



Insolvência transfronteiriça

Catarina Serra¹

Introdução

O tema que me foi proposto tratar é o da insolvência transfronteiriça².

Dada a vastidão deste tema (vastidão desde logo territorial, depois material), pareceu-me adequado concentrar-me nas regras do Regulamento 2015/848, dirigido a regular as situações de insolvência que envolvem exclusivamente Estados-membros da União Europeia, e no tratamento de duas matérias que mais têm merecido a atenção da jurisprudência portuguesa³.

O percurso será antecedido de duas perguntas, de resposta breve:

* O presente trabalho irá ser também publicado num ebook conjunto do Centro de Estudos Judiciários e Revista de Direito Comercial.

¹ Juíza Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça e Professora Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

² O tema foi objecto de minha intervenção no Congresso de Direito Comercial, organizado pelo Centro de Estudos Judiciários e pela Revista de Direito Comercial e realizado em Lisboa, nos dias 15 e 16 de Novembro de 2018. Aproveita-se a ocasião para agradecer aos coordenadores científicos do Congresso, os Senhores Professores Doutores Pedro Pais de Vasconcelos e Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, o convite.

³ Na intervenção oral que deu origem ao texto só foi possível, por razões de tempo, tratar a segunda.



- I. O que é a insolvência transfronteiriça?
- II. O que é e o que visa o Regulamento?

I. O que é a insolvência transfronteiriça?

A insolvência transfronteiriça / internacional pressupõe uma situação em que o devedor tem ligações com mais do que um ordenamento jurídico, designadamente por ter bens ou credores localizados em mais do que um Estado⁴.

Como tem sido insistentemente afirmado, uma situação deste tipo levanta problemas que não podem ser resolvidos por uma única ordem jurídica: a probabilidade de os credores propenderem para executar os bens da empresa e desmembrarem a empresa (*common pool problem*) é mais elevada quando os credores estão dispersos por todos os Estados em que a empresa tem bens⁵.

⁴ “[Q]uando, quer as pessoas implicadas (devedor e credores), quer os bens em causa, quer ambos, apresentam ligações com as ordens jurídicas de dois ou mais Estados” (cfr. MARIA JOÃO MACHADO, “Algumas considerações sobre a falência em Direito Internacional Privado”, in: *Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique*, 1999, n.º 3, p. 78, ou *Da Falência em Direito Internacional Privado – Introdução aos seus problemas fundamentais*, Porto, Universidade Portucalense Infante D. Henrique, 2000, p. 12) ou “quando, em razão das pessoas envolvidas ou dos bens abrangidos ou dos dois factores conjuntamente, apresenta contactos com diversas ordens jurídicas” (cfr. MARIA HELENA BRITO, “Falências internacionais. Algumas considerações a propósito do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”, in: *Themis*, Edição Especial — *Novo Direito da Insolvência*, 2005, p. 186).

⁵ Cfr. REINHARD BORK, in: REINHARD BORK / KRISTIN VAN ZWIETEN, *Commentary on the European Insolvency Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 3.



É, portanto, rigorosamente, uma questão de Direito Internacional Privado, entendido em sentido amplo.

II. O Regulamento 2015/848

O Regulamento (UE) 2015/848 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Maio de 2015 relativo aos processos de insolvência (reformulação)⁶, em vigor, na generalidade, desde 26 de Junho de 2017⁷, é directamente aplicável em todos os Estados-membros, com excepção da Dinamarca (que se configura, para estes efeitos, como um não Estado-membro).

O Regulamento tem um fim de mera harmonização processual. Ele não visa, de facto, uniformizar a disciplina da insolvência dos Estados-membros, mas sim regular a abertura e os efeitos dos processos de insolvência que podem ser abertos numa situação de insolvência internacional⁸. Mais precisamente, os processos

⁶ Publicado no Jornal Oficial da União Europeia *L 141 de 5 de Junho de 2015*, pp. 19-72, e disponível, em português, em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015R0848&from=PT>.

⁷ Cfr. art. 92.º do Regulamento e as excepções aí contidas (respeitantes aos arts. 86.º, 24.º, n.º 1, e 25.º do Regulamento).

⁸ “Do carácter transnacional da insolvência decorre todo um conjunto de questões específicas que importa resolver antes do mais, designadamente: - a questão de saber se os tribunais portugueses são internacionalmente competentes para a declaração de insolvência; - em caso afirmativo, o problema da determinação da lei ou leis nacionais aplicáveis à insolvência; - a questão de saber se a declaração de insolvência proferida em Portugal abrange os bens localizados no estrangeiro e, inversamente, se a declaração de insolvência proferida no estrangeiro abrange os bens situados em Portugal; - ligada com a anterior, a questão dos efeitos que a decisão de insolvência proferida em Portugal



abrangidos pelo Regulamento ficam sujeitos às regras nele contidas no que toca, fundamentalmente, a cinco aspectos: tribunal competente, lei aplicável, reconhecimento das sentenças, publicidade e reclamação de créditos e, por fim, no caso de pluralidade de processos, cooperação e comunicação entre os órgãos processuais⁹.

1. O Regulamento 1346/2000 e o universalismo limitado

O Regulamento 2015/848 veio suceder ao (e reformular o) Regulamento (CE) n.º 1346/2000 do Conselho, de 29 de Maio de 2000, relativo aos processos de insolvência, que havia sido adoptado na sequência de mais de três décadas de negociações¹⁰
¹¹.

Determinava-se já, neste último Regulamento, que o tribunal competente para a abertura do processo de insolvência é o tribunal

produz noutros Estados e dos efeitos que a decisão proferida no estrangeiro produz em Portugal (reconhecimento de decisões estrangeiras)” (cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “O Regulamento comunitário sobre insolvência — uma introdução”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, 2006, III, pp. 1101 e s.).

⁹ Cfr. KRISTIN VAN ZWIETEN, in: REINHARD BORK / KRISTIN VAN ZWIETEN, *Commentary on the European Insolvency Regulation*, cit., pp. 58-59.

¹⁰ As negociações começaram em 1963.

¹¹ O que é sintomático das dificuldades que enfrentam os Estados-membros para atingir consensos nesta matéria. Como dizem LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA [*Insolvências Transfronteiriças — Regulamento (CE) n.º 1346/2000 do Conselho Anotado*, Lisboa, Quid Juris, 2003, p. 19], este Regulamento — qualquer regulamento nesta matéria — é “um instrumento que reúne os contributos de todos os Estados-membros, procurando estabelecer a síntese e o equilíbrio entre as propostas e as pretensões individuais de cada um”.



do Estado-membro onde se localiza o centro dos interesses principais (CIP) do devedor e consagrava-se a regra de que o Direito do Estado-membro em que o processo é aberto determina todos os efeitos processuais e substantivos do processo (*lex fori concursus*)¹², sendo a a decisão de abertura de um processo de insolvência proferida num Estado-membro reconhecida em todos os outros Estados-membros.

O universalismo não é absoluto e sim limitado / modificado (*modified universalism*)¹³. Não é fácil, de facto, contrariar a

¹² Como diz LUÍS DE LIMA PINHEIRO (“O Regulamento comunitário sobre insolvência — uma introdução”, cit.), o Regulamento articula a competência internacional com o Direito aplicável.

¹³ Atendendo a que podem ser abertos processos territoriais e, inclusivamente, em duas situações, antes da abertura do processo principal (cfr. art. 3.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1346/2000), MARIA HELENA BRITO (“Falências internacionais. Algumas considerações a propósito do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”, cit., pp. 193 e 199) diz que as regras de competência se inspiram num princípio de “universalidade limitada”. Por seu turno, DÁRIO MOURA VICENTE (“Insolvência internacional: Direito aplicável”, in: AA. VV., *Estudos em memória do Professor Doutor José Dias Marques*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 91) refere-se a uma “universalidade mitigada”. Entretanto, LUÍS DE LIMA PINHEIRO (“O Regulamento comunitário sobre insolvência — uma introdução”, cit.) diz que “um puro sistema universal não atende suficientemente aos interesses dos pequenos credores locais e às vantagens oferecidas por processos territoriais de insolvência em certas circunstâncias. Daí que mereça preferência um sistema misto de pendor universalista”. No estrangeiro fala-se até hoje, preferencialmente, em “*modified universalism*” [cfr., por todos, HORST EIDENMÜLLER / KRISTIN VAN ZWIETEN, “Restructuring the European Business Enterprise: The EU Commission Recommendation on a New Approach to Business Failure and Insolvency”, European Corporate Governance Institute (ECGI) – Law Working Paper No. 301/2015; Oxford Legal Studies Research Paper No. 52/2015, p. 17 e p. 22 (disponível em <https://ssrn.com/abstract=2662213>)].



tendência (natural) para afectar os bens localizados no território de um Estado-membro à satisfação dos interesses dos credores locais e assegurar o reconhecimento de um processo aberto num Estado-membro pelos outros Estados-membros. Existe, então, a possibilidade de se abrirem processos secundários nos Estados-membros onde o devedor possua estabelecimentos, sendo os efeitos destes últimos circunscritos aos bens que aí se encontrem.

Perguntar-se-á por que razão não se foi mais longe, por que razão não se criou um processo de insolvência, único e universal, aplicável em todos os Estados-membros¹⁴. Entre outras vantagens, seria esta a solução mais adequada ao princípio *par conditio creditorum* e simultaneamente a solução mais favorável à aplicação de soluções recuperatórias. Para encurtar a discussão, usa-se a fórmula de BOB WESSELS e concentra-se a explicação numa única palavra: diversidade¹⁵.

2. Do Regulamento 1346/2000 ao Regulamento 2015/848

Em 2012, quando se completaram dez anos sobre a entrada em vigor do Regulamento 1346/2000, iniciou-se um processo para a sua avaliação. Identificaram-se cinco problemas e,

¹⁴ GERARD MCCORMACK contesta as virtualidades de um processo único e, portanto, de uma tese universalista no âmbito dos processos de insolvência. Cfr. GERARD MCCORMACK, “Universalism in Insolvency Proceedings and the Common Law”, in: *Oxford Journal of Legal Studies*, 2012, 32(2), pp. 325 e s.

¹⁵ Cfr. BOB WESSELS (Contributing editor), “Principles of European Insolvency Law” (disponível em https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/21-PEILABIjournal_appended.pdf). É essa também a justificação do Regulamento (cfr. considerando 11).



consequentemente, cinco áreas a necessitar de intervenção.

O primeiro problema respeitava ao âmbito de aplicação. O Regulamento não abrangia nem os processos nacionais vocacionados para a reestruturação da empresa em momento anterior à insolvência, nem os processos que mantêm o devedor na administração dos seus bens, nem os processos relativos á exoneração de pessoas singulares.

Detectaram-se, em segundo lugar, dificuldades na determinação do Estado-membro cujos órgãos são competentes para abrir o processo de insolvência. O critério do CIP não tinha uma aplicação fácil, dando aso a transferências ilegítimas e permitindo a prática do chamado “*forum shopping*” ou “*insolvency tourism*”, tanto por parte de empresas como de pessoas singulares¹⁶.

Observaram-se, em terceiro lugar, problemas relativamente aos processos secundários de insolvência. A verdade é que a abertura de processos secundários pode pôr em causa uma administração eficiente do património do devedor: o administrador da insolvência do processo principal perde o controlo sobre os bens que estejam localizados noutra(s) Estado(s)-membro(s), o que, por seu turno, dificulta a venda da empresa ou dos bens como um todo. Acresce que, nos termos do Regulamento 1346/2000, os processos

¹⁶ Sobre o *forum shopping* cfr., entre numerosas outras referências, WOLF-GEORG RINGE, “Forum Shopping under the EU Insolvency Regulation”, in: *European Business Organization Law Review*, 2008, 9, pp. 579 e s., ADRIAN WALTERS / ANTON SMITH, “‘Bankruptcy Tourism’ under the EC Regulation on Insolvency Proceedings: A View from England and Wales”, in: *International Insolvency Review*, 2009, 19(3) pp. 181 e s. (disponível em <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1630890>), e MAREK SZYDLO, “Prevention of Forum Shopping in European Insolvency Law”, in: *European Business Organization Law Review*, 2010, 11, pp. 253 e s.



secundários eram necessariamente processos liquidatórios, o que constituía um evidente obstáculo à recuperação.

Notaram-se, em quarto lugar, dificuldades no que toca à publicidade dos processos e à reclamação de créditos. Não existindo, nem nos Estados-membros em que o processo era aberto, nem nos Estados-membros em que está(ão) localizado(s) o(s) estabelecimento(s), um registo obrigatório das decisões e nem sequer um sistema que permitisse pesquisar sobre processos de insolvência nos registos nacionais, não era possível aos juízes e aos credores (actuais e potenciais) tomar conhecimento de que tinha sido aberto um processo noutro Estado-membro. Havia, além disto, dificuldades na reclamação de créditos, principalmente na reclamação dos créditos por parte dos pequenos credores (que são os que têm menos recursos).

Por fim, salientou-se a necessidade de regulação da insolvência de grupos de sociedades. Um grande número de casos de insolvência envolve grupos internacionais de sociedades. A ausência de normas específicas sobre a matéria reduzia as probabilidades de uma reestruturação do grupo de sociedades como um todo e podia conduzir ao seu desmembramento.

No final do ano estava disponível a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2012¹⁷, contendo sugestões de alteração nas cinco áreas

¹⁷ A Proposta encontra-se disponível, em português, em http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com%282012%290744_/com_com%282012%290744_pt.pdf. O texto da Proposta foi antecedido de / divulgado simultaneamente com outros documentos: a Resolução do Parlamento Europeu, de 15 de Novembro de 2011,



apontadas¹⁸. E em 20 de Maio de 2015 surgia o Regulamento 2015/848.

3. As soluções contidas no Regulamento 2015/848

O Regulamento assenta, fundamentalmente, no quadro

que contém recomendações à Comissão sobre os processos de insolvência no contexto do direito das sociedades da EU (disponível, em português, em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0484+0+DOC+XML+V0//PT>), a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu “Uma nova abordagem europeia da falência e insolvência das empresas”, de 12 de Dezembro de 2012 (disponível, em português, em http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insolvency-comm_pt.pdf) e o Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu, de 12 de Dezembro de 2012 (disponível, em português, em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0743:FIN:PT:PDF>).

Sobre o processo de revisão do Regulamento n.º 1346/2000 e para uma apreciação da generalidade das alterações contidas na Proposta cfr. CATARINA SERRA, “Insolvência transfronteiriça – Comentários à Proposta de alteração do Regulamento europeu relativo aos processos de insolvência, com especial consideração do Direito português”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, 2013, vol. 10, pp. 97-143.

¹⁸ Diz, em contrapartida, ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ (“La propuesta de la Comisión Europea para la reforma del Reglamento Europeo de insolvencia”, in: *Anuario de Derecho Concursal*, 2013, 29, pp. 423-424) que as modificações giram à volta de duas grandes linhas de actuação: primeiro, a reforma da configuração do processo de insolvência com elementos transfronteiriços e, segundo, aperfeiçoamentos na coordenação internacional de processos abertos em vários Estados. Segundo o autor, a intervenção compreende ainda medidas destinadas à concretização da reforma, em particular, no plano das faculdades normativas da Comissão e das obrigações dos Estados-membros.



estabelecido pelo seu antecessor, não sendo numerosas as novidades nem as que existem muito impressionantes^{19 20}.

Genuínas novidades, ou novidades em sentido próprio, são a extensão do âmbito de aplicação do Regulamento²¹, a criação de registos de insolvências e, sobretudo, a regulação da insolvência no contexto de grupos de sociedades. Os instrumentos adoptados são razoavelmente pacíficos (comunicação, cooperação e coordenação)²², ficando as alterações, em síntese, muito aquém das sugestões avançadas e discutidas em fóruns e congressos especializados ao longo do período de avaliação²³.

¹⁹ Cfr., neste sentido, REINHARD BORK (in: REINHARD BORK / KRISTIN VAN ZWIETEN, *Commentary on the European Insolvency Regulation*, cit., pp. 1-2 e p. 34.

²⁰ Para uma visão geral das novidades mais significativas do Regulamento 2015/848, especialmente relevantes para as PME, cfr. CATARINA SERRA, “O Regulamento 2015/848 e as PME”, in: ALEXANDRE SOVERAL MARTINS (coord.), *As PME perante o (novo) Direito da Insolvência – Colóquio realizado em 27 de Outubro de 2017*, Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra / Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, 2018, pp. 29 e s.

²¹ Sobre este ponto cfr. CATARINA SERRA, “‘Abrindo’ o Regulamento europeu sobre insolvência transfronteiriça – Algumas questões sobre o âmbito de aplicação do Regulamento na perspectiva do Direito português”, in: AA. VV., *Para Jorge Leite – Escritos Jurídicos*, volume II, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 729 e s.

²² Foi especialmente considerada a lei alemã para a facilitação do tratamento da insolvência nos grupos de sociedades (*Gesetz zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen*, de 13 de Abril de 2017), vigente desde 21 de Abril de 2018. Para um breve comentário à lei alemã, cfr. JESSICA SCHIMDT, “The new German law on group insolvencies”, in: *PolaR – Portuguese Law Review*, 2018, n.º 2, pp. 143 e s.

²³ Cfr., só para dois exemplos, o Congresso *The Future of the European Insolvency Regulation*, realizado em Amsterdão, no dia 28 de Abril de 2011 (textos das apresentações disponíveis em <http://www.eir-reform.eu/presentations>) e o



A (pequena) extensão e o (baixo) grau de novidade das medidas acusam (e confirmam) os limites resultantes do dever de negociação e da necessidade de cedências com vista à obtenção de consensos.

Destaca-se a continuação da tendência para o universalismo limitado, assumindo-se, no considerando 22²⁴, que não é praticável criar um processo de insolvência de alcance universal na União Europeia por causa da grande diversidade das leis substantivas no que toca, designadamente às garantias vigentes nos Estados-membros, em particular aos privilégios creditórios.

Assim, mantendo-se embora a regra de que o CIP determina o Estado em que o processo principal é aberto e de que a lei aplicável ao processo é a lei do Estado de abertura, continuam a prever-se, primeiro, a possibilidade de abertura de processos secundários e, segundo, um conjunto de desvios à aplicabilidade da *lex concursus*.

Adverta-se que o Regulamento não tem uma leitura fácil, pois o legislador europeu parece ter optado por legislar com apoio em considerandos. Além de existir um número excessivo de considerandos (oitenta e nove), nalguns encontram-se regras essenciais para a compreensão e a aplicação das regras contidas no articulado – reforçando, esclarecendo ou mesmo complementando as regras contidas no articulado.

Seminário Internacional Conjunto da INSOL Europe e do Ernst Jaeger Institute *Revision of the European Insolvency Regulation*, realizado em Leipzig no dia 14 de Setembro de 2012 (textos das apresentações disponíveis em <http://www.insol-europe.org/events/2012-events/>).

²⁴ Doravante todos os considerandos ou normas sem outra referência se reportam ao Regulamento 2015/848.



III. Questões relevantes na jurisprudência portuguesa: o tribunal competente e a lei aplicável

1. Competência internacional

1.1. Processo principal. O critério do centro dos interesses principais

A matéria da competência internacional dos órgãos jurisdicionais resulta, fundamentalmente, do disposto na norma do art. 3.º do Regulamento. Aí se fixa o critério para determinar o Estado em que o processo deve ser aberto (o factor de conexão), que é, neste caso, o CIP.

O CIP é uma espécie de compromisso entre a tese da sede real ou lugar da administração (*real seat*), típica da maioria dos ordenamentos de *civil law*, e a tese da sede estatutária (*incorporation* ou *statutory seat*), típica dos ordenamentos de *common law*. Foi este o conceito escolhido porque se pensa que ele é o ideal para assegurar que a insolvência será regulada pelo tribunal e segundo a lei do Estado-membro com que o devedor tem uma *real conexão*, em vez do tribunal e da lei que correspondem à vontade do devedor.

O conceito de CIP tem sido objecto de numerosas discussões na doutrina e na jurisprudência do TJUE. Entre outras críticas, alega-se que, sendo um conceito indeterminado, ele se presta a



manipulações e transferências abusivas (*COMI shift*²⁵)²⁶. O fenómeno é resultado – um resultado inevitável – da existência de foros alternativos para as mesmas matérias com regras de conflitos divergentes²⁷. Ao longo dos anos, muitos foram, com efeito, os processos de insolvência abertos num Estado-membro onde o devedor não desenvolvia a sua actividade desde o início mas para o qual transferia, oportunisticamente, a administração dos seus negócios, com a intenção de beneficiar de um Direito mais favorável²⁸.

A fim de resolver estas e outras dificuldades de aplicação prática do conceito, apresenta-se, pela primeira vez, no art. 3.º, n.º 1, do Regulamento, uma definição em sentido próprio²⁹.

²⁵ COMI é o acrónimo de *Centre of Main Interests*.

²⁶ Para outras críticas cfr. GEORG RINGE, in: REINHARD BORK / KRISTIN VAN ZWIETEN, *Commentary on the European Insolvency Regulation*, cit., pp. 125 e s.

²⁷ Cfr., neste sentido, DÁRIO MOURA VICENTE, “Insolvência internacional: Direito aplicável”, cit. p. 87.

²⁸ Sobre as alterações oportunísticas de CIP e o conceito de abuso do direito cfr. HORST EIDENMÜLLER, “Abuse of Law in the Context of European Insolvency Law”, in: *European Company and Financial Law Review*, 2009, pp. 1 e s.

²⁹ Não havia tal definição no âmbito do Regulamento 1436/2000, tendo a jurisprudência do TJUE sido determinante para a clarificação da noção. As decisões mais relevantes respeitam aos casos Eurofood [Case C-341/04, *Eurofood IFSC Ltd* [2006] ECR I-3854] e Interedil [Case C-396/09, *Interedil Srl, in liquidation v Fallimento Interedil Srl, Intesa Gestione Crediti SpA* [2011] BPIR (EC), 1639], ambas respeitantes a devedores-sociedades. Delas perpassa o entendimento de que o ponto de partida deve ser o da coincidência entre o CIP e o local da sede estatutária, admitindo-se que não seja assim apenas quando, na perspectiva de terceiros, ou seja, por referência a factores simultaneamente objectivos e determináveis por terceiros (em particular os credores), o devedor administra os seus interesses noutra localidade. Este parece ter sido o entendimento que vingou na reformulação do Regulamento. As novas regras não são isentas de críticas,



Assentando em critérios como o da *habitualidade da administração dos interesses do devedor* e, sobretudo, o da *cognoscibilidade por terceiros*, ela é mais adequada a salvaguardar os interesses daqueles que contrataram com o devedor ou, por qualquer outra circunstância, se tornaram seus credores.

Continua, no entanto, a ser conveniente prestar atenção ao disposto nos considerandos do Regulamento, pertencendo o art. 3.º, n.º 1, do Regulamento ao grupo de normas que isso é particularmente útil.

Adquire, desde logo, relevância o considerando 28, onde se diz que para o apuramento do CIP deve ter-se em especial consideração os credores – a sua percepção quanto ao local em que o devedor administra os seus interesses –, podendo exigir-se que, em caso de mudança do CIP, o devedor informe, em tempo útil, os seus credores do novo local a partir do qual passou a exercer as suas actividades, chamando a atenção, por exemplo, para a mudança de endereço em correspondência comercial ou publicitando o novo local por outros meios adequados.

considerando a relevância dada à perspectiva dos terceiros, porque, entre outras coisas, o Regulamento não diz quem são estes terceiros. A circunstância já suscitou a ironia de CHRISTOPH PAULUS (“Group insolvencies – Some thoughts about new approaches”, in: *Texas International Law Journal*, 2007, 42 (3), p. 824), que, em comentário à decisão do caso Eurofood, designadamente o argumento de que só devem admitir-se desvios à regra da coincidência entre o CIP e o local da sede estatutária em casos evidentes, como, por exemplo, o da sociedade “postarrestante” (*letterbox company*), opinava que o exemplo demonstrava a irrelevância do carteiro e conduzia à conclusão de que terceiros eram os juízes do TJUE.



1.1.1. O Centro dos Interesses Principais das sociedades e das outras pessoas jurídicas

Conserva-se a presunção (relativa) de que o CIP das sociedades e pessoas jurídicas coincide com o local da sede estatutária (*statutory seat* ou *registered office*), mas ela é autonomizada de forma (mais) clara. Estabelece-se, além disso, uma restrição: a presunção só é aplicável se a sede estatutária não tiver sido transferida para outro Estado-membro nos três meses anteriores ao pedido de abertura do processo de insolvência.

No art. 3.º, n.º 1, do Regulamento estabelece-se, em suma, que os órgãos jurisdicionais do Estado-membro em cujo território está situado o CIP do devedor são competentes para abrir o processo de insolvência (“processo principal de insolvência”), sendo o CIP o local em que o devedor exerce habitualmente a administração dos seus interesses de forma cognoscível por terceiros³⁰. Presume-se que o CIP corresponde à sede estatutária da sociedade ou da pessoa jurídica, mas esta presunção não funciona em todos os casos³¹ e é

³⁰ Em bom rigor, aquilo que se diz é que o CIP é “o local em que o devedor exerce habitualmente a administração dos seus interesses de forma *habitual* e cognoscível por terceiros” (sublinhados nossos). Todavia, como acima já se define CIP como “o local em que o devedor exerce *habitualmente* a administração dos seus interesses” (sublinhados nossos), é de evitar a repetição. Diga-se que na versão em língua inglesa do Regulamento, esta repetição não existe.

³¹ Nos termos do considerando 29 do Regulamento, as restrições à presunção de que a sede estatutária constitui o CIP do devedor correspondem, pois, a “salvaguardas destinadas a prevenir a seleção do foro fraudulenta ou abusiva”.



sempre ilidível³².

O considerando 30 do Regulamento confirma o carácter relativo da presunção e refere algumas circunstâncias em que é possível (e propício) fazer prova em contrário: a presunção pode ser ilidida se a administração central da sociedade se situar num Estado-membro diferente do da sede estatutária e se uma avaliação global de todos os factores relevantes permitir concluir, de forma cognoscível por terceiros, que o centro efectivo da administração e da supervisão da sociedade e da gestão dos seus interesses se situa nesse outro Estado-membro³³.

De tudo isto decorre que o CIP da sociedade depende, em princípio, da localização do capital humano e do local onde a sociedade faz uso dos bens³⁴. Não deve, contudo, perder-se de vista que, em última análise, aquilo que é decisivo é a perspectiva que disto tenham os terceiros, sobretudo os credores sociais³⁵.

³² Como diz GEORG RINGE (in: REINHARD BORK / KRISTIN VAN ZWIETEN, *Commentary on the European Insolvency Regulation*, cit., p. 130), a sede estatutária é só um ponto de partida.

³³ O disposto no considerando 30 segue de perto as afirmações feitas pelo TJUE no caso Interedil (cfr. GEORG RINGE, in: REINHARD BORK / KRISTIN VAN ZWIETEN, *Commentary on the European Insolvency Regulation*, cit., p. 132). Entre outras coisas, o TJUE afirmou nesta decisão que os factores a tomar em consideração para uma eventual ilisão da presunção incluem, em especial, os locais em que a sociedade leva a cabo uma actividade económica e em que possui bens, na medida em que estes locais sejam susceptíveis de ser conhecidos por terceiros.

³⁴ Cfr. GEORG RINGE, in: REINHARD BORK / KRISTIN VAN ZWIETEN, *Commentary on the European Insolvency Regulation*, cit., pp. 133-134.

³⁵ Nos tribunais ingleses tem-se dado alguma relevância ao local onde a sociedade negocia com os credores. Outros factores (mais fracos) são o local em que a sociedade tem a sua conta bancária principal, a escolha da lei aplicável nos



1.1.2. O Centro dos Interesses Principais das pessoas singulares

Relativamente às pessoas singulares, fixam-se duas (novas) presunções, que operam em moldes globalmente idênticos à das sociedades e outras pessoas jurídicas.

No caso de pessoa singular que exerça uma actividade comercial ou profissional independente, presume-se, até prova em contrário, que o CIP é o local onde ela exerce a actividade principal, mas esta presunção só funciona se o local de actividade principal da pessoa singular não tiver sido transferido para outro Estado-membro nos três meses anteriores ao pedido de abertura do processo de insolvência.

No caso de qualquer outra pessoa singular, presume-se, até prova em contrário, que o CIP é o lugar de residência habitual, mas esta presunção só é aplicável se a residência habitual não tiver sido transferida para outro Estado-membro nos seis meses anteriores ao pedido de abertura do processo de insolvência.

Também aqui deve fazer-se uma leitura à luz do disposto nos considerandos do Regulamento, em particular no considerando 30, onde se esclarece que no caso de uma pessoa singular que não exerça uma actividade comercial ou profissional, a presunção pode ser ilidida, por exemplo, se a maior parte dos bens do devedor estiver situada fora do Estado-membro onde este tem a sua

contratos de crédito ou a residência dos administradores sociais. Como todos estes factores dependem, apesar de tudo, da vontade das pessoas, não são considerados determinantes para o CIP (cfr. GEORG RINGE, in: REINHARD BORK / KRISTIN VAN ZWIETEN, *Commentary on the European Insolvency Regulation*, cit., p. 134).



residência habitual, ou se puder ficar comprovado que o principal motivo para a mudança de residência foi o de requerer a abertura de um processo de insolvência na nova jurisdição e se tal pedido prejudicar significativamente os interesses dos credores cujas relações com o devedor tenham sido estabelecidas antes da mudança.

A disciplina das pessoas singulares que exerçam uma actividade comercial ou profissional independente é passível de duas críticas. A primeira resulta da falta de referência expressa à cognoscibilidade do CIP por terceiros, especialmente por credores. Atendendo a que, para os efeitos da norma, não existe uma diferença fundamental entre as situações (exemplares) de sociedades comerciais e de comerciantes em nome individual, sendo indiscutível, em qualquer caso, a necessidade de tutela das legítimas expectativas dos credores comerciais, talvez fosse de equacionar a extensão daquela referência a estes últimos casos. A segunda, mais do que uma crítica é uma interrogação: para facilitar a determinação do respectivo CIP, por que não presumir-se, até prova em contrário, que o CIP é o local da matrícula no registo comercial ou a inscrição noutro registo profissional?

O regime das restantes pessoas singulares merece também uma nota crítica: faz falta um critério para resolver a hipótese de pluralidade de residências habituais. Os casos não serão frequentes mas a verdade é que é concebível que, por razões profissionais ou familiares, algumas pessoas passem parte do ano num Estado-membro e parte do ano noutro.

1.2. Processo principal e processos secundários



Uma forma de protecção dos interesses locais e, portanto, uma (primeira) excepção ao carácter universalista do Regulamento é a possibilidade de abertura de processos de insolvência em Estados-membros diversos do Estado em que se localiza o CIP do devedor.

Com vista à protecção dos interesses locais, o Regulamento continua a permitir, conforme se diz no considerando 23, a abertura de processos secundários correndo paralelamente ao processo principal de insolvência, não obstante em estreita coordenação com ele. Por via disto, os bens localizados naqueles Estados-membros são distribuídos em processos que correm termos no tribunal local e de acordo com os critérios estabelecidos na lei local.

A matéria está regulada, com algum pormenor, nos arts. 34.º a 52.º do Regulamento, estabelecendo-se, no essencial, que estes processos (secundários) devem ser coordenados com / estar subordinados ao processo principal. As noções fundamentais são, contudo, fixadas logo na norma do art. 3.º do Regulamento, dispendo-se no n.º 2, em jeito de restrição ao n.º 1, que é admissível a abertura de um processo de insolvência num Estado-membro diferente daquele em que está situado o CIP do devedor no caso de este possuir um estabelecimento no território daquele Estado-membro, posto que com efeitos limitados aos bens do devedor que se encontrem neste último território.

Para a abertura de um processo secundário num determinado Estado-membro é, assim, essencial que o devedor seja titular de um estabelecimento no respectivo território. Para estes efeitos, estabelecimento é o local em que o devedor exerça, ou tenha exercido, de forma estável, uma actividade económica, com recurso a meios humanos e a bens materiais, nos três meses anteriores à



apresentação do pedido de abertura do processo principal de insolvência [cfr. art. 2.º, 10), do Regulamento]³⁶.

Se, como é usual, quando o processo é aberto neste Estado-membro estiver já aberto um processo no Estado-membro onde está situado o CIP (processo principal), o processo é considerado um genuíno processo secundário (cfr. art. 3.º, n.º 3, do Regulamento). No caso contrário, o processo preexistente denomina-se “processo territorial” e só depois da abertura do processo principal se converte num processo secundário (cfr. art. 3.º, n.º 4, do Regulamento)³⁷. É requisito comum – insiste-se – a localização de um estabelecimento do devedor naquele Estado-membro mas a abertura de processos territoriais está sujeita a requisitos adicionais, restritivos da hipótese (cfr. art. 3.º, n.º 4, do Regulamento).

Da leitura do texto do art. 34.º do Regulamento (bem como do

³⁶ Sendo absolutamente fiel ao texto do art. 2.º, 10), do Regulamento, o estabelecimento será o local *de actividade* em que o devedor exerça, ou tenha exercido, de forma estável, uma *actividade* económica, com recurso a meios humanos e a bens materiais, nos três meses anteriores à apresentação do pedido de abertura do processo principal de insolvência. Tentou-se, na definição adoptada no texto, evitar a indesejável redundância.

³⁷ Significa isto, por outras palavras, que é possível abrirem-se estes processos antes da abertura de qualquer processo no Estado-membro em que está situado o CIP, e independentemente dela (cfr. art. 3.º, n.º 4, do Regulamento). Se e enquanto não for aberto um processo principal, estes são processos territoriais. A possibilidade é – sublinhe-se – admitida apenas quando se verificarem certas condições, portanto, a título excepcional, assumindo-se no considerando 37, “a preocupação de restringir ao mínimo indispensável os casos em que é pedida a abertura de um processo de insolvência territorial antes da abertura do processo principal”.



art. 3.º, n.º 3, do Regulamento), resulta, *a silentio*, que, hoje, os processos secundários não revestem necessariamente a forma de processos de liquidação³⁸. A vantagem é evidente: a abertura de um processo secundário não é susceptível de prejudicar a reestruturação do património do devedor como um todo³⁹. Saliente-se que, com a crescente atenção dada à recuperação e a multiplicação de instrumentos vocacionados para a realizar, as probabilidades de a reestruturação ser a finalidade do processo principal são cada vez mais elevadas.

No art. 38.º, n.º 4, do Regulamento existe ainda um dispositivo destinado a evitar as situações de desencontro de finalidades na hipótese contrária, isto é, quando o processo principal tem fim de liquidação e envolve a extinção da sociedade ou entidade devedora e o processo secundário tem fim de recuperação⁴⁰. A pedido do administrador da insolvência do processo principal, o órgão competente para o processo secundário pode abrir um tipo de processo de insolvência enumerado no Anexo A diferente do inicialmente requerido, desde que estejam preenchidas as condições para a abertura desse tipo de processo nos termos da lei nacional e desde que esse tipo de processo seja o mais adequado

³⁸ Cfr., para a descrição desta e de outras medidas relativas aos processos secundários, ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ, “La propuesta de la Comisión Europea para la reforma del Reglamento Europeo de insolvencia”, cit., p. 433.

³⁹ Sobre esta nova possibilidade de “processos paralelos” de recuperação cfr. TOMÁS RICHTER, Parallel Reorganizations under the Recast European Insolvency Regulation – Selected EU Law Issues”, in: *International Insolvency Review*, 2018, Vol. 27, pp. 340 e s.

⁴⁰ O que configura uma reacção às críticas feitas no quadro da Proposta. Cfr. ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ, “La propuesta de la Comisión Europea para la reforma del Reglamento Europeo de insolvencia”, cit., p. 434.



no que respeita aos interesses dos credores locais e à coerência entre o processo principal e os processos secundários de insolvência.

Não obstante todos estes mecanismos, deve dizer-se que, na reformulação do Regulamento, se concebeu os processos secundários como uma hipótese mais remota, o que é sintomático da vontade de reforçar a universalidade⁴¹.

Repare-se, em primeiro lugar, no disposto no art. 36.º do Regulamento, que confere ao administrador da insolvência do processo principal o direito de dar, a respeito dos bens situados no Estado-membro em que o processo secundário de insolvência possa ser aberto, uma garantia unilateral para evitar a abertura de processos secundários (*the right to give an undertaking in order to avoid secondary insolvency proceedings*) – a garantia de que, ao distribuir os bens ou as receitas provenientes da sua liquidação, agirá *como se* o processo secundário de insolvência fosse aberto nesse Estado-membro, ou seja, respeitando os direitos de distribuição e os privilégios creditórios consignados na lei nacional que assistiriam aos credores segundo a lei desse Estado-membro (cfr. art. 36.º, n.º 1, do Regulamento). Entre outras coisas, esta garantia deve ser aprovada pelos credores locais conhecidos (cfr. art. 36.º, n.º 5, do Regulamento). A verdade é que com ela se obvia, em princípio, à abertura de um processo secundário (cfr., apesar de tudo, o disposto nos arts. 37.º e 38.º do Regulamento). Configura-se, assim, uma “territorialidade virtual” (*virtual territoriality*), sendo

⁴¹ Cfr., também neste sentido, por todos, ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ, “La propuesta de la Comisión Europea para la reforma del Reglamento Europeo de insolvencia”, cit., pp. 435-436.



possível falar-se em “processos secundários virtuais” (*virtual secondary proceedings*)⁴² ou “processos secundários sintéticos” (*synthetic secondary proceedings*)⁴³.

Repare-se, em segundo lugar, no disposto na norma do art. 38.º, n.ºs 2 e 3, do Regulamento. Em termos práticos, admite-se que o pedido de aberura de um processo secundário apresentado ao órgão jurisdicional seja rejeitado ou, pelo menos, suspenso, por um período máximo de três meses, a instância do administrador da insolvência.

⁴² Segundo JOHN A. E. POTTOW (“A New Role for Secondary Proceedings in International Bankruptcies”, in: *Texas International Law Journal*, 2011, 46(3), p. 584), foi EDWARD JANGER (“Virtual Territoriality”, in: *Columbia Journal of Transnational Law*, 2010, 48, pp. 401 e s.) quem propôs o termo, seguido por MICHAEL MENJUCQ e REINHARD DAMMANN (cfr. “Regulation No. 1346/2000 on Insolvency Proceedings: Facing the Companies Group Phenomenon”, in: *Business Law International*, 2008, 9(2), pp. 145 e s. Estes últimos usaram a expressão “processos secundários virtuais” (*virtual contractual secondary proceedings*) para descrever a prática (não recente) de oferecer aos credores um tratamento como se os processos secundários fossem abertos – “um tratamento como se” (“*as if treatment*”).

⁴³ Segundo BOB WESSELS (“Contracting out of secondary Insolvency proceedings: the main liquidator’s undertaking in the meaning of article 18 in the Proposal to amend the EU Insolvency R”, in: *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, 2014, 9(1), p. 81), a expressão foi introduzida por JOHN A. E. POTTOW (“A New Role for Secondary Proceedings in International Bankruptcies”, cit.). O seu uso generalizou-se, sendo utilizada pelos mais importantes comentaristas do Regulamento, como, por exemplo, GEORG RINGE (in: REINHARD BORK / KRISTIN VAN ZWIETEN, *Commentary on the European Insolvency Regulation*, cit., p. 163) e IAN F. FLETCHER [in: GABRIEL MOSS / IAN F. FLETCHER / STUART ISAACS, *The EU Regulation on insolvency proceedings*, Oxford, Oxford University Press, 2016 (Third Edition), p. 66].



A possibilidade de dispensa de abertura de processos secundários tem vantagens, sobretudo no plano dos custos, mas é preciso aplicar a solução com algumas cautelas⁴⁴. Pressupõe-se que o préstimo dos processos secundários se esgota na protecção dos credores locais e, por isso, tais processos se tornam dispensáveis quando é presumível que os credores não serão prejudicados. A verdade, porém, é que eles podem, ocasionalmente, servir outros interesses, como o da administração eficaz dos patrimónios (quando os patrimónios sejam particularmente complexos) ou o da observância do Direito e do respeito pelos institutos jurídicos (quando as diferenças entre os sistemas jurídicos sejam tão profundas que algumas categorias são intransponíveis de um para o outro). As hipóteses são, aliás, referidas no considerando 40 do Regulamento, para justificar que o administrador da insolvência do processo principal de insolvência possa pedir a abertura de um processo secundário de insolvência. Em tais hipóteses, a abertura de processos secundários não se relaciona – ou não se relaciona exclusivamente – com os direitos dos credores, não devendo, pois, o risco de prejuízo para os credores ser critério único ou sequer critério determinante para a decisão do órgão jurisdicional (de abertura ou de recusa de abertura do processo)⁴⁵.

⁴⁴ Em juízo de prognose sobre a aplicação do Regulamento, REINHARD BORK (in: REINHARD BORK / KRISTIN VAN ZWIETEN, *Commentary on the European Insolvency Regulation*, cit., p. 35) questiona-se sobre se justifica este desvio à aplicabilidade das regras de distribuição do Estado de abertura mesmo quando os credores são comuns e localizam-se os bens onde se localizarem.

⁴⁵ No sentido da dualidade de funções dos processos secundários se manifesta GEORG RINGE (in: REINHARD BORK / KRISTIN VAN ZWIETEN, *Commentary on the European Insolvency Regulation*, cit., pp.160-161). Diz o autor que, além da protecção dos credores locais, os processos secundários desempenham uma função



1.3. A conciliação do Direito português com as regras do Regulamento de competência internacional

Importa, desde logo, confrontar o art. 3.º do Regulamento com a norma homóloga do Direito português – o art. 7.º do CIRE.

O disposto actualmente nos n.ºs 1 e 2 do art. 7.º do CIRE corresponde a um esforço de harmonização (razoavelmente bem-sucedido) do Direito português com o critério de abertura dos processos de insolvência adoptado no art. 3.º, n.º 1, do Regulamento⁴⁶.

Embora o n.º 2 do art. 7.º do CIRE apresente o critério do CIP como *alternativo*, ou mesmo *subsidiário*, em relação ao critério da sede ou do domicílio determinado no n.º 1, a verdade é que se abre espaço para que, nas situações internacionais, a abertura do processo possa ter lugar não no Estado em que se localiza a sede ou o domicílio do devedor mas no Estado em que o devedor tem o CIP, definindo-se este como o local em que o devedor administra os seus interesses de forma habitual e cognoscível por terceiros. Nestas situações (internacionais), deverá entender-se que não cabe liberdade de escolha ao devedor, sendo a competência

instrumental em relação ao processo principal, que é visível nos casos de os bens serem difíceis de determinar ou de administrar ou estarem dispersos em muitos territórios e serem necessário ou conveniente, pois, um tratamento *in loco* para esclarecer questões de titularidade, graduação e localização.

⁴⁶ Para uma análise coordenada entre o art. 7.º do CIRE, na versão anterior ao DL n.º 79/2017, de 30 de Julho, e o art. 3.º, n.º 1, na versão do Regulamento 1346/2000, cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado. Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial (SIREVE) Anotado. Legislação Complementar*, Lisboa, Quid Juris, 2015 (3.ª edição), pp. 104-105.



determinada com base no CIP que, *in casu*, puder presumir-se ou ficar provado. Considerando a hierarquia das fontes, o Regulamento prevalece sobre a lei interna, como, aliás está consignado no art. 275.º, n.º 1, do CIRE.

No art. 7.º do CIRE não se contempla a hipótese de o devedor não ter o CIP mas ter um estabelecimento localizado em Portugal, que está prevista no art. 3.º, n.º 2, do Regulamento. A disciplina terá de ser complementada com o preceituado nos arts. 294.º e s. do CIRE, de onde resulta que é possível abrir em Portugal um processo secundário ou territorial (ou, como lhe chama a lei portuguesa, “processo particular”), não obstante com efeitos circunscritos aos bens situados no território português.

O DL n.º 79/2017, de 30 de Junho, aditou um n.º 4 ao art. 7.º do CIRE, tendente a resolver o impasse resultante de um conflito negativo de competência⁴⁷. Assegura-se que, no caso de um tribunal de um Estado-membro recusar a abertura de um processo de insolvência, com fundamento em que a competência pertence aos tribunais portugueses, estes, por sua vez, não recusam tal abertura com fundamento em que a competência pertence aos tribunais daquele Estado-membro. Fica aberta – note-se – a possibilidade de os tribunais portugueses fundamentarem a sua recusa na competência dos tribunais de outros Estados-membros que não aquele.

Relativamente às regras contidas no Título XIV do Código da Insolvência e da Recuperação da Empresa para execução do

⁴⁷ O aditamento tornou-se necessário em função da revogação das normas dos arts. 271.º a 274.º do CIRE pelo DL n.º 79/2017, de 30 de Junho, já que este continha uma norma idêntica no art. 272.º, n.º 3, do CIRE.



Regulamento 1346/2000 (cfr. arts. 271.º a 274.º do CIRE), elas não se conciliavam plenamente com o disposto no Regulamento, conforme foi apontado por diversos autores⁴⁸. O DL n.º 79/2017, de 30 de Junho, procedeu, pois, justificadamente, à sua revogação. Mantiveram-se, contudo, as normas de conflitos (cfr. arts. 275.º a 296.º do CIRE), aplicáveis a todas as situações de insolvência internacional.

No art. 275.º do CIRE estabelece-se, mais claramente do que antes, o princípio da prevalência do Regulamento sobre a lei portuguesa: acrescentou-se na norma um número (o n.º 1), onde se determina que, quando esteja em causa um processo sujeito ao Regulamento, a lei portuguesa se aplica apenas a título subsidiário e na medida em que não contrarie o disposto no Regulamento. Ficam, assim, resolvidos todos os problemas que pudessem subsistir, como aquele que resulta da leitura articulada das normas do art. 294.º, n.º 2, do CIRE e do art. 3.º, n.º 2, do Regulamento.

Nos termos do Regulamento, um processo secundário ou territorial (“processo particular”, segundo a lei portuguesa) pode ser aberto noutra Estado-membro desde que o devedor tenha aí um estabelecimento. Ora, de acordo com o art. 294.º, n.ºs 2 e 3, do CIRE, se o devedor não tiver um estabelecimento em Portugal, os tribunais portugueses podem, ainda assim, ser competentes se estiverem verificados os requisitos dispostos na al. c) do n.º 1 do art. 62.º do CPC, isto é, “quando o direito invocado não possa tornar-se efectivo senão por meio de acção proposta em território

⁴⁸ Cfr., entre outros, MARIA HELENA BRITO, “Falências internacionais. Algumas considerações a propósito do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”, cit., pp. 219-220.



português ou se verifique para o autor dificuldade apreciável na propositura da acção no estrangeiro, desde que entre o objecto do litígio e a ordem jurídica portuguesa haja um elemento ponderoso de conexão pessoal ou real”⁴⁹. Perguntar-se-á qual é, afinal, o critério que deve prevalecer para a abertura deste tipo de processos nos casos em que se aplique o Regulamento: o critério (único) da titularidade do estabelecimento ou o critério estabelecido na lei portuguesa⁵⁰?

⁴⁹ O art. 62.º, n.º 1, al. e), do CPC “contém uma cláusula de salvaguarda tendente a evitar que, atenta a impossibilidade de ordem prática ou jurídica (v.g., recusa de competência) ou a grave dificuldade na instauração da ação num tribunal de outro Estado, o direito em causa pudesse ficar sem tutela efetiva (v.g., casos de guerra ou outras calamidades)”. Cfr. ABRANTES GERALDES / PAULO PIMENTA / PIRES DE SOUSA (*Código de Processo Civil Anotado*, volume I – *Parte Geral e Processo de declaração*, Coimbra, Almedina, 2018, p. 94. Segundo JOSÉ LEBRE DE FREITAS e ISABEL ALEXANDRE [*Código de Processo Civil Anotado*, volume 1.º – *Artigos 1.º a 361.º*, Coimbra, Almedina, 2018 (4.ª edição), p. 156], consagra-se aí o critério da necessidade, reconduzível ao “caso excepcional e subsidiário de competência” de que falava JOSÉ ALBERTO DOS REIS (*Comentário ao Código de Processo Civil*, volume 1.º, Coimbra, Coimbra Editora (2.ª edição), 1969, pp. 139.140).

⁵⁰ Aperceberam-se cedo da diversidade de regimes LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA. Questionaram-se, em face disso, se a possibilidade de abrir um processo secundário em Portugal quando o devedor não tem um estabelecimento localizado em Portugal subsiste ainda nos casos em que o Regulamento é aplicável e responderam negativamente. Cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado. Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial (SIREVE) Anotado. Legislação Complementar*, cit., p. 965. Também ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS [“O 'CIP' ('Centro dos Interesses Principais') e as Sociedades: um capítulo europeu”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, 2009, n.º 1, p. 138 (nota 14), e *Um Curso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2016 (2.ª edição), pp. 98-99] propugna uma leitura restritiva do art. 294.º, n.º 2, do CIRE. A compatibilidade



Determinando-se, no art. 275.º, n.º 1, do CIRE, que os processos aos quais seja aplicável o Regulamento são regulados aí apenas a título subsidiário e na medida em que isso não seja contrário ao disposto no Regulamento, prevalece o primeiro critério: os tribunais portugueses (só) são competentes se o estabelecimento estiver localizado em Portugal⁵¹. Restará aplicar a norma do art. 294.º, n.º 2, do CIRE aos restantes processos internacionais, isto é, aqueles que não sejam abrangidos pelo Regulamento⁵².

Note-se que existe ainda alguma incoerência entre o disposto no art. 63.º, al. e), do CPC e a disciplina do Regulamento. Segundo aquele preceito, os tribunais portugueses são exclusivamente competentes em matéria de insolvência ou de revitalização de pessoas domiciliadas em Portugal ou de pessoas colectivas ou sociedades cuja sede esteja situada em território português. Ora, como se viu, não é este o critério adoptado no Regulamento para a fixação da competência internacional e, já agora, nem o único critério adoptado no art. 7.º do CIRE. Não resta senão dar à norma o mesmo efeito útil que se deu à norma do CPC anteriormente referida e que passa por circunscrever a sua aplicabilidade às

entre a norma do art. 294.º, n.º 2, do CIRE e o disposto no Regulamento foi igualmente apreciada no Acórdão do TRE de 23 de Fevereiro de 2016, Proc. 16/15.2T8FAL.E1 (Relator: MANUEL BARGADO), decidindo-se que “por não se verificar o requisito da localização do estabelecimento em território nacional, não serão, por esta via, competentes os Tribunais Portugueses”.

⁵¹ Assim também LUÍS CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado. Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial (SIREVE) Anotado. Legislação Complementar*, cit., p. 965.

⁵² Cfr. também, neste sentido, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Coimbra, Almedina, 2017 (9.ª edição), p. 316.



restantes situações internacionais⁵³.

1.4. A jurisprudência portuguesa sobre competência internacional

A maioria da jurisprudência portuguesa incide sobre o art. 3.º do Regulamento e os critérios para determinar a competência para a abertura dos processos de insolvência⁵⁴. Curiosamente, muitas das decisões dizem respeito à insolvência de pessoas singulares ou de cônjuges, verificando-se uma tendência para estes mudarem a sua residência com o intuito de beneficiar de regimes mais favoráveis (*maxime*: exoneração do passivo restante⁵⁵).

No que toca à abertura de processos principais resulta consensual que, para ficar demonstrado que o CIP não está localizado, consoante os casos, no Estado-membro da sede estatutária ou no Estado-membro do local do domicílio, é necessária a prova de factos objectivos. Esta pode ser, no caso de uma sociedade, a prova de que os lucros são tributados noutra Estado-membro e de que não há registo de qualquer actividade no local da sede estatutária⁵⁶ e, no caso de uma pessoa singular, a

⁵³ Cfr., neste sentido, JOSÉ LEBRE DE FREITAS / ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil Anotado*, volume 1.º – Artigos 1.º a 361.º, cit., p. 163.

⁵⁴ Todos os acórdãos que serão referidos neste texto estão disponíveis para consulta em www.dgsi.pt.

⁵⁵ Assim, no Acórdão do TRC 21 de Outubro de 2014, Proc. 1523/12.4TBACB-E.C1 (Relator: MOREIRA DO CARMO)

⁵⁶ Assim no Acórdão do TRP de 24 de Abril de 2014, Proc. 1020/13.0TBCHV-D.P1 (Relator: CARLOS PORTELA), no Acórdão do TRE de 23 de Fevereiro de 2016, Proc. 16/15.2T8FAL.E1 (Relator: MANUEL BARGADO) e no Acórdão do TRE de 10 de Março de 2016, Proc. 15/15.4T8FAL.E1 (Relatora: CONCEIÇÃO FERREIRA).



prova de que o devedor tem o seu domicílio e o seu emprego noutra Estado-membro e de que aí entrega as suas declarações fiscais⁵⁷, ficando, ainda assim, o reconhecimento da mudança de CIP na dependência de ele ser cognoscível por terceiros⁵⁸.

No que toca à abertura de processos secundários / territoriais, a discussão desenvolve-se em torno do requisito comum da “posse de um estabelecimento”, registando-se uma tendência para um entendimento amplo da noção.

Nos casos de insolvência de pessoas singulares, para os quais, como se viu, o Regulamento anterior não providenciava uma orientação muito precisa, não existe sempre um raciocínio absolutamente rigoroso. Por exemplo, numa hipótese em que o devedor era sócio único, a decisão de abertura de um processo secundário parece ter passado por imputar ao sócio a titularidade do estabelecimento da sociedade ou por considerar que a sociedade era, ela própria, um estabelecimento do sócio⁵⁹.

É pacífico, apesar de tudo, que o processo secundário está

⁵⁷ Assim no Acórdão do TRG de 22 de Maio de 2014, Proc. 2304/13.3TBVCT-A.G1 (Relator: HEITOR GONÇALVES).

⁵⁸ Assim no Acórdão do TRG de 24 de Abril de 2014, Proc. 2303/13.5TBVC-A.G1 (Relator: JORGE TEIXEIRA). No caso em apreço, apesar da prova de todos aqueles factos, o devedor não havia comunicado por escrito ao credor a mudança de domicílio e tinha-se mantido como gerente de direito de uma sociedade portuguesa. Na decisão acentuou-se que do art. 3.º, n.º 1, do Regulamento resulta que o CIP é o lugar em que o devedor gere habitualmente os seus interesses, de forma cognoscível por terceiros, ou seja, “medianamente perceptível pelos interessados, conquanto não necessariamente publicitada ou sequer ostensiva” e recusou-se o reconhecimento da mudança do CIP.

⁵⁹ Assim no Acórdão do TRL de 25 de Janeiro de 2018, Proc. 10939/16.6T8SNT-A.L2-6 (Relatora: ANA PAULA CARVALHO).



limitado aos bens existentes no Estado-membro em que é aberto⁶⁰.

2. A lei aplicável e as exceções à regra da *lex fori concursus*

Uma outra forma de protecção dos interesses locais e, portanto, uma (segunda) excepção ao carácter universalista do Regulamento é o conjunto de desvios à aplicabilidade da *lex concursus*, que se anunciam, expressamente, logo na norma do art. 7.º, n.º 1, do Regulamento (“[s]alvo disposição em contrário do presente regulamento”).

Como se (ante)viu, o critério para determinação da competência do tribunal consignado no art. 3.º do Regulamento tem consequências ao nível da lei aplicável: a lei aplicável ao processo e aos seus efeitos é, em princípio, a lei do Estado de abertura do processo (*lex fori concursus* ou *lex concursus*) (cfr. art. 7.º, n.º 1, do Regulamento). Nem todos os credores ou terceiros estão, porém, em condições de prever a abertura do processo de insolvência num outro Estado-membro, principalmente porque o CIP ou o estabelecimento do devedor pode mudar de localização. É preciso proteger as suas legítimas expectativas e, em geral, a segurança do tráfico jurídico.

As excepções estão dispostas nos arts. 8.º a 18.º do Regulamento. As mais paradigmáticas são as regras de carácter substantivo (cfr. arts. 8.º, 9.º e 10.º do Regulamento), destacando-se o facto de os direitos reais (*rights in rem*) de terceiros e a reserva

⁶⁰ Assim no Acórdão do STJ de 30 de Setembro de 2014, Proc. 1020/13.0TBCHV-D.P1.S1 (Relatora: ANA PAULA BOULAROT) e no Acórdão do TRE de 31 de Março de 2009, Proc. 1112/08.8TBOLH-C.E1 (Relator: ACÁCIO NEVES).



de propriedade do vendedor (*reservation of title*) serem ressalvados dos efeitos da abertura do processo de insolvência sempre que tais direitos incidam sobre bens situados em Estados-membros diversos do Estado de abertura (cfr., respectivamente, art. 8.º, n.º 1, e art. 10.º, n.º 1, do Regulamento).

Encontram-se ainda outros devios (mais atenuados) à *lex concursus*, que assentam na regra de que os efeitos do processo são determinados por lei que não a lei do Estado de abertura. Em alguns destes casos, exclui-se absolutamente a aplicação da *lex concursus*, como acontece, por exemplo, quanto aos contratos relativos a bens imóveis (cfr. art. 11.º do Regulamento), aos direitos e às obrigações dos participantes num sistema de pagamento ou de liquidação ou num mercado financeiro (cfr. art. 12.º do Regulamento), aos contratos de trabalho (cfr. art. 13.º do Regulamento) e às acções judiciais ou aos processos de arbitragem pendentes (cfr. art. 18.º do Regulamento). Noutros, a aplicação da *lex concursus* fica na dependência do que se disponha na lei de outro Estado-membro, como sucede no que toca à compensação (cfr. art. 9.º do Regulamento) e à impugnação (*rectius*: à nulidade, à anulabilidade e à impugnação) de actos prejudiciais aos credores (cfr. art. 16.º do Regulamento).

É possível encontrar, na jurisprudência portuguesa, algumas decisões recentes que, não obstante ainda sujeitas à vigência do Regulamento 1346/2000, suscitam alguma reflexão.

Com base nelas é possível destacar-se os arts. 8.º e 18.º do Regulamento (correspondentes aos arts. 5.º e 15.º do Regulamento 1346/2000), que são, respectivamente, a primeira e a última normas do Capítulo I do Regulamento que consagram excepções à



regra da aplicabilidade da *lex concursus*.

2.1. Os efeitos da abertura do processo de insolvência sobre os direitos reais

O antigo art. 5.º tinha o seguinte teor:

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

2. Os direitos referidos no n.º 1 são, nomeadamente:

a) O direito de liquidar ou de exigir a liquidação de um bem e de ser pago com o respetivo produto ou rendimentos, em especial por força de um penhor ou hipoteca;

b) O direito exclusivo de cobrar um crédito, nomeadamente quando garantido por um penhor ou pela cessão desse crédito a título de garantia;

c) O direito de reivindicar o bem e/ou de exigir que o mesmo seja restituído por quem o detiver ou usufruir contra a vontade do titular;

d) O direito real de perceber os frutos de um bem.

3. É equiparado a um direito real o direito, inscrito num registo público e oponível a terceiros, que permita obter um direito real na acepção do n.º 1”.

4. O n.º 1 não obsta às acções de nulidade, de anulação ou de impugnação referidas no n.º 2, alínea m) do artigo 7.º.

E o novo art. 8.º tem o seguinte teor:



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

2. Os direitos referidos no n.º 1 são, nomeadamente:

a) O direito de liquidar ou de exigir a liquidação de um bem e de ser pago com o respetivo produto ou rendimentos, em especial por força de um penhor ou hipoteca;

b) O direito exclusivo de cobrar um crédito, nomeadamente quando garantido por um penhor ou pela cessão desse crédito a título de garantia;

c) O direito de reivindicar o bem e/ou de exigir que o mesmo seja restituído por quem o possuir ou dele usufruir contra a vontade do titular;

d) O direito real de perceber os frutos de um bem.

3. É equiparado a um direito real o direito, inscrito num registo público e oponível a terceiros, que permita obter um direito real na aceção do n.º 1.

4. O n.º 1 não obsta às ações de nulidade, de anulação ou de impugnação referidas no artigo 7.º, n.º 2, alínea m)”.

Determinando que os direitos reais de terceiros que, à data de abertura do processo de insolvência, se localizem fora do Estado de abertura não são afectados pelo processo de insolvência aberto noutro Estado-membro, o art. 8.º destaca-se, conjuntamente com os arts. 9.º e 10.º do Regulamento, das demais excepções à *lex concursus* pelo facto de não consubstanciar exactamente uma



norma de conflitos mas sim uma norma de Direito material⁶¹.

Vendo bem, através do art. 8.º do Regulamento não se pretende determinar a lei aplicável (não se diz que ela é a *lex concursus*, a *lex situs* ou outra) mas sim estabelecer uma regra substantiva (a abertura do processo de insolvência não afecta os direitos reais).

Apesar de um preceito deste tipo conduzir a uma certa desigualdade entre credores titulares de direitos idênticos (consoante o bem se localize no ou fora do Estado de abertura do processo de insolvência), a sua justificação é fácil de encontrar, pelo menos no que toca aos direitos reais de garantia, e prende-se com o papel desempenhado pelas garantias na concessão de crédito⁶². Pretendeu-se evitar que a declaração de insolvência pudesse pôr em risco a tutela que os beneficiários confiaram que lhes seria dada nestas situações e que terá sido decisiva para a realização do negócio constitutivo⁶³. Não deverá, por isso, a abertura do processo afectar mais o direito real (nos seus fundamentos, na sua extensão

⁶¹ Cfr., neste sentido, RICHARD SNOWDEN, in: REINHARD BORK / KRISTIN VAN ZWIETEN, *Commentary on the European Insolvency Regulation*, cit., pp. 239-240. Cfr. ainda, referindo-se embora à norma homóloga do art. 5.º do Regulamento 1346/2000, LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, *Insolvências Transfronteiriças — Regulamento (CE) n.º 1346/2000 do Conselho Anotado*, cit., p. 46.

⁶² Esta não é a única norma do Regulamento regulando a matéria dos direitos reais, completando-se a disciplina com as disposições dos arts. 10.º (reserva de propriedade), 11.º (contratos relativos a bens imóveis) e 14.º (efeitos sobre certos bens sujeitos a registo).

⁶³ Cfr. neste sentido, RICHARD SNOWDEN, in: REINHARD BORK / KRISTIN VAN ZWIETEN, *Commentary on the European Insolvency Regulation*, cit., p. 239, e IAN F. FLETCHER, in: GABRIEL MOSS / IAN F. FLETCHER / STUART ISAACS, *The EU Regulation on insolvency proceedings*, cit., pp. 76-77.



ou na sua validade ou eficácia) do que afectaria na hipótese de o processo de insolvência ser aberto no Estado de localização do bem (que é, presumivelmente, também o Estado em que o direito se constituiu).

Analisando mais de perto a norma, verifica-se que ela se aplica não só a direitos reais de terceiros mas também a direitos reais de credores (cfr. n.º 1). Aplica-se ainda não só a direitos reais propriamente ditos (direitos reais de gozo e direitos reais de garantia) mas a direitos reais equiparados, como o direito obrigacional reforçado que resulta de um contrato-promessa ou de um pacto de preferência com eficácia real⁶⁴ (cfr. n.º 3), e mesmo a certas faculdades em que os direitos reais se desdobram, como o direito de reivindicação [cfr. al. c) do n.º 2]. O único pressuposto, em qualquer caso, é que o sujeito esteja já na titularidade do direito à data da abertura do processo de insolvência⁶⁵.

A amplitude e, sobretudo, a indefinição do art. 8.º do Regulamento, sobretudo porque no n.º 3 se permite uma equiparação, conduzem, inevitavelmente, a desorientação no momento de subsumir as categorias do Direito interno.

⁶⁴ Sobre estes direitos cfr., por todos, MANUEL HENRIQUE MESQUITA, *Direitos Reais – Sumários das Lições ao Curso de 1966-1967*, Coimbra, 1967, p. 62, RUI PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, Parede, Principia, 2013 (3.ª edição), p. 20 e pp. 315 e s. , e HENRIQUE SOUSA ANTUNES, *Direitos Reais*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, p. 68.

⁶⁵ Afirma RICHARD SNOWDEN (in: REINHARD BORK / KRISTIN VAN ZWIETEN, *Commentary on the European Insolvency Regulation*, cit., p. 240) que a norma assenta ainda num segundo pressuposto: que aos direitos reais sobre bens que se localizem no Estado de abertura se aplica a *lex concursus*, em conformidade com a regra estabelecida no art. 7.º do Regulamento.



Houve já, por exemplo, na jurisprudência portuguesa, quem equiparasse a estes direitos reais o arresto⁶⁶, sempre que, como se exige na norma, ele se encontra registado num registo público e oponível a terceiros, retirando a consequência de que o processo de insolvência afectá-lo⁶⁷.

Manifestam-se reservas a esta equiparação. O arresto consiste, simplesmente, numa apreensão judicial de bens, que, tal como a penhora, atribui ao sujeito o direito de ser pago com preferência sobre o produto da venda do bem arrestado (cfr. art. 822.º, n.º 1, do CC, *ex vi* do art. 391.º, n.º 2, do CPC); não atribui nem permite atribuir um poder directo e imediato sobre a coisa (um *ius in re*)⁶⁸. Interpretando, por outro lado, a norma à luz daquela sua teleologia (não perturbar o crédito), a inclusão do arresto careceria sempre de justificação.

A propósito do art. 8.º, n.º 4, do Regulamento, a jurisprudência tem-se deparado com uma segunda questão.

Este determina que o disposto no n.º 1 não obsta às acções de

⁶⁶ Por constituir uma preferência controversa no plano da sua natureza jurídica, o arresto sempre daria origem a dissonâncias.

⁶⁷ Assim no Acórdão do TRE de 14 de Maio de 2015, Proc. 326-C/2002.E1 (Relatora: CRISTINA CERDEIRA).

⁶⁸ Veja-se, por exemplo, o que se diz no Acórdão do STJ de 17.03.2005, Proc. 05B438 (Relator: NEVES RIBEIRO) "O arresto (ou a penhora) 'desapossam', portanto, o bem do seu dono - o executado - como pretende o agravante. Isto está certo! Só que não o "entregam" ao arrestante, como parece defender. (Conclusão 3ª). O que, no aspecto em consideração, o arresto (ou a penhora) constituem, a benefício do credor/exequente, é uma situação protectora que se traduz na ineficácia dos actos de disposição ou oneração que ele, dono, venha a praticar sobre os bens penhorados. (Artigo 819º do Código Civil). (Em conclusão, a relação não é real, mas preferencial creditória (...)"



nulidade, de anulação ou de impugnação referidas no art. 7.º, n.º 1, al. m), do Regulamento [correspondente à do art. 4.º, n.º 2, al. m), do Regulamento 1346/2000]. Esta é, como se sabe, a norma que consagra a regra de que a lei aplicável ao processo (principal) de insolvência é a *lex concursus*.

O antigo art. 4.º, n.º 2, al. m), tinha o seguinte teor:

“(…)

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:

(…)

m) As regras referentes à nulidade, à anulabilidade ou à impugnação dos actos prejudiciais aos credores”.

E o novo art. 7.º, n.º 2, al. m), tem o seguinte teor:

“(…)

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:

(…)

m) As regras referentes à nulidade, à anulabilidade ou à impugnação dos atos prejudiciais ao interesse coletivo dos credores”.

Como se viu atrás, a norma do art. 7.º do Regulamento acomoda a regra da aplicabilidade generalizada da *lex concursus* ao processo de insolvência, constituindo o disposto nas alíneas do seu n.º 2 um elenco enunciativo (não taxativo) dos aspectos que estão tipicamente em causa no processo de insolvência e cuja disciplina



deverá determinar-se com base na *lex concursus*⁶⁹.

A redacção actual da norma, pondo a tónica nos “atos prejudiciais ao interesse coletivo dos credores”, parece apontar para a conclusão de que as acções compreendidas são apenas as acções para reagir contra os actos prejudiciais à massa previstas na lei da insolvência e não também aquelas em que o autor alega a nulidade ou anulabilidade por via de instrumentos diversos, destinados a tutelar o interesse individual. Perante a versão anterior da norma (referindo-se, sem mais, a “actos prejudiciais aos credores”), parecia ser esta, pelo menos, a interpretação da jurisprudência portuguesa⁷⁰.

⁶⁹ Em face do elenco contido da norma homóloga na art. 4.º, n.º 2, do Regulamento 1346/2000, dizem LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA (*Insolvências Transfronteiriças — Regulamento (CE) n.º 1346/2000 do Conselho Anotado*, cit., p. 44) que ela constitui não uma mera aclaração ou desenvolvimento do prómio da norma mas um aditamento de matérias substantivas às matérias processuais que são referidas naquele prómio (“condições de abertura, tramitação e encerramento do processo”).

⁷⁰ Cfr. os Acórdãos do TRL de 21 de Novembro de 2017, Proc. 647/14.8TBFUN-A.L1-7 (Relatora: DINA MONTEIRO) e de 18 de Janeiro de 2018, Proc. 646/14.0TBFUN-A.L1-6 (Relatora: CRISTINA ALVES). Estando em causa uma acção dirigida à declaração de nulidade da constituição de direito real de garantia (hipoteca) proposta contra uma sociedade que havia sido declarada insolvente em Portugal, decidiu-se aí que esta não era uma acção subsumível a categoria do art. 7.º, n.º 1, al. m), do Regulamento, uma vez que esta compreendia apenas as acções decorrentes directamente do processo de insolvência e com ele estreitamente relacionadas, como as previstas nos artigos 120.º e 121.º do CIRE. Segundo o que se decidiu em ambos os Acórdãos, o problema era o de determinar os efeitos da declaração de insolvência sobre um direito real (hipoteca) respeitante um bem que, à data da abertura do processo de insolvência, se localizava em Estado-membro diverso do Estado de abertura. A



Mas será esta a melhor interpretação?

Se bem se compreende, o art. 7.º, n.º 1, al. *m*), e a sua “blindagem” pelo art. 8.º, n.º 4, do Regulamento visam garantir que o administrador da insolvência mantém, ao abrigo da *lex concursus*, o poder de reagir contra todos os actos praticados pelo devedor em momento suspeito (quando a abertura de um processo de insolvência está iminente noutro Estado-membro), portanto, presumivelmente, com intenção de favorecimento de certos credores⁷¹. Não faria sentido que aquelas acções escapassem à regra do art. 7.º do Regulamento.

Resta, de qualquer forma, ao beneficiário da garantia uma possibilidade de “defesa”, ou melhor, um instrumento para a protecção das suas legítimas expectativas (que vale, portanto, somente na hipótese de o acto ter sido praticado antes da abertura do processo de insolvência)⁷².

Se se vir bem, a norma do art. 7.º, n.º 2, al. *m*), do Regulamento assenta numa espécie de presunção (de que a todos os actos realizados durante o processo de insolvência e com relevância para o seu fim se aplica uniformemente a *lex concursus*) e esta presunção é ilidível, prevendo-se, no art. 16.º do Regulamento, que, em certas condições, a aplicabilidade da *lex concursus* seja afastada, nomeadamente mediante a prova, por parte de quem tiver

hipótese era subsumível ao art. 5.º, n.º 2, al. *b*), do Regulamento e, portanto, de acordo com o n.º 1 do mesmo preceito, a hipoteca não era afectada pelo processo de insolvência.

⁷¹ Cfr. neste sentido, RICHARD SNOWDEN, in: REINHARD BORK / KRISTIN VAN ZWIETEN, *Commentary on the European Insolvency Regulation*, cit., pp. 251-252.

⁷² Cfr., neste sentido, IAN F. FLETCHER, in: GABRIEL MOSS / IAN F. FLETCHER / STUART ISAACS, *The EU Regulation on insolvency proceedings*, cit., p. 90.



beneficiado de certo acto prejudicial aos credores, de que, cumulativamente, tal acto é regido pela lei de um Estado-membro diferente do Estado de abertura do processo e a lei desse Estado-membro não permite a impugnação do acto por nenhum meio⁷³. A lei aplicável a estes casos (*lex causae*) deixa de ser a *lex concursus* e passa a ser a outra (normalmente a *lex contractus* ou a *lex situs*)⁷⁴.

Retirando as devidas consequências para o quadro da lei portuguesa, não restam dúvidas de que, por força do disposto no art. 7.º do Regulamento, à resolução em benefício da massa, regulada nos arts. 120.º a 126.º do CIRE, se aplica a *lex concursus*. Mas, pelas razões expostas, devem considerar-se igualmente abrangidas as acções em que a validade ou eficácia dos actos é contestada exclusivamente no interesse individual do credor, como é o caso da impugnação pauliana, prevista no art. 127.º do CIRE, e das acções com a mesma finalidade, ainda que não previstas no CIRE (como, por exemplo, a acção para declaração de nulidade de uma prestação gratuita de uma hipoteca com fundamento no art. 6.º, n.º 3, do CSC).

⁷³ Talvez se pudesse ter ido mais longe e ter dispensado a prova do primeiro requisito, considerando que se trata de matéria de conhecimento oficioso do tribunal. A exigência adicional do segundo requisito faz com que, mesmo quando se verifica o primeiro, os actos em causa, possam continuar ser impugnados, ao abrigo da *lex concursus*. Isto acontecerá sempre que o beneficiário do acto não consiga provar que, à luz da (outra) lei aplicável, os actos são absolutamente insusceptíveis de impugnação.

⁷⁴ Sobre esta excepção veja-se IAN F. FLETCHER, in: GABRIEL MOSS / IAN F. FLETCHER / STUART ISAACS, *The EU Regulation on insolvency proceedings*, cit., pp. 89 e s.



2.2. Os efeitos da abertura do processo de insolvência sobre as acções judiciais pendentes relativamente a um bem ou direito pertencente à massa insolvente do devedor

A segunda questão versa sobre o alcance do art. 18.º do Regulamento.

O antigo art. 15.º tinha o seguinte teor:

“Os efeitos do processo de insolvência numa acção pendente relativa a um bem ou um direito de cuja administração ou disposição o devedor está inibido regem-se exclusivamente pela lei do Estado-Membro em que a referida acção se encontra pendente ou em que o Tribunal arbitral tem a sua sede”.

E o novo art. 18.º tem o seguinte teor:

“Os efeitos do processo de insolvência sobre uma acção judicial ou sobre um processo de arbitragem pendente relativamente a um bem ou direito pertencente à massa insolvente do devedor regem-se exclusivamente pela lei do Estado-Membro em que a referida acção se encontra pendente ou em que o Tribunal arbitral tem a sua sede”.

Deixando de fora a referência da norma ao processo de arbitragem (que já foi objecto de análise noutra ocasião⁷⁵), é

⁷⁵ A questão foi tratada, justamente, na primeira edição deste congresso, tendo sido publicado o respectivo estudo. Sobre a norma do art. 18.º do Regulamento e algumas das questões que ela suscita cfr. CATARINA SERRA, “Arbitragem e insolvência – Os efeitos da declaração de insolvência sobre a arbitragem (Direitos português e internacional)”, in: *Revista de Direito Comercial*, 2017, pp. 612 e s. (disponível em <https://static1.squarespace.com/static/58596f8a29687fe710cf45cd/t/5a200e420d9297c2b9797eeb/1512050246658/2017-19.pdf>). Diga-se que no art. 15.º do Regulamento 1346/2000 não havia referência expressa aos processos arbitrais, dizendo-se apenas que “[o]s efeitos do processo de insolvência numa acção



possível formular-se uma primeira pergunta: que já se fazia perante a versão anterior da norma: quais são, precisamente, as acções abrangidas⁷⁶?

pendente relativa a um bem ou um direito de cuja administração ou disposição o devedor está inibido regem-se exclusivamente pela lei do Estado-membro em que a referida acção se encontra pendente”. Aquela lacuna provocou as maiores discussões e esteve, inclusivamente, na origem de decisões jurisprudenciais controversas, de que é exemplo o conhecido caso *Elektrim v Vivendi*. Afastando todas as dúvidas, a norma vigente do art. 18.º do Regulamento refere-se aos processos arbitrais. Dela resulta que a lei que regula os efeitos da declaração de insolvência sobre o processo arbitral pendente é a lei do Estado em que o tribunal arbitral tem a sede (*lex loci arbitri*), o que configura uma concessão ao territorialismo e um desvio ao universalismo do processo de insolvência – um desvio à regra geral de que a lei aplicável ao processo e reguladora dos seus efeitos é a lei do Estado de abertura do processo (*lex concursus*) (cfr. art. 7.º, n.ºs 1 e 2, do Regulamento). Os processos arbitrais pendentes em determinado Estado-membro ficam, assim, sujeitos aos mesmos efeitos a que ficariam sujeitos se a insolvência tivesse sido declarada por um tribunal interno, sendo irrelevante, como decorre *a silentio* da norma, a posição processual que ocupe o insolvente na acção arbitral (sujeito activo ou passivo).

⁷⁶ A propósito disto foi efectuada, no âmbito do processo 2153/08.0TVLSB.L1.S1, que correu termos no STJ, um reenvio prejudicial para o TJUE. A questão submetida a apreciação ainda na vigência do anterior Regulamento e, portanto, no quadro do art. 15.º do Regulamento 1346/2000, era a seguinte: “[d]eve a regra do artigo 15º do Regulamento (CE) nº 1346/2000, de 29 de Maio, ser interpretada no sentido de incluir na sua previsão uma acção pendente num tribunal de um Estado-Membro para condenação de devedor na obrigação de pagamento de quantia pecuniária, devida por contrato de prestação de serviços, e condenação ao pagamento de indemnização pecuniária por incumprimento da mesma obrigação, tendo em conta que: (i) o devedor foi declarado insolvente em processo aberto num tribunal de outro Estado-Membro; e (ii) a declaração de insolvência abrange todo o património do devedor?”. Decidiu aquele Tribunal, no Acórdão de 6 de Junho de 2018, que “[o] artigo 15.º do Regulamento (CE) n.º



É razoavelmente claro que a norma se aplica a todas as acções judiciais envolvendo bens ou direitos integrantes da massa insolvente, posto que estejam pendentes. Como se viu, o art. 7.º, n.º 2, al. f), do Regulamento exclui expressamente estas acções (pendentes) do seu âmbito de aplicação⁷⁷.

Não pode, todavia, deduzir-se que estão abrangidas indistintamente todas as acções deste tipo, devendo excluir-se do seu âmbito as acções executivas ou que visem a cobrança coerciva do crédito⁷⁸, que, ainda quando estejam pendentes, devem

1346/2000 do Conselho, de 29 de Maio de 2000, relativo aos processos de insolvência, deve ser interpretado no sentido de que se aplica a uma acção pendente num órgão jurisdicional de um Estado-Membro que tenha por objeto a condenação de um devedor no pagamento de uma quantia pecuniária, devida por força de um contrato de prestação de serviços, e de uma indemnização pecuniária por incumprimento da mesma obrigação contratual, no caso de este devedor ter sido declarado insolvente num processo de insolvência aberto noutra Estado-Membro e de esta declaração de insolvência abranger todo o património do referido devedor” (sublinhados nossos). Da fundamentação exposta neste Acórdão resultam ainda várias observações com interesse para a o esclarecimento da questão, designadamente as contidas nos pontos 28 a 34.

⁷⁷ Só às acções novas, ou seja, às acções envolvendo bens ou direitos integrantes da massa insolvente que sejam propostas individualmente pelos credores posteriormente à abertura do processo de insolvência, se aplica a regra do art. 7.º, n.º 2, al. f), do Regulamento (aplicabilidade da *lex concursus*). Cfr., neste sentido, RICHARD SNOWDEN, in: REINHARD BORK / KRISTIN VAN ZWIETEN, *Commentary on the European Insolvency Regulation*, cit., p. 226.

⁷⁸ Sobre esta exclusão é ilustrativo o que diz o TJUE no seu Acórdão de 6 de Junho de 2018 (Caso C-250/17, *Tarragó da Silveira Massa v Insolvente da Espírito Santo Financial Group, SA*) (disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62017CA0250&from=PT>), que teve por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do art. 267.º do TFUE, pelo STJ: 30. *Como já foi salientado pelo Tribunal de Justiça, seria contraditório*



considerar-se todas cobertas pelo disposto na 1.º parte do art. 7.º, n.º 2, al. f), do Regulamento⁷⁹. O seu prosseguimento iria, de facto, contender com a actividade de apreensão da massa pelo administrador da insolvência.

Devem ainda considerar-se excluídas quaisquer diligências executivas requeridas pelos credores que atinjam os bens integrantes da massa insolvente. Nesta fórmula ampla estão compreendidas tanto diligências que se realizem em acções executivas (com processo comum ou especial) como as que se realizem em procedimentos cautelares. Não parece ser este, contudo, o entendimento da jurisprudência portuguesa, que tem

interpretar o artigo 15.º do Regulamento n.º 1346/2000 no sentido de que abrange igualmente os processos de execução, com a consequência de que os efeitos da abertura de um processo de insolvência ficariam sob a alçada da lei do Estado-Membro em que esse processo de execução está pendente, ao passo que, em paralelo, o artigo 20.º, n.º 1, deste regulamento, ao impor expressamente a restituição ao síndico daquilo que tiver sido obtido «com carácter executório», retiraria, assim, ao artigo 15.º o seu efeito útil (Acórdão de 9 de novembro de 2016, ENEFI, C-212/15, EU:C:2016:841, n.º 34). 31. Além disso, o Regulamento n.º 1346/2000 assenta no princípio segundo o qual a exigência de igualdade de tratamento dos credores, que está subjacente, mutatis mutandis, a qualquer processo de insolvência, se opõe, regra geral, às ações singulares através de processos de execução, desencadeados e tramitados na pendência de um processo de insolvência contra o devedor (Acórdão de 9 de novembro de 2016, ENEFI, C-212/15, EU:C:2016:841, n.º 33). 32. Consequentemente, há que considerar que os processos de execução não estão abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 15.º do Regulamento n.º 1346/2000 (Acórdão de 9 de novembro de 2016, ENEFI, C-212/15, EU:C:2016:841, n.º 35).

⁷⁹ Cfr., neste sentido, Francisco Garcimartín / Miguel Virgós, in: Reinhard Bork / Kristin van Zwieten, *Commentary on the European Insolvency Regulation*, cit., p. 301, e Ian F. Fletcher, in: Gabriel Moss / Ian F. Fletcher / Stuart Isaacs, *The EU Regulation on insolvency proceedings*, cit., p. 93.



frequentemente aplicado, por via da norma, à providência cautelar de arresto que se encontre pendente a lei do Estado em que ela se encontra pendente⁸⁰ – sem razão, no entanto.

Restam, assim, as acções de tipo declarativo, de apreciação ou reconhecimento de direitos de natureza patrimonial, em que o autor mais não pretende do que obter uma pronúncia judicial, por exemplo, sobre a existência, a validade ou o montante de determinado crédito e que em nada prejudicam as operações nucleares do processo de insolvência nem a *par conditio creditorum* e os outros princípios orientadores do processo. A estas aplica-se o art. 18.º do Regulamento, regendo-se os efeitos da abertura do processo de insolvência, exclusivamente, pela lei do Estado-membro em que a acção se encontra pendente (*lex fori processus* ou *lex processus*).

Quando a *lex processus* é a lei portuguesa, tem-se a jurisprudência portuguesa deparado com um segundo problema

⁸⁰ Assim no Acórdão do TRC de 17 de Dezembro de 2014, Proc. 624/10.8TBCBR.C1 (Relator: BARATEIRO MARTINS), no Acórdão do TRG de 9 de Junho de 2016, Proc. 4085/15.7T8GMR-A.G1 (Relatora: FRANCISCA MENDES) e no Acórdão do TRE de 14 de Maio de 2015, Proc. 326-C/2002.E1 (Relatora: CRISTINA CERDEIRA). Concluindo-se que a lei aplicável é a lei portuguesa, já divergem as opiniões acerca dos efeitos produzidos pela abertura do processo de insolvência. Se, para uns, a acção deve ser impedida de prosseguir e ser imediatamente suspensa, por força do art. 88.º, n.º 1, do CIRE [assim no Acórdão do TRG de 9 de Junho de 2016, Proc. 4085/15.7T8GMR-A.G1 (Relatora: FRANCISCA MENDES)], para outros, a acção não deve prosseguir porque o arresto, não sendo uma garantia real, não tem utilidade no processo de insolvência, sendo relevante o art. 140.º, n.º 3, do CIRE, segundo o qual a preferência da penhora (e, por maioria de razão, a preferência resultante do arresto) não é atendida [assim no Acórdão do TRC de 17 de Dezembro de 2014, Proc. 624/10.8TBCBR.C1 (Relator: BARATEIRO MARTINS)].



que é o de saber se é aplicável ao tipo de acções acabadas de referir a jurisprudência uniformizada pelo Acórdão do STJ n.º 1/2014, de 8 de Maio de 2013, Proc. 170/08.0TTALM.L1.S1 (Relator: FERNANDES DA SILVA).

A questão que deu origem a tal uniformização reside no silêncio da norma do art. 85.º, n.ºs 1 e 2, do CIRE sobre o destino das acções em que não se apreciam questões relativas a bens integrados na massa insolvente nem se efectuaram actos de apreensão ou detenção de tais bens⁸¹. Sendo excluídas da apensação, podem elas prosseguir os seus termos (com autonomia em relação ao processo de insolvência) ou devem extinguir-se por inutilidade superveniente da lide, a partir de certo momento, nos termos do art. 277.º, al. e), do CPC?

A propósito do problema a jurisprudência portuguesa dividiu-se, inicialmente, em duas correntes. A primeira, baseando-se na ideia de que os credores só são pagos se o seu crédito for reconhecido no processo de insolvência, era fiel à tese da *vis attractiva concursus*, sustentando que tais acções eram inúteis, devendo ser declaradas extintas por inutilidade superveniente da lide após o trânsito em julgado da sentença de declaração de insolvência. A segunda, mais cautelosa, sustentava que as acções só deviam ser declaradas extintas após a sentença de verificação e graduação de créditos. Argumentava-se que a obtenção de um título executivo por esta via facilita a prova do crédito no processo

⁸¹ Estas são apensadas ao processo de insolvência. No primeiro grupo de casos, a apensação é requerida pelo administrador da insolvência, com fundamento na conveniência para os fins do processo; no segundo, a apensação é oficiosa (cfr. art. 85.º, n.ºs 1 e 3, do CIRE).



de insolvência, sobretudo quando estão em causa créditos litigiosos, e que isso é tanto mais importante quanto o título executivo dos credores no processo de insolvência só se completa com a sentença de verificação de créditos, não sendo a sentença de declaração de insolvência suficiente para assegurar eficazmente a realização dos interesses dos credores. É possível, com efeito, que o processo de insolvência se encerre sem a realização do rateio final, prevendo o art. 230.º do CIRE o encerramento do processo, designadamente, a requerimento do devedor, quando este deixe de estar em situação de insolvência ou os credores prestem o seu consentimento, bem como quando o administrador da insolvência constate a insuficiência da massa para a satisfação das respectivas dívidas. A admitir-se a extinção destas acções logo após o trânsito em julgado da sentença de declaração de insolvência, e não havendo ainda, como é presumível que aconteça, uma sentença que reconheça crédito, o credor estaria injustificadamente obrigado a repetir toda a actividade processual mais tarde.

O Acórdão de Uniformização de Jurisprudência veio pôr (um certo) termo à contenda, uniformizando a jurisprudência no sentido de que *“[t]ransitada em julgado a sentença que declara a insolvência, fica impossibilitada de alcançar o seu efeito útil normal a acção declarativa proposta pelo credor contra o devedor, destinada a obter o reconhecimento do crédito petitionado, pelo que cumpre decretar a extinção da instância, por inutilidade superveniente da lide, nos termos da alínea e) do art. 277.º do CPC”*. Decidiu, assim, o STJ decidiu em conformidade com a primeira corrente. A discussão não fica, porém, completamente pacificada⁸².

⁸² Como se referiu já noutra altura. Cfr. CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, Coimbra, Coimbra Editora, 2018, pp. 200 e s.



Se não veja-se.

É consensual que se dá a extinção da instância por inutilidade ou impossibilidade superveniente da lide quando, em virtude de novos factos ocorridos na pendência do processo, a decisão a proferir já não possa ter qualquer efeito útil, ou porque não é possível dar satisfação à pretensão que o demandante quer fazer valer no processo ou porque o escopo visado com a acção foi atingido por outro meio⁸³.

É certo que, como dizem os adeptos da primeira corrente, quando está em curso um processo de insolvência, os credores da insolvência só podem exercer os seus direitos dentro e pelas formas próprias do processo de insolvência (cfr. art. 90.º do CIRE), devendo reclamar a verificação do seu crédito se quiserem vir a ser pagos (cfr. art. 128.º, n.º 1, do CIRE). Mas esta tese assenta no pressuposto de que o processo segue sempre o seu curso previsível / típico e se encerra com o rateio final e o pagamento aos credores. Ora, nem sempre é assim. É preciso, por isso, “abrir” o problema e equacionar a “outra” hipótese. E se o processo se encerrar sem ter havido oportunidade de apreciar e reconhecer judicialmente o crédito?

Quando o processo de insolvência se encerra, como é possível, a pedido do devedor, porque cessou a situação de insolvência ou todos credores deram o seu consentimento [cfr. art. 230.º, n.º 1, al. c), do CIRE], os credores mantêm, como é evidente, o seu interesse – e têm direito – a ser pagos. Quando o processo de insolvência se encerra, como também é possível, por insuficiência da massa [cfr. art. 230.º, n.º 1, al. d), do CIRE], permanece sempre a hipótese de

⁸³ Cfr., por todos, JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Comentário ao Código de Processo Civil*, Vol. 3.º, Coimbra, Coimbra Editora, 1946, pp. 368 e s.



regresso de melhor fortuna. Em ambos os casos, se o processo se tiver encerrado sem que tenha havido sentença de verificação de créditos, é útil o prosseguimento da acção, permitindo ao credor perseguir o seu interesse, depois de encerrado o processo de insolvência, pelas vias habituais (*maxime* acção de execução)⁸⁴.

Mas, para absoluta segurança, pergunte-se: existe alguma razão (ponderosa) que impeça estas acções de prosseguir ou que exija a sua extinção logo que a declaração de insolvência transita em julgado?

Se existe alguma, não é possível encontrá-la.

Repare-se que mesmo as acções executivas (que, essas sim, são susceptíveis de ameaçar directamente o princípio da igualdade entre os credores) se extinguem apenas quando o processo de insolvência é encerrado e apenas quando é encerrado por ter sido realizado o rateio final ou por o administrador da insolvência ter constatado a insuficiência da massa para satisfazer as custas do processo e as restantes dívidas da massa insolvente (cfr. art. 88.º, n.º 3, do CIRE).

Por fim, diga-se que a extinção após o trânsito em julgado da sentença de declaração de insolvência não é sequer uma solução plenamente conforme com o princípio da tutela jurisdicional

⁸⁴ Veja-se ainda a hipótese de encerramento do processo de insolvência por trânsito em julgado da sentença de homologação de plano de insolvência [cfr. art. 230.º, n.º 1, al. b), do CIRE]. É a próprio legislador que prevê que, no caso de posterior incumprimento deste plano de insolvência, a reconstituição dos créditos prevista no art. 218.º, n.º 1, do CIRE depende de os créditos terem sido reconhecidos pela sentença de verificação de créditos *ou por outra decisão judicial* (cfr. art. 218.º, n.º 2, do CIRE).



efectiva (cfr. art. 20.º da CRP). As restrições aos direitos típicos dos titulares de direitos de crédito e, em particular, à liberdade de acesso ao direito e aos tribunais só devem ser admitidas quando consagradas de forma inequívoca, o que não é o caso. Se é verdade que, de acordo com o art. 90.º do CIRE, os credores da insolvência só podem exercer os seus direitos nos termos do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, também é certo que este em nenhum ponto impõe aquela extinção, existindo uma única referência à extinção mas apenas das acções executivas, que ocorre, ainda assim, nos termos (limitados) que se viram (cfr. art. 88.º do CIRE).

Tudo considerado, talvez seja de equacionar uma interpretação restritiva da jurisprudência uniformizada, de forma a circunscrever aquela extinção, pelo menos, aos casos em que existe reclamação do crédito no processo de insolvência⁸⁵. O exercício do ónus da reclamação representaria uma opção, com a concomitante assunção, por parte do credor, dos riscos inerentes ao processo de insolvência como meio de tutela (declarativa) do seu crédito e a renúncia aos mecanismos paralelos; será aí legítimo, sem ofensa ao princípio da tutela jurisdicional efectiva, privá-lo do recurso a estes

⁸⁵ Diga-se que já não seria a primeira restrição. No Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 5/2018, de 26 de Setembro de 2018, Proc. 100/12.4EALSB.G1-A.S1 (Relatora: HELENA MONIZ), decidiu-se que “[a] insolvência do lesante não determina a inutilidade superveniente da lide do pedido de indemnização civil deduzido em processo penal”.



últimos^{86 87}.

Regressando à aplicação do art. 18.º do Regulamento no quadro da insolvência internacional, é possível identificar duas posições na jurisprudência na hipótese em que, por força da daquela norma, a lei portuguesa é a lei aplicável.

Uma, a posição dominante, considera que as acções declarativas para reconhecimento do crédito devem ser extintas por efeito do trânsito em julgado da sentença de declaração de insolvência⁸⁸. A posição contrária é a de que, apesar de ser aplicável

⁸⁶ Foi suscitada a questão da constitucionalidade da interpretação propugnada no Acórdão de Uniformização de Jurisprudência, invocando-se a violação do princípio da igualdade e do princípio da tutela jurisdicional efectiva mas o TC decidiu, no Acórdão n.º 46/2014, de 9 de Janeiro de 2014, não julgá-la inconstitucional.

⁸⁷ Entendimento próximo perpassa da declaração de voto de vencido incluída no Acórdão, de que foi autor o Juiz Conselheiro Sebastião Póvoas e à qual aderiram outros Juízes Conselheiros, onde se precisa que “[a] reclamação de um crédito num processo de insolvência, ou o seu relacionamento pelo administrador, é causa de extinção da instância, por inutilidade da lide, da acção declarativa em que o pedido formulado contra o insolvente é o mesmo crédito”. Por outras palavras, a acção só deveria extinguir-se quando o crédito em causa fosse reclamado, conforme determina o art. 128.º, n.º 1, do CIRE, ou incluído na relação de créditos reconhecidos, como prevê o art. 129.º, n.º 1, do CIRE

⁸⁸ O exemplo é mais recente é o Acórdão do STJ de 12 de Julho de 2018, Proc. 2153/08.0TVLSB.L1.S1 (Relatora: MARIA DA GRAÇA TRIGO), no âmbito do qual que se efectuou, justamente, um reenvio prejudicial. O reenvio prejudicial deu origem ao Acórdão do TJUE de 6 de Junho de 2018, conforme já referido. O caso em apreciação no STJ respeitava a uma sociedade luxemburguesa, declarada insolvente no Luxemburgo e contra a qual pendia, em Portugal, uma acção para condenação de devedor na obrigação de pagamento de quantia pecuniária, devida por contrato de prestação de serviços, e condenação ao pagamento de indemnização pecuniária por incumprimento da mesma obrigação. Saliencia-se



a lei portuguesa, deve continuar a caber à lei do Estado de abertura do processo de insolvência determinar se existe ou não interesse no prosseguimento da acção⁸⁹.

Por mais que esta última posição mereça alguma simpatia (pelo resultado a que conduz na prática), a verdade é que ela é, por si só e sem mais argumentos, uma posição dificilmente sustentável. Sendo aplicável o Direito português, a estas acções pendentes deve ser dado o destino que teriam se o processo de insolvência tivesse sido aberto em Portugal^{90 91}.

que os Juízes Conselheiros envolvidos neste Acórdão tiveram a preocupação de apurar que o Direito luxemburguês não carecia de garantias de tutela do crédito no processo de insolvência, pelo que a aplicação daquela jurisprudência não impunha limitações ao credor que não existissem no Direito português.

⁸⁹ É defendida no Acórdão do TRL de 12 de Abril de 2016, Proc. 23953/13.4T2SNT.L1-1 (Relator: AFONSO HENRIQUE), O caso respeitava a uma sociedade alemã, declarada insolvente na Alemanha e contra a qual pendia, em Portugal, uma acção de condenação no pagamento de certa quantia com fundamento em incumprimento contratual. Infelizmente, não são muito claros os argumentos de que o Tribunal se socorre para sustentar esta solução.

⁹⁰ Cfr., neste sentido, FRANCISCO GARCIMARTÍN / MIGUEL VIRGÓS, in: REINHARD BORK / KRISTIN VAN ZWIETEN, *Commentary on the European Insolvency Regulation*, cit., p. 303.

⁹¹ Se o destino previsto para estas acções no ordenamento jurídico português não fosse tão drástico e se previsse, como seria natural, a sua mera suspensão por força da declaração de insolvência, então, sim, caberia ao administrador da insolvência tomar uma decisão quanto ao seu destino definitivo (pro exemplo, prosseguimento da acção ou extinção por transacção). Cfr., neste sentido, FRANCISCO GARCIMARTÍN / MIGUEL VIRGÓS, in: REINHARD BORK / KRISTIN VAN ZWIETEN, *Commentary on the European Insolvency Regulation*, cit., p. 303.



Nota final

Depois de tudo, conclui-se que, na resolução dos casos de insolvência internacional, as dificuldades estão, por vezes, nem tanto no teor das normas de conflitos mas mais no reconhecimento das categorias usadas para delimitar o seu âmbito de aplicação – são, enfim, genuínos problemas de *qualificação*⁹².

O modo de superar tais dificuldades é fácil de identificar embora não tão fácil de concretizar. Passa, como sempre, por um maior domínio dos conceitos jurídicos e um conhecimento mais profundo do Direito.

⁹² Diz BAPTISTA MACHADO [*Lições de Direito Internacional Privado*, COIMBRA, ALMEDINA, (3.ª EDIÇÃO), pp. 111-112], que “[o] problema da qualificação em sentido estrito é o problema da subsumibilidade de um *quid* concreto a um conceito utilizado por uma norma. Qualificar um *cerò quid* é determiná-lo como subsumível a um conceito, por aplicação desse mesmo conceito; é verificar ou constatar em certo *dado* as notas ou características que formam a compreensão de certo conceito. É um problema que se põe no momento da *aplicação* da norma jurídica. Logo, a *qualificação* do *quid* por subsunção ao conceito, ou por aplicação deste àquele, pressupõe que deteminemos primeiro a extensão e a compreensão do dito conceito – pressupõe, por outras palavras, a *prévia interpretação* do conceito” (sublinhados do autor).



Bibliografia portuguesa específica

Atendendo à importância do tema da insolvência internacional, coligiu-se a principal bibliografia de autores portugueses versando a matéria ou em que a matéria é tratada com algum desenvolvimento.

ALVES, PATRÍCIA, “*Forum shopping*’ no direito da insolvência – Em especial no campo da responsabilidade dos gerentes ou administradores das sociedades comerciais pela situação de insolvência”, in: *Julgar*, 2017, 31, pp. 135 e s.

BRITO, MARIA HELENA, “Falências internacionais. Algumas considerações a propósito do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”, in: AA. VV., Themis, Edição Especial — Novo Direito da Insolvência, 2005, pp. 183 e s.

BRITO, MARIA HELENA, “Falências internacionais”, in: AA. VV., Estudos em memória do Professor Doutor José Dias Marques, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 625 e s.

EPIFÂNIO, MARIA DO ROSÁRIO, Manual de Direito da Insolvência, Coimbra, Almedina, 2014 (6.ª edição).

FERNANDES, LUÍS CARVALHO / LABAREDA, JOÃO, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado. Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial (SIREVE) Anotado. Legislação Complementar*, Lisboa, Quid Juris, 2015 (3.ª edição).

FERNANDES, LUÍS CARVALHO / LABAREDA, JOÃO, *Insolvências Transfronteiriças — Regulamento (CE) n.º 1346/2000 do Conselho Anotado*, Lisboa, Quid Juris, 2003.



LEAL, PAVÃO, *Ensaio sobre a falência no Direito Internacional*, Porto, Lello, 1961,

LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Coimbra, Almedina, 2017 (9.ª edição).

MACHADO, MARIA JOÃO PIMENTEL, “Algumas considerações sobre a falência em direito internacional privado”, *Separata da RJUP*, 1999, n.º 3, pp. 77 e s.

MACHADO, MARIA JOÃO PIMENTEL, *Da falência em direito internacional privado — Introdução aos seus problemas fundamentais*, Porto, Departamento de Direito, Universidade Portucalense Infante D. Henrique, 2000.

MARTINS, ALEXANDRE DE SOVERAL, “O 'CIP' ('Centro dos Interesses Principais') e as Sociedades: um capítulo europeu”, in: *O Direito das Sociedades em Revista*, 2009, n.º 1, pp. 133 e s.

MARTINS, ALEXANDRE DE SOVERAL, “O Regulamento (UE) 2015/848 relativo aos processos de insolvência”, in: *Estudos de Direito da Insolvência*, Coimbra Almedina, 2018 (2.ª edição), pp. 47 e s.

MARTINS, ALEXANDRE DE SOVERAL, *Um Curso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2016 (2.ª edição).

MENEZES LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE, *Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2018 (8.ª edição).

OLIVEIRA, ANA PERESTRELO DE, “O novo regime dos grupos de sociedades no Regulamento europeu sobre insolvência transfronteiriça”, in: CATARINA SERRA (coord.), *IV Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 203 e s.



PIDWELL, PEDRO, “A insolvência internacional e a arbitragem”, in: *Boletim da Faculdade de Direito*, 2011, volume 87, pp. 765 e s.

PINHEIRO, LUÍS DE LIMA, “O Regulamento comunitário sobre insolvência — uma introdução”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, 2006, III, pp. 1101 e s.

PINHEIRO, LUÍS DE LIMA, *Direito Internacional Privado – volume II – Direito de conflitos – Parte Especial*, Coimbra, Almedina, 2016.

PRATA, ANA / CARVALHO, JORGE MORAIS / SIMÕES, RUI, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, Coimbra, Almedina, 2013.

SERRA, CATARINA, “‘Abrindo’ o Regulamento europeu sobre insolvência transfronteiriça – Algumas questões sobre o âmbito de aplicação do Regulamento na perspectiva do Direito português”, in: AA. VV., *Para Jorge Leite – Escritos Jurídicos*, volume II, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 729 e s.

SERRA, CATARINA, “Arbitragem e insolvência – Os efeitos da declaração de insolvência sobre a arbitragem (Direitos português e internacional)”, in: *Revista de Direito Comercial*, 2017, pp. 612 e s. (disponível em <https://static1.squarespace.com/static/58596f8a29687fe710cf45cd/t/5a200e420d9297c2b9797eeb/1512050246658/2017-19.pdf>).

SERRA, CATARINA, “Insolvência transfronteiriça – Comentários à Proposta de alteração do Regulamento europeu relativo aos processos de insolvência, com especial consideração do Direito português”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, 2013, vol. 10, pp. 97 e s.

SERRA, CATARINA, “O Regulamento 2015/848 e as PME”, in:



ALEXANDRE SOVERAL MARTINS (coord.), *As PME perante o (novo) Direito da Insolvência – Colóquio realizado em 27 de Outubro de 2017*, Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra / Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, 2018, pp. 29 e s.

SERRA, CATARINA, *Lições de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2018.

SOUSA, ANTÓNIO FRADA DE, “Exoneração do passivo restante e *forum shopping* na insolvência de pessoas singulares na União Europeia”, in: AA. VV., *Estudos em Memória do Prof. Doutor J.L. Saldanha Sanches*, vol. II, Coimbra, 2011, pp. 57 e s.

VICENTE, DÁRIO MOURA, “Insolvência internacional: direito aplicável”, in: AA. VV., *Estudos em memória do Professor Doutor José Dias Marques*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 81 e s.

Catarina Serra



REVISTA DE DIREITO COMERCIAL

www.revistadedireitocomercial.com
2018-12-04