

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

apresentadas em 6 de Setembro de 2005¹

I — Introdução

1. O actual tratamento jurídico do infortúnio que representa o endividamento excessivo, sobretudo dos particulares, independentemente de exercerem ou não uma actividade profissional ou comercial, está muito longe da emoção patética com que Honoré de Balzac descreveu magistralmente o sofrimento de César Birotteau ao ver-se na situação de encarar os seus credores²; despojado da sua honra, dos seus direitos, e do escasso património que lhe tinha deixado o seu notário Roguin, este personagem romanesco consegue restabelecer-se com firmeza, liquidando uma a uma as suas dívidas, prática pouco habitual já nessa época.
2. Não parece digno considerar a notável honradez de Monsieur Birotteau como um exemplo da «bêtise de la vertu», como escreveu o seu criador no primeiro esboço da obra em 1833 pois, constituindo embora um risco para qualquer credor, razões de ordem económica (segurança das transacções comerciais) e jurídica (*pacta sunt servanda*) aconselham à promoção de um enquadramento normativo que garanta a recuperação dos créditos, mesmo ao nível europeu.
3. A questão prejudicial apresentada pelo Bundesgerichtshof inscreve-se precisamente neste contexto comunitário. O alto tribunal alemão pede ao Tribunal de Justiça que determine em que medida um facto, a saber, a mudança do centro de interesses principais de um devedor para outro Estado-Membro, que não aquele onde tinha sido apresentado o pedido de abertura do processo de insolvência, tem influência sobre a competência judiciária. Concretamente, pretende saber se o tribunal que conhece de tal pedido mantém a sua competência para decidir da abertura de tal processo.
4. Todavia, tendo os factos do processo principal ocorrido antes da entrada em vigor do Regulamento (CE) n.º 1346/2000 do

1 — Língua original: espanhol.

2 — Balzac, H. de, «Histoire de la grandeur et de la décadence de César Birotteau, marchand parfumeur, adjoint au maire du deuxième arrondissement de Paris, chevalier de la légion d'honneur, etc.», publicado pela primeira vez em 1838; edição de bolso sob o título «César Birotteau», ed. Garnier Flammarion, Paris, 1995, em especial o capítulo XVI, pp. 353 e segs.

Conselho, de 29 de Maio de 2000, relativo aos processos de insolvência³, que trata da competência judiciária em matéria de insolvência e de suspensão de pagamentos, a aplicabilidade deste acto normativo suscitou alguma controvérsia, questão que também há que analisar.

II — Quadro jurídico

5. É a primeira vez que o Tribunal de Justiça é chamado a resolver uma questão prejudicial relativa à interpretação do referido regulamento, pelo que, a título preliminar, há que expor os seus traços fundamentais para facilitar a compreensão da resposta. A uma breve resenha histórica acresce um resumo do seu conteúdo, dando especial atenção aos principais objectivos prosseguidos.

A — *Evolução histórica*

6. O périplo da regulamentação dos processos de insolvência no direito comunitário revela tons «kafkianos», não pela sua extensão temporal, mas pela mutação sofrida pelo projecto de convenção, que exerceu uma influência fundamental no seu desenvolvi-

mento, tal como no caso da transformação de Gregor Samsa⁴.

7. A ideia de ordenar os processos de insolvência na Comunidade tem origem no artigo 220.º do Tratado CE (actual artigo 293.º CE), que insta os Estados-Membros a entabular entre si, sempre que o julguem necessário, negociações destinadas a garantir, em benefício dos seus nacionais, nomeadamente, a simplificação das formalidades a que se encontram subordinados o reconhecimento e a execução recíprocos tanto das decisões judiciais como das decisões arbitrais.

8. Fruto desta disposição foi, em primeiro lugar, a conhecida Convenção de 27 de Setembro de 1968, relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial⁵ (a seguir «Convenção de Bruxelas»).

4 — Em «A metamorfose» de Franz Kafka (doutor em direito pela Universidade de Praga), livro escrito em 1912 e publicado em 1916, o destino final do herói é, todavia, trágico, pois, transformado em escaravelho, morre na mais absoluta solidão, depois de ter decidido deixar de se alimentar; Kafka, F., «Die Verwandlung», edição de Marjorie L. Hoover, ed. W.W. Norton & Company, Inc, Nova Iorque, 1960, pp. 57 e segs.

5 — JO 1972, L 299, p. 32 [(versão consolidada em português no JO 1998, C 27, p. 1); sucessivamente alterada pela Convenção de 9 de Outubro de 1978, relativa à adesão do Reino da Dinamarca, da Irlanda e do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte (JO L 304, p. 1, e - versão modificada - p. 77; versão em português no JO 1989, L 285, p. 41), pela Convenção, de 25 de Outubro de 1982, relativa à adesão da República Helénica (JO L 388, p. 1; versão em português no JO 1989, L 285, p. 54), pela Convenção de 26 de Maio de 1989, relativa à adesão do Reino de Espanha e da República Portuguesa (JO L 285, p. 1), e pela Convenção de 29 de Novembro de 1996, relativa à adesão da República da Áustria, da República da Finlândia e do Reino da Suécia (JO 1997, C 15, p. 1)]. Estas normas estão agora compiladas no Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (JO 2001, L 12, p. 1).

3 — DO L 160, p. 1.

9. Todavia, o artigo 1.º, ponto 2, da referida Convenção exclui do seu âmbito «as falências, as concordatas e outros processos», pelo que estas áreas continuarão a depender de um futuro acordo entre os Estados-Membros. Apesar de tudo, um comité de peritos redigiu dois projectos entre 1963 e 1980; para o segundo, baseado nos princípios da unidade e da universalidade⁶, foi pedido um parecer a um grupo do Conselho da Comunidade, suspendendo-se, todavia, os trabalhos em 1985, por falta de consenso⁷.

10. Há que observar que, mesmo antes de aspirarem a normas comuns, os Estados-Membros tinham já previsto o processo de reconhecimento mútuo e de execução de decisões em matéria de falências através de tratados bilaterais, cuja enumeração consta do artigo 44.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1346/2000. Segundo este artigo, o regulamento substitui as referidas convenções.

11. Também fora do âmbito comunitário, particularmente no Conselho da Europa, surgiram iniciativas que culminaram na *Convenção Europeia sobre certos aspectos internacionais da falência*, aberta à assinatura em Istambul em 1990 (a seguir «Convenção de Istambul»). Todavia, com a

entrada em vigor do Regulamento n.º 1346/2000, a sua ratificação parece duvidosa. O principal contributo da Convenção de Istambul consiste na introdução de maior flexibilidade na utilização dos princípios atrás referidos⁸.

12. As marcas que deixou fizeram-se sentir na posterior evolução do processo de elaboração do referido regulamento pois, a fim de ultrapassar a complexidade do projecto de Convenção de 1985, um grupo *ad hoc* de peritos nacionais finalizou o texto da *Convenção relativa aos processos de insolvência*, feita em Bruxelas em 23 de Novembro de 1995, com uma perspectiva menos rígida e soluções mais simples⁹.

13. Diversamente da sua predecessora comunitária imediata, esta última convenção articulava o sistema à volta do princípio da universalidade, limitado pela possibilidade de iniciar um ou mais processos secundários noutros países, embora com alcance circunscrito aos respectivos territórios¹⁰.

14. Ao não obter a adesão dos quinze Estados-Membros, a convenção fracassou irremediavelmente, mas tal fracasso permitiu

6 — Entende-se por «*princípio da unidade*» a existência de um único processo para todo o território da Comunidade, ao passo que o «*princípio da universalidade*» se refere à extensão do processo a todos os activos do devedor, independentemente do local onde se encontrem.

7 — Relatório Virgós/Schmit sobre a Convenção relativa aos processos de insolvência (a seguir «Relatório Virgós/Schmit»), em Virgós Soriano, M. e Garcimartín Alférez, F. J., *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia*, Civitas, Madrid, 2003, ponto 3.

8 — Relatório Virgós/Schmit, ponto 4.

9 — Relatório Virgós/Schmit, ponto 5.

10 — *Ibidem*.

que, como uma crisálida, sofresse uma transfiguração pois, sem alterar o seu conteúdo, modificou a sua natureza jurídica, perdendo a vocação de tratado internacional para se converter num regulamento na acepção do artigo 249.º CE, segundo parágrafo.

15. Encorajado pela Finlândia e pela Alemanha, o impulso para essa mutação encontrou o seu casulo no auspicioso abrigo dos artigos 61.º, alínea c), CE (ex-artigo 73.º-I) e 67.º, n.º 1, CE (ex-artigo 73.º-O), «comunitarizados» por força do Tratado de Amesterdão, de que constitui, aliás, um dos principais sucessos¹¹.

16. Livre, por fim, do destino rastejante a que o expunha a sua anterior condição de tratado, a nova essência deu-lhe a subtil desenvoltura que proporciona a aplicabilidade imediata característica dos seus congéneres.

B — *Esboço do seu conteúdo e disposições pertinentes*

17. Deduz-se do preâmbulo do Regulamento n.º 1346/2000 que o bom funcionamento do mercado interno exige três elementos prioritários em matéria de insolvência: em primeiro lugar, um acto da Comunidade para coordenar as medidas a tomar relativa-

mente aos bens de um devedor insolvente¹²; em segundo lugar, a eficácia dos processos de insolvência transfronteiriços¹³; e, por último, evitar o chamado «*forum shopping*», ou seja, que os interessados se sintam incentivados a transferir bens ou acções judiciais de um Estado-Membro para outro, no intuito de obter uma posição legal mais favorável¹⁴.

18. O regulamento não pretende obter uma regulamentação total e única dos processos de insolvência, mas apenas do direito aplicável, da competência internacional para a sua abertura e do seu reconhecimento nos outros Estados-Membros.

19. Começa com um capítulo que agrupa várias disposições de carácter geral, relativas ao seu âmbito material (artigo 1.º), à determinação do órgão jurisdicional competente (artigo 3.º), e à lei aplicável em determinados casos particulares (artigos 4.º a 15.º)¹⁵.

11 — Wiedemann, T., «Visa, Asyl, Einwanderung», em Schwarze, J. (Coord.), EU-Kommentar, Baden-Baden, 2000, p. 842.

12 — Terceiro considerando do Regulamento n.º 1346/2000.

13 — Segundo considerando do Regulamento n.º 1346/2000.

14 — Quarto considerando do Regulamento n.º 1346/2000.

15 — As matérias regidas por estes preceitos incluem: os direitos reais de terceiros (artigo 5.º); a compensação de créditos (artigo 6.º); a reserva de propriedade (artigo 7.º); os contratos relativos a bens imóveis (artigo 8.º); os sistemas de pagamento e os mercados financeiros (artigo 9.º); os contratos de trabalho (artigo 10.º); os efeitos sobre os direitos sujeitos a inscrição num registo público (artigo 11.º); as patentes e as marcas comunitárias (artigo 12.º); os actos prejudiciais aos interesses dos credores (artigo 13.º); a protecção dos terceiros adquirentes contra factos posteriores à abertura de um processo de insolvência (artigo 14.º); bem como os seus efeitos em relação a outras acções pendentes (artigo 15.º).

20. Este mesmo capítulo contém certas definições, algumas das quais de grande importância para responder à questão prejudicial, especialmente as das alíneas e) e f) do artigo 2.º, nos termos das quais se entende por:

«[...]

- e) ‘Decisão’, quando se utilize em relação à abertura de um processo de insolvência ou à nomeação de um síndico, a decisão de um órgão jurisdicional competente para abrir um processo dessa natureza ou para nomear um síndico;
- f) ‘Momento de abertura do processo’, o momento em que a decisão de abertura produz efeitos, independentemente de essa decisão ser ou não definitiva;

[...]».

21. A pedra angular do sistema é o artigo 3.º, n.º 1, primeiro período, que atribui competência para iniciar o processo de insolvência aos órgãos jurisdicionais do Estado-Membro em cujo território esteja situado o centro dos interesses principais do devedor.

22. O artigo 4.º, n.ºs 1 e 2, onde se dispõe que o processo e as suas consequências são regidos pela lei do lugar em que o mesmo é aberto, adquire também relevo para a questão apresentada, bem como para a dúvida sobre a aplicabilidade do regulamento.

23. Igual importância têm as normas do capítulo II, sobre o seu reconhecimento nos restantes países. O artigo 16.º, n.º 1, estabelece este princípio ao dispor que qualquer decisão que determine a abertura de um processo de insolvência, proferida por um órgão jurisdicional de um Estado-Membro, é reconhecida em todos os outros a partir do dia em que produza efeitos no Estado em que se tenha estabelecido a sua tramitação. Esta secção inclui algumas disposições consagradas aos poderes do síndico e uma cláusula de salvaguarda que permite recusar o benefício a que se refere o artigo 16.º, n.º 1, quando fique comprometida a ordem pública em consequência da abertura do processo¹⁶.

24. Os capítulos III e IV¹⁷, de menor importância para este reenvio prejudicial, tratam, respectivamente, dos processos secundários instaurados, em determinadas circunstâncias, noutros Estados-Membros, e da informação dos credores e do seu direito a reclamar os créditos que considerem oportunos.

¹⁶ — Artigo 26.º do Regulamento n.º 1346/2000.

¹⁷ — Artigos 27.º a 38.º e 39.º a 42.º, respectivamente, do Regulamento n.º 1346/2000.

25. O artigo 38.º rege as medidas cautelares nestes termos:

«Se o órgão jurisdicional de um Estado-Membro competente por força do n.º 1 do artigo 3.º designar um síndico provisório a fim de assegurar a conservação dos bens do devedor, esse síndico provisório está habilitado a requerer quaisquer medidas de conservação ou de protecção dos bens do devedor que se encontrem noutro Estado-Membro, previstas na lei desse Estado, pelo período compreendido entre o requerimento de abertura de um processo de insolvência e a decisão de abertura.»

26. Por último, o capítulo V reúne as disposições transitórias e finais¹⁸. No contexto da questão suscitada pelo Bundesgerichtshof, o artigo 43.º, primeiro período, indica que o regulamento apenas é aplicável às insolvências e processos análogos iniciados depois da data da sua entrada em vigor, estabelecida, nos termos do artigo 47.º, em 31 de Maio de 2002.

III — Matéria de facto, processo principal e questão prejudicial

27. S. Staubitz-Schreiber era comerciante em nome individual de equipamentos e

acessórios de telecomunicações em Wülfrath (Alemanha). Em 6 de Dezembro de 2001 pediu a abertura de um processo de insolvência sobre o seu património no Amtsgericht Wuppertal (Alemanha).

28. A imobilização de activos para constituir a futura massa insolvente foi, porém, infrutífera, por falta de bens ou direitos suficientes, e o tribunal que conheceu do pedido indeferiu-o por despacho de 10 de Abril de 2002.

29. A devedora, residente em Espanha desde 1 de Abril de 2002, onde pretendia viver e trabalhar, recorreu do despacho, pedindo a sua anulação e a abertura do processo correspondente.

30. Por despacho de 14 de Agosto de 2002, o órgão jurisdicional *ad quem* julgou o recurso improcedente, considerando inadmissível o pedido inicial, considerando que a mudança de residência de S. Staubitz-Schreiber tinha deslocado para Espanha a competência relativa à tramitação deste processo, por força do disposto no artigo 3.º do Regulamento n.º 1346/2000.

31. No recurso de revista que interpôs, a recorrente pediu ao Bundesgerichtshof que

18 — Artigos 43.º a 47.º do Regulamento n.º 1346/2000.

anulasse esta última decisão e remetesse os autos ao tribunal *a quo* para que este se pronunciasse novamente.

34. Não houve lugar a audiência, por nenhuma das partes neste processo prejudicial ter demonstrado interesse na sua realização.

32. Não lhe parecendo evidente a interpretação de tal disposição, o supremo tribunal alemão decidiu suspender a instância e apresentar a seguinte questão ao Tribunal de Justiça:

V — Análise da questão prejudicial

A — Questão preliminar: a aplicabilidade do regulamento ao processo principal

«Se o devedor tiver transferido o centro dos seus interesses principais do Estado-Membro no qual se situa o órgão jurisdicional perante o qual requereu a abertura do processo de insolvência para outro Estado-Membro, após a apresentação do requerimento mas antes da abertura do referido processo, a competência para decidir da respectiva abertura é daquele órgão jurisdicional ou do órgão jurisdicional competente desse outro Estado-Membro?»

35. Tanto o pedido de abertura do processo de insolvência como o seu indeferimento pelo tribunal correspondente, por falta de massa insolvente suficiente, ocorreram antes da entrada em vigor do regulamento, pelo que surgiram dúvidas sobre os seus efeitos no processo em apreço. Por essa razão, não é inútil dedicar algumas reflexões a esta matéria.

IV — Tramitação no Tribunal de Justiça

33. A Comissão, bem como os Governos alemão e neerlandês, apresentaram observações escritas, dentro do prazo fixado pelo artigo 20.º do Estatuto CE do Tribunal de Justiça.

36. O órgão jurisdicional de reenvio não se referiu directamente a este aspecto, limitando-se a fazer uma breve análise do problema, no ponto 2 do despacho de reenvio, apontando em sentido afirmativo.

37. Para o Bundesgerichtshof, o indeferimento do pedido de abertura não equivale ao início do processo de insolvência, pelo que,

nos termos do direito falimentar nacional, tal não se tinha ainda verificado antes de o regulamento entrar em vigor.

38. O Governo alemão partilha da apreciação feita pelo seu supremo tribunal. Acrescenta que, com o recurso interposto por S. Staubitz-Schreiber, a litispendência se prolongou até uma data posterior a 31 de Maio de 2002. Uma vez que a recorrente não pedia apenas a anulação da decisão que indeferiu o seu pedido, mas também uma decisão positiva em relação ao mesmo, este Governo entende que, mantendo-se o requerimento depois da entrada em vigor do regulamento, o litígio no processo principal deve ser resolvido à luz deste acto normativo comunitário.

39. A Comissão deduz do artigo 43.º do Regulamento n.º 1346/2000 que a sua aplicabilidade depende do momento da abertura do processo, sem precisar de disposições transitórias quando, tendo sido apresentado o requerimento, não se tenha dado início à tramitação. Na sua opinião, a falta de tais disposições confirma a tese da sujeição sem limites desses casos ao referido regulamento.

40. No que respeita ao litígio em apreço, a Comissão recorda que em 31 de Maio de 2002 não tinha sido tomada qualquer decisão de abertura do processo na Alemanha nem em nenhum outro Estado-Membro, pelo que a solução deve ser procurada no regulamento.

41. Segundo jurisprudência constante, o processo previsto pelo artigo 234.º CE constitui um instrumento de cooperação entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais¹⁹ que exige o respeito da repartição das respectivas competências. No âmbito desta cooperação, o órgão jurisdicional de reenvio, que é o único a ter um conhecimento directo dos factos do processo principal e que deve assumir a responsabilidade pela decisão jurisdicional a tomar, está melhor colocado para apreciar, tendo em conta as especificidades do processo, tanto a necessidade de uma decisão prejudicial como a *pertinência das questões* que coloca ao Tribunal de Justiça²⁰. Compete, por sua vez, a este Tribunal de Justiça dar-lhe uma resposta útil, que lhe permita decidir o litígio²¹.

42. Tendo em conta que o despacho de reenvio faz referência ao artigo 43.º, primeiro período, do Regulamento n.º 1346/2000 e que a resolução do litígio no processo principal variará em função da sua aplicabilidade, há que analisar este aspecto da referida disposição²².

43. Nestes termos, o artigo 43.º, primeiro período, submete a aplicabilidade do regula-

19 — Acórdãos de 16 de Julho de 1992, Lourenço Dias (C-343/90, Colect., p. I-4673, n.º 14); e de 18 de Março de 2004, Siemens e ARGE Telekom (C-314/01, Colect., p. I-2549, n.º 33), e jurisprudência aí referida.

20 — Acórdãos Lourenço Dias, já referido, n.º 15; de 22 de Janeiro de 2002, Canal Satélite Digital (C-390/99, Colect., p. I-607, n.º 18); Siemens e ARGE Telekom, já referido, n.º 34; e de 7 de Outubro de 2004, Sintesi (C-247/02, Colect., p. I-0000, n.º 22).

21 — Acórdãos de 28 de Novembro de 2000, Roquettes Frères (C-88/99, Colect., p. I-10465, n.º 18); e de 20 de Maio de 2003, Ravil (C-469/00, Colect., p. I-5053, n.º 27).

22 — O Tribunal de Justiça seguiu a mesma metodologia no acórdão de 9 de Setembro de 2003, Burbaud (C-285/01, Colect., p. I-8219, n.º 94).

mento à condição de o processo ter sido iniciado após a sua entrada em vigor, uma vez que consagra, além disso, o princípio da não retroactividade²³.

iniciado na data de entrada em vigor do referido regulamento, o que implicaria a aplicabilidade deste.

44. As alíneas e) e f) do artigo 2.º do regulamento distinguem entre a «decisão» de abrir um processo de insolvência e o «momento da sua abertura», adoptando as respectivas definições, o que implica que podem não ser coetâneos.

48. Todavia, no recurso S. Staubitz-Schreiber não pediu somente a anulação da decisão de indeferimento em questão, mas também uma decisão judicial positiva, pelo que o órgão jurisdicional nacional deve verificar se, nos termos do direito alemão, houve uma abertura na acepção da norma em questão, precisando se tal aconteceu antes ou depois de 31 de Maio de 2002, tendo em conta a eventual retroactividade.

45. A primeira das alíneas limita-se ao acto adoptado formalmente num processo de insolvência, ao passo que a alínea f) se refere ao momento em que a decisão produz efeitos, independentemente de «ser definitiva».

49. Esta solução é, além disso, compatível com a letra e com o espírito do Regulamento n.º 1346/2000, que remete para o direito nacional aplicável²⁴.

46. Além disso, nos termos do artigo 4.º do regulamento, o referido processo e os seus efeitos são regidos pela lei do Estado-Membro em cujo território o processo é instaurado.

B — Quanto à questão prejudicial

47. É certo que, tal como o Governo alemão alega, não houve no caso em apreço uma decisão positiva nesse sentido, pelo que também não se verificaram os correspondentes «efeitos». Por conseguinte, poderia pensar-se que o processo não tinha sido

50. Segundo o Governo alemão, quando o artigo 3.º do Regulamento n.º 1346/2000 atribui a abertura do processo de insolvência aos órgãos jurisdicionais do Estado-Membro em cujo território esteja situado o centro dos interesses principais do devedor, limita-se a

23 — Virgós Soriano, M. e Garcimartín Alférez, F.J., *op. cit.*, p. 37.

24 — Nos artigos 2.º, alínea f), e 4.º, já referidos, do Regulamento n.º 1346/2000.

estabelecer os requisitos materiais para apurar a competência internacional. Como esta norma não contém qualquer indicação sobre o momento em que esses requisitos devem estar reunidos, nem sobre as circunstâncias que levam a uma mudança do órgão jurisdicional competente, esse governo considera imprescindível interpretá-la teleologicamente.

51. Afirma que um dos objectivos prioritários do Regulamento²⁵ consiste em evitar o *forum shopping*, para impedir que o devedor escolha o direito nacional que mais o favoreça. Além disso, a referência ao centro dos interesses principais do insolvente assenta na presunção de que a maioria dos credores se encontra nesse lugar, e no princípio da economia processual pois, se o requerimento de abertura não fosse o momento determinante da competência, surgiriam problemas de prova, com os consequentes atrasos. Por outro lado, os credores devem conhecer com certeza esse centro de interesses para não ficarem à mercê de eventuais averiguações a esse respeito.

52. Por fim, o Governo alemão observa que a universalidade do processo permite que o síndico nomeado pelo juiz exerça as suas prerrogativas noutros Estados onde o devedor também tenha bens, sem abrir outros processos.

53. O Governo neerlandês partilha da opinião do Governo alemão, confirmando que o órgão jurisdicional perante o qual tenha sido registado o requerimento de abertura continua a ser competente para a decretar, mesmo quando o devedor tenha, entretanto, mudado o centro dos seus interesses principais para outro Estado-Membro. Alega que o poder para decretar medidas cautelares, previsto no artigo 38.º do Regulamento n.º 1346/2000, confirma esta tese, uma vez que nessa disposição, tal como no artigo 3.º, a competência é atribuída em função das circunstâncias do momento da apresentação do requerimento, pois, de contrário, o insolvente poderia evitar a tutela provisória modificando, à medida das suas conveniências, o centro dos seus interesses principais (*forum shopping*).

54. Modera, todavia, a sua posição, aceitando que, nalguns casos, e por razões práticas, o sistema do regulamento autorize o órgão jurisdicional que aprecia o requerimento a suspendê-lo ou a indeferi-lo, se estiver convencido da oportunidade de iniciar o processo no lugar para onde o devedor se tenha deslocado.

55. A Comissão inclina-se também para a manutenção, nas circunstâncias do litígio no processo principal, da competência do órgão jurisdicional perante o qual tenha sido apresentado o requerimento. Acrescenta que a interpretação gramatical, histórica e teleológica do referido artigo 3.º aponta nesse sentido.

25 — O Governo alemão refere-se ao considerando 4 do preâmbulo do Regulamento n.º 1346/2000.

56. Na sua opinião, embora o princípio da *perpetuatio fori* evite os inconvenientes do *forum shopping*, tal não se deve ao facto de o recurso a este artifício não ser simples, pois pressupõe uma informação exaustiva sobre as vantagens e os inconvenientes dos diferentes direitos falimentares nacionais e a vontade de transferir o centro de vida para outro Estado-Membro.

57. A Comissão atribui mais importância ao argumento segundo o qual o princípio atrás referido conduz à necessária segurança jurídica, tanto para os credores como para os órgãos jurisdicionais nacionais. Os primeiros poderiam, pelo menos parcialmente, calcular o perigo em caso de insolvência dos seus devedores e saber que o direito aplicável não variará depois da apresentação do requerimento; os órgãos jurisdicionais ficariam dispensados de verificar continuamente a sua competência desde o registo do requerimento até à declaração de abertura.

58. Através do pedido de decisão prejudicial, o Bundesgerichtshof pretende que se esclareça se o órgão jurisdicional que recebeu o pedido de abertura é competente para declarar a insolvência quando, entretanto, o devedor tenha transferido o seu centro de vida para outro Estado-Membro.

59. O artigo 3.º do Regulamento n.º 1346/2000 faz gravitar a competência

em torno do lugar onde se encontre o «centro dos interesses principais do devedor», pelo que revestem particular importância, por um lado, a definição deste conceito e, por outro, o momento em que deve ser tido em conta.

a) O centro dos interesses principais do devedor

60. Antes de mais, há que destacar o carácter de conceito autónomo de direito comunitário desta expressão, que lhe dá um significado uniforme e independente dos ordenamentos nacionais²⁶; impõe-se, portanto, uma definição única para toda a Comunidade²⁷.

61. O segundo período do próprio artigo 3.º, n.º 1, cria uma presunção *iuris tantum* em relação às sociedades e às pessoas colectivas, identificando o centro com a sede estatutária. No processo de S. Staubitz-Schreiber,

26 — Virgós Soriano, M. e Garcimartín Alférez, F.J., *op. cit.*, p. 45.

27 — Acórdão de 18 de Novembro de 2004, Temco Europe (C-284/03, Colect., p. I-0000, n.º 16), e jurisprudência aí referida; relativamente à Convenção de Bruxelas mais próxima da matéria desta questão prejudicial, acórdão de 15 de Maio de 2003, Préservatrice foncière TIARD (C-266/01, Colect., p. I-4867, n.º 20), e jurisprudência aí referida; bem como o acórdão de 20 de Março de 1997, Farell (C-295/95, Colect., p. I-1683, n.ºs 12 e 13), e jurisprudência aí referida.

todavia, trata-se de uma pessoa singular que tinha operado no mercado como comerciante, sem estar coberta por uma forma societária.

62. O Regulamento n.º 1346/2000 não fornece qualquer regra para esta hipótese. O seu décimo terceiro considerando sugere que a definição em questão se refere ao local onde o devedor exerce habitualmente a administração dos seus interesses, sendo fácil de localizar por terceiros. Entende-se, assim, por centro de interesses de quem exerce uma actividade comercial o seu domicílio *profissional* e, para as restantes pessoas singulares, a sua residência habitual²⁸.

63. Observe-se, além disso, que a possibilidade de iniciar processos secundários noutros Estados-Membros paralelamente ao principal depende, à luz do décimo sétimo considerando do Regulamento, da existência de um estabelecimento do devedor, limitando-se os efeitos dos processos acessórios, nos termos do artigo 27.º, aos bens situados no território onde esses processos decorram.

64. De tudo o que ficou exposto conclui-se que deve existir uma ligação entre os bens profissionais do devedor e o lugar do processo, o que deixa supor uma melhor

garantia para os credores, permitindo-lhes calcular os riscos jurídicos que correm em caso de insolvência²⁹. Por esta razão, a doutrina considera que, no caso de um profissional (empresário ou comerciante em nome individual, por exemplo) residente num Estado-Membro que dirige a suas actividades a partir de um centro estabelecido noutro Estado, é o foro deste último Estado que é competente, sempre que o processo falimentar decorrer do exercício da actividade profissional³⁰.

65. Além disso, o conceito de «estabelecimento» da alínea h) do artigo 2.º do regulamento³¹ exclui a mera presença de bens como pressuposto para instaurar um processo de insolvência³².

66. No litígio no processo principal, por ter decorrido pouco tempo entre o requerimento de abertura e a mudança de S. Staubitz-Schreiber para Espanha, parece improvável que o seu património neste país tenha atingido um volume suficiente para merecer a qualificação de «estabelecimento» na acepção atrás referida.

29 — *Ibidem*.

30 — Moss, G., Fletcher, I. e Isaacs, S., «The EC regulation on insolvency proceedings: a commentary and annotated guide», Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 169.

31 — Nos termos desta disposição, considera-se como tal «o local de operações em que o devedor exerça de maneira estável uma actividade económica com recurso a meios humanos e a bens materiais».

32 — Relatório Virgós/Schmit, ponto 70.

28 — Relatório Virgós/Schmit, ponto 75.

67. Por conseguinte, a resposta à questão prejudicial apresentada deve orientar-se pela atribuição ao órgão jurisdicional *a quo*, a partir dos dados que detenha, da averiguação da localização do centro de interesses efectivos do insolvente, não se colocando a questão de saber se se pode declarar incompetente ou indeferir o pedido nos termos do seu direito nacional, como sugere o Governo neerlandês, já que o órgão jurisdicional de reenvio não suscitou tais questões.

69. Há dois argumentos de peso que sugere-m que essa averiguação deve ser contemporânea do requerimento de abertura. O primeiro refere-se ao objectivo declarado de evitar o *forum shopping*; o segundo, à faculdade do juiz que aprecia o requerimento de adoptar medidas cautelares.

i) Contra o *forum shopping*

b) Momento da determinação do centro dos interesses principais

68. A Comissão salienta que o artigo 3.º, n.º 1, primeira frase, do Regulamento n.º 1346/2000 não se refere ao «momento de abertura do processo», relativamente à determinação do centro dos interesses principais do devedor, quando esta expressão — cuja definição, recorde-se, surge no artigo 2.º — se apresenta em repetidas ocasiões como requisito de aplicação³³. Trata-se, pelo menos, de um indício de que, para o legislador comunitário, a averiguação do centro dos interesses principais não depende de tal circunstância, embora também não seja fornecida outra alternativa.

70. Cabem aqui umas breves reflexões sobre este conceito para circunscrever o debate pois, em geral, os juristas atribuem a esta expressão anglo-saxónica um carácter pejorativo.

71. Se *forum shopping* significa a procura, pelo demandante, da competência judicial internacional que se mostre mais favorável às suas pretensões³⁴, não há dúvida de que, na falta de uniformidade jurídica dos diferentes sistemas de direito internacional privado, este fenómeno devia ser aceite como uma consequência natural, não censurável³⁵.

34 — Checa Martínez, M., «Fundamentos y límites del *forum shopping*: modelos europeo y angloamericano», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1998, n.º 3, p. 521.

35 — Juenger, F.K., «What's wrong with *forum shopping*?», *Sidney Law Review*, 1994, pp. 5 e segs., em especial pp. 12 e 13.

33 — Artigos 5.º e 7.º, n.ºs 1 e 2, do Regulamento n.º 1346/2000.

72. Deste modo, leva-se o litígio ao lugar que mais convém, por razões materiais e processuais. Representa apenas uma optimização das possibilidades processuais, fruto da existência de foros concorrentes, que nada tem de ilícito³⁶.

73. Todavia, quando provoque uma desigualdade injustificada entre as partes num litígio relativamente à defesa dos seus interesses respectivos, esta prática torna-se reprovável, constituindo a sua erradicação um objectivo normativo legítimo.

74. Assim o entendeu o legislador comunitário em matéria de insolvência e demais processos análogos, pois confessa, no quarto considerando atrás referido, a sua intenção de evitar que as partes encontrem incentivos para transferir bens ou acções judiciais de um Estado-Membro para outro, no intuito de obter uma posição legal mais favorável, acrescentando entre parênteses a expressão «*forum shopping*».

75. Ora, este princípio básico do Regulamento n.º 1346/2000 perderia todo o seu valor se o devedor pudesse transferir o seu centro de interesses principais para outro

Estado-Membro entre a apresentação do requerimento de abertura e a declaração de início da insolvência. Tal interpretação não é compatível com a eficaz tramitação dos processos falimentares transfronteiriços que o regulamento pretende alcançar, nos termos do seu segundo considerando, pois obrigaria os credores a perseguir o insolvente onde lhe aprouvesse estabelecer-se, com carácter mais ou menos definitivo, privando-os, assim, da necessária segurança jurídica.

76. Além disso, como a Comissão afirma nas suas observações, este comportamento implicaria a averiguação oficiosa da competência do órgão jurisdicional de cada local onde o devedor se instalasse³⁷, o que é incompatível com o princípio da boa administração da justiça.

77. De qualquer modo, no que respeita ao *forum shopping*, os factos do litígio no processo principal não se enquadram nesta prática, pois a própria S. Staubitz-Schreiber defende a competência do órgão jurisdicional perante o qual requereu a abertura do seu processo de insolvência. O motivo da sua actuação explica-se por uma particularidade do direito falimentar alemão, denominada «*Restschuldbefreiung*», nos termos da qual o insolvente obtém a liberação geral da parte

36 — Siehr, K., «Forum shopping im internationalen Rechtsverkehr», *ZfRV*, 1984, pp. 133 e segs.; Schack, H., «Internationales Zivilverfahrensrecht», 2.ª ed., Munique, 1996, pp. 86 e 87.

37 — Relatório Virgós/Schmit, ponto 79.

restante das dívidas não pagas com o produto da liquidação³⁸, instituição desconhecida de outros sistemas nacionais europeus³⁹.

síndico noutros países, em especial se a sua actuação exige que se verifiquem as condições de abertura de um processo secundário, ou seja, que o devedor tenha um estabelecimento nesses outros Estados-Membros⁴¹. Embora este aspecto tenha importância prática geral, não é o que se passa no caso em apreço, pelo que não há que insistir na sua apreciação.

ii) A faculdade de ordenar medidas cautelares

78. Como já se observou atrás, o artigo 38.º do Regulamento n.º 1346/2000 permite ao síndico provisório requerer quaisquer medidas de conservação ou de protecção dos bens do devedor que se encontrem noutro Estado-Membro, durante o período compreendido entre o requerimento de abertura de um processo de insolvência e a decisão que lhe dê início. O décimo sexto considerando destaca a importância deste tipo de decisões para a eficácia do processo de insolvência.

80. Em contrapartida, convém salientar o alcance dos poderes que o artigo 38.º do referido regulamento atribui ao administrador provisório. Nos termos desta disposição, a habilitação é muito extensa, pois pode ordenar «quaisquer medidas de conservação ou de protecção».

79. Esta disposição visa facilitar a adopção das medidas cautelares adequadas para assegurar a integridade da massa, antes da instauração do processo⁴⁰. A doutrina discute os requisitos da intervenção do referido

81. O facto de estas diligências serem efectuadas, segundo o mesmo artigo, nos termos do direito nacional do Estado-Membro onde serão executadas, prenuncia o reconhecimento, que, em conformidade com o artigo 25, n.º 1, primeiro parágrafo, é quase automático, e confirma a vontade do legislador comunitário de acelerar os processos de insolvência transfronteiriços no sentido indicado no segundo considerando.

38 — Na realidade, mais do que de uma liberação em sentido estrito, trata-se de uma suspensão da exequibilidade dos créditos não cobrados através da liquidação, sujeita a uma condição de bom comportamento durante um período de seis anos posteriores à declaração de benefício deste instituto jurídico. Pape, G. e Uhlenbruck, W., «Insolvenzrecht», Munique, 2002, pp. 689 e segs.

39 — Ao seu desconhecimento no direito espanhol refere-se expressamente Carrasco Perera, A., «¿Por qué quiebran los consumidores?», em *Actualidad jurídica Aranzadi*, ano XV, n.º 669, de 14 de Maio de 2005, p. 3.

40 — Duursma-Kepplinger, H.-C., Duursma, D. e Chalupsky, E., «Europäische Insolvenzverordnung - Kommentar», Viena, 2002, p. 558; Moss, G., Fletcher, I. e Isaacs, S., *op. cit.*, p. 228.

41 — A favor desta tese: Relatório Virgós/Schmit, ponto 262; e Duursma-Kepplinger, H.-C., Duursma, D. e Chalupsky, E., *op. cit.*, p. 560. Contra: Moss, G., Fletcher, I. e Isaacs, S., *op. cit.*, p. 229, para quem a faculdade do síndico provisório pode ser exercida mesmo quanto a meros bens, sem que constituam um estabelecimento na acepção do Regulamento n.º 1346/2000.

82. Neste contexto, se se considerasse lícita a transferência do centro dos interesses principais do insolvente durante o período compreendido entre o requerimento de abertura e o início do processo de insolvência, subverter-se-iam as bases de todo o sistema do regulamento, o que, em última instância, e utilizando uma formulação muito expressiva, levaria a que credores e órgãos jurisdicionais não parassem de perseguir os devedores insolventes, num círculo vicioso de requerimentos de abertura de processos de insolvência e de deslocações do centro dos interesses principais, sem nunca se chegar a bom porto, destino mais conforme à lenda do holandês errante do

que a uma aplicação séria do regulamento sobre os processos de insolvência.

83. Resulta do atrás exposto que a deslocação do centro dos interesses principais do devedor insolvente, durante o período compreendido entre o requerimento de abertura e o início do processo de insolvência, não altera a competência do órgão jurisdicional perante o qual tal requerimento foi apresentado para conhecer da insolvência.

VI — Conclusão

84. À luz das considerações anteriores, proponho ao Tribunal de Justiça que responda à questão prejudicial do Bundesgerichtshof (Alemanha) do seguinte modo:

85. «É o órgão jurisdicional ao qual tenha sido dirigido o requerimento de abertura de um processo de insolvência que é competente para decidir dessa abertura, mesmo quando o devedor tenha transferido o centro dos seus interesses principais para o território de outro Estado-Membro, depois de ter apresentado tal requerimento mas antes da abertura do processo.»