELLO CALDERON, Silvio Javier. **A Insolvência Empresarial no Mercosul**. (Tese de Doutorado) Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2007, p. 51.

¹⁵⁷ TAQUELA, Maria. *Concursos y quiebras*. (Cap. 32). In FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (coordenador); et al. **Derecho Internacional de los Estados Del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay**. Buenos Aires: Editora Zavalía, 2003, p. 1374 e 1375.

¹⁵⁸ TAQUELA, Maria. *Concursos y quiebras*. (Cap. 32). In FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (coordenador); et al. **Derecho Internacional de los Estados Del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay**. Buenos Aires: Editora Zavalía, 2003, p. 1374 e 1375.

3.3.1.3 Direito Aplicável

Quanto ao Direito Aplicável, não há regra geral expressa na LCQ, cabendo assim a aplicação da *lex fori*. No entanto, quando se tratar de créditos, o direito aplicável será estabelecido por regra própria da obrigação em questão. Ou seja, lugar do pagamento do crédito é o lugar de pagamento pactuado ou devido na obrigação conforme a sua natureza¹⁵⁹.

3.3.1.4 Qualificação de credores estrangeiros

O sistema de preferências nacionais tem desaparecido na prática do DIPr argentino, ainda que se mantenha na letra da lei no art. 4.2 LCQ¹⁶⁰. Na prática, a maioria dos casos é de processos falimentares que só correm na Argentina, pelo que se aplica o art. 4.3 LCQ¹⁶¹, que permite aos credores estrangeiros verificar seu crédito e cobrá-lo do mesmo modo que um credor local, em igualdade inclusive na sua classe (quirografários, garantia real e trabalhadores)¹⁶².

3.3.1.5 Efeitos extraterritoriais das sentenças estrangeiras

No sistema de DIPr argentino, não há efeitos extraterritoriais de sentença declaratória de falência estrangeira (art. 4.1 da LCQ). O que o mesmo artigo permite é que a declaração de insolvência no exterior enseje pedido de falência em tribunais argentino.

Todavia, bens situados em território argentino poderão ser entregues a concurso estrangeiro se assim for solicitado e na ausência de credores locais. Como, porém, haver-se-ia de concluir que não existem credores locais? Noodt Taquela¹⁶³ sugere a fixação de prazo de verificação combinada com a citação por editais. Declarados inadmissíveis os créditos

¹⁵⁹ TAQUELA, Maria. *Concursos y quiebras*. (Cap. 32). In FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (coordenador); et al. *Derecho Internacional de los Estados Del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay*. Buenos Aires: Editora Zavalia, 2003, p. 1376.

¹⁶⁰ Art. 4.2 - Pluralidad de concursos. Declarada también la quiebra en el país, los acreedor pertenecientes al concurso formado en el extranjero actuarán sobre el saldo, un satisfechos los demás créditos verificados en aquélla.

¹⁶¹ Art. 4.3 - Reciprocidad. La verificación del acreedor cuyo crédito es pagadero en el extranjero y que no pertenezca a un concurso abierto en el exterior, está condicionada a que se demuestre que, recíprocamente, un acreedor cuyo crédito es pagadero en la REPUBLICA ARGENTINA puede verificarse y cobrar -en iguales condiciones- en un concurso abierto en el país en el cual aquel crédito es pagadero.

¹⁶² TAQUELA, Maria. *Op. Cit.*, p. 1378.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 1384 e 1385.

insinuados ou transcorrido o prazo do recurso de revisão, os bens seriam liquidados e a soma resultante transferida a falência estrangeira.

3.3.2 Brasil

Apesar de ser uma legislação moderna, a nova lei de falências (lei nº11.101) não contemplou artigos que disciplinassem o direito de insolvência internacional, resultando em fundamentadas críticas negativas. O enfoque é a solução dos casos de insolvências nacionais, sem haver maiores preocupações com o Direito de Insolvência Internacional.

Em nosso ordenamento falimentar, tanto o empresário, quanto a sociedades empresária podem sofrer o processo falimentar (art. 1º da lei nº11.101), restando à insolvência civil (regulada pelo Código Civil Brasileiro) aos demais casos.

3.3.2.1 Princípios Adotados

O legislador brasileiro adotou os princípios da unidade e da universalidade para regular o ordenamento falimentar interno, mas empregou o princípio da territorialidade na solução de processos internacionais de insolvência¹⁶⁴.

3.3.2.2 Competência Internacional

O art. 3 da lei nº11.101¹⁶⁵ dispõe que a competência do juízo de insolvência é do local do principal estabelecimento do devedor, porém se omite em indicar o juízo competente em casos de insolvência internacional. Para determinar a competência internacional, deve se completar a norma falimentar com os arts. 88 a 90 do CPC¹⁶⁶.

¹⁶⁴ TAQUELA, Maria. *Concursos y quiebras*. (Cap. 32). In FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (coordenador); *et al. Derecho Internacional de los Estados Del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay*. Buenos Aires: Editora Zavalia, 2003, p. 1386 e 1387; e BATTELLO CALDERON, Silvio Javier. **A Insolvência Empresarial no Mercosul**. (Tese de Doutorado) Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2007, p. 51.

¹⁶⁵ Art. 3º É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil.

¹⁶⁶ BATTELLO CALDERON, Silvio Javier. *Op. Cit.*, p. 51.

O Brasil determina ser competente o foro do principal estabelecimento de forma absoluto, não reconhecendo processos de insolvências abertos no exterior quanto aos ativos do credor localizados no território nacional¹⁶⁷.

O Brasil será foro competente internacional e universal quando o devedor tiver seu principal estabelecimento no Brasil e não houver processos falimentares abertos em outros países. Porém para que seus efeitos extraterritoriais sejam efetivos, é necessário que o Poder Judiciário estrangeiro reconheça tal propriedade¹⁶⁸.

No final do art. 3, há uma complementação que afirma ser o foro brasileiro competente para julgar “a filial da empresa que tenha sede fora do Brasil”, ou seja, a sede da empresa se localiza no exterior. Nesses casos, a filial passa a ser considerada como estabelecimento autônomo¹⁶⁹ e os efeitos da declaração de falência se limitam aos bens do devedor situados no território nacional¹⁷⁰. Se houver mais de uma filial estrangeira no Brasil, a competência será daquela que “concentra o maior volume de negócios”¹⁷¹.

3.3.2.3 *Direito Aplicável*

O Direito Aplicável segue a regra da *lex fori*, havendo regulamento próprio quando se tratar das obrigações.

3.3.2.4 *Qualificação de credores estrangeiros*

O credor estrangeiro pode requerer a falência de devedor se estiver domiciliado no Brasil, caso contrário deverá prestar caução, com fulcro no art. 97, IV, § 2º, e, 101 da Lei nº11.101. Porém havendo tratados de cooperação e assistência jurisdicional, os nacionais dos

¹⁶⁷ RECHSTEINER, Beat Walter. A Insolvência Internacional sob a Perspectiva do Direito Brasileiro. (Cap. 21). In PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.) et al.. **Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 678; Cf. TAQUELA, Maria. *Op. Cit.*, p. 1387 e 1388.

¹⁶⁸ TAQUELA, Maria. *Concursos y quiebras*. (Cap. 32). In FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (coordenador); et al. **Derecho Internacional de los Estados Del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay**. Buenos Aires: Editora Zavalia, 2003, p. 1388; e PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.) et al.. **Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 678.

¹⁶⁹ VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências**. v. I, Rio de Janeiro: Forense, 1948, p. 85. *apud* CAMPINHO, Sérgio. *Falência e Recuperação de Empresa: O Novo Regime da Insolvência Empresarial*. 2ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 41.

¹⁷⁰ CAMPINHO, Sérgio. *Op. Cit.*, p. 40 e 41.

¹⁷¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas*. 7º Ed. Rev. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 29.

países cooperados estão dispensados da prestação de caução. Não há discriminação do credor estrangeiro, que compete em igualdade de classe com os credores nacionais¹⁷².

3.3.2.5 Efeitos extraterritoriais das sentenças estrangeiras

O foro no Brasil será absoluto, não admitindo que outro processo falimentar seja aberto noutro país para decidir sobre os ativos do devedor presentes no território nacional. O juízo brasileiro será sempre exclusivo, independente do tipo do processo de insolvência (liquidação, recuperação) quando o insolvente tiver o seu principal estabelecimento no país, quando houver bens imóveis do falido no território nacional e quando existir filial de matriz estrangeira¹⁷³. A abertura de um processo de falência não será possível no Brasil se o devedor possuir seu principal estabelecimento no exterior e não tiver filiais no Brasil, apenas bens móveis ou imóveis. Se não configurada a situação de insolvência, segundo os requisitos da legislação brasileira, só será cabível ações individuais de conhecimento ou de execução contra o devedor¹⁷⁴.

A jurisprudência brasileira vem reconhecendo a possibilidade de eficácia da sentença estrangeira da declaração de falência, sujeita ao procedimento de homologação, desde que não se incluam nos casos mencionados no parágrafo acima. A homologação até 2004 era realizada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), mas com a Emenda Constitucional nº45 a competência foi transferida para o Superior Tribunal de Justiça (STJ). Para uma sentença estrangeira ter validade no Brasil, ela deve ser homologada por esse órgão. Ao Brasil homologar sentença estrangeira, deve verificar se estão presentes os requisitos formais e legais da decisão, não ofendendo a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes, deixando a análise do direito material ao país requerente¹⁷⁵.

¹⁷² RECHSTEINER, Beat Walter. A Insolvência Internacional sob a Perspectiva do Direito Brasileiro. (Cap. 21). In PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.) et al.. **Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 684 e 685 *passim*.

¹⁷³ RECHSTEINER, Beat Walter. A Insolvência Internacional sob a Perspectiva do Direito Brasileiro. (Cap. 21). In PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.) et al.. **Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 679 a 681 *passim*.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 682.

¹⁷⁵ SOUSA, Andréia. **Homologação de Sentença Estrangeira sobre falência de Pessoa Jurídica sediada no Brasil**. (Tese de Mestrado). Universidade Católica de Brasília, 2010, p. 117. Disponível em: <http://www.bdttd.ucb.br/tede/tde_arquivos/9/TDE-2010-08-11T115910Z-1006/Publico/ANDReIA_NaDIa_LIMA_SOUSA.pdf>. Acesso em: 15/11/2010; e TAQUELA, Maria. *Concursos y quiebras*. (Cap. 32). In FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (coordenador); et al. **Derecho Internacional de los Estados Del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay**. Buenos Aires: Editora Zavalía, 2003, p. 1389.

3.3.3 Paraguai

No Paraguai a legislação que disciplina as falências é a lei n°154/1969. Ela se aplica a devedores comerciantes como devedores não comerciantes, exigindo mais do último por lhe atribuir maior capacidade no manejo de seus bens¹⁷⁶. Já ao primeiro, se lhe exige que se apresente a juízo, caso se torne insolvente, sendo que o pedido de convocação de credores leva implicitamente o de quebra (art. 9 da lei n°154/69¹⁷⁷). Assim como a legislação brasileira, a lei paraguaia não regula expressamente sobre a insolvência internacional.

3.3.3.1 Princípios Adotados

A legislação paraguaia adota os princípios de territorialidade e de pluralidade de juízos, como se desprende do art. 8 da lei n°154/69¹⁷⁸. Por ser a legislação mais antiga sobre insolvência no Mercosul, ela carrega um elevado grau de territorialidade na busca de fortalecer sua soberania nacional, ao mesmo tempo que enfraquece sua dinamicidade e preparo para o comércio internacional da atualidade.

3.3.3.2 Competência Internacional

O juízo competente para declarar a falência no Paraguai é o do domicílio do devedor, do local onde este tiver seu negócio, ou de sua sede social (art. 176¹⁷⁹). Se houver mais de um estabelecimento, o foro competente será o do estabelecimento principal. Na falta de um

¹⁷⁶ TAQUELA, Maria. *Concursos y quiebras*. (Cap. 32). In FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (coordenador); *et al. Derecho Internacional de los Estados Del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay*. Buenos Aires: Editora Zavalia, 2003, p. 1389 e 1390.

¹⁷⁷ Art. 9°.- Todo deudor comerciante que haya llegado al estado de insolvencia, deberá presentarse ante el juzgado competente pidiendo la convocación de sus acreedores a o su quiebra. El pedido de convocación de acreedores llevará implícito el de la quiebra.

¹⁷⁸ Art. 8°. La declaración de quiebra pronunciada en país extranjero no puede invocarse contra los acreedores que el fallido tenga en la República ni para disputarles los derechos que pretendan tener sobre los bienes existentes dentro del territorio nacional, ni para anular los actos que hayan celebrado con el fallido.

Declarada también la quiebra por los tribunales de la República, no se tendrán en consideración a los acreedores que pertenezcan al concurso formado en el extranjero, sino para el caso de que, pagados íntegramente los acreedores de la República, resultase un remanente.

¹⁷⁹ Art. 176°. Será competente para conocer de la convocación de acreedores y de la quiebra, el juez de primera instancia de la justicia común del lugar donde el deudor tuviere su negocio, su sede social, o su domicilio.

Si tuviere varios establecimientos, lo será el juez del lugar donde el deudor tenga la administración o negocio principal.

En el caso de que no tuviere ningún establecimiento, o no pudiese determinarse el lugar del asiento principal de sus negocios será competente el juez de su domicilio real o el del legal, en su caso.

estabelecimento, o foro competente será o domicílio real ou legal. A falência declarada no exterior não possui nenhuma influência sobre os bens e sobre a pessoa do falido no Paraguai.

3.3.3.3 Qualificação de Credores Estrangeiros

O que se percebe no Paraguai é um rígido sistema de preferência nacionais, sendo que os credores estrangeiros só poderão satisfazer seus créditos em ocorrência de dinheiro, de créditos da falência (art. 8). Os credores cujos créditos devem ser satisfeitos no estrangeiro não poderão disputar com os credores locais o direito sobre os bens existentes no Paraguai. Esse sistema segue a legislação Argentina e só comporta exceção para os países participantes dos Tratados de Montevideú¹⁸⁰.

3.3.3.4 Efeitos extraterritoriais das sentenças estrangeiras

O art. 8 é claro ao estabelecer que não há efeito extraterritorial de sentença estrangeira no território paraguaio. Bem como já mencionado, que os credores estrangeiros só serão habilitados para disputar o saldo remanescente da liquidação. Porém uma interpretação mais ampla nos é dada por Horacio Lebrón¹⁸¹, que afirma que a falência declarada no exterior surte pleno efeito no Paraguai, à exceção da invocação contra credores locais para disputar bens situados no Paraguai.

3.3.4 Uruguai

A Nova Lei n°18.387 de Concursos e Reorganização Empresarial do Uruguai (*Ley Uruguaya n°18.387 de Concursos y Reorganización Empresarial* – LCRE - publicada no diário oficial do Uruguai em 03 de novembro de 2008) é a mais moderna do Mercosul e reserva um título especialmente voltado ao Regime Internacional do Concurso (arts. 239 a 247).

¹⁸⁰ BATTELLO CALDERON, Silvio Javier. **A Insolvência Empresarial no Mercosul**. (Tese de Doutorado) Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2007, p. 51.

¹⁸¹ *Ley 154/69 de Quibras-Comentadas*. Assunción, La Ley Paraguaya, 1998. *Apud* TAQUELA, Maria. *Concursos y quiebras*. (Cap. 32). In FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (coordenador); *et al. Derecho Internacional de los Estados Del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay*. Buenos Aires: Editora Zavalía, 2003, p. 1391.

3.3.4.1 Princípios Adotados

A legislação uruguaia adotou o princípio da pluralidade de juízos, pois seu art. 239, §2 da LCRE determina o tribunal uruguaio como competente, ainda que o centro efetivo de atividade se encontre no exterior, mas desde que haja um estabelecimento do devedor no território nacional, não fazendo qualquer alusão a abertura de processos secundários. Esse princípio também se encontra expresso no art. 246 da LCRE. Porém o grande avanço da lei se encontra no fato de fortalecer a posição do princípio da universalidade, apesar de continuar sendo um modelo territorialista. A presença da universalidade se percebe na possibilidade de compreender todos os bens e direitos do devedor que se encontrem tanto no país quanto no exterior por ocasião do concurso do devedor (art. 240) e pelo reconhecimento dos efeitos das sentenças estrangeiras no país. No entanto, continua sendo um modelo territorialista, inclusive porque seria necessária uma articulação internacional para a adoção de um sistema universal ou misto, o que, por hora, não corresponde à realidade do Mercosul.

3.3.4.2 Competência Internacional

O art. 239 da LCRE estabelece duas situações em que o foro uruguaio será internacionalmente competente. O primeiro caso é se o centro efetivo do devedor se encontre em território nacional e o segundo é se o devedor tenha ou teve algum estabelecimento de exploração no território uruguaio. Dispõe ainda o art. 240 que o concurso uruguaio compreende bens de outros Estados, salvo se nesses países houver sido abertos processos de insolvência e que o devedor possua neles domicílio, centro efetivo de atividade ou estabelecimento de exploração. Assim, se restar algum remanescente da liquidação estrangeira, tal servirá para adimplir os créditos estabelecidos no processo de insolvência uruguaio. Percebe-se nitidamente a presença do princípio da reciprocidade na legislação uruguaia.

3.3.4.3 Direito Aplicável

Seguindo a tradição da legislação mercosulina, o direito aplicável também será dado pela lei do foro, excetuando-se as normas relativas aos efeitos da declaração de falência sobre

contratos celebrados pelo devedor, caso em que será aplicável a lei que rege o contrato (art. 241).

É interessante a crítica feita por Noodt Taquela¹⁸² ao afirmar que não é adequada a proposta do art. 241 de aplicar na exceção a lei do foro, a lei de contratos, pois as obrigações contraídas pelo devedor e em particular sobre os contratos que este celebrou tem que permanecer sujeitas a *lex fori*. Os diferentes processos de insolvência geram uma situação que modifica o sistema de obrigações e de contratos, criando a necessidade que essas modificações sejam as mesmas para todos os credores, “ainda que cada obrigação se reja por sua própria lei”.

3.3.4.4 Qualificação de Credores Estrangeiros

Na qualificação e classificação dos credores estrangeiros, o princípio da reciprocidade se encontra expresso. A norma geral é que os credores estrangeiros terão o mesmo tratamento que os credores nacionais, com exceção aos créditos trabalhistas com garantia geral que terão preferência. Todavia, os credores dos países que não instituem os credores uruguaios em igualdade, inclusive de classe, os primeiros serão tratados de igual forma no processo de insolvência uruguaio, ou seja, desigualmente, com fulcro no art. 242 da LCRE.

3.3.4.5 Efeitos extraterritoriais das sentenças estrangeiras

O sistema jurídico uruguaio reconhece os efeitos extraterritoriais das sentenças estrangeiras declaratórias de falência mediante o preenchimento de determinados requisitos dispostos no art. 243. A lei uruguaia, inclusive, fornece ao juiz uruguaio instrumentos como a medida cautelar, a fim de assegurar que o patrimônio do devedor em território uruguaio não seja disperso.

A abertura de processo de insolvência em território uruguaio pode ocorrer se o devedor tiver ou se ele já teve em território uruguaio seu domicílio, centro efetivo de atividade, escritório, estabelecimento ou exploração, desde que já tenha sido declarado a falência por autoridade estrangeira, não sendo necessário verificar a existência de bens ou credores nacionais.

¹⁸² *Concursos y quiebras*. (Cap. 32). In FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (coordenador); et al. ***Derecho Internacional de los Estados Del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay***. Buenos Aires: Editora Zavalia, 2003, p. 1395.

O último artigo do título que regula o Direito de Insolvência Internacional no Uruguai estabelece os convênios e tratados internacionais assinados e ratificados pela República Uruguaia terão prioridade na aplicação, sendo empregado apenas subsidiariamente o disposto na lei nº18.387.

CONCLUSÃO

Primeiramente se verificou que a crescente integração econômica, o aumento da diversidade e complexidade econômica e seus processos de globalização, ampliaram a importância do Direito de Insolvência Internacional, bem como ampliaram os problemas relacionados a esse assunto. Essa composição analisou essas diversas questões relacionadas a Competência Internacional e ao Direito Aplicável. Alguns temas foram analisados mais superficialmente enquanto outros foram aprofundados.

Foi visto que a determinação do critério da nacionalidade como elemento de conexão e as próprias características da pessoa jurídica, traz uma série de problemas no Direito Internacional Privado, devendo-se muitas vezes determinar a nacionalidade com a ajuda de diferentes critérios (o da incorporação e o do controle, por exemplo).

Outra questão levantada foi a dificuldade de se uniformizar e, ou, harmonizar os sistemas jurídicos vigentes na área do direito falimentar, devido à complexidade do assunto e às características dos diferentes contextos sociais, culturais, econômicos e jurídicos absorvidas pelo ordenamento jurídico de cada país.

No segundo capítulo, foi analisado o Direito de Insolvência Europeu que presenciou um enorme crescimento em importância desde sua entrada em vigor. Mas juntamente com este crescimento, os problemas relacionados também se elevaram. Os problemas enfrentados nesse trabalho se referem aos arts. 3 e 4 do EuInsVO

Na área dos efeitos extraterritoriais de um processo de insolvência em outros Estados-membros, a questão problemática é se um tribunal, por si só, após se reconhecer competente e decretar a abertura do processo, poderia se declarar internacionalmente incompetente.

Nesse sentido, um dos mais importantes problemas se apresenta: „o conceito jurídico de „centro de interesse principal“. Mas a decisão do Tribunal de Justiça Europeu no caso

Eurofood solucionou essa questão. É importante lembrar, que o conceito de „centro de interesse principal“ também é aplicável a pessoas naturais para se definir a jurisdição competente.

No processo particular, a dúvida se dá no conceito de estabelecimento. Determinou-se que deveria haver um mínimo de organização e um determinado tempo de durabilidade, para que se considerasse um estabelecimento.

Outra dúvida se dá com referência ao tipo de processo empregado no processo de insolvência secundário. A doutrina é, nesse caso, controversa. Alguns autores defendem a liquidação como processo, conforme o art. 3, §3, segunda frase do Anexo B do EuInsVO, enquanto outros defendem o saneamento.

Quanto ao conflito de competência positivo é debatido, sobre quais circunstâncias se deduz o princípio de prioridade. A decisão Eurofood do Tribunal de Justiça Europeu complicou essa situação ao declarar competente o tribunal irlandês, depois do tribunal italiano ter se declarado competente.

Um outro problema se relaciona com o tempo de mudança do estabelecimento, quando o devedor, antes da entrada do pedido de insolvência, transfere seu domicílio. Um rascunho de um tratado da Comunidade Europeia dizia, que quando a transferência até seis meses antes da entrada do pedido acontecia, continuava competente o local antigo. Mas essa determinação feria a liberdade de estabelecimento. A solução é a análise de cada caso individualmente. Em cada caso se deverá provar e observar as circunstâncias da transferência.

Com relação ao art. 4 do EuInsVO, é controverso, o que abrange a *lex fori concursus*, especialmente o que se qualifica como direito de insolvência. Isso deve ser limitado.

Em dez anos do Regulamento, muitas perguntas já foram respondidas, mas muitas outras permanecem para que futuros trabalhos as tragam à tona.

O Direito de Insolvência no Mercosul foi o alvo da análise do terceiro capítulo. Nele se verificou que o principal obstáculo dos modelos nacionais das legislações mercosulinas é a deficiência de suas normas, que não se preocupam em dar soluções aos principais impasses da insolvência internacional. As quatro legislações são muito diferentes e apenas a Argentina e o Uruguai tratam do Direito de Insolvência Internacional expressamente em suas legislações falimentares. Além disso, a forte influência do princípio territorialista, principalmente nas legislações do Brasil e do Paraguai, agravam ainda mais tal situação, muito embora tenha se visto que a jurisprudência brasileira vem sendo bastante flexível ao preencher a omissão da lei falimentar brasileira através da aceitação das cartas rogatórias e da homologação de sentenças estrangeiras.

Cada vez mais há necessidade de que o Mercosul estabeleça um sistema jurídico seguro, a fim de trazer previsibilidade ao comércio e investimento, fomentando a integração na economia internacional; porém, até hoje, não existe Tratado ou Protocolo específico do Mercosul sobre o Direito de Insolvência Internacional. O tema é disciplinado pelos Tratados de Montevidéu (1889 e 1940) e pelos ordenamentos jurídicos internos dos países membros. Por isso, os processos existentes são morosos e dependem de grande movimentações para que sejam aprovados. A própria existência de diversas esferas jurídicas (acordos bilaterais e multilaterais, organizações internacionais, etc.), torna essa tarefa de harmonização ainda mais trabalhosa.

A adoção da Lei Modelo da UNCITRAL e a elaboração de um acordo entre os países do Mercosul para regular o Direito de Insolvência Internacional parecem ser boas medidas para superar esses obstáculos.

Também se verificou que os Tratados de Montevidéu ainda se encontram em vigor, bem como o Código de Bustamante, embora não tenham sido adotados independentemente por todos países do Mercosul. Ainda assim, as CIDIPs demonstram ser um instrumento mais ágil na negociação, aprovação e aplicação de Acordos Internacionais que a revisão desses antigos tratados, por essa razão não há mais interesse em se levar adiante os velhos tratados. Infelizmente, apesar de proposto por mais de uma vez, o tema da falência internacional ainda não foi discutido pelas CIDIPs.

Para o Brasil poderia ser interessante editar normas especiais em relação ao direito falimentar internacional, visto que sua economia está se internacionalizando cada vez mais. Porém, tal desenvolvimento deve ser feito com cautela, com base na reciprocidade, a fim de não sair prejudicado com o atraso das atualizações jurídicas de outros Estados do Mercosul, como o Paraguai, que possui hoje a mais antiga e desatualizada legislação na região.

É uma pena que o legislador brasileiro não tenha aproveitado a concepção da lei nº11.101/2005 para incorporar elementos do Direito de Insolvência Internacional.

A lista dos problemas identificados nesse trabalho não é exaustiva em função da grandiosidade desse projeto e do surgimento de novas questões a cada dia. Tais problemas permanecem aguardando novos estudos que os tragam a luz do conhecimento.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Nádia de. **Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira**. 4^oed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. **Direito Concursal Internacional: Análise e Comparação dos Princípios da Legislação Colombiana e Brasileira**. Disponível em: <<http://www.udem.edu.co/NR/rdonlyres/5853484F-7CDF-40C4-BAAB-4D5831582993/0/PAULOCOLOMBO.pdf>>. Acesso em: 18/10/2010.

BARRAL, Welber. Solução de Controvérsias Privadas no Mercosul. In: PIMENTEL, Luiz Otávio; ESPLUGUES MOTA, Carlos A.; BARRAL, Welber (organizadores). **Direito Internacional Privado: União Europeia e Mercosul**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

BATTELLO CALDERON, Silvio Javier. **A Insolvência Empresarial no Mercosul**. (Tese de Doutorado) Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2007.

BECKER, Christoph. **Insolvenzrecht**. Carl Heymanns Verlag KG: München 2005.

BREUER, Wolfgang. **Insolvenzrecht**. 2^o ed., Munique: Beck, 2003.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa: O Novo Regime da Insolvência Empresarial**. 2^oed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CASTRO, Amilcar de. **Direito Internacional Privado**. 6^o ed. aum. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas**. 7º Ed. Rev. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

COROTTO, Susana. **Modelos de reorganização empresarial brasileiro e alemão: comparação entre a Lei de Recuperação e Falências de Empresas (LRFE) e a Insolvenzordnung (InsO) sob a ótica da viabilidade prática**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009.

DELUCCA, Santiago. **Unión Europea y Mercosur**. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2003.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**. Parte Geral. 6º ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DUURSMA-KEPLINGER, Henriette-Christine; DUURSMA, Dieter; CHALUPSKY, Ernst. **Europäische Insolvenzverordnung**. (Kommentar). Springer Verlag: Wien 2002.

ESPLUGUES MOTA, Carlos A. **La quiebra internacional**. Barcelona: Bosch, 1993.

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (coordenador); et al. **Derecho Internacional de los Estados Del Mercosur**: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay. Buenos Aires: Editora Zavalia, 2003.

HÄSEMAYER, Ludwig. **Insolvenzrecht**. 4. Auflage. Carl Heymanns Verlag KG: München 2007.

HEMMER, Karl E.; et al. **Insolvenzrecht**. 2. Auflage. Hemmer/Wüst Verlagsgesellschaft, 2009.

KIRCHHOF, Hans-Peter; LWOWSKI, Dr. Hans-Jürgen; STÜRNER, Dr. Rolf (Hrsg.). **Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung**. Band 3. 2. Auflage. Verlag C. H. Beck München 2008.

LISBOA, Marcos de Barros et al. “A racionalidade Econômica da Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas.”(Introdução). In PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.) et al.. **Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MENDONÇA, Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. v. VII 4° ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1946.

MERCOSUL. **Decisão nº23/00 do CMC**. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/normativa/decisooes/2000/mercosul-cmc-dec-nb0-23-00/>>. Acesso em: 02/11/2010.

MERCOSUL. **Protocolo de Ouro Preto**. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/tratados-e-protocolos/protocolo-de-ouro-preto-1/>>. Acesso em: 02/11/2010.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. “Da Competência Internacional e dos Princípios que a Informam”. **Revista de Processo**. N. 50.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Garantia Constitucional do Direito à Jurisdição – Competência Internacional da Justiça Brasileira, Prova do Direito Estrangeiro”. **Revista Forense**. vol. 343.

PAULUS, Christoph G. **Europäische Insolvenzverordnung**. (Kommentar). 2. Auf. Verlag Recht und Wirtschaft GmbH: Frankfurt am Main 2008.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Conselho Permanente da Organização dos Estados Americanos. Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos. **Relatório: Seleção de Temas para a Agenda da Sétima Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado (CIDIP-VII)**. 30 de março de 2004. P. 3. E na ata final Sétima Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado (CIDIP-VII). 7 a 9 de outubro de 2009. p. 1. Disponível em: <www.oas.org>. Acesso em: 10 de novembro de 2010.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Histórico do Processo das CIDIPs**. Disponível em: <<http://www.oas.org/DIL/PrivateIntLaw-HistCidipProc-port.htm>>. Acesso em: 02/11/2010.

RECHSTEINER, Beat Walter. “A insolvência internacional sob perspectiva do Direito brasileiro”. (cap. 21). In PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.) et al.. **Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado: teoria e prática**. 12° ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

REISCHL, Klaus. **Insolvenzrecht**. C. F. Müller: Berlin 2008.

REPÚBLICA ARGENTINA. **Ley n°24.522.** Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25379/texact.htm>>. Acesso em: 15/10/2010.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar.** v. I, 17° ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

SOUSA, Andréia. **Homologação de Sentença Estrangeira sobre falência de Pessoa Jurídica sediada no Brasil.** (Tese de Mestrado). Universidade Católica de Brasília, 2010, p. 117. Disponível em: <http://www.btdt.ucb.br/tede/tde_arquivos/9/TDE-2010-08-11T115910Z-1006/Publico/ANDReIA_NaDIa_LIMA_SOUSA.pdf>. Acesso em: 15/11/2010.

UNCITRAL. **Lei modelo de 1997 sobre Insolvência Internacional.** Disponível em: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency.html. Acesso em: 13/11/2010.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências.** v. I, Rio de Janeiro: Forense, 1948.

WARRIKOFF, Alexander. **Die Möglichkeiten zum Unternehmenserhalt nach dem neuen Insolvenzrecht.** KTS, Zeitschrift für Insolvenzrecht, 1996.