



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MACIEJ SZPUNAR
apresentadas em 27 de novembro de 2014¹

Processo C-557/13

Hermann Lutz

contra

Elke Bäuerle, na qualidade de administradora da insolvência da ECZ Autohandel GmbH

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Bundesgerichtshof (Alemanha)]

«Reenvio prejudicial — Regulamento (CE) n.º 1346/2000 — Artigos 4.º e 13.º — Recurso de um ato prejudicial — Prazos de prescrição, de anulabilidade e de caducidade — Exigências de forma — Determinação da lei aplicável — Pagamento efetuado depois da abertura do processo de insolvência com base numa penhora efetuada antes dessa data»

I – Introdução

1. O presente reenvio prejudicial tem por moldura jurídica o Regulamento (CE) n.º 1346/2000². Mais precisamente, as questões submetidas pelo Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal alemão) levarão o Tribunal de Justiça a analisar, em primeiro lugar, se o artigo 13.º do referido regulamento é aplicável no caso de o pagamento efetuado a título da execução de uma injunção de pagamento contra um devedor (a seguir «ato impugnado» ou «ato em causa») ter sido feito após a abertura do processo de insolvência. Em seguida, o Tribunal de Justiça terá de determinar se o direito aplicável ao ato impugnado (a seguir «*lex causae*») — no caso vertente, o direito austríaco — rege igualmente os efeitos jurídicos decorrentes do decurso do tempo. Por último, o presente reenvio prejudicial constitui uma oportunidade para o Tribunal de Justiça esclarecer se as regras de forma a cumprir no quadro da invocação do direito de impugnação por parte do administrador da insolvência, previstas no artigo 13.º do Regulamento n.º 1346/2000, são igualmente reguladas pela *lex causae*.

2. Antes de me debruçar sobre a interpretação do artigo 13.º do Regulamento n.º 1346/2000, parece-me útil procurar saber em que medida o artigo 5.º do referido regulamento é aplicável ao direito de penhora em virtude do qual se procedeu, no caso vertente, à execução do pagamento do montante controvertido.

1 — Língua original: francês.

2 — Regulamento do Conselho, de 29 de maio de 2000, relativo aos processos de insolvência (JO L 160, p. 1).

II – Quadro jurídico

A – Direito da União

3. O décimo primeiro considerando do Regulamento n.º 1346/2000 enuncia que:

«O presente regulamento reconhece que não é praticável instituir um processo de insolvência de alcance universal em toda a Comunidade, tendo em conta a grande variedade de legislações de natureza substantiva existentes. Nestas circunstâncias, a aplicabilidade exclusiva do direito do Estado de abertura do processo levantaria frequentemente dificuldades. Tal vale, por exemplo, para a grande diversidade das legislações sobre as garantias vigentes na Comunidade. Além disso, os privilégios creditórios de alguns credores no processo de insolvência são, muitas vezes, extremamente diferentes. O presente regulamento pretende ter essas circunstâncias em conta de dois modos diferentes: por um lado, devem ser previstas normas específicas em matéria de legislação aplicável no caso de direitos e relações jurídicas particularmente significativos (por exemplo, direitos reais e contratos de trabalho) e, por outro, deve igualmente admitir-se, a par de um processo de insolvência principal de alcance universal, processos nacionais que incidam apenas sobre os bens situados no território do Estado de abertura do processo.»

4. O vigésimo quarto considerando do regulamento tem a seguinte redação:

«O reconhecimento automático de um processo de insolvência ao qual é geralmente aplicável a lei do Estado de abertura pode interferir com as normas a que obedece o comércio jurídico noutros Estados-Membros. Para proteger as expectativas legítimas e a segurança do comércio jurídico nos Estados-Membros que nos Estados-Membros que não o de abertura, deve prever-se uma série de derrogações à regra geral.»

5. O artigo 4.º, n.º 2, alíneas f) e m), do referido regulamento estabelece o seguinte:

«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:

[...]

f) Os efeitos do processo de insolvência nas ações individuais, com exceção dos processos pendentes;

[...]

m) As regras referentes à nulidade, à anulação ou à impugnação dos atos prejudiciais aos credores.»

6. O artigo 5.º do mesmo regulamento prevê que:

«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;

[...]

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

7. Nos termos do artigo 13.º do Regulamento n.º 1346/2000:

«O n.º 2, alínea m), do artigo 4.º não é aplicável se quem tiver beneficiado de um ato prejudicial a todos os credores fizer prova de que:

- esse ato se rege pela lei de um Estado-Membro que não o Estado de abertura do processo,
- e
- no caso em apreço, essa mesma lei não permite a impugnação do ato por nenhum meio.»

8. De acordo com artigo 20.º, n.º 1, do regulamento:

«1. Qualquer credor que, após a abertura de um processo referido no n.º 1 do artigo 3.º, obtiver por qualquer meio, nomeadamente com carácter executório, satisfação total ou parcial do seu crédito com base nos bens do devedor situados no território de outro Estado-Membro, deve restituir ao administrador da insolvência o que tiver obtido, sob reserva do disposto nos artigos 5.º e 7.º»

B – O direito alemão

9. O § 88 do Insolvenzordnung (Código da Insolvência alemão, BGBl. 1994 I, p. 2866, a seguir «InsO») prevê que:

«Se um credor de uma entidade insolvente tiver, durante o mês precedente ao pedido de abertura do processo de insolvência ou após a apresentação desse pedido, obtido por via de um processo de execução coerciva uma garantia sobre o património do devedor pertencente à massa insolvente, a abertura do processo torna essa garantia inválida.»

C – O direito austríaco

10. O § 43, n.ºs 1 e 2, do Insolvenzordnung (Código da Insolvência austríaco, RGBl. 1914, p. 337, a seguir «IO») dispõe que:

«1. A impugnação só pode ser validamente invocada por via de uma ação judicial [...].

2. A ação revogatória tem de ser intentada no prazo de um ano a contar da abertura do processo de insolvência, sob pena de caducidade do direito. [...].»

III – Matéria de facto

11. A ECZ GmbH é uma sociedade alemã com sede em Tett nang (Alemanha). Esta sociedade dedicava-se ao comércio automóvel de forma fraudulenta, em sistema de bola de neve. Com efeito, a sociedade mãe atuava no mercado austríaco através de uma filial, a sociedade de direito austríaco ECZ Autohandel GmbH (a seguir «devedora»), com sede em Bregenz (Áustria). O recorrente no processo principal, Hermann Lutz, residente na Áustria, era um dos clientes da devedora, à qual adquiriu um automóvel.

12. Pelo facto de o contrato celebrado para efeitos de aquisição do referido automóvel não se ter concretizado devido ao incumprimento da devedora, o Bezirksgericht Bregenz concedeu, em 17 de março de 2008, força executória ao requerimento de injunção apresentado por Hermann Lutz contra a devedora, pelo montante de 9 566 euros, acrescidos de juros.

13. Em 20 de maio de 2008, o Bezirksgericht Bregenz deferiu a execução coerciva, no âmbito da qual se penhorou o saldo de três contas bancárias que a devedora detinha junto de um banco austríaco. A comunicação da referida execução deu entrada na Sparkasse Feldkirch (Áustria) (a seguir «banco da devedora») em 23 de maio de 2008.

14. Em 13 de abril de 2008, a devedora requereu a abertura do processo de insolvência. O Amtsgericht Ravensburg, por decisão de 4 de agosto de 2008, abriu um processo de insolvência relativo ao património da devedora na Alemanha. A parte recorrida no processo principal, Elke Bäuerle, residente na Alemanha, é o atual «sindicó»³ neste processo.

15. Em 17 de março de 2009, o banco da devedora pagou a Hermann Lutz, em virtude da penhora, o montante controvertido de 11 778,48 euros, depois de o administrador da insolvência então em exercício ter comunicado, por carta de 10 de março de 2009, que não iria exercer direitos contra o banco da devedora, mas que se reservava o direito de intentar uma ação de impugnação.

16. Por carta de 3 de junho de 2009, ou seja, cerca de dez meses após a abertura do processo de insolvência, o então administrador da insolvência declarou impugnar a execução coerciva, deferida em 20 de maio de 2008, e o pagamento ocorrido em 17 de março de 2009. Contudo, o recurso judicial apenas foi interposto por requerimento notificado em 23 de outubro de 2009. Através do seu recurso, Elke Bäuerle reclamou, perante os órgãos jurisdicionais alemães, a restituição do montante penhorado à massa insolvente.

17. O Landgericht Ravensburg (Tribunal de Ravensburg) julgou a ação procedente. Foi negado provimento ao recurso de apelação interposto da decisão por Hermann Lutz. No seu recurso, o recorrente mantém o seu pedido anterior, no sentido de a ação ser julgada improcedente na totalidade.

18. O órgão jurisdicional de reenvio considera que o êxito do recurso de «Revision» depende da interpretação do artigo 13.º do Regulamento (CE) n.º 1346/2000, assumindo que esta disposição seja aplicável ao caso em apreço. Com efeito, o artigo 4.º, n.º 1, alínea m), do regulamento determina que as regras referentes à nulidade, à anulação ou à impugnação dos atos prejudiciais aos credores se regem pela lei aplicável ao processo de insolvência (a seguir «*lex fori concursus*»). Contudo, nos termos do artigo 13.º do mesmo regulamento, essa disposição não é aplicável se quem tiver beneficiado de um ato prejudicial a todos os credores fizer prova de que esse ato se rege pela lei de um Estado-Membro que não o Estado de abertura do processo, e de que essa lei não permite a impugnação do ato por nenhum meio.

3 — Embora os termos «sindicó» e «massa» tenham sido abandonados no direito francês em matéria de insolvência, em 1985, continuam a ser usados na versão francesa do Regulamento n.º 1346/2000.

19. A este respeito, o órgão jurisdicional de reenvio observa que, segundo a *lex fori concursus*, ou seja, as disposições do direito alemão, no caso em apreço, o ato em causa não seria impugnável, só sendo impugnáveis os atos jurídicos que tenham sido praticados antes da abertura do processo de insolvência⁴. Contudo, o pagamento do saldo bancário penhorado só foi efetuado depois de decorridos sete meses desde a data de abertura do processo. Porém, o direito de penhora sobre o saldo bancário só se constituiu depois de a devedora se ter apresentado à insolvência, em 13 de abril de 2008, pelo que, nos termos do § 88 do InsO, se tornou inválido no momento da abertura do processo de insolvência. Por conseguinte, o pagamento do saldo bancário penhorado, que seguidamente se verificou, é igualmente inválido⁵. Além disso, se o artigo 5.º do Regulamento n.º 1346/2000 estabelece que a abertura de um processo de insolvência não afeta os direitos reais dos credores, esse mesmo artigo não obsta, nos termos do seu n.º 4, à nulidade, à anulação ou à impugnação do ato em causa.

20. Resulta, no entanto, da decisão de reenvio que Hermann Lutz invocou que o pagamento do montante controvertido nos termos do direito aplicável ao ato impugnado⁶ não é suscetível de impugnação por nenhum meio, na aceção do artigo 13.º do Regulamento n.º 1346/2000, em virtude do decurso de um prazo de caducidade. Com efeito, apesar de, segundo as disposições pertinentes do direito austríaco, o pagamento do saldo bancário efetuado em 17 de março de 2009 ser, em princípio, impugnável num primeiro momento⁷, uma ação revogatória não lograria êxito, uma vez que o § 43, n.º 2, do IO estabelece um prazo de caducidade de um ano a contar da abertura do processo de insolvência para a apresentação de uma tal ação revogatória.

21. O órgão jurisdicional de reenvio refere a este respeito que, de acordo com o direito alemão, o prazo para intentar uma ação revogatória é de três anos e que esse prazo foi respeitado.

IV – Questões prejudiciais e tramitação do processo no Tribunal de Justiça

22. Foi nestas condições que o Bundesgerichtshof, por decisão de 10 de outubro de 2013, que deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 29 de outubro de 2013, decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

- «1) O artigo 13.º do Regulamento [n.º 1346/2000] é aplicável no caso de o pagamento, que é impugnado pelo administrador da insolvência, de um montante penhorado antes da abertura do processo de insolvência, ter sido efetuado depois da abertura desse processo?
- 2) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão: a exceção prevista no artigo 13.º do Regulamento [n.º 1346/2000] também se refere aos prazos de prescrição, de anulabilidade e de caducidade previstos pelo direito do Estado no qual o ato jurídico impugnado produz efeitos (*lex causae*)?

4 — § 129, n.º 1, do InsO.

5 — § 91, n.º 1, do InsO.

6 — Segundo o tribunal de reenvio, o direito de penhora constitui-se noutra Estado-Membro que não o da abertura do processo de insolvência. O direito aplicável ao pagamento do saldo bancário penhorado é, portanto, o direito do Estado-Membro no qual o pagamento produz efeitos, ou seja, o direito austríaco.

7 — Resulta da decisão de reenvio que, nos termos do direito austríaco, o ato através do qual um credor no âmbito do processo de insolvência obtém uma garantia ou a satisfação do seu crédito, e que tenha sido praticado depois de se verificar a situação de impossibilidade de cumprimento das obrigações vencidas ou depois de apresentado o requerimento de abertura do processo de insolvência, é impugnável, desde que o credor tivesse ou devesse ter conhecimento da referida impossibilidade de cumprimento ou do requerimento de abertura do processo de insolvência. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, o pagamento do montante controvertido permitiu satisfazer um crédito de Hermann Lutz, num momento em que este já tinha conhecimento do requerimento de abertura do processo de insolvência, em virtude da carta de 10 de março de 2009 que o administrador da insolvência lhe dirigiu. Na audiência, o representante de Hermann Lutz alegou, no entanto, que o direito austríaco assume a data da abertura do processo de insolvência como ponto de partida para efeitos de apresentação de uma ação revogatória. Com efeito, é a partir dessa data que, por um lado, o processo é publicado e o credor pode, pois, ter conhecimento da situação de insolvência do devedor e que, por outro lado, começa a contar o prazo de caducidade de um ano para intentar uma ação judicial. Pelo contrário, o direito alemão assume como ponto de partida a data de apresentação do pedido de abertura do processo de insolvência e prevê um prazo de três anos para a apresentação de uma ação revogatória. V. também n.ºs 81 a 83 das presentes conclusões.

3) Em caso de resposta afirmativa à segunda questão: as regras de forma a cumprir no quadro da invocação do direito, na aceção do artigo 13.º do Regulamento [n.º 1346/2000], determinam-se igualmente segundo a *lex causae* ou segundo a *lex fori concursus*?»

23. Apresentaram observações escritas as partes no processo principal, a República Federal da Alemanha, a República Helénica, o Reino de Espanha, a República Portuguesa, bem como a Comissão Europeia.

24. As partes no processo principal, a República Federal da Alemanha, o Reino de Espanha, bem como a Comissão Europeia apresentaram alegações na audiência de 18 de setembro de 2014.

V – Análise

A – Quanto à aplicabilidade do artigo 5.º do Regulamento n.º 1346/2000

25. O presente processo inscreve-se num contexto jurídico complexo e suscita a questão da aplicabilidade do artigo 13.º do Regulamento n.º 1346/2000 a um pagamento efetuado depois da abertura do processo de insolvência com base num direito de penhora constituído antes da abertura do referido processo. Para responder a esta questão, e tendo em conta que o ato prejudicial é, no caso vertente, a constituição do direito de penhora⁸, importa determinar se um direito real que incide sobre um bem que, no momento da abertura do processo, se encontra no território de outro Estado-Membro perde a validade na sequência desta abertura por aplicação da *lex fori concursus*.

26. Recordo, antes de mais, que o órgão jurisdicional de reenvio tem competência exclusiva para verificar e apreciar os factos do litígio no processo principal assim como para interpretar e aplicar o direito nacional⁹.

27. Nestas circunstâncias, se bem que o órgão jurisdicional de reenvio interroge o Tribunal de Justiça sobre a interpretação do artigo 13.º do Regulamento n.º 1346/2000, parece-me necessário analisar, antes de mais, se o direito de penhora constitui de facto um direito real e, conseqüentemente, se as condições do artigo 5.º do referido regulamento estão preenchidas no caso em apreço. Com efeito, só se o direito de penhora fosse considerado um direito real, facto que incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar, é que Hermann Lutz não seria obrigado a restituir à massa insolvente o montante do crédito garantido¹⁰. A qualificação de um direito como direito real constitui, portanto, uma condição prévia à aplicação do artigo 13.º do Regulamento n.º 1346/2000 no caso em apreço.

28. Analisarei, por conseguinte, em primeiro lugar, a qualificação como direito real do direito de penhora dos saldos bancários da devedora, antes de esclarecer, em segundo lugar, o âmbito da proteção dos direitos reais conferida pelo artigo 5.º, n.º 4, do referido regulamento.

8 — No caso em apreço, a execução coerciva do pagamento do montante controvertido é subsequente à constituição de um direito de penhora. Assim sendo, é este direito de penhora que deve ser considerado como ato prejudicial.

9 — Acórdão Econord (C-182/11 e C-183/11, EU:C:2012:758, n.º 21).

10 — V. vigésimo quinto considerando e artigo 20.º do Regulamento n.º 1346/2000, bem como a nota 19 das presentes conclusões.

1. Quanto à qualificação do direito de penhora dos saldos bancários da devedora para efeitos do artigo 5.º do Regulamento n.º 1346/2000

29. Nos termos do artigo 4.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1346/2000, a lei aplicável ao processo de insolvência e aos seus efeitos é a lei do Estado-Membro em cujo território é aberto o processo (*lex fori concursus*). Esta lei regula, como enuncia o vigésimo terceiro considerando do regulamento, todas as condições relativas à abertura, tramitação e encerramento do processo de insolvência¹¹.

30. No entanto, a fim de preservar a confiança legítima e a segurança jurídica das transações em Estados-Membros que não sejam o de abertura do processo de insolvência, o Regulamento n.º 1346/2000 prevê, nos seus artigos 5.º a 15.º, um certo número de exceções à referida regra da lei aplicável no caso de determinados direitos e situações jurídicas considerados particularmente significativos, nos termos do seu décimo primeiro considerando¹². Assim, no que se refere, nomeadamente, aos direitos reais, o artigo 5.º, n.º 1, do referido regulamento enuncia que a abertura do processo de insolvência não afeta o direito real de um credor ou de um terceiro sobre bens pertencentes ao devedor e que, no momento da abertura do processo, se encontrem no território de outro Estado-Membro¹³.

31. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o alcance desta disposição é esclarecido pelo décimo primeiro e pelo vigésimo quinto considerando do Regulamento n.º 1345/200, nos termos dos quais é necessário estabelecer para os direitos reais um vínculo especial «diverso do da lei do Estado de abertura [do processo]», uma vez que esses direitos se revestem de substancial importância para o reconhecimento de créditos. Assim, nos termos do vigésimo quinto considerando, o fundamento, a validade e o alcance de um direito real devem ser geralmente determinados pela lei do Estado onde se encontra o bem que é objeto do referido direito (*lex rei sitae*) e não ser afetados pela abertura de um processo de insolvência¹⁴. Consequentemente, o artigo 5.º, n.º 1, do regulamento deve ser entendido como uma disposição que, ao afastar a regra da lei do Estado de abertura do processo, permite aplicar ao direito real de um credor ou de um terceiro sobre determinados bens pertencentes ao devedor a lei do Estado-Membro em cujo território se encontra o bem em questão (*lex rei sitae*)¹⁵. Só beneficiam da proteção deste artigo os direitos reais que incidem sobre bens do devedor situados, no momento da

11 — Acórdão ERSTE Bank Hungary (C-527/10, EU:C:2012:417, n.º 38 e jurisprudência aí referida).

12 — *Ibidem*, n.º 39. V., também, vigésimo quarto considerando do Regulamento n.º 1346/2000.

13 — Sublinho que o artigo 5.º do Regulamento n.º 1346/2000 pressupõe uma localização não fraudulenta dos bens num Estado-Membro diferente do da abertura do processo de insolvência. V., a este respeito, o relatório explicativo da Convenção relativa aos processos de insolvência (a seguir «relatório Virgós/Schmit»), n.º 105, e Ingelmann, T., «Article 5», *European Insolvency Regulation*, K. Pannen (éd.), De Gruyter Recht, Berlim, 2007, p. 252. Importa salientar a este respeito que, embora se refira apenas à Convenção relativa aos processos de insolvência, o relatório Virgós/Schmit fornece indicações úteis para a interpretação do Regulamento n.º 1346/2000. V., a este respeito, conclusões do advogado geral F. G. Jacobs no processo que deu origem ao acórdão Eurofood IFSC (C 341/04, EU:C:2005:579, n.º 2).

14 — Acórdão ERSTE Bank Hungary (EU:C:2012:417, n.º 41).

15 — *Ibidem*, n.º 42.

abertura do processo de insolvência, num Estado-Membro diferente do Estado de abertura do processo¹⁶. Com efeito, o artigo 5.º do Regulamento n.º 1346/2000 não é uma norma de conflitos, mas uma norma material «negativa»¹⁷ que tem por objeto assegurar a proteção dos direitos reais adquiridos antes da abertura do processo de insolvência¹⁸.

32. Coloca-se, por conseguinte, uma questão preliminar: o direito de penhora dos saldos bancários pode ser qualificado, no caso em apreço, como um direito real cujo titular seria Hermann Lutz?

33. No que respeita à qualificação do direito de penhora, observo, antes de mais, que o Regulamento n.º 1346/2000 remete para o direito nacional, sem prejuízo do disposto no seu artigo 5.º, n.ºs 2 e 3.

34. Num primeiro momento, a qualificação de um direito como direito real é uma questão da competência do direito nacional, o qual regula, em virtude das normas de conflitos aplicáveis anteriormente ao processo de insolvência, os direitos reais (*lex rei sitae*)¹⁹. A constituição, a validade e o alcance destes direitos reais são, portanto, regulados pela lei do Estado onde se encontra o bem que é objeto do direito real²⁰.

35. Num segundo momento, uma vez determinada a natureza real do direito examinado face à *lex rei sitae*, importa verificar se este direito preenche os critérios de aplicação do artigo 5.º, n.ºs 2 e 3, do Regulamento n.º 1346/2000. Estes critérios de qualificação autónoma²¹ vêm, portanto, limitar a qualificação nacional de um direito subjetivo como direito real para efeitos da aplicação do artigo 5.º deste regulamento²².

16 — Para que o artigo 5.º do Regulamento n.º 1346/2000 possa ser aplicável, a interpretação teleológica desta disposição exigiria que todos os atos necessários à constituição de um direito real tivessem sido praticados antes da abertura do processo de insolvência. V. relatório Virgós/Schmit, n.º 95; Virgós Soriano, M., e Garcimartín Alférez, F. J., *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 96 e 101, bem como Moss, G., Fletcher, I. F., e Isaacs, S., *The EC Regulation on Insolvency Procedures: A Commentary and Annotated Guide*, Oxford University Press, 2.ª edição, 2009, p. 287.

17 — Sobre a natureza material desta disposição, v. relatório Virgós/Schmit, n.º 99; Virgós Soriano, M., e Garcimartín Alférez, F. J., *op. cit.*, p. 105; Ingelmann, T., «Article 5», *op. cit.*, p. 250; Moss, G., Fletcher, I. F., e Isaacs, S., *op. cit.*, p. 286; Hess, B., Oberhammer, P., e Pfeiffer, T., *European Insolvency Law. The Heidelberg-Luxembourg-Vienna Report on the Application of the Regulation No 1346/2000/EC on Insolvency Proceedings*, Beck-Hart-Nomos, C. H, Munique/Oxford, 2014 (a seguir «relatório Heidelberg-Luxembourg-Vienna» p. 178, e Klyta, W., *Uznanie zagranicznych postępowań upadłościowych*, Oficyna Wolters Kluwer business, Varsóvia, 2008, p. 149).

18 — No acórdão German Graphics Graphische Maschinen, a propósito do artigo 7.º do Regulamento n.º 1346/2000, disposição análoga ao artigo 5.º do mesmo Regulamento, o Tribunal de Justiça considerou, com efeito, que, «por outras palavras, a referida disposição é apenas uma norma material que visa proteger o vendedor relativamente aos bens que se encontram fora do Estado-Membro de abertura do processo de insolvência». (C-292/08, EU:C:2009:544, n.º 35). Segundo o relatório Heidelberg-Luxembourg-Vienna, p. 181, a doutrina maioritária em 17 Estados-Membros analisaria o artigo 5.º como uma norma material.

19 — Ingelmann, T., «Article 5», *op. cit.*, p. 253.

20 — Relatório Virgós/Schmit, n.ºs 95 e 100. O artigo 5.º do Regulamento n.º 1346/2000 estabelece que o processo de insolvência não afetará os direitos reais sobre os bens situados noutros Estados-Membros e não que o processo não afetará os bens (ou créditos) situados noutro Estado-Membro protegidos por estes direitos. Como o processo principal é um processo universal, engloba todos os bens do devedor. Este aspeto é importante se o valor da garantia for superior ao valor do crédito garantido pelo direito real. Assim, não sendo aberto um processo secundário, o credor será obrigado a restituir ao síndico do processo principal o excedente eventual do produto da venda (ver vigésimo quinto considerando e artigo 20.º do Regulamento n.º 1346/2000). Em contrapartida, se o crédito for coberto pelo valor da garantia, o credor que obtém a satisfação dos seus créditos garantidos por direitos reais nada deve restituir aos outros credores. V., neste sentido, relatório Virgós/Schmit, n.ºs 99 e 173; Virgós Soriano, M., e Garcimartín Alférez, F. J., *op. cit.*, p. 106 e 236. V. também, neste sentido, Moss, G., Fletcher, I. F., e Isaacs, S., *op. cit.*, p. 286. e Porzycki, M., *Zabezpieczenia rzeczowe w transgranicznym postępowaniu upadłościowym w Unii Europejskiej*, *Czasopismo kwartalne całego prawa handlowego, upadłościowego oraz rynku kapitałowego*, NR 3 (5) 2008, p. 405

21 — V., a este respeito, Veder, P. M., *Cross-border insolvency proceedings and security rights: a comparison of Dutch and German law, the EC Insolvency Regulation and the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*, Deventer, 2004, p. 334 a 336: «An independent interpretation of rights in rem is facilitated by the references that the second paragraph contains of the types of rights Art. 5 IR refers to». V., igualmente, Klyta, W., *op. cit.*, p. 150.

22 — Virgós, M., e Garcimartín, F., *op. cit.*, p. 96: «Its function [of article 5] is to operate as a limit to the characterization of a right as a right in rem for the purposes of Article 5. Only those rights conferred by national laws that conform to its typological characterization are protected by article 5.1 of Regulation».

36. No que respeita ao processo principal, resulta, em primeiro lugar, dos elementos do processo submetidos ao Tribunal de Justiça e confirmados na audiência que, nos termos do direito austríaco, o direito de penhor executório é um direito real fundado na notificação da injunção de pagamento ao devedor²³.

37. A este respeito, a decisão de reenvio indica que um tribunal austríaco deferiu, em 20 de maio de 2008, a execução coerciva, no âmbito da qual se penhorou o saldo de três contas bancárias da devedora junto do seu banco na Áustria. O processo de execução foi notificado a este mesmo banco em 23 de maio de 2008. Assim, segundo as conclusões do órgão jurisdicional de reenvio, nos termos do direito austríaco²⁴, o privilégio creditório adquirido por via da autorização da penhora não é afetado pela insolvência, uma vez que já se tinha constituído há mais de 60 dias antes da abertura da insolvência. Segundo este tribunal, o privilégio creditório reconhecido a Hermann Lutz permitia que lhe fosse pago o saldo bancário penhorado²⁵.

38. Em segundo lugar, como resulta do artigo 5.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1346/2000, entende-se por direito real «o direito exclusivo de cobrar um crédito, nomeadamente quando garantido por um penhor ou pela cessão desse crédito a título de garantia»²⁶, definição que abrange a penhora de um saldo bancário em direito austríaco. Assim, a proteção de Hermann Lutz é, em princípio, assegurada pelo seu direito de execução coerciva das contas bancárias da devedora para satisfazer o crédito, como se este não fosse objeto de um processo de insolvência na Alemanha. No caso em apreço, se bem que o pagamento em causa seja, num primeiro momento, impugnável por aplicação do direito austríaco da insolvência²⁷, segundo o órgão jurisdicional de reenvio²⁸, esta constatação não prejudica em nada a qualificação do direito de penhora como direito real para efeitos do artigo 5.º do Regulamento n.º 1346/2000.

39. Por outro lado, no que respeita à localização do bem do devedor no momento da abertura do processo de insolvência, resulta igualmente da decisão de reenvio que, em 4 de agosto de 2008, o bem da devedora sobre o qual incidia o direito de penhora, ou seja, o montante controvertido, encontrava-se nas contas bancárias austríacas da devedora²⁹.

40. Penso, por conseguinte, que as condições do artigo 5.º do Regulamento n.º 1346/2000 estão preenchidas no caso em apreço, facto cuja verificação incumbe, em qualquer caso, ao órgão jurisdicional de reenvio, que é o único competente para apreciar os factos do litígio no processo principal.

23 — Segundo a doutrina, os direitos reais no sentido do artigo 5.º do Regulamento n.º 1346/2000 são não apenas os resultantes de negócio jurídico mas também os que resultam e se produzem em virtude da lei (*ipso jure*), Porzycki, M., *loc. cit.*, p. 405.

24 — § 11, n.º 1, e § 12, n.º 1, primeiro período, da lei austríaca relativa aos processos de insolvência, na redação aplicável à época dos factos do processo principal (öBGBI. I 2007/73).

25 — *Ibidem*, § 48, n.º 1. O órgão jurisdicional de reenvio esclarece igualmente que, através do pagamento efetuado a Hermann Lutz, o direito de penhora extinguiu-se por aplicação analógica do § 469 do Código Civil austríaco («Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch») (BGB), pelo que já não é impugnável. Sobre este ponto, v. nota 7 das presentes conclusões.

26 — Para facilitar a sua aplicação, o artigo 5.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1346/2000 fornece uma lista dos direitos que são, em princípio, considerados direitos reais pelas leis nacionais. Esta lista não é, no entanto, exaustiva. A este respeito, v. relatório Virgós/Schmit, n.º 103, bem como Moss, G., Fletcher, I. F., e Isaacs, S., *op. cit.*, p. 287.

27 — Sobre este ponto, v. nota 7 das presentes conclusões.

28 — V. também n.º 20 das presentes conclusões.

29 — Creio ser útil recordar aqui que, em matéria de direitos reais, a localização é o local onde se situa o bem sobre o qual incidem os direitos. Além disso, o artigo 5.º do Regulamento n.º 1346/2000 abrange os direitos reais que incidem sobre créditos. V., neste sentido, Virgós, M., e Garcimartín, F., *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, Kluwer Law International, Haia, 2004, p. 103.

2. Quanto ao âmbito da proteção dos direitos reais para efeitos do artigo 5.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1346/2000: os atos prejudiciais

41. Recordo aqui que, uma vez que a proteção dos direitos reais de terceiros e, portanto, a sua imunidade, é relativa, a exclusão dos referidos direitos do domínio da *lex fori concursus* não é absoluta.

42. Em primeiro lugar, a regra do artigo 5.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1346/2000 não impede que o administrador da insolvência peça a abertura de um processo secundário no Estado-Membro onde se situam os bens se o devedor mantiver um estabelecimento nesse Estado-Membro³⁰. Um tal processo secundário teria os mesmos efeitos sobre os direitos reais que um processo principal³¹.

43. Em segundo lugar, o artigo 5.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1346/2000 estabelece uma exceção à exceção ao prever que o n.º 1 não obsta às ações de nulidade, de anulação ou de impugnação referidas no n.º 2, alínea m), do artigo 4.º do regulamento. Assim, a *lex fori concursus* aplica-se quando a constituição ou o exercício dos direitos reais está em contradição com os interesses do processo de insolvência e os atos podem ser qualificados como atos prejudiciais à massa dos credores. Este artigo visa pois, como no caso em apreço, as ações revogatórias fundadas nas regras dos processos de insolvência e não nas regras de direito comum (ações ordinárias de direito civil e comercial). Estas últimas seguem as normas gerais de conflitos. No entanto, estas ações de direito comum apenas são admissíveis na medida do permitido pela *lex fori concursus*³².

44. A regra de base é que a lei do Estado-Membro de abertura do processo de insolvência determina, nos termos do artigo 4.º do Regulamento n.º 1346/2000, a eventual nulidade, anulação e impugnação de atos prejudiciais aos interesses dos credores. No caso em apreço, a ação revogatória proposta por Elke Bäuerle rege-se, pois, pela lei alemã. Esta lei aplicável determina as condições nas quais os atos prejudiciais aos credores podem ser sancionados (nulidade, anulação), o regime destas sanções (aplicáveis automaticamente ou em virtude de uma ação proposta pelo administrador da insolvência, com ou sem efeitos retroativos, etc.) e as respetivas consequências jurídicas (por exemplo, o estatuto do terceiro confrontado com uma ação revogatória)³³.

45. A este respeito, o direito alemão, no § 88 do InsO prevê que, se um credor de uma entidade insolvente tiver, durante o mês precedente ao pedido de abertura do processo de insolvência ou após a apresentação desse pedido, obtido por via de um processo de execução coerciva uma garantia sobre o património do devedor pertencente à massa insolvente, a abertura do processo torna essa garantia inválida. Importa, pois, salientar que o artigo supracitado respeita à nulidade automática (*ipso jure*) de uma garantia sobre o património do devedor, na falta de qualquer ação proposta pelo administrador da insolvência. Tal suscita uma questão determinante para a decisão do litígio no processo principal e que foi debatida na audiência na sequência de uma questão para resposta oral colocada pelo Tribunal de Justiça: inscreve-se esta regra do direito alemão, como sustenta o órgão jurisdicional de reenvio, no âmbito de aplicação do artigo 5.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1346/2000? Dito de outra forma, a nulidade automática de um direito real sobre o património do devedor insere-se no âmbito do artigo 5.º, n.º 4, deste regulamento, que prevê a aplicação da *lex fori concursus* às ações judiciais de nulidade, anulação e impugnação referidas no artigo 4.º, n.º 2, alínea m)?

46. Creio que seja esse o caso.

30 — Os autos do processo à disposição do Tribunal de Justiça não nos fornecem qualquer informação a respeito da abertura de um processo secundário na Áustria.

31 — V., neste sentido, Moss, G., Fletcher, I. F., e Isaacs, S., *op. cit.*, p. 287. V., igualmente, artigo 27.º do Regulamento n.º 1346/2000.

32 — Virgós Soriano, M., e Garcimartín Alférez, F. J., *op. cit.*, p. 135, bem como Virgós, M., e Garcimartín, F., *op. cit.*, p. 135.

33 — Relatório Virgós/Schmit, n.º 135; Virgós Soriano, M., e Garcimartín Alférez, F. J., *op. cit.*, p. 135; Pannen, K., e Riedemann, S., «Article 4», *op. cit.*, p. 228, bem como Klyta, W., *op. cit.*, p. 175.

47. Antes de mais, como resulta da análise efetuada nos n.ºs 25 a 40 das presentes conclusões e das observações do Governo alemão e da Comissão na audiência, o objeto do § 88 do InsO, ou seja, a obtenção, por execução coerciva, de uma garantia sobre o património do devedor pertencente à massa insolvente, enquadra-se no âmbito de aplicação do artigo 5.º do Regulamento n.º 1346/2000.

48. Além disso, o relatório Virgós/Schmit parece admitir, nos n.ºs 91 e 106, uma interpretação ampla da noção de ação enunciada no artigo 5.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1346/2000. Assim, «um ato prejudicial a todos os credores pode consistir na constituição de um direito real a favor de um determinado credor ou terceiro. Neste caso, são aplicáveis as regras gerais [do Regulamento n.º 1346/2000] referentes às ações de nulidade, de anulação ou de impugnação de atos jurídicos (artigos 4.º, n.º 2, alínea m), e 13.º)»³⁴. A este respeito, o Governo alemão sustentou, na audiência, que uma diferença de tratamento entre as disposições que preveem a nulidade automática (*ipso jure*) e as que exigem uma ação judicial não corresponderia nem ao objeto nem ao espírito do artigo 5.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1346/2000.

49. Por último, como defenderam, com razão, o Governo alemão e a Comissão, o facto de existir uma diferença entre as versões linguísticas relativamente à referência às «ações» de nulidade não permite concluir que o âmbito de aplicação do artigo 5.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1346/2000 fique limitado unicamente às ações judiciais. Este artigo deve ser lido em conjugação com o artigo 4.º, n.º 2, alínea m), do referido regulamento, que faz referência às «regras referentes à nulidade, à anulação ou à impugnação»³⁵ e não apenas «às ações de nulidade, de anulação ou de impugnação». É, portanto, o direito nacional que determina se a nulidade, a anulação ou a impugnação resulta de uma ação judicial, do efeito da lei³⁶ ou de um ato jurídico. No entanto, quer a lei nacional imponha uma ação de nulidade, num primeiro momento, quer a decisão de abertura implique automaticamente a anulação³⁷, na medida em que tal seja necessário³⁸, a lei do Estado de abertura (neste caso, a lei alemã) substitui-se à lei normalmente aplicável ao ato prejudicial (no caso em apreço, a lei austríaca)³⁹.

50. Assim, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, a penhora das contas bancárias na Áustria estava ferida de invalidade, nos termos do § 88 do InsO, pelo simples facto de ter ocorrido após a apresentação do pedido de abertura do processo de insolvência na Alemanha. Consequentemente, o direito de penhora dos saldos bancários adquirido antes da abertura do processo torna-se, em princípio, inválido na sequência desta abertura, nos termos da *lex fori concursus*⁴⁰.

51. Ora, o artigo 4.º, n.º 2, alínea m), do Regulamento n.º 1346/2000 deve ser lido em conjugação com o artigo 13.º do mesmo regulamento. A aplicação da *lex fori concursus* poderia assim ser afastada por aplicação da *lex causae*. É este precisamente o objeto da primeira questão prejudicial que analisarei a seguir.

34 — Embora este relatório faça referência a atos jurídicos, não vejo nenhuma razão para excluir do âmbito de aplicação dos artigos 4.º, n.º 2, alínea m), e 13.º do Regulamento n.º 1346/2000 os efeitos jurídicos que se produzem automaticamente (*ipso jure*) ou que têm natureza processual.

35 — V. acórdão Seagon (C-339/07, EU:C:2009:83, n.º 28) sobre a competência internacional dos órgãos jurisdicionais em matéria de ações revogatórias fundadas na insolvabilidade.

36 — Dammann, R., «Article 13», *op. cit.*, p. 291: «Some legal systems automatically void any secured rights that have been granted within a specific period prior to the opening of insolvency proceedings. Whether such legal provisions are avoidance actions within the meaning of Art 4 (2) sentence 2 (m) of the European Insolvency Regulation is debatable».

37 — Relatório Virgós/Schmit, n.º 91.

38 — Trata-se, por exemplo, da hipótese em de uma ação revogatória proposta pelo administrador da insolvência em funções, como foi o caso no processo principal. Recordo, a este respeito, que o artigo 4.º, n.º 2, alínea m), do Regulamento n.º 1346/2000 diz respeito às ações ou regras de anulação dos atos cujo fundamento é a *lex fori concursus*. Em contrapartida, as regras de direito comum são aplicáveis unicamente na medida do permitido pela *lex fori concursus*. V., neste sentido, Virgós Soriano, M., e Garcimartín Alférez, F. J., *op. cit.*, p. 135; Virgós, M., e Garcimartín, F., *op. cit.*, p. 135. V., a este respeito, n.º 43 das presentes conclusões.

39 — Relatório Virgós/Schmit, n.º 91.

40 — V., por analogia, acórdão LBI (C-85/12, EU:C:2013:697), respeitante a disposições da Diretiva 2001/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de abril de 2001, relativa ao saneamento e à liquidação das instituições de crédito (JO L 125, p. 1), no qual o Tribunal de Justiça foi chamado a interpretar disposições, no essencial, idênticas às que estão em causa no presente processo.

B – Quanto à aplicabilidade do artigo 13.º do Regulamento n.º 1346/2000 a um ato praticado após a abertura do processo de insolvência

52. Resulta da decisão de reenvio, bem como dos n.ºs 45 e 49 das presentes conclusões, que o direito de penhora dos saldos bancários situados em território austríaco foi constituído após o pedido de abertura do processo de insolvência e teria, portanto, nos termos do § 88 do InsO, perdido a validade na data de abertura do processo de insolvência.

53. No entanto, o artigo 13.º do Regulamento n.º 1346/2000 prevê uma exceção à aplicação da *lex fori concursus*, em virtude da qual o ato em causa não pode ser validamente impugnado se quem tiver beneficiado de um ato prejudicial a todos os credores fizer prova de que «esse ato se rege pela lei de um Estado-Membro que não o Estado de abertura do processo, e que essa mesma lei não permite a impugnação do ato por nenhum meio».

54. Com a sua primeira questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio procura, no essencial, saber se o artigo 13.º do Regulamento n.º 1346/2000 é aplicável a uma situação na qual um direito real foi constituído antes da abertura do processo de insolvência, enquanto que o pagamento do montante penhorado com base nesse direito foi efetuado após a abertura desse processo.

55. Para responder a esta questão, abordarei, em primeiro lugar, o alcance do artigo 13.º do Regulamento n.º 1346/2000, antes de analisar, em segundo lugar, se a constituição do direito de penhora pode ser considerada como momento determinante para efeitos de aplicação do referido artigo.

1. Quanto ao alcance do artigo 13.º do Regulamento n.º 1346/2000

56. Devo esclarecer, antes de mais, que partilho da análise efetuada, no essencial, por Hermann Lutz e pelo Governo alemão, segundo a qual o artigo 13.º do Regulamento n.º 1346/2000 não contém qualquer indicação que implique uma distinção entre os atos prejudiciais consoante tenham sido praticados antes ou depois da abertura do processo de insolvência.

57. A este respeito, constitui jurisprudência assente que, para determinar o âmbito de uma disposição do direito da União, há que ter simultaneamente em conta os seus termos, o seu contexto e as suas finalidades⁴¹. A génese de uma disposição do direito da União pode igualmente incluir elementos pertinentes para a sua interpretação⁴².

58. No que respeita à redação do artigo 13.º do Regulamento n.º 1346/2000, o emprego das expressões «se quem tiver beneficiado de um ato prejudicial a todos os credores fizer prova», «no caso em apreço» e «por nenhum meio» confirma a natureza restritiva da exceção relativamente à regra geral enunciada no artigo 4.º do Regulamento n.º 1346/2000. Segundo o relatório Virgós/Schmit, a primeira expressão implica que esta disposição constitui uma exceção material à aplicação da *lex fori concursus*, a pedido da parte interessada, à qual incumbe o ónus da prova⁴³. Além disso, na audiência, a Comissão referiu-se, com razão, às expressões «no caso em apreço» e «por nenhum meio» extraídas do referido relatório. No que respeita à primeira, esta deve ser entendida no sentido de que o ato não deve ser

41 — V. acórdãos Cilfit e o. (283/81, EU:C:1982:335, n.º 20) e Kronos Titan e Rhein-Ruhr Beschichtungs-Service (C-43/13 e C-44/13, EU:C:2014:216, n.º 25).

42 — V. acórdão Inuit Tapiriit Kanatami e o./Parlamento e Conselho (C-583/11 P, EU:C:2013:625, n.º 50).

43 — Moss, G., Fletcher, I. F., e Isaacs, S., *op. cit.*, p. 297: «This will involve not only providing the relevant foreign law but also the relevant facts».

suscetível de ser impugnado concretamente, ou seja, tendo em conta todas as circunstâncias concretas do processo. Não basta constatar a existência de um risco abstrato. Por último, a expressão «por nenhum meio» significa que o ato não pode ser invalidado nem por aplicação das regras específicas dos processos de insolvência, nem por aplicação das normas de direito comum aplicáveis⁴⁴.

59. No que respeita à economia e à finalidade da norma jurídica interpretada, recordo que o regime de conflitos que resulta da aplicação conjugada dos artigos 4.º, n.º 2, alínea m), e 13.º do Regulamento n.º 1346/2000 tem um alcance geral na sistemática do regulamento. Este regime aplica-se inclusivamente aos direitos reais protegidos pelo artigo 5.º Assim sendo, o artigo 4.º, n.º 2, alínea m), do Regulamento n.º 1346/2000 diz respeito às regras ou ações de invalidação provenientes da *lex fori concursus* e o seu artigo 13.º constitui a exceção à aplicação desta lei⁴⁵. Com efeito, este último artigo atua como uma regra de «veto» que se opõe à invalidação do ato prejudicial resultante da lei do Estado de abertura do processo. O referido artigo não tem pois qualquer outra finalidade que não a de preservar a confiança legítima dos credores ou de terceiros quanto à validade de um ato conforme à *lex causae* (tanto em relação às disposições de direito comum, como às regras referentes ao processo de insolvência), face às interferências de outra *lex fori concursus*⁴⁶.

60. Enfim, estas considerações são corroboradas pela génese da disposição em causa. Com efeito, como testemunha o relatório Virgós/Schmit, o artigo 13.º do Regulamento n.º 1346/2000 diz respeito aos «atos prejudiciais» constituídos ou praticados antes da abertura do processo de insolvência e ameaçados, como no caso em apreço, pelas ações revogatórias propostas pelo administrador da insolvência. Assim, este artigo não se aplica às alienações que tenham lugar após a abertura do processo de insolvência. Com efeito, a confiança dos credores na validade de tais atos posteriores não merece uma proteção acrescida, que deixou de se justificar.

61. Julgo, pois, que todas estas considerações militam claramente a favor de uma interpretação restritiva do artigo 13.º do Regulamento n.º 1346/2000. Todavia, no caso em apreço, como o órgão jurisdicional de reenvio salienta, com razão, é duvidoso que uma tal interpretação também se possa aplicar num caso, como no litígio do processo principal, em que o fluxo patrimonial para o credor encontra o seu fundamento num direito real já adquirido antes da abertura do processo. A este respeito, se o pagamento ainda não tivesse sido efetuado na data em que a ação revogatória foi intentada, o administrador da insolvência deveria ter requerido a revogação do direito de penhora constituído antes da abertura do processo de insolvência. Ora, o artigo 13.º do Regulamento n.º 1346/2000 seria aplicável a uma tal situação.

2. Quanto à constituição do direito de penhora como elemento determinante para efeitos da aplicação do artigo 13.º do Regulamento n.º 1346/2000

62. Permitam-me que inicie esta análise com uma questão: deve considerar-se, no caso em apreço, o momento do pagamento a Hermann Lutz do montante garantido pelo direito real, neste caso o direito de penhora, como um elemento essencial que justifica a aplicação do artigo 13.º do Regulamento n.º 1346/2000?

63. Eu penso que não.

44 — Relatório Virgós/Schmit, n.º 138; Virgós Soriano, M., e Garcimartín Alférez, F. J., *op. cit.*, p. 137, bem como Moss, G., Fletcher, I. F., e Isaacs, S., *op. cit.*, p. 296.

45 — Recorde-se que o regime de invalidação dos atos do devedor praticados antes da abertura do processo de insolvência estabelecido pelo Regulamento n.º 1346/2000 prevê, num primeiro momento, a aplicação da *lex fori concursus* [artigo 4.º, n.º 2, alínea m)], mas permite afastar os seus efeitos invocando a lei que rege o ato (artigo 13.º). No entanto, dado que o termo «ato» empregado pelo artigo 13.º do regulamento permite uma interpretação bastante lata desta disposição, importa salientar que este regime deve poder aplicar-se, não apenas aos atos prejudiciais do devedor, mas também aos efeitos jurídicos que se produzem automaticamente (*ipso jure*) ou aos de natureza processual, como no caso em apreço. V., neste sentido, Virgós Soriano, M., e Garcimartín Alférez, F. J., *op. cit.*, p. 134 e 135.

46 — V., neste sentido, relatório Virgós/Schmit, n.ºs 136 e 138, bem como Moss, G., Fletcher, I. F., e Isaacs, S., *op. cit.*, p. 297.

64. Segundo a Comissão, quando um direito de penhora efetivo, ainda que suscetível de revogação, sobre o património do devedor tiver sido constituído antes da abertura do processo, é indiferente, no que respeita à aplicação do artigo 13.º do Regulamento n.º 1346/2000, que o montante garantido pelo direito real tenha sido pago após a abertura do processo. Este argumento parece-me convincente. Em minha opinião, só a constituição do direito de penhora deveria ser determinante para efeitos da aplicação do artigo 13.º do regulamento. Por conseguinte, apenas a constituição do direito real pode ser considerada como ato prejudicial. Se o direito real não tivesse sido constituído, a *lex fori concursus* poderia ter sido aplicada e Hermann Lutz não poderia ter invocado esta disposição. Com efeito, o pagamento efetuado pelo banco da devedora a Hermann Lutz seria apenas a consequência do penhor executório constituído antes da abertura do processo de insolvência. Além disso, como alegou o seu representante na audiência, Hermann Lutz não podia prever a abertura do processo de insolvência, que teve lugar em 4 de agosto de 2008, nem na data em que se dirigiu aos tribunais austríacos, nem na data de constituição do referido penhor executório.

65. Esta interpretação é corroborada pela economia do mecanismo instaurado pelo Regulamento n.º 1346/2000 que se baseia, por um lado, na não-afetação dos direitos reais sobre os bens situados noutros Estados-Membros (artigo 5.º), o que equivale a excluir tais direitos dos efeitos do processo de insolvência, e, por outro lado, na proteção da confiança legítima dos credores e de terceiros na validade de um ato (artigo 13.º).

66. No que se refere, em primeiro lugar, à proteção dos direitos reais assegurada pelo artigo 5.º do Regulamento n.º 1346/2000, esta solução foi adotada por razões substantivas, tais como o objetivo de garantir a proteção do comércio no Estado-Membro em que os bens se encontram e a segurança jurídica dos direitos correspondentes. Os direitos reais desempenham uma função da maior importância no crédito e na mobilização da riqueza. Com efeito, estes direitos protegem os seus titulares face ao risco de insolvência do devedor e permitem obter créditos em condições vantajosas⁴⁷. Por conseguinte, a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima dos credores nas transações realizadas surgem, em minha opinião, como elementos fundamentais. Além disso, razões de ordem processual justificam igualmente uma proteção acrescida dos direitos reais, de que são exemplo os objetivos institucionais do Regulamento n.º 1346/2000 ligados à necessidade de simplificar e de facilitar a administração do património⁴⁸.

67. No que respeita, em segundo lugar, ao artigo 13.º do Regulamento n.º 1346/2000, resulta das considerações enunciadas nos n.ºs 30 e 65 das presentes conclusões que a solução adotada por esta disposição visa, principalmente, preservar a confiança legítima dos credores ou de terceiros na validade de um ato conforme com a *lex causae*. A este respeito, partilho da análise realizada por Hermann Lutz e pela Comissão, segundo a qual, à luz do direito austríaco e tendo em conta todas as circunstâncias do litígio no processo principal, o ato em causa não era impugnável⁴⁹.

68. Com base em todas as considerações que precedem, sou de opinião de que o artigo 13.º do Regulamento n.º 1346/2000 deve ser interpretado no sentido de que é aplicável a uma situação na qual um direito real foi constituído antes da abertura do processo de insolvência e o pagamento do montante penhorado com base neste direito foi efetuado após a abertura do referido processo.

47 — Relatório Virgós/Schmit, n.º 97.

48 — *Ibidem*, n.º 97.

49 — V. n.º 20 das presentes conclusões.

C – Quanto aos prazos de prescrição, de anulabilidade e de caducidade previstos na lex causae no quadro da exceção prevista no artigo 13.º do Regulamento n.º 1346/2000

69. A segunda questão consiste em saber se o artigo 13.º do Regulamento n.º 1346/2000 deve ser interpretado no sentido de que implica que os efeitos jurídicos associados ao decurso do tempo sejam igualmente regulados pela *lex causae*. Mais concretamente, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se a exceção prevista no citado artigo 13.º também se refere aos prazos de prescrição, de anulabilidade e de caducidade previstos na *lex causae*.

70. Resulta da decisão de reenvio que, segundo as regras do direito alemão, o direito de penhora do saldo bancário só se constituiu depois de a devedora se ter apresentado à insolvência, pelo que, nos termos do § 88 do InsO, se tornou inválido no momento da abertura do processo de insolvência⁵⁰. No entanto, segundo as regras aplicáveis do direito austríaco, a ação revogatória intentada por Elke Bäuerle caducou pelo facto de ter expirado o prazo de um ano a contar da abertura do processo de insolvência concedido ao administrador da insolvência para a intentar. Contudo, no direito alemão, o prazo previsto para intentar uma ação dessa natureza é de três anos.

71. O órgão jurisdicional de reenvio refere que a doutrina alemã não é unânime a este respeito. Assim, uma corrente da doutrina defende que os prazos de prescrição ou de caducidade aplicáveis não deveriam reger-se pela *lex causae*. Enquanto disposições de direito processual, esses prazos deveriam ser deduzidos da *lex fori concursus*⁵¹. Outra corrente da doutrina considera, por sua vez, que a referência à *lex causae* deve ser interpretada como uma referência global a todas as suas regras, incluindo aquelas respeitantes aos prazos de prescrição ou de caducidade.

72. Não posso concordar com a primeira análise mas, como explicarei a seguir, concordo com a segunda⁵².

73. Por um lado, no âmbito da análise da primeira questão já me pronunciei, nos n.ºs 57 a 60 das presentes conclusões, sobre a determinação do âmbito do artigo 13.º do Regulamento n.º 1346/2000, tendo em conta os seus termos, o seu contexto e as suas finalidades⁵³. Dessa análise resulta, nomeadamente, que a expressão «no caso em apreço» visa as situações em que um ato não deve ser suscetível de ser impugnado tendo em conta todas as circunstâncias concretas do processo. Parece-me evidente que o decurso do tempo e, portanto, as regras materiais e processuais pelas quais se rege fazem parte das ditas circunstâncias próprias do caso em apreço⁵⁴. A este respeito, o órgão jurisdicional de reenvio confirma igualmente que as referidas circunstâncias concretas podem abranger a perda do direito por força do decurso do tempo.

74. Por outro lado, e seguindo essa linha de pensamento, cumpre fazer referência às observações de Hermann Lutz, do Governo português e da Comissão. Com efeito, estes consideram, no essencial, que o artigo 13.º do Regulamento n.º 1346/2000 se refere a um ato que não pode ser impugnado «por nenhum meio», de modo que não se limitaria às condições materiais de impugnação nos termos da *lex causae*, mas abrangeria também, as disposições em matéria de prescrição ou caducidade. Ora, como já referi anteriormente, essa expressão significa que o ato não pode ser invalidado, como no caso em apreço, nem por aplicação das regras dos processos de insolvência, nem por aplicação das normas de

50 — V. também n.º 19 das presentes conclusões.

51 — O órgão jurisdicional de reenvio esclarece, a este respeito, que alguns dos defensores deste entendimento excepcionam expressamente deste regime os prazos de impugnação. Consideram que esses prazos deveriam ser alvo de uma análise cumulativa, ao abrigo tanto da *lex fori concursus* como da *lex causae*, de maneira a aplicar sempre o prazo de impugnação mais curto de entre ambos, o que, no caso vertente, beneficiaria Hermann Lutz.

52 — A Comissão observa nos seus articulados que o argumento segundo o qual os prazos de prescrição ou de caducidade previstos na *lex causae* não devem, em virtude da sua natureza processual, ser levados em consideração no quadro do artigo 13.º do Regulamento n.º 1346/2000 se afigura problemático, no caso em apreço, tendo em conta a natureza material do prazo de caducidade no direito austríaco.

53 — V. acórdãos Cilfit e o. (EU:C:1982:335, n.º 20) e Kronos Titan e Rhein-Ruhr Beschichtungs-Service (EU:C:2014:216, n.º 25).

54 — Relatório Virgós/Schmit, n.º 137.

direito comum que lhe são aplicáveis⁵⁵. No que se refere a estas últimas, e tendo em conta a sua natureza distinta nos diferentes sistemas jurídicos, nomeadamente no que à prescrição diz respeito, a aplicação da *lex causae* abona, em meu entender, a favor do respeito da coerência da ordem jurídica na qual se insere e, por conseguinte, da coerência entre as suas disposições de direito material e de direito processual.

75. A este respeito, a Comissão defende nos seus articulados que uma interpretação do artigo 13.º do Regulamento n.º 1346/2000 que exclua os prazos de prescrição classificados como prazos de natureza processual no direito nacional implicaria uma discriminação arbitrária entre os modelos teóricos adotados pelos Estados-Membros e obstaría a uma interpretação uniforme da referida disposição.

76. Essa posição é corroborada pelas disposições do Regulamento «Roma I»⁵⁶. Assim, o órgão jurisdicional de reenvio, Hermann Lutz e a Comissão fazem, com razão, referência ao artigo 12.º, n.º 1, alínea d), do referido regulamento, em virtude do qual a influência do decurso do tempo sobre um direito contratual é determinada pela ordem jurídica à qual esse direito está sujeito⁵⁷. Mais concretamente, nos termos deste artigo, a lei aplicável ao contrato por força do Regulamento «Roma I» regula nomeadamente «as diversas causas de extinção das obrigações, bem como a prescrição e a caducidade»⁵⁸, que, assim sendo, têm uma *qualificação material* e obedecem à *lex causae*.

77. Além disso, recorro que, tal como resulta dos n.ºs 30, 65 e 67 das presentes conclusões, o artigo 13.º do Regulamento n.º 1346/2000 visa proteger a confiança do credor na validade de um ato. Assim, um credor que confia na validade do ato, em conformidade com a *lex causae*, não deve ser apanhado de surpresa pela aplicação do direito em matéria de processos de insolvência de outro Estado-Membro⁵⁹.

78. Em qualquer dos casos, não tenho dúvidas de que as regras de prescrição ou de caducidade fazem parte do regime de invalidação dos atos. Assim sendo, quando um ato é impugnável nos termos da *lex causae* por meio de uma ação revogatória, como é o caso no processo principal, mas o prazo para intentar essa ação já expirou, não vejo nenhuma razão para que se possa considerar que esse ato continua a ser impugnável nos termos do artigo 13.º do Regulamento n.º 1346/2000⁶⁰.

79. Por conseguinte, e tendo em conta os elementos que precedem, considero que a exceção prevista no artigo 13.º do Regulamento n.º 1346/2000 também se refere aos prazos de prescrição, de anulabilidade e de caducidade previstos na *lex causae*.

D – Quanto à lei aplicável à determinação das regras de forma a cumprir para intentar a ação revogatória

80. Com a sua terceira questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se as regras de forma a cumprir no quadro da invocação do direito de impugnação, na aceção do artigo 13.º do Regulamento n.º 1346/2000, são determinadas segundo a *lex causae* ou segundo a *lex fori concursus*.

55 — *Ibidem*, n.º 138, bem como Virgós Soriano, M., e Garcimartín Alférez, F. J., *op. cit.*, p. 136. V. também Virgós, M., e Garcimartín, F., *op. cit.*, p. 136.

56 — Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I) (JO L 177, p. 6).

57 — A Comissão acrescenta que as regras do Regulamento «Roma I» relativas à lei aplicável exigem, de um modo geral, que o administrador da insolvência respeite a lei estrangeira nos casos em que haja outro país envolvido, o que, na prática, não implicaria grandes dificuldades.

58 — V., a este respeito, Gaudemet-Tallon, H., «Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement 'Rome I' du 17 juin 2008. Détermination de la loi applicable. Domaine de la loi applicable», *JurisClasseur Europe Traité*, fasc. n.º 3201, 2009, p. 119 a 121: «La loi applicable au fond du contrat déterminera donc la durée de la prescription ainsi que les causes d'interruption et de suspension. Et les mêmes articles soumettent également les déchéances à la loi du contrat». Nos sistemas jurídicos dos países da Europa continental é geralmente reconhecido que a prescrição se rege pela *lex causae*, Zrałek, J., *Przedawnienie w międzynarodowym obrocie handlowym, Zakamycze*, Cracóvia, 2005, p. 142.

59 — Virgós Soriano, M., e Garcimartín Alférez, F. J., *op. cit.*, p. 135.

60 — *Ibidem*, p. 136.

81. Com efeito, a decisão de reenvio explica que, no direito alemão, uma mera declaração de vontade, sem exigência de forma, através da qual o administrador da insolvência expresse a sua vontade de fazer valer o direito à restituição, é suficiente para afastar a confiança depositada na estabilidade do pagamento. Em contrapartida, o direito austríaco prevê que a revogação só pode ser validamente invocada por via de uma ação judicial intentada no prazo de um ano a contar da abertura do processo de insolvência, sendo a confiança do credor indiferente neste aspeto.

82. Partilho da argumentação da Comissão segundo a qual o beneficiado pelo ato não conhece os prazos nem as regras de forma previstas no direito de outra ordem jurídica. Com efeito, para ele, o único elemento determinante consiste em saber se a ação revogatória foi intentada validamente dentro do prazo previsto no seu próprio sistema jurídico. Portanto, no caso em apreço, segundo o direito austríaco, a preservação do bem adquirido depende unicamente da questão de saber se foi ou não intentada uma ação de restituição no prazo de um ano a contar da abertura do processo de insolvência, o que exclui, no caso em apreço, a carta extrajudicial enviada pelo administrador da insolvência em 10 de março 2009.

83. Ora, a este respeito, o vigésimo quarto considerando do Regulamento n.º 1346/2000 enuncia que, para proteger as expectativas legítimas e a segurança do comércio jurídico nos Estados-Membros que nos Estados-Membros que não o de abertura, deve prever-se uma série de derrogações à regra geral. Assim sendo, o artigo 13.º do regulamento, concebido como regra de «veto» que o beneficiado pode invocar, não exige que o administrador da insolvência estabeleça de forma cumulativa a impugnabilidade de um ato nas duas ordens jurídicas em causa.

84. Além disso, remeto para a minha análise *supra* da expressão «por nenhum meio», segundo a qual a referência à *lex causae* deve ser uma referência global.

85. Recordo igualmente que as regras de forma podem constituir condições não só de natureza material como também de natureza processual. Portanto, as modalidades de exercício do direito de impugnação devem ser definidas principalmente pela *lex causae*. Com efeito, afigura-se contrário à coerência da ordem jurídica aplicável distinguir as questões relativas aos prazos de prescrição das que dizem respeito à forma, submetendo-as a uma lei diferente. Por conseguinte, no caso em apreço, um ato prejudicial não pode ser posto em causa pelo exercício extrajudicial de um direito de impugnação previsto na *lex fori concursus*.

86. Esta posição é, aliás, corroborada pelo relatório de avaliação sobre a aplicação do Regulamento n.º 1346/2000⁶¹. Assim, diversos relatórios nacionais sublinham que o artigo 13.º do Regulamento n.º 1346/2000 é necessário para proteger as expectativas legítimas das partes no que se refere ao regime jurídico aplicável às suas relações jurídicas⁶².

87. Por outro lado, não me convence a argumentação adotada pelo Governo alemão nas suas alegações na audiência, de que a aplicação global da *lex causae* implicaria dificuldades de ordem prática para o administrador da insolvência em termos de determinação e apreciação de outras ordens jurídicas. A meu ver, o facto de ter de analisar as regras de forma de outras ordens jurídicas para intentar uma ação revogatória não constitui um encargo excessivo para o administrador da insolvência. Resulta, aliás, do relatório de avaliação acima referido que o artigo 13.º do Regulamento n.º 1346/2000 não vai além daquilo que é a prática corrente no domínio das relações internacionais (e, por conseguinte, do direito internacional privado), na medida em que implica a tomada em consideração de mais do que

61 — V. relatório Heidelberg-Luxembourg-Vienna, p. 213.

62 — A este respeito, v. resposta à questão 24 nos relatórios nacionais da Bélgica, Estónia, Espanha, Letónia e Roménia. Por exemplo, o relatório do Reino Unido considera o artigo 13.º do Regulamento n.º 1346/2000 um sucesso na defesa dos interesses legítimos dos credores. *Ibidem*, p. 213.

uma lei nacional. Com efeito, na prática estabelecida com base num número considerável de relatórios nacionais, a tomada em consideração de um segundo regime jurídico não suscita dificuldades insuperáveis⁶³. O referido relatório não sugeriu, pois, qualquer alteração ou limitação da referência à *lex causae* incluída no dito artigo⁶⁴.

88. Por conseguinte, à luz de todas as considerações precedentes, sou de opinião de que as regras de forma a cumprir no quadro da invocação do direito, na aceção do artigo 13.º do Regulamento n.º 1346/2000 são determinadas segundo a *lex causae*.

VI – Conclusão

89. Tendo em conta as considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que responda do seguinte modo ao Bundesgerichtshof:

- 1) O artigo 13.º do Regulamento n.º 1346/2000 do Conselho, de 29 de maio de 2000, relativo aos processos de insolvência, deve ser interpretado no sentido de que é aplicável a uma situação na qual um direito real foi constituído antes da abertura do processo de insolvência e o pagamento do montante penhorado com base neste direito foi efetuado após a abertura do referido processo.
- 2) A exceção prevista no artigo 13.º do Regulamento n.º 1346/2000 deve ser interpretada no sentido de que também se refere aos prazos de prescrição, de anulabilidade e de caducidade previstos na *lex causae*.
- 3) As regras de forma a cumprir no quadro da invocação do direito, na aceção do artigo 13.º do Regulamento n.º 1346/2000, são determinados segundo a *lex causae*.

63 — *Ibidem*, p. 214.

64 — *Ibidem*, p. 215.