

LIBERDADES COMUNITÁRIAS E DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO*

*Pelo Prof. Doutor Dário Moura Vicente***

SUMÁRIO:

I — Introdução. 1. Objecto da exposição. 2. Justificação da escolha do tema. Âmbito e plano da exposição. **II — A liberdade de circulação de pessoas.** 3. A livre circulação de trabalhadores e a lei reguladora do contrato individual de trabalho: posição do problema. 4. Regras gerais sobre a determinação da lei aplicável ao contrato individual de trabalho. A competência da *lex loci laboris*. 5. O destacamento internacional de trabalhadores e a aplicabilidade das normas imperativas da lei do país de acolhimento. 6. Continuação: limites à aplicação das normas imperativas do país de acolhimento do trabalhador. 7. A liberdade de circulação e permanência no território dos Estados-Membros e a lei aplicável ao estatuto pessoal das pessoas singulares. **III — A liberdade de estabelecimento.** 8. A liberdade de estabelecimento e a determinação da lei pessoal das sociedades comerciais: posição do problema. 9. A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre a matéria. 10. Suas repercussões sobre o Direito Internacional Privado: a aplicabilidade das regras que sancionam a fraude à lei. 11. Continuação: a lei pessoal das sociedades comerciais. 12. Continuação: o reconhecimento num Estado-Membro de sociedades comerciais constituídas em outros Estados-Membros. 13. Continuação: a transferência internacional da sede das sociedades comerciais. 14. A liberdade de estabelecimento e a determinação da lei pessoal das pessoas singulares. **IV — A liberdade de circulação de mercadorias e serviços.** 15. A afirmação jurisprudencial do princípio do reconhecimento mútuo em matéria de circulação de mercadorias e de serviços. 16. O princípio do reconhecimento mútuo e a integração normativa

(*) * Lição de agregação proferida na Universidade de Lisboa em 10 de Julho de 2009 (versão actualizada com referência ao Tratado de Lisboa).

(**) Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

na União Europeia. 17. A liberdade de circulação de mercadorias e serviços e a lei aplicável às obrigações contratuais. 18. Continuação: regras especiais sobre os contratos celebrados com consumidores. 19. A liberdade de circulação de mercadorias e serviços e a lei aplicável às obrigações extracontratuais. 20. A cláusula do mercado interno em matéria de radio-difusão televisiva, de serviços de acesso condicional e de comércio electrónico. 21. Continuação: as práticas comerciais desleais. 22. Continuação: a prestação de serviços no mercado interno. **V — A liberdade de circulação de capitais.** 23. A livre circulação de capitais como pressuposto das demais liberdades comunitárias. 24. O reconhecimento mútuo e a prestação de serviços ligados a movimentos de capitais. **VI — Ensaio de uma construção dogmática.** 25. A unidade na diversidade: a integração europeia e a preservação do pluralismo jurídico. 26. A autonomização de um Direito Internacional Privado do mercado interno. 27. A referência à lei do país de origem. 28. A excepção de reconhecimento mútuo. 29. As liberdades comunitárias e a autonomia privada. 30. A ideia de liberdade como fundamento do Direito Internacional Privado europeu contemporâneo.

I INTRODUÇÃO

1. Objecto da exposição

a) A União Europeia estabelece, de acordo com o Tratado que a instituiu, um *mercado interno* ⁽¹⁾. Este compreende «um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada» ⁽²⁾. Nele se deverão fundir, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, os mercados nacionais dos Estados-Membros ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Cfr. o art. 3.º, n.º 3, do Tratado da União Europeia, na redacção dada pelo Tratado de Lisboa que altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia, assinado em Lisboa em 13 de Dezembro de 2007 (em vigor desde 1 de Dezembro de 2009). A versão consolidada daquele primeiro Tratado encontra-se disponível no *Jornal Oficial da União Europeia* (doravante *JOUE*), série C, n.º 115, de 9 de Maio de 2008, pp. 13 ss.

⁽²⁾ Art. 26.º, n.º 2, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia, cuja versão consolidada se encontra disponível no *JOUE*, série C, n.º 115, de 9 de Maio de 2008, pp. 47 ss.

⁽³⁾ Cfr., neste sentido, o acórdão de 9 de Fevereiro de 1982, caso *Polydor* (proc. 270/80). Esta e as demais decisões do Tribunal de Justiça citadas no presente texto encontram-se disponíveis em <http://curia.europa.eu>.

A liberdade de circulação constitui, assim, uma das travesmestras do Direito da União Europeia. As restrições ao seu exercício resultantes de disparidades entre legislações nacionais apenas podem ser aceites, de acordo com a jurisprudência constante daquele Tribunal, na medida em que sejam necessárias para satisfazer exigências imperativas atinentes, nomeadamente, à eficácia dos controlos fiscais, à protecção da saúde pública, à lealdade das transacções e à defesa dos consumidores ⁽⁴⁾.

Como fundamentos dessa liberdade, apontam-se geralmente o aumento do comércio e as economias de escala através dela proporcionadas ⁽⁵⁾. Estas, por seu turno, induzem a redução dos preços, donde resulta potencialmente um acréscimo do bem-estar geral.

Ao ampliar o leque de escolhas que proporciona ao consumidor, o mercado interno alarga reflexamente a esfera de liberdade de cada cidadão. É bem sabido, com efeito, que em regra a liberdade económica se repercute favoravelmente sobre as liberdades cívicas, na medida em que limita a intervenção do Estado na vida social ⁽⁶⁾; e que, inversamente, a ausência de liberdade económica restringe aquelas liberdades, porquanto transfere para o Estado decisões que de outro modo caberiam aos consumidores e às empresas ⁽⁷⁾. O fundamento das liberdades comunitárias não é, por isso, exclusivamente económico: elas são instrumentais relativa-

⁽⁴⁾ Veja-se, designadamente, o acórdão de 20 de Fevereiro de 1979, caso *Cassis de Dijon* (proc. 120/78).

⁽⁵⁾ Cfr. Bela Balassa, *Teoria da integração económica*, tradução portuguesa por Maria Filipa Gonçalves e Maria Elsa Ferreira, Lisboa, 1964, especialmente pp. 39 ss. e 183 ss.; António Sousa Franco, *Os capitais e a integração económica*, separata da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* (doravante *RFDUL*), vol. XXIV, Lisboa, 1972, pp. 113 ss.; Paulo de Pitta e Cunha, «O conceito de integração económica internacional», in *Integração Europeia. Estudos de economia, política e Direito Comunitários*, Lisboa, 1993, pp. 65 ss.; *idem*, «Relações económicas internacionais — II (Uma perspectiva dos anos 70 e 80)», *RFDUL*, 1999, pp. 615 ss.; e Manuel Lopes Porto, *Teoria da integração e políticas comunitárias: face aos desafios da globalização*, 4.^a ed., Coimbra, 2009, pp. 234 ss.

⁽⁶⁾ Cfr. Milton Friedman, *Capitalism and Freedom*, reimpressão, Chicago/Londres, 2002, p. 15.

⁽⁷⁾ Tal a conhecida tese sustentada, entre outros, por Friedrich Hayek, em *O caminho para a servidão*, tradução portuguesa por Maria Ivone Serrão de Moura, Lisboa, 1977, especialmente pp. 147 ss.

mente ao *princípio democrático* em que assenta a União Europeia ⁽⁸⁾.

Compreende-se assim que, aquando da revisão do Tratado da Comunidade Europeia levada a cabo em 1992 através do Tratado de Maastricht, a liberdade de circulação e permanência no território dos Estados-Membros haja sido expressamente consignada como atributo da *cidadania europeia*, independentemente, portanto de qualquer finalidade económica ⁽⁹⁾. Ficou deste modo patente que os bens jurídicos protegidos nesta matéria compreendem a *liberdade individual*, e não apenas a mobilidade dos factores de produção.

b) Ora, as liberdades comunitárias de circulação dizem respeito a situações jurídicas que transcendem as fronteiras de um Estado — *hoc sensu*, a *situações internacionais* ou *plurilocalizadas* ⁽¹⁰⁾.

Sucede que o Direito da União Europeia não regula todos os aspectos destas situações, entre outras razões porque não suprime a pluralidade e a diversidade dos sistemas jurídicos nacionais, antes tem carácter subsidiário relativamente a estes ⁽¹¹⁾.

Tal o motivo por que se suscitam muitas vezes conflitos de leis nas situações intracomunitárias, que compete ao Direito Internacional Privado resolver.

Mas em que sentido? E de acordo com que método ou métodos? Estas as interrogações fundamentais a que o presente estudo visa responder.

⁽⁸⁾ Cfr. o art. 10.º do Tratado da União Europeia. Sobre esse princípio, veja-se, na literatura jurídica portuguesa, Fausto de Quadros, *Direito da União Europeia. Direito Constitucional e Administrativo da União Europeia*, Coimbra, 2004, pp. 99 ss.; *idem*, *Droit de l'Union européenne. Droit constitutionnel et administratif de l'Union européenne*, Bruxelas, 2008, pp. 77 ss.; João Mota de Campos e João Luiz Mota de Campos, *Manual de Direito Comunitário*, 5.ª ed., Coimbra, 2007, pp. 261 ss.

⁽⁹⁾ Cfr. o actual art. 21.º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia. Sobre a evolução referida no texto, veja-se Rui de Moura Ramos, «Les nouveaux aspects de la libre circulation des personnes. Vers une citoyenneté européenne», in *Das Comunidades à União Europeia. Estudos de Direito Comunitário*, 2.ª ed., Coimbra, 1999, pp. 249 ss.

⁽¹⁰⁾ Ver, neste sentido, o acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 28 de Janeiro de 1992, caso *Steen* (proc. C-332/90).

⁽¹¹⁾ Voltaremos a este ponto adiante, no n.º 16.

2. Justificação da escolha do tema. Âmbito e plano da exposição

a) O tema em exame ocupa hoje um lugar central na dogmática do Direito Internacional Privado.

Como se sabe, a «comunitarização» ou «europeização» desta disciplina, proporcionada pelos arts. 61.º, alínea c), e 65.º, alínea b), do Tratado da Comunidade Europeia, na redacção que lhes foi dada em 1997 pelo Tratado de Amesterdão (a que sucedeu o art. 81.º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia ⁽¹²⁾), traduzida na progressiva substituição das fontes internas por fontes comunitárias — de que são exemplos os recentes Regulamentos de Roma I ⁽¹³⁾ e Roma II ⁽¹⁴⁾, a que acrescerá futuramente o Regulamento de Roma III ⁽¹⁵⁾ —, tem conduzido a uma gradual redução do âmbito de aplicação das regras de conflitos emanadas dos Estados-Membros, em benefício das que foram adoptadas pelos órgãos da União Europeia ⁽¹⁶⁾. Tudo indica que, no futuro, o

⁽¹²⁾ Sobre o qual podem ver-se: Isabelle Barrière Brousse, «Le Traité de Lisbonne et le droit international privé», *Clunet — Journal de Droit International*, 2010, pp. 3 ss.; Heinz-Peter Mansel, Karsten Thorn e Rolf Wagner, «Europäisches Kollisionsrecht 2009: Hoffnungen durch den Vertrag von Lissabon», *IPRax*, 2010, pp. 1 ss.; Hilda Aguilar Grieder, «La cooperación judicial internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, n.º 1 (Março 2010), pp. 308 ss.; María Dolores Ortiz Vidal, «Espacio judicial europeo y Tratado de Lisboa: hacia un nuevo derecho internacional privado», *ibidem*, pp. 376 ss.

⁽¹³⁾ 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, publicado no *JOUE*, n.º L 177, de 4 de Julho de 2008, pp. 6 ss. Substitui nos respectivos Estados-Membros, desde 17 de Dezembro de 2009, a Convenção de Roma de 1980 Sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais cuja versão consolidada se encontra publicada no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* (doravante *JOCE*), n.º C 27, de 26 de Janeiro de 1998, pp. 34 ss.

⁽¹⁴⁾ Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Julho de 2007, sobre a lei aplicável às obrigações extracontratuais, publicado no *JOUE*, n.º L 199, de 31 de Julho de 2007, pp. 40 ss.

⁽¹⁵⁾ Cfr. a *Proposta de Regulamento do Conselho que altera o Regulamento (CE) n.º 2201/2003 no que diz respeito à competência e introduz regras relativas à lei aplicável em matéria matrimonial*, documento COM (2006) 399 final, de 17 de Julho de 2006.

⁽¹⁶⁾ Ver, sobre o tema, Pascal de Vareilles-Sommières, «Un droit international privé européen ?», in *eiusdem* (org.), *Le droit privé européen*, Paris, 1998, pp. 136 ss.; Christian Kohler, *Europäisches Kollisionsrecht zwischen Amsterdam und Nizza*, Viena, 2001; Karl Kreuzer, «Zu Stand und Perspektiven des Europäischen Internationalen Privatrechts. Wie europäisch soll das Europäische Internationale Privatrecht sein?», *Rebels*

Direito Internacional Privado vigente na Europa será essencialmente determinado pelas instituições da União ⁽¹⁷⁾.

Não é, porém, desta *comunitarização directa* do Direito Internacional Privado que vamos tratar neste estudo. Interessa-nos antes o impacto da integração europeia, e em especial das liberdades comunitárias, sobre as soluções e os métodos próprios desta disciplina: mais precisamente, aquilo a que já se chamou a sua *comunitarização indirecta* ⁽¹⁸⁾. Trata-se, em suma, de saber:

- Se as liberdades comunitárias reclamam a consagração de *regras de conflitos especiais*, *maxime* a que comanda a aplicação da *lei do país de origem* às situações intracomunitárias; e
- Se a tutela dessas liberdades postula, pelo que respeita às situações em apreço, a limitação, ou mesmo a superação, do *método clássico* de regulação das questões privadas internacionais (que, como se sabe, faz apelo a regras de conflitos de leis no espaço) pelo do *reconhecimento mútuo* de situações jurídicas constituídas no estrangeiro.

b) A temática de que nos vamos ocupar situa-se, pois, na confluência do Direito da União Europeia e do Direito Internacional Privado.

São dois ramos do Direito que durante largo período de tempo operaram em isolamento recíproco ⁽¹⁹⁾. Só recentemente essa situação começou a alterar-se ⁽²⁰⁾.

(Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (doravante *RabelsZ*), 2006, pp. 1 ss.; e Heinz-Peter Mansel, Karsten Thorn e Rolf Wagner, «Europäisches Kollisionsrecht 2008: Fundamente der Europäischen IPR-Kodifikation», *IPRax*, 2009, pp. 1 ss.

⁽¹⁷⁾ Cfr., neste sentido, Jürgen Basedow, «EC Conflict of Laws — A Matter of Coordination», in Luís de Lima Pinheiro (org.), *Seminário internacional sobre a comunitarização do Direito Internacional Privado (Direito de Conflitos, competência internacional e reconhecimento de decisões estrangeiras)*, Coimbra, 2005, pp. 17 ss. (p. 19)

⁽¹⁸⁾ Cfr. Marie-Noëlle Jobard-Bachelier, «La portée du test de compatibilité communautaire en droit international privé contractuel», in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, pp. 475 ss. (p. 477).

⁽¹⁹⁾ Ver, sobre o ponto, Christian Kohler, «Verständigungsschwierigkeiten zwischen europäischem Gemeinschaftsrecht und internationalem Privatrecht», in Heinz-Peter Mansel, Thomas Pfeiffer, Herbert Kronke, Christian Kohler e Rainer Hausmann (orgs.), *Festschrift für Erik Jayme*, vol. I, Munique, 2004, pp. 445 ss.

⁽²⁰⁾ Destacam-se, a este propósito, os trabalhos de Erik Jayme e Christian Kohler

O Direito da União Europeia obriga, como já foi notado, a repensar o Direito Internacional Privado e a modificar alguns dos seus esquemas tradicionais de funcionamento ⁽²¹⁾. Daí, a nosso ver, o especial interesse do tema.

Em rigor, os problemas aqui colocados não dizem, todavia, apenas respeito ao mercado interno europeu: eles suscitam-se em todas as situações de integração económica regional ⁽²²⁾. Trata-se, em última análise, de determinar como se compatibiliza esta última com o *pluralismo jurídico*. Também por isso o objecto da presente exposição se reveste, a nosso ver, de particular importância.

(sobre o «Direito de Conflitos Europeu» (*Europäisches Kollisionsrecht*), publicados anualmente na *IPRax* desde 1994 (ver, por último, «Europäisches Kollisionsrecht 2007: Windstille im Erntefeld der Integration», *IPRax*, 2007, pp. 493 ss.) e os estudos recolhidos por Eckart Bröderman e Holger Iversen, em *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, Tubinga, 1994. Na doutrina portuguesa, Isabel de Magalhães Collaço ocupou-se de alguns aspectos da temática em apreço, no estudo *Os reflexos do movimento de integração económica no Direito Privado e no Direito Internacional Privado*, s.l., Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, 1972. Posteriormente, o tema foi objecto de trabalhos de Rui de Moura Ramos («Direito Internacional Privado e Direito Comunitário. Termos de uma interacção», in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, vol. II, Coimbra, 2007) e Luís de Lima Pinheiro («O Direito de Conflitos e as liberdades comunitárias de estabelecimento e de prestação de serviços», in *Estudos de Direito Internacional Privado*, vol. I, Coimbra, 2006, pp. 357 ss.; «Federalismo e Direito Internacional Privado — algumas reflexões sobre a comunitarização do Direito Internacional Privado», in *ibidem*, pp. 331 ss.; «Concorrência entre sistemas jurídicos na União Europeia e Direito Internacional Privado», *O Direito*, 2007, pp. 255 ss.). Nós próprios lhe dedicámos diversos ensaios, que versaram sobre o «Destacamento internacional de trabalhadores», in *Direito Internacional Privado. Ensaios*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 85 ss.; a «Liberdade de estabelecimento, lei pessoal e reconhecimento das sociedades comerciais», in *ibidem*, vol. II, Coimbra, 2005, 91 ss., e «A comunitarização do Direito Internacional Privado e o comércio electrónico», in *ibidem*, pp. 171 ss.

⁽²¹⁾ Cfr., neste sentido, Hélène Gaudemet-Tallon, «De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé?», in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, pp. 303 ss. Ver também, sobre o ponto, Julio González Campos, «La Cour de justice des Communautés européennes et le non-Droit international privé», in Heinz-Peter Mansel, Thomas Pfeiffer Herbert Kronke, Christian Kohler e Rainer Hausmann (orgs.), *Festschrift für Erik Jayme*, vol. I, Munique, 2004, pp. 263 ss.

⁽²²⁾ Ver António Perez, «The Impact of Economic Integration on Choice of Law Doctrine — Lessons from the Interaction of U.S. Federalism and Choice of Law for the Evolution of Private International Law Within the Context of EU Integration», *RFDUL*, 2003, p. 159.

c) Antes de prosseguirmos, importa notar que o exercício das liberdades comunitárias tem também relevantes incidências sobre o Direito Processual Civil Internacional, o Direito da Nacionalidade e o Direito dos Estrangeiros.

No tocante ao primeiro, porque a efectividade das liberdades comunitárias requer a consagração nos Estados-Membros da União Europeia de regras uniformes de competência internacional, bem como o reconhecimento das sentenças proferidas por tribunais judiciais de outros Estados-Membros — segundo alguns, a *quinta liberdade* comunitária.

Pelo que respeita ao segundo, dada a transcendência de que se reveste a delimitação, em razão da sua nacionalidade, dos beneficiários das liberdades comunitárias, designadamente nos casos de concursos de nacionalidades, e também em virtude do impacto que essas liberdades ultimamente assumiram sobre o regime destes últimos.

Relativamente ao terceiro, dada a diferenciação entre estrangeiros oriundos de outros Estados-Membros da União e os que são nacionais de terceiros países, que a integração europeia — e em especial a cidadania da União Europeia — veio introduzir.

A nossa exposição cingir-se-á, todavia, aos conflitos de leis no espaço, ou Direito Internacional Privado *stricto sensu*. Este, pese embora o nexo funcional que o liga àqueloutros domínios da nossa disciplina, possui autonomia relativamente a eles, na medida em que, ao menos no plano teórico, os problemas que tem por objecto podem ser equacionados e resolvidos com independência das normas de Direito Processual Civil Internacional, de Direito da Nacionalidade e de Direito dos Estrangeiros.

d) Procuraremos neste estudo, em primeiro lugar, fixar os dados que os instrumentos normativos em vigor e a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia nos fornecem a respeito do tema. Analisaremos, a este propósito, as projecções das diferentes liberdades comunitárias sobre os conflitos de leis no espaço. Examinaremos assim, sucessivamente, a liberdade de circulação de pessoas, a liberdade de estabelecimento (que autonomizaremos da liberdade de circulação de pessoas, atentos os problemas especiais que suscita no plano do Direito Internacional Privado), a liberdade de circulação de mercadorias e serviços (que analisare-

mos conjuntamente, dada a similitude dos problemas que suscitam no tocante à regulação das situações privadas internacionais) e a liberdade de circulação de capitais.

Feita esta análise sectorial, ensaiaremos uma reconstrução dos dados previamente recolhidos, tendo em vista apurar se, e em que medida, as liberdades comunitárias podem ser configuradas, pelo que respeita à sua incidência sobre as situações privadas internacionais constituídas no âmbito do mercado interno europeu, como tendo implícitas novas regras de conflitos de leis ou um novo método de resolução dos conflitos de leis no espaço.

II

A LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO DE PESSOAS

3. A livre circulação de trabalhadores e a lei reguladora do contrato individual de trabalho: posição do problema

Consideremos, antes de mais, a liberdade de circulação de trabalhadores ⁽²³⁾Esta constitui, segundo o Tribunal de Justiça da União Europeia ⁽²⁴⁾, um dos fundamentos da União Europeia,

⁽²³⁾ Sobre a qual podem consultar-se: Hans von der Groeben e Jürgen Schwarze (orgs.), *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, vol. I, 6.ª ed., Baden-Baden, 2003, pp. 1283 ss.; Rudolf Streinz (org.), *EUV/EGV. Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, Munique, 2003, pp. 564 ss.; Rudolf Geiger, *EUV/EGV. Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 4.ª ed., Munique, 2004, pp. 286 ss.; Ulrich Becker, «Arbeitnehmerfreizügigkeit», in Dirk Ehlers (org.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2.ª ed., Berlin, 2005, pp. 257 ss.; Wolfgang Kilian, *Europäisches Wirtschaftsrecht*, 3.ª ed., Munique, 2008, pp. 110 ss.; Paul Craig e Gráinne de Búrca, *EU Law. Text, Cases and Materials*, 4.ª ed., Oxford, 2008, pp. 743 ss.; Jean-Louis Clergerie, Annie Gruber e Patrick Rambaud, *L'Union européenne*, 7.ª ed. Paris, 2008, pp. 346 ss.; e Jürgen Schwartz (org.), *EU Kommentar*, 2.ª ed., Baden-Baden, 2009, pp. 574 ss. Na doutrina portuguesa, podem consultar-se sobre o tema: José Carlos Moitinho de Almeida, *Direito Comunitário. A ordem jurídica comunitária. As liberdades fundamentais na C.E.E.*, Lisboa, 1985, pp. 399 ss.; Rui de Moura Ramos, *Direito Comunitário (Programa, conteúdos e métodos de ensino)*, Coimbra, 2003, pp. 94 ss.; João Mota de Campos e João Luiz Mota de Campos, *Manual de Direito Comunitário*, cit., pp. 553 ss.

⁽²⁴⁾ Acórdão de 20 de Fevereiro de 1997, *Comissão c. Bélgica* (proc. C-344/95).

estando actualmente consagrada no art. 45.º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia ⁽²⁵⁾. Trata-se de uma das vertentes da liberdade de circulação de pessoas, que, como dissemos, é postulada pelo Tratado em ordem à criação do mercado interno europeu.

A livre circulação de trabalhadores implica o direito dos nacionais dos Estados-Membros da União de se deslocarem para outro Estado-Membro e de nele exercerem uma actividade profissional por conta de outrem nas mesmas condições dos nacionais desse Estado, bem como de nele permanecerem após a cessação dessa actividade ⁽²⁶⁾.

Ora, não obstante diversas iniciativas tendentes à harmonização das condições laborais na União Europeia ⁽²⁷⁾, o Direito do

⁽²⁵⁾ As condições e as formalidades administrativas que regem o exercício dessa liberdade constam actualmente da Directiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, *in JOCE*, n.º L 158, de 30 de Abril de 2004, pp. 77 ss., que revogou diversos actos comunitários anteriores sobre a mesma matéria.

⁽²⁶⁾ Apesar da sua centralidade no Tratado, a liberdade de circulação de trabalhadores tem ainda um significado económico relativamente modesto. Em 2006, cerca de 3 milhões de estrangeiros estabeleceram-se nos 27 Estados-Membros da Comunidade Europeia; destes, apenas 1,2 milhões (40%) eram cidadãos de outros Estados-Membros da Comunidade, sendo 1,8 milhões (60%) nacionais de terceiros países (*vide* Anne Herm, «Recent migration trends: citizens of EU-27 Member States become ever more mobile while EU remains attractive to non-EU citizens», *Eurostat Statistics in Focus*, 98/2008, p. 1). Ao todo, em 1 de Janeiro de 2006, cerca de 8,2 milhões de cidadãos da União Europeia exerciam o seu direito de residir noutro Estado-Membro: *cfr.* Comissão Europeia, *Quinto relatório sobre a cidadania da União (1 de Maio de 2004 — 30 de Junho de 2007)*, doc. COM (2008) 85 final, p. 2. Por conseguinte, menos de dois por cento dos europeus vivem e trabalham actualmente num Estado-Membro diverso daquele de que são originários. A mobilidade de trabalhadores europeus — essencial à criação de um mercado europeu de emprego e à redução do desemprego na União — é, assim, ainda hoje relativamente limitada. A este facto não serão alheios os sistemas de segurança social instituídos pelos Estados-Membros após a II Guerra Mundial, a melhoria generalizada dos níveis de vida proporcionada pelo desenvolvimento económico registado na União ao longo das últimas décadas e as barreiras culturais que persistem à mobilidade das pessoas no seio da União, entre as quais avulta a diversidade das línguas europeias. Sobre o ponto, *vide*, numa perspectiva sociológica, Adrian Favell, «Immigration, Migration, and Free Movement in the Makings of Europe», *in* Jeffrey T. Checkel e Peter J. Katzenstein, *European Identity*, Cambridge, 2009, pp. 167 ss.

⁽²⁷⁾ Ver Maria Luísa Duarte, «Direito Comunitário do Trabalho. Tópicos de uma identificação», *in* Pedro Romano Martínez (org.), *Estudos do Instituto de Direito do Tra-*

Trabalho continua a ser, nos Estados-Membros desta, essencialmente de fonte interna, sendo as respectivas normas em muitos aspectos acentuadamente divergentes entre si ⁽²⁸⁾.

Este facto é atribuível, designadamente, às vastas implicações sociais e económicas do regime do contrato individual de trabalho e da contratação colectiva, à diversidade de modelos económicos que persiste na Comunidade (*maxime* entre os países anglo-saxónicos e os do continente europeu), e às diferenças de níveis de desenvolvimento que se registam, sobretudo após os últimos alargamentos, entre os antigos e os novos Estados-Membros.

A determinação da lei aplicável às condições de exercício da actividade laboral por trabalhadores migrantes, designadamente daqueles que são objecto de destacamento para a prestação intra-comunitária de serviços, assume, por isso, o maior relevo.

Pergunta-se a este respeito, designadamente, se as condições laborais aplicáveis a esses trabalhadores devem ser fixadas pela lei do respectivo país de origem, pela lei do país de acolhimento ou por ambas. Tal o problema que importará dilucidar em seguida.

4. Regras gerais sobre a determinação da lei aplicável ao contrato individual de trabalho. A competência da *lex loci laboris*

A determinação da lei aplicável ao contrato individual de trabalho é objecto do art. 8.º do Regulamento de Roma I.

balho, vol. I, Coimbra, 2001, pp. 153 ss.; Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do Trabalho*, Parte I, *Dogmática geral*, Coimbra, 2005, pp. 167 ss.; Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, 3.ª ed., Coimbra, 2006, pp. 204 ss.; e Luís Menezes Leitão, *Direito do Trabalho*, Coimbra, 2008, pp. 73 ss.

⁽²⁸⁾ Como nota Pedro Romano Martinez, «[o]s actos comunitários em matéria social são relativamente numerosos, mas incidem, em especial, sobre aspectos de pormenor, razão pela qual, por esta via, não se tem obtido a harmonização da legislação no seio da comunidade» (cfr. *Direito do Trabalho*, cit., p. 207). A União Europeia caracteriza-se hoje, segundo o mesmo autor, pela existência de uniformização legislativa no tocante à liberdade de circulação de trabalhadores e ao princípio da igualdade; de uma harmonização tendencial em relação à higiene e segurança no trabalho, à protecção contra acidentes de trabalho e às condições de trabalho; e de desarmonia quanto ao Direito sindical, à negociação colectiva, ao regime do contrato de trabalho — em especial quanto à respectiva cessação — e à greve.

Consagra-se nesse preceito a liberdade de escolha pelas partes da lei aplicável, embora a designação desta lei não possa ter como consequência privar o trabalhador da protecção que lhe proporcionam as disposições não derogáveis por acordo da lei que seria aplicável na falta de escolha.

A título subsidiário, prevê-se que o contrato de trabalho é regulado pela lei do país em que o trabalhador presta habitualmente o seu trabalho em execução do contrato (a *lex loci laboris*) ou, na sua falta, a do país a partir do qual o trabalhador presta habitualmente o seu trabalho em execução do contrato.

Assim se dá satisfação a três ordens de preocupações: a protecção do trabalhador enquanto parte mais fraca no contrato; a igualdade de tratamento entre trabalhadores nacionais e estrangeiros; e a igualdade de tratamento dos concorrentes que actuam em certo mercado pelo que respeita às condições de trabalho e remuneração que têm de proporcionar aos respectivos trabalhadores ⁽²⁹⁾.

5. O destacamento internacional de trabalhadores e a aplicabilidade das normas imperativas da lei do país de acolhimento

a) A aplicação destas regras suscita dificuldades especiais sempre que estejam em causa contratos individuais de trabalho a executar por trabalhadores temporariamente destacados para um país estrangeiro ao serviço da empresa para que trabalham ⁽³⁰⁾.

⁽²⁹⁾ Ver, sobre esta matéria, Rui de Moura Ramos, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*, Coimbra, 1991, pp. 908 ss., com mais referências.

⁽³⁰⁾ O direito dos nacionais dos Estados-Membros da União de se deslocarem para outro Estado-Membro e de nele exercerem uma actividade profissional ao abrigo de um destacamento intracomunitário de trabalhadores foi primeiramente reconhecido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no acórdão *Rush Portuguesa*, de 27 de Março de 1990 (proc. C-113/89). Aí se afirmou: «Os artigos 59.º e 60.º do Tratado CEE e os artigos 215.º e 216.º do acto de adesão do Reino de Espanha e da República Portuguesa devem ser interpretados no sentido de que uma empresa estabelecida em Portugal, que efectua prestações de serviços no sector da construção e obras públicas noutro Estado-Membro pode deslocar-se com o seu pessoal próprio, trazido de Portugal, pelo período de duração das obras em causa. Em tal caso, as autoridades do Estado-membro no qual devem ser realizados os

Conforme resulta do que dissemos acima, aplica-se nestes casos, na falta de escolha da lei reguladora do contrato, a lei do país onde é habitualmente devida a prestação do trabalho, o qual é o *país de origem* do trabalhador.

No regime do Regulamento, o destacamento temporário de trabalhadores não afecta, pois, a determinação da lei aplicável ao contrato individual de trabalho ⁽³¹⁾.

Esta solução assegura às empresas que destacam temporariamente os seus trabalhadores no âmbito de uma prestação intracomunitária de serviços uma *vantagem competitiva* relativamente às do país de acolhimento, sempre que a lei do país onde se acham estabelecidas (e onde esses trabalhadores prestam habitualmente o seu trabalho em execução dos respectivos contratos) consagre níveis de retribuição mínima e outras condições laborais menos exigentes.

trabalhos, não podem impor ao prestador de serviços condições que respeitem à contratação de mão-de-obra local ou à obtenção de uma autorização de trabalho para o pessoal português». Neste acórdão, a situação em apreço foi qualificada como pertinente à liberdade de prestação de serviços, então regulada nos arts. 59.º e 60.º do Tratado da Comunidade Europeia (actuais arts. 56.º e 57.º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia), e não à liberdade de circulação de trabalhadores, prevista no art. 48.º (actual art. 45.º), com base no argumento de que os trabalhadores em causa «regressam ao seu país de origem após a realização do seu trabalho, sem entrarem, em qualquer momento, no mercado de emprego do Estado-Membro de acolhimento». Na realidade, porém, esta qualificação prendeu-se com a circunstância de ao tempo os trabalhadores em causa, de nacionalidade portuguesa, não beneficiarem ainda da liberdade de circulação conferida pelo Tratado, em virtude das restrições impostas ao exercício dessa liberdade no Acto de Adesão de Portugal à Comunidade Europeia, as quais não afectavam a liberdade de prestação de serviços. Foi a recondução do caso às disposições do Tratado relativas a esta última que permitiu assegurar a aplicação do Direito Comunitário, não obstante as referidas restrições. A jurisprudência *Rush* seria depois confirmada no acórdão *Vander Elst*, de 9 de Agosto de 1994 (proc. C-43/93).

⁽³¹⁾ Paralelamente, o art. 14.º do Regulamento (CEE) n.º 1408/71, relativo à aplicação dos regimes de segurança social aos trabalhadores assalariados, aos trabalhadores não assalariados e aos membros da sua família que se deslocam no interior da Comunidade, na redacção dada pelo Regulamento (CEE) n.º 2001/83 (*in JOCE* n.º L 230, de 22 de Agosto de 1983, pp.6 ss), dispõe no seu n.º 1, alínea a): «A pessoa que exerça uma actividade assalariada no território de um Estado-Membro, ao serviço de uma empresa de que normalmente depende, e que seja destacada por esta empresa para o território de outro Estado-Membro a fim de aí efectuar um trabalho por conta desta última, continua sujeita à legislação do primeiro Estado-Membro, desde que o período previsível desse trabalho não exceda doze meses e que não seja enviada em substituição de outra pessoa que tenha terminado o período do seu destacamento».

Concomitantemente, porém, ela fomenta a afluência de mão-de-obra a baixo custo aos Estados-Membros onde vigoram níveis mais altos de remuneração (i. é, segundo alguns, o *dumping social*), com eventual prejuízo para os trabalhadores locais, cujas remunerações poderão ver-se reduzidas em consequência disso, bem como para a igualdade de condições de concorrência entre as empresas que competem entre si no mercado local (a *par conditio concurrentium*).

b) Foi esta circunstância que ditou a adopção da Directiva n.º 96/71/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro de 1996, relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços ⁽³²⁾.

Pelo que respeita às condições de trabalho e emprego dos trabalhadores destacados, estabelece-se no art. 3.º, n.º 1, da Directiva que, independentemente da lei aplicável à relação laboral, serão garantidas aos trabalhadores destacados as condições estabelecidas por disposições legais, regulamentares ou convencionais do Estado-Membro de execução do trabalho relativas aos períodos máximos de trabalho, à duração mínima das férias anuais remuneradas, às remunerações salariais mínimas, às condições de disponibilização dos trabalhadores, à segurança, à saúde e à higiene no trabalho, às condições de trabalho e emprego das mulheres grávidas e das puérperas, das crianças e dos jovens e à igualdade de tratamento entre homens e mulheres.

Estas matérias constituem, pois, um *núcleo duro* de condições de trabalho e emprego, cuja observância é obrigatória para as empresas que destacam trabalhadores para outro Estado-Membro ⁽³³⁾.

A Directiva visa, por conseguinte, resolver a questão acima suscitada, sujeitando certos aspectos das condições de trabalho e emprego dos trabalhadores temporariamente destacados às regras

⁽³²⁾ In JOCE, n.º L 18, de 21 de Janeiro de 1997, pp. 1 ss. Em Portugal, a Directiva n.º 96/71 foi transposta para a ordem jurídica interna pela Lei n.º 9/2000, de 15 de Junho, tendo os Códigos do Trabalho de 2003 e 2009 disciplinado a matéria, respectivamente, nos arts. 7.º a 9.º e 6.º a 8.º. Ver, sobre a Directiva, Marie-Ange Moreau, «Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union européenne», *Clunet*, 1996, pp. 889 ss.

⁽³³⁾ Cfr. a comunicação da Comissão Europeia intitulada *Orientações relativas ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços*, doc. COM (2006) 159 final, p. 2.

vigentes no país de acolhimento ou de destino, sem prejuízo de se aplicarem aos demais aspectos da relação laboral as regras da lei escolhida pelas partes ou as do país de origem do trabalhador.

Consagra-se nela, segundo Jürgen Basedow, uma excepção ao princípio da aplicação da lei do país de origem ⁽³⁴⁾.

6. Continuação: os limites à aplicação das normas imperativas do país de acolhimento do trabalhador

a) A Directiva 96/71/CE não harmonizou, porém, as regras de protecção mínima dos trabalhadores a que se refere. O seu conteúdo pode, pois, ser livremente definido pelos Estados-Membros ⁽³⁵⁾.

Cedo se suscitaram, por isso, diversas questões atinentes à definição das situações em que é dado aos Estados-Membros limitarem, ao abrigo dessas regras, a prestação de actividade laboral por trabalhadores destacados para o seu território.

Foi o que sucedeu no caso *Arblade* ⁽³⁶⁾. Estava em causa um destacamento de trabalhadores ao serviço de duas empresas estabelecidas em França, que efectuaram trabalhos de construção civil na Bélgica e para aí transferiram trabalhadores seus. Essas empresas e os respectivos gerentes foram accionados na Bélgica por não terem cumprido diversas obrigações, previstas nas leis belgas, respeitantes à elaboração, manutenção e conservação de documentos sociais e de trabalho, à remuneração mínima no sector da construção civil e ao pagamento pela entidade patronal de quotizações para certos fundos de que eram beneficiários os trabalhadores. As disposições legais que consagravam essas obrigações eram consideradas leis de polícia e de segurança, na acepção do art. 3.º, primeiro parágrafo, do Código Civil belga, estando portanto sujeitos a elas todos os que se encontram em território belga.

⁽³⁴⁾ Cfr. «European Private International Law of Obligations and Internal Market Legislation — A Matter of Coordination», in J. Erauw, V. Tomljenovic e P. Volken (orgs.), *Liber Memorialis Petar Sarcevic. Universalism, Tradition and the Individual*, Munique, 2006, pp. 13 ss. (pp. 16 s.).

⁽³⁵⁾ Neste sentido, veja-se o acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 18 de Julho de 2007, caso *Comissão c. RFA* (proc. C-490/04).

⁽³⁶⁾ Acórdão de 23 de Novembro de 1999 (procs. C-369/96 e C-376/96).

No acórdão que proferiu sobre o caso, o Tribunal de Justiça da União Europeia sustentou que das liberdades comunitárias resultam certas limitações à eficácia das *lois de police* (também ditas normas internacionalmente imperativas, de aplicação imediata ou necessária ⁽³⁷⁾) em matéria laboral. A fim de que os órgãos nacionais de aplicação do Direito possam conferir-lhes efeitos nas situações em que esteja em causa o exercício de alguma daquelas liberdades é necessário, de acordo com o Tribunal, que, mesmo na ausência de uma harmonização das regras aplicáveis nesta matéria:

- Isso se justifique por «razões imperativas de interesse geral», que se apliquem a qualquer pessoa ou empresa que exerça uma actividade no território do Estado-Membro de acolhimento (entre as quais figura a protecção dos trabalhadores, mas não considerações de ordem meramente administrativa);
- O mesmo interesse não esteja salvaguardado por regras «essencialmente comparáveis em razão da sua finalidade», i. é, funcionalmente equivalentes, a que o respectivo destinatário esteja sujeito no Estado-Membro em que se encontra estabelecido;
- A aplicação dessas regras seja «adequada para garantir a realização do objectivo que as mesmas prosseguem»; e
- «Não ultrapasse o necessário para atingir esse objectivo», i. é, seja proporcionada a este.

Esta jurisprudência foi posteriormente desenvolvida em diversos outros arestos do Tribunal de Justiça ⁽³⁸⁾.

⁽³⁷⁾ I. é, no dizer do acórdão, as «disposições nacionais cuja observância foi considerada crucial para a salvaguarda da organização política, económica, social ou económica do Estado-Membro em causa, a ponto de impor o seu respeito a qualquer pessoa que se encontre no território nacional desse Estado-Membro ou a qualquer relação jurídica neste localizada».

⁽³⁸⁾ Haja vista, designadamente, aos acórdãos *Mazzoleni*, de 15 de Março de 2001 (proc. C-165/98), *Finalarte*, de 25 de Outubro de 2001 (procs. C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 e C-68/98 a C-71/98), *Portugaia*, de 22 de Janeiro de 2002 (proc. C-164/99), *Comissão c. República Italiana*, de 7 de Fevereiro de 2002 (proc. C-279/00), *Comissão c. Grão-Ducado do Luxemburgo*, de 21 de Outubro de 2004 (proc. C-445/03), *Comissão c. RFA*, de 19 de Janeiro de 2006 (proc. C-244/04), e *Laval*, de 18 de Dezembro de 2007 (proc. C-341/05).

b) Em suma, está em jogo nesta matéria a conciliação de duas ordens de objectivos prosseguidos pela União Europeia:

- Por um lado, a tutela de certos direitos sociais fundamentais e a garantia da igualdade das condições de concorrência no mercado, que pressupõem que as empresas estrangeiras sejam submetidas em cada Estado-Membro às mesmas condições que as empresas locais;
- Por outro lado, as liberdades económicas fundamentais e a concorrência que através delas se visa promover, as quais reclamam que as empresas estrangeiras possam tirar partido dos menores custos por si suportados em razão das regras materiais a que estão submetidas no respectivo Estado-Membro de estabelecimento ⁽³⁹⁾.

O primeiro destes objectivos postula a aplicação da lei do Estado-Membro de acolhimento dos trabalhadores destacados; o segundo, a aplicação da lei do Estado-Membro de origem.

Na sua jurisprudência, o Tribunal de Justiça da União Europeia tem procurado conciliar estes objectivos, enunciando um conjunto de condições de que depende a aplicação das normas imperativas em matéria laboral do país de acolhimento. Não se verificando essas condições, a primazia é conferida às normas da lei do Estado-Membro onde o trabalhador presta habitualmente a sua actividade — *hoc sensu*, aquele de que é originário.

7. A liberdade de circulação e permanência no território dos Estados-Membros e a lei aplicável ao estatuto pessoal das pessoas singulares

Como já se referiu, o Tratado de Maastricht introduziu no art. 18.º do Tratado da Comunidade Europeia (a que corresponde actualmente o art. 21.º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia) a *liberdade de circulação e permanência* no ter-

⁽³⁹⁾ Cfr. Marc Fallon, «Le détachement européen des travailleurs, à la croisée de deux logiques conflictualistes», *Revue Critique de Droit International Privé* (doravante *RCDIP*), 2008, pp. 781 ss. (pp. 817 s.).

ritório dos Estados-Membros, a qual é reconhecida como um direito fundamental a todos os cidadãos da União Europeia, independentemente de exercerem qualquer actividade económica no Estado de acolhimento ⁽⁴⁰⁾.

Em razão desse preceito do Tratado, a liberdade de circulação e permanência passou a poder ser também invocada por pessoas que não exercem uma actividade laboral num Estado-Membro, como fundamento da não aplicação da lei local às questões do seu estatuto pessoal e em prol do reconhecimento, por esse Estado-Membro, de situações jurídicas constituídas de acordo com a lei de outro Estado-Membro ⁽⁴¹⁾.

Assim sucedeu no caso *Garcia Avello*, que todavia foi examinado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia sob o prisma da proibição de discriminações em razão da nacionalidade, presentemente consignada no art. 18.º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia ⁽⁴²⁾.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. Jürgen Schwartze (org.), *EU Kommentar*, cit., sub art. 18, nota 8. A liberdade de circulação dos trabalhadores configura-se, por conseguinte, como uma *lex specialis* relativamente à liberdade de circulação e permanência a que alude o art. 21.º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia: cfr. Ulrich Wölker e Gerhard Grill, in Hans von der Groeben e Jürgen Schwartze (orgs.), *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, cit., p. 1289. Sendo essa liberdade exercida para fins laborais, são os arts. 45.º e seguintes daquele Tratado que devem ser aplicados, ainda que hajam de ser interpretados à luz do que se dispõe naquele preceito: cfr. o acórdão de 26 de Novembro de 2002, caso *Olazabal* (proc. C-100/01).

⁽⁴¹⁾ Ver, sobre o ponto, Roberto Baratta, «Problematic elements of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in the EC», *IPRax*, 2007, pp. 4 ss.

⁽⁴²⁾ Cfr. o acórdão de 2 de Outubro de 2003 (proc. C-148/02). Segundo o Tribunal, o preceito referido no texto seria incompatível com a recusa das autoridades belgas em reconhecer o apelido de duas crianças, ambas de nacionalidade espanhola e belga e residentes na Bélgica, que lhes fora previamente atribuído nos termos da lei espanhola. O princípio da não discriminação proscreve, segundo o Tribunal, que situações idênticas sejam tratadas de modo diferente e que situações diferentes sejam tratadas de igual maneira. Ao tratarem bi-nacionais belgas e espanhóis da mesma forma que as pessoas que possuem apenas a nacionalidade belga, recusando-lhes, ao abrigo da lei belga, a possibilidade de usarem os apelidos do pai e da mãe, que a lei espanhola lhes reconhece, as autoridades belgas teriam incorrido numa violação do Tratado. Ver, sobre este aresto, a anotação de Elsa Dias Oliveira in *Cadernos de Direito Privado*, Abril/Junho de 2004, pp. 28 ss., e Rui de Moura Ramos, «O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a regulamentação do direito ao nome nas relações privadas internacionais», in *eiusdem*, *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, cit., vol. II, pp. 241 ss.

A questão colocou-se de novo, mais recentemente, no caso *Grunkin-Paul*. Discutia-se nele a compatibilidade com o Direito da União Europeia da recusa de inscrição no registo civil, por um serviço de registo civil de Niebüll, na Alemanha, do apelido de uma criança de nacionalidade alemã, mas nascida na Dinamarca, onde residia, constituído pelos apelidos do pai, Stefan Grunkin, e da mãe, Dorothee Paul.

Essa recusa tinha como fundamento a circunstância de a lei alemã, ao contrário da dinamarquesa, não permitir semelhante composição do apelido da criança, embora o mesmo houvesse previamente sido registado na Dinamarca nos termos requeridos pelos pais.

A lei alemã era aplicável ao caso segundo o art. 10 da Lei de Introdução ao Código Civil alemão (EGBGB), que, à imagem do Direito Internacional Privado de diversos Estados-Membros da Comunidade, entre os quais o português, bem como da Convenção de Munique de 1980 sobre a Lei Aplicável aos Nomes Próprios e Apelidos ⁽⁴³⁾, atribui competência nesta matéria à lei da nacionalidade.

Num primeiro acórdão, *Grunkin-Paul* ⁽⁴⁴⁾, o Tribunal de Justiça da União Europeia considerou que o Amtsgericht de Niebüll, que conheceu do caso num processo de jurisdição voluntária (portanto sem ser chamado a decidir um litígio), actuara na qualidade de autoridade administrativa. Por esta razão, o Tribunal de Justiça declarou-se incompetente para decidir a questão que lhe fora colocada em sede de reenvio prejudicial.

Essa questão viria, porém, a ser de novo suscitada perante o Tribunal pelo Amtsgericht de Flensburg, no âmbito do litígio que opôs Stefan Grunkin e Dorothee Paul ao serviço de registo civil de Niebüll, em virtude de este se ter recusado a reconhecer o apelido do seu filho Leonhard Matthias.

Em novo acórdão, *Grunkin-Paul II* ⁽⁴⁵⁾, o Tribunal de Justiça salientou que o facto de o interessado ser obrigado a usar, no

⁽⁴³⁾ Convenção n.º 19 da CIEC, aprovada para adesão pela Resolução da Assembleia da República n.º 8/84, de 8 de Novembro de 1983, in *Diário da República*, n.º 54, I série, de 3 de Março de 1984.

⁽⁴⁴⁾ Acórdão de 27 de Abril de 2006 (proc. C-96/04).

⁽⁴⁵⁾ Acórdão de 14 de Outubro de 2008 (proc. C-353/06). Ver, sobre este, Matthias Lehmann, «What's in a name? *Grunkin-Paul* and Beyond», *Yearbook of Private International Law* (doravante *YPIL*), 2008, pp. 135 ss.; María Dolores Ortiz Vidal, «El

Estado-Membro de que tem a nacionalidade, um nome diferente do que lhe foi atribuído e registado no Estado-Membro de nascimento e residência pode entravar o exercício do direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros. Com este fundamento, o Tribunal declarou:

«Em condições como as do processo principal, o artigo 18.º CE opõe-se a que as autoridades de um Estado-Membro, em aplicação do direito nacional, recusem o reconhecimento do apelido de um menor, tal como determinado e registado noutro Estado-Membro onde esse menor nasceu e reside desde essa data, que, como os seus pais, tem unicamente a nacionalidade do primeiro Estado-Membro.»

Da liberdade de circulação e permanência no interior da União Europeia resultou, assim, uma restrição de vasto alcance à aplicabilidade da lei do país da nacionalidade às questões compreendidas no estatuto pessoal de uma pessoa singular — restrição essa que operou, na espécie, em benefício da lei do país de nascimento e de residência habitual dessa pessoa, i. é, da lei do seu *país de origem*.

III

A LIBERDADE DE ESTABELECIMENTO

8. A liberdade de estabelecimento e a determinação da lei pessoal das sociedades comerciais: posição do problema

Passemos à liberdade de estabelecimento ⁽⁴⁶⁾. Esta encontra-se actualmente consagrada no art. 49.º do Tratado Sobre o Funcio-

caso *Grunkin-Paul*: notas a la STJUE de 14 de Outubro de 2008», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (doravante *CDT*), 2009, n.º 1, pp. 143 ss.; e Heinz-Peter Mansel, Karsten Thorn e Rolf Wagner, «Europäisches Kollisionsrecht 2008: Fundamente der Europäischen IPR-Kodifikation», *IPRax*, 2009, pp. 1 ss. (pp. 2 ss.).

⁽⁴⁶⁾ Cfr., a este respeito, Hans von der Groeben e Jürgen Schwarze (orgs.), *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, cit., vol. I, pp. 1479 ss.; Rudolf Streinz (org.), *EUV/EGV*, cit., pp. 686

namento da União Europeia (correspondente ao art. 43.º do Tratado da Comunidade Europeia) em benefício dos nacionais dos Estados-Membros. O art. 54.º daquele primeiro Tratado (que corresponde ao art. 48.º do Tratado da Comunidade Europeia) equipara a estes as sociedades constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-Membro e que tenham a sua sede social, administração central ou estabelecimento principal na União.

Visa-se através destes preceitos assegurar a livre circulação dos trabalhadores independentes e das empresas através das fronteiras, reconhecendo-se-lhes a faculdade de se instalarem num Estado-Membro para nele exercerem a respectiva actividade. Nesta medida, esses preceitos encontram-se estreitamente conexos com os que garantem a liberdade de circulação das pessoas singulares. As suas repercussões na regulação das situações privadas internacionais apresentam, no entanto, certas especificidades, pelo que os consideraremos aqui separadamente.

Avultam a este respeito, em primeiro lugar, as questões relacionadas com a determinação da lei pessoal das sociedades comerciais.

É bem sabido que, não obstante a adopção, desde 1968, de diversas Directivas em matéria de sociedades ⁽⁴⁷⁾, não foi ainda lograda na União Europeia uma integral harmonização do respectivo regime. Ao que não será alheia a estreita ligação entre este tema, a organização económica prevalecente em cada país e o grau de controlo exercido pelo Estado sobre a actividade das empresas.

ss.; Rudolf Geiger, *EU/EGV*, cit., pp. 310 ss.; Christian Tietje, «Niederlassungsfreiheit», in Dirk Ehlers (org.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, cit., pp. 284 ss.; Wolfgang Kilian, *Europäisches Wirtschaftsrecht*, cit., pp. 107 ss.; Paul Craig e Gráinne de Búrca, *EU Law*, cit., pp. 791 ss.; Jean-Louis Clergerie, Annie Gruber e Patrick Rambaud, *L'Union européenne*, cit., pp. 350 ss.; e Jürgen Schwartz (org.), *EU Kommentar*, cit., pp. 632 ss. Na literatura jurídica portuguesa, vejam-se: José Carlos Moitinho de Almeida, *Direito Comunitário*, cit., pp. 439 ss.; Rui de Moura Ramos, *Direito Comunitário (Programa, conteúdos e métodos de ensino)*, cit., pp. 94 ss.; João Mota de Campos e João Luiz Mota de Campos, *Manual de Direito Comunitário*, cit., pp. 573 ss.

⁽⁴⁷⁾ Sobre as quais podem consultar-se: Michel Menjunq, *Droit international et européen des sociétés*, Paris, 2001; Stefan Grundmann, *Europäisches Gesellschaftsrecht. Eine systematische Darstellung unter Einbeziehung des Europäischen Kapitalmarktrechts*, Heidelberg, 2004; e António Menezes Cordeiro, *Direito Europeu das Sociedades*, Coimbra, 2005.

A determinação da lei pessoal reveste-se assim de grande importância sempre que uma sociedade comercial constituída num Estado-Membro, de acordo com a lei local, pretenda exercer a sua liberdade de estabelecimento noutro Estado-Membro.

Pergunta-se, nessas situações, se a sociedade em questão deverá ficar submetida, nos países que consagram a aplicabilidade da lei da sede da administração ao estatuto pessoal das pessoas colectivas, a essa lei, ainda que a mesma seja mais exigente do que aquela conforme a qual a sociedade se constituiu.

9. A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

a) A relação entre a liberdade de estabelecimento e o estatuto pessoal das sociedades comerciais foi objecto, ao longo dos últimos vinte anos, de diversas decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia ⁽⁴⁸⁾.

Avulta entre elas a que foi proferida no caso *Centros* ⁽⁴⁹⁾. O Tribunal considerou aí que a recusa por um serviço público dina-

⁽⁴⁸⁾ Ver, sobre esta matéria, o nosso «Liberdade de estabelecimento, lei pessoal e reconhecimento das sociedades comerciais», in *Direito Internacional Privado. Ensaios*, vol. II, Coimbra, 2005, pp. 91 ss., com mais referências.

⁽⁴⁹⁾ Acórdão de 9 de Março de 1999 (proc. C-212/97). Ver, sobre o mesmo, Peter Behrens, «Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH», *IPRax*, 1999, pp. 323 ss.; *idem*, «International Company Law in View of the Centros Decision of the ECJ», *European Business Organization Law Review*, 2000, pp. 125 ss.; Francisco Garcimartín Alférez, «El Tratado CE y la Sitztheorie: - el TJCE considera — por fin — que son incompatibles», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1999, pp. 295 ss.; Werner Ebke, «Centros — Some Realities and Some Mysteries», *American Journal of Comparative Law*, 2000, pp. 623 ss.; Karl Peter Puskajler, «Luxemburg locuta, causa non finita? Anmerkungen aus der Praxis zu dem Centros-Urteil des EuGH», *IPRax*, 2000, pp. 79 s.; Wulf-Henning Roth, anotação ao ac. *Centros*, na *Common Market Law Review*, 2000, pp. 147 ss.; Karsten Thomas, «Das Centros-Urteil des EuGH im Spiegel der deutschen Rechtsprechung», *IPRax*, 2001, pp. 102 ss.; Marc-Philippe Weller, «Scheinauslandsgesellschaften nach Centros, Überseering und Inspire Art: Ein neues Anwendungsfeld für die Existenzvernichtungshaftung», *IPRax*, 2003, pp. 207 ss.; e Tito Ballarino, «Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire d'établissement. Remarques sur deux arrêts récents de la Cour de Justice des Communautés Européennes», *RCDIP*, 2003, pp. 373 ss. Na doutrina portuguesa, vide Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado*, vol. II, 2.^a ed., Coimbra, 2002, pp. 102 s.

marquês de registar a sucursal de uma sociedade constituída no Reino Unido, ainda que esta tivesse como finalidade o exercício na Dinamarca de toda a actividade que integrava o seu objecto social, impedia o exercício da liberdade de estabelecimento. Lê-se, com efeito, nesse aresto:

«Os artigos 52.º e 58.º do Tratado CE [que correspondem, respectivamente, aos artigos 49.º e 54.º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia] opõem-se a que um Estado-Membro recuse o registo de uma sucursal de uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de outro Estado-Membro, no qual aquela tem a sua sede, sem aí exercer actividades comerciais, quando a sucursal se destina a permitir à sociedade em causa exercer a totalidade da sua actividade no Estado em que esta sucursal será constituída, evitando constituir neste uma sociedade e eximindo-se assim à aplicação das normas de constituição de sociedades que aí são mais rigorosas em matéria de liberação de um capital social mínimo.»

Uma sociedade comercial validamente constituída segundo a lei de um Estado-Membro da União Europeia deve, pois, poder criar noutro Estado-Membro uma sucursal destinada a exercer toda a sua actividade.

b) Subsequentemente, no acórdão *Inspire Art* ⁽⁵⁰⁾, o Tribunal entendeu que um Estado-Membro não pode impor, ao abrigo da sua lei, requisitos adicionais ao exercício da liberdade de estabelecimento por uma sociedade originária de outro Estado-Membro. Um tribunal de Amesterdão havia entendido que uma sociedade constituída no Reino Unido, sob a forma de *private company limited by shares*, mas cujo único administrador tinha domicílio nos Países-Baixos, onde a sociedade exercia toda a sua actividade, era uma «sociedade formalmente estrangeira» (ou «pseudo-estrangeira»), sujeita, como tal, a certas obrigações previstas na lei

⁽⁵⁰⁾ Acórdão de 3 de Setembro de 2003 (proc. C-167/01). Ver Daniel Zimmer, «Nach “Inspire Art”: Grenzlose Gestaltungsfreiheit für deutsche Unternehmen?», *Neue Juristische Wochenschrift* (doravante *NJW*), 2003, pp. 3585 ss.; Eva-Maria Kieninger, «Internationales Gesellschaftsrecht nach “Centros”, “Überseering” und “Inspire Art”», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (doravante *ZEuP*), 2004, pp. 685 ss.

holandesa, relativas à matrícula, ao capital social mínimo, às publicações sociais, à responsabilidade dos administradores, etc. O Tribunal de Justiça considerou, porém, que a aplicação das normas da lei holandesa à sociedade em questão implicaria um entrave à liberdade de estabelecimento. Os arts. 43.º e 48.º do Tratado da Comunidade Europeia (correspondentes, respectivamente, aos arts. 49.º e 54.º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia) opunham-se, por isso, à aplicação dessa lei.

Uma sociedade validamente constituída segundo o Direito de um Estado-Membro, mas que exerce a sua actividade exclusivamente no território de outro Estado-Membro, não pode, por conseguinte, ficar subordinada às normas imperativas deste último sobre a constituição de sociedades.

10. Suas repercussões sobre o Direito Internacional Privado: a aplicabilidade das regras que sancionam a fraude à lei

a) Desta jurisprudência, e em particular do acórdão *Centros*, infere-se que, em matéria de sociedades, uma situação jurídica constituída num Estado-Membro com o intuito de evitar a aplicação da lei de outro Estado-Membro, que normalmente seria competente, não é susceptível de ser qualificada como fraude à lei em Direito Internacional Privado, desde que se funde no exercício de uma liberdade comunitária.

Bem se compreende que assim seja. De outro modo, os Estados-Membros da União Europeia poderiam restringir as liberdades comunitárias mediante regras de fonte interna, obstando à concorrência entre as ordens jurídicas nacionais no tocante às condições de constituição das sociedades comerciais.

Nos domínios em que as regras nacionais de Direito das Sociedades foram harmonizadas em virtude de actos jurídicos da União Europeia, estas devem considerar-se *funcionalmente equivalentes* entre si, sendo por isso indiferente, sob o prisma dos interesses acautelados por esses actos, a lei aplicável às situações plurilocalizadas.

Há, nesta medida, que reconhecer que o Direito da União Europeia restringe, no tocante às situações intracomunitárias, o

âmbito de aplicação das regras que sancionam a fraude à lei em Direito Internacional Privado ⁽⁵¹⁾).

b) Ressalva-se, é certo, no acórdão *Centros*, a possibilidade de um Estado-Membro tomar medidas adequadas (inclusive de carácter legislativo), a fim de prevenir ou sancionar situações em que se demonstre quererem os sócios, mediante o procedimento referido, eximir-se às suas obrigações perante credores estabelecidos nesse Estado-Membro.

Mas tais medidas terão de ser, à semelhança do que sucede em matéria de destacamento de trabalhadores, não discriminatórias, justificadas por razões imperativas de interesse geral, adequadas aos objectivos que prosseguem e proporcionadas.

Dentro destes limites, haverá, que consentir que os nacionais dos Estados-Membros exerçam a liberdade de estabelecimento que o Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia lhes confere, tirando partido, se for caso disso, da diversidade das regras de Direito das Sociedades vigentes nesses Estados ⁽⁵²⁾.

Este *modelo liberal* de integração, assente na competição legislativa, suscita a questão de saber se existe na Europa uma suficiente homogeneidade entre os regimes nacionais das sociedades que permita evitar que ele redunde em prejuízo dos interesses de terceiros protegidos através de normas imperativas do país de acolhimento ⁽⁵³⁾.

⁽⁵¹⁾ Ver Klaus Schurig, «Unilateralistische Tendenzen im europäischen Gesellschaftskollisionsrecht, oder: Umgehung als Regelungsprinzip», in Hilmar Krüger e Heinz-Peter Mansel (orgs.), *Liber Amicorum Gerhard Kegel*, Munique, 2002, pp. 199 ss. (especialmente pp. 219 s.); Rui de Moura Ramos, «O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a Teoria Geral do Direito Internacional Privado. Desenvolvimentos recentes», in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, vol. II, cit., pp. 39 ss. (especialmente pp. 65 ss.).

⁽⁵²⁾ A liberdade de estabelecimento, escreveu o Advogado-Geral Antonio La Pergola nas suas conclusões sobre o caso *Centros* (n.º 20), «compreende seguramente, para qualquer interessado, o direito de criar uma sociedade em conformidade com a legislação de um Estado-Membro para operar nesse mesmo Estado ou, nos mesmos termos em qualquer outro Estado-Membro».

⁽⁵³⁾ Cfr. Horatia Muir-Watt, «Aspects économiques du droit international privé (Réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions)», *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye de Droit International* (doravante *Rec. Cours*), t. 307 (2004), pp. 29 ss. (pp. 113 ss.).

Só a doutrina da sede real permite, com efeito, assegurar que as sociedades comerciais que tenham a sua sede no território de determinado país não se subtraem às regras locais que visam proteger os interesses dos credores e dos sócios.

Ora, como notámos acima, em ordem a tutelar estes interesses foram adoptadas pela União Europeia diversas Directivas, com particular incidência no regime das sociedades de capitais e, dentre estas, das sociedades anónimas. Na medida, por conseguinte, em que os Estados-Membros as hajam transposto para as respectivas ordens jurídicas internas, não será hoje necessária a aplicação da lei do país da sede, pelo que respeita às matérias reguladas nessas Directivas, a fim de proteger os interesses por elas tutelados ⁽⁵⁴⁾.

11. Continuação: a lei pessoal das sociedades comerciais

De acordo com o acórdão *Centros*, uma sociedade constituída em conformidade com a lei de um Estado-Membro da União Europeia, onde tenha a sua sede estatutária, pode criar uma sucursal no território de outro Estado-Membro, e registá-la nele, ainda que possua a sua sede efectiva no território deste.

Enquanto Estado-Membro de acolhimento de uma sucursal, esse Estado vê deste modo inevitavelmente limitado o seu poder de conformação jurídica dessa sociedade.

Por exemplo, uma sociedade comercial constituída noutro Estado-Membro da União Europeia, de acordo com a lei desse Estado, que queira exercer em Portugal a sua actividade através de um estabelecimento secundário e que aqui tenha a sua sede efectiva, ficará submetida à lei segundo a qual se constituiu, no tocante a questões como o capital social mínimo, os deveres de publicidade e a responsabilidade dos administradores, e não à lei portuguesa, como resultaria do artigo 3.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais, sempre que da aplicação desta lei resulte um entrave à liberdade de estabelecimento e essa aplicação não possa

⁽⁵⁴⁾ Neste sentido, Wulf-Henning Roth, «Der Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Internationale Privatrecht», *RabelsZ*, 1991, pp. 623 ss. (p. 649).

justificar-se com base em «exigências imperativas de interesse geral» ⁽⁵⁵⁾.

A liberdade de estabelecimento, na interpretação que lhe deu o acórdão *Centros*, tem, nesta medida, uma *projecção negativa* sobre a regra de conflitos que sujeita o estatuto pessoal das sociedades comerciais à lei do país da sede real e efectiva da sua administração, limitando o seu alcance em benefício da lei do país de acordo com a qual essas sociedades se constituíram — i.é, da lei do seu país de origem.

Estes desenvolvimentos da jurisprudência comunitária levaram o Ministério da Justiça alemão a publicar, em 2008, um projecto de lei sobre o Direito Internacional Privado das Sociedades, Associações e Pessoas Jurídicas, que altera a EGBGB, acolhendo expressamente a *teoria da incorporação* pelo que respeita à determinação da lei aplicável ao estatuto pessoal dessas entidades ⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁵⁾ Ver, em sentido análogo, perante o art. 25 da Lei Italiana de Direito Internacional Privado, Massimo Benedetelli, «Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* (doravante *RDIPP*), 2001, pp. 592 ss. (pp. 619 s.); e Giulia Rossolillo, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Pádua, 2002, p. 277.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. *Referentenentwurf für ein Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen*. Dispõe o art. 10 da EGBGB, na redacção dada por este projecto de lei: «As sociedades, associações e pessoas jurídicas de Direito Privado estão sujeitas ao Direito do Estado em que se encontram inscritas num registo público. Se não estiverem inscritas num registo público, estão sujeitas ao Direito do Estado de acordo com o qual se encontram organizadas». Ver, sobre este projecto, Rolf Wagner e Birte Timm, «Der Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristische Personen», *IPRax*, 2008, pp. 81 ss. Este texto praticamente reproduz a proposta de um regulamento comunitário e de lei de alteração da EGBGB publicada em 2007 pelo Conselho Alemão de Direito Internacional Privado, que consagrava igualmente nesta matéria a doutrina da incorporação. Cfr. Hans-Jürgen Sonnenberger e Frank Bauer, «Proposition du Deutscher Rat für Internationales Privatrecht en vue de l'adoption d'une réglementation du droit international des sociétés au niveau européen/national», *RCDIP*, 2006, pp. 712 ss.; Hans-Jürgen Sonnenberger (org.), *Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts. Vorgelegt im Auftrag der zweiten Kommission des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht, Spezialkommission Internationales Gesellschaftsrecht*, Tubinga, 2007. No mesmo sentido, a *Lei de Modernização do Direito das Sociedades de Responsabilidade Limitada e de Combate aos Abusos* (*Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen*), de 23 de Outubro de 2008, suprimiu a exigência de que a sede estatutária e a sede da administração das sociedades de

12. Continuação: o reconhecimento num Estado-Membro de sociedades comerciais constituídas em outros Estados-Membros

As limitações assim impostas à aplicação da lei do país da sede real e efectiva da administração das sociedades comerciais são um reflexo do *dever de reconhecimento*, nos Estados-Membros da União Europeia, das sociedades regularmente constituídas noutros Estados-Membros em conformidade com o Direito destes — dever esse que, conforme resulta da jurisprudência comunitária, se estende aos casos em que a sede da sociedade em causa se situe no território do próprio Estado onde o reconhecimento é reclamado, i. é, às sociedades ditas «pseudo-estrangeiras» ou «formalmente estrangeiras» ⁽⁵⁷⁾.

Funda-se esse dever na presunção de que, sendo as garantias oferecidas pelo Direito Societário dos Estados-Membros da União, em razão da harmonização de legislações neles empreendida, *fundamentalmente equivalentes* entre si, nenhuma razão existe para que um ente constituído de acordo com o Direito de um desses Estados não possa desenvolver a sua actividade no território dos demais, *maxime* estabelecendo-se nele.

(responsabilidade limitada e das sociedades por acções coincidam, permitindo assim que as sociedades desse tipo constituídas na Alemanha estabeleçam originariamente ou transfiram a sede da respectiva administração para o estrangeiro, à imagem do que os acordãos *Überseering* e *Inspire Art* haviam permitido no tocante a sociedades constituídas noutros Estados-Membros da União Europeia. O que, segundo os autores que se pronunciaram sobre esta alteração legislativa, implicou a consagração no Direito alemão da *doutrina da incorporação*: cfr. Bernd von Hoffmann e Karsten Thorn, *Internationales Privatrecht*, Munique, 2007, p. 293; Jörn Fingerhuth e Joachim Rumpf, «MoMiG und die Grenzüberschreitende Sitzverlegung — Die Sitztheorie ein (lebendes) Fossil?», *IPRax*, 2008, pp. 90 ss. Esta doutrina já tinha, aliás, sido acolhida na jurisprudência do Tribunal Federal alemão desde pelo menos 2004 (neste sentido, Kindler, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 4.^a ed., Munique, 2006, vol. 11, *Internationales Wirtschaftsrecht. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 50-245)*, pp. 62 s.; e Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 66.^a ed., Munique, 2007, pp. 2517 s.).

⁽⁵⁷⁾ Cfr., sobre o ponto, Paul Lagarde, «Rapport de synthèse», in Angelika Fuchs, Horatia Muir Watt e Étienne Pataut (orgs.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris, 2004, pp. 283 ss. (p. 288).

13. Continuação: a transferência internacional da sede das sociedades comerciais

Em caso de transferência internacional da sede efectiva de uma sociedade constituída de acordo com a lei de um Estado-Membro, o Direito da União Europeia exige também o reconhecimento da personalidade jurídica e da capacidade judiciária de que essa sociedade goza segundo aquela lei (ainda que sob a condição de a lei do país de incorporação não determinar, em tal caso, a dissolução da sociedade).

Eis por que, no acórdão *Überseering* ⁽⁵⁸⁾, foi tida como contrária ao Tratado da Comunidade Europeia a recusa de reconhecimento de capacidade jurídica, num Estado-Membro (a Alemanha), a uma sociedade constituída de acordo com a lei de outro Estado-Membro (os Países-Baixos). Sustentou, para tanto, o Tribunal:

«1. Os artigos 43.º CE e 48.º CE [correspondentes, respectivamente, aos artigos 49.º e 54.º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia] opõem-se a que, quando uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-Membro no território do qual tem a sua sede social é considerada, segundo o direito de outro Estado-Membro, como tendo transferido a sua sede efectiva para este Estado, este último não reconheça à referida sociedade a capacidade jurídica e, portanto, a capacidade judiciária perante os seus órgãos jurisdicionais nacionais para invocar os direitos resultantes de um contrato celebrado com uma sociedade estabelecida no referido Estado. 2. Quando uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-Membro no território do qual tem a sua sede social exerce a sua liberdade de estabelecimento noutro Estado-Membro, os artigos 43.º CE e 48.º CE impõem a este último que respeite a capacidade jurídica e, portanto, a capacidade judiciária que esta sociedade possui nos termos do direito do seu Estado de constituição.»

⁽⁵⁸⁾ Acórdão de 5 de Novembro de 2002 (proc. C-208/00). Ver Wulf-Henning Roth, «From *Centros* to *Überseering*: Free Movement of Companies, Private International Law, and Community Law», *ICLQ*, 2003, pp. 177 ss.; Peter Behrens, «Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem *Überseering*-Urteil des EuGH und den Schlussanträgen zu *Inspire Art*», *IPRax*, 2003, pp. 193 ss.

Uma sociedade pode, pois, transferir a sua sede social de um Estado-Membro para outro sem que lhe possa ser oposta a perda da sua personalidade jurídica em aplicação do critério da sede real.

Por outro lado, no acórdão *Cartesio* ⁽⁵⁹⁾, o Tribunal, retomando um princípio já enunciado no caso *Daily Mail* ⁽⁶⁰⁾, julgou que um Estado-Membro (na espécie, a Hungria) pode recusar a uma sociedade que transferiu a sua sede para outro Estado-Membro (concretamente, a Itália) a conservação da sua qualidade de sociedade de Direito nacional. Mas, explicitou o Tribunal, o Estado-Membro de origem não pode impor a dissolução e liquidação da sociedade, impedindo-a de se transformar em sociedade de Direito nacional de outro Estado-Membro, visto que isso constituiria uma restrição ilícita à liberdade de estabelecimento ⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁹⁾ Acórdão de 16 de Dezembro de 2008 (proc. C-210/06). Ver Francisco Martínez Rivas, «Traslado internacional de sede internacional en la Unión Europea: del caso *Daily Mail* al caso *Cartesio*. Veinte años no son nada», *CDT*, 2009, n.º 1, pp. 132 ss.; Heinz-Peter Mansel, Karsten Thorn e Rolf Wagner, est. cit. na *IPRax*, 2009, pp. 4 s.

⁽⁶⁰⁾ Acórdão de 17 de Setembro de 1988 (proc. 81/87). Discutia-se nesse caso a compatibilidade com o Direito da União Europeia da exigência, formulada pela legislação do Reino Unido, de uma autorização prévia, a fim de que uma sociedade constituída de acordo com o Direito desse país pudesse transferir a sede da sua administração para outro Estado-Membro da União Europeia, conservando a sua personalidade jurídica. O Tribunal considerou que os arts. 52.º e 58.º do Tratado da Comunidade Europeia (correspondentes aos actuais arts. 49.º e 54.º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia) deviam ser interpretados no sentido de que não conferiam a uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-Membro e que nele tivesse a sua sede estatutária, o direito de transferir a sede da sua administração para outro Estado-Membro. Os Estados-Membros seriam assim fundamentalmente livres de disciplinar conforme entendessem a conexão exigível entre uma sociedade e o território nacional, a fim de serem tidas como existentes e sujeitas ao Direito local. Nesta ordem de ideias, o Estado-Membro da sede de uma sociedade poderia determinar a sua dissolução em caso de transferência da sede da sua administração para outro Estado-Membro.

⁽⁶¹⁾ O Direito da União Europeia não se opõe a que, uma vez concretizada a transferência da sede da sociedade, se passe a aplicar a lei do país da nova sede às matérias compreendidas no seu estatuto pessoal, nem à exigência de que a sociedade conforme o seu contrato social com a lei do país de acolhimento. Daqui poderá resultar a necessidade de um procedimento de *transposição*, em ordem a determinar, à luz da lei do país da nova sede, qual o tipo societário equivalente àquele conforme o qual a sociedade se constituiu no país da sua sede originária. Cfr., neste sentido, Kurt Lipstein, «The Law relating to the movement of companies in the European Community», in Heinz-Peter Mansel, Thomas Pfeiffer, Herbert Kronke, Christian Kohler e Rainer Hausmann (orgs.), *Festschrift für Erik Jayme*, vol. I, Munique, 2004, pp. 527 ss. (p. 530).

14. A liberdade de estabelecimento e a determinação da lei pessoal das pessoas singulares

Também no tocante ao estatuto pessoal das pessoas singulares a diversidade dos Direitos nacionais pode limitar o exercício do direito de estabelecimento nos Estados-Membros por nacionais de outros Estados-Membros.

Assim, analogamente ao que sucede em matéria de sociedades comerciais, um Estado-Membro não deve impor a um nacional de outro Estado-Membro, que nele se tenha estabelecido para exercer uma profissão liberal, a aplicação da lei local às questões do seu estatuto pessoal, na medida em que isso possa restringir o exercício da liberdade de estabelecimento.

O Tribunal de Justiça da União Europeia pronunciou-se neste sentido no caso *Konstantinidis* ⁽⁶²⁾. Segundo o Tribunal, seria incompatível com o art. 52.º do Tratado da Comunidade Europeia (actual art. 49.º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia) a aplicação da regra vigente no Estado-Membro de estabelecimento que obrigava um cidadão de outro Estado-Membro a utilizar, no exercício da sua profissão, uma grafia do seu nome, resultante da respectiva transliteração no registo civil, que provocasse uma deformação da pronúncia do mesmo, com o risco de confusão junto da sua potencial clientela.

Também nesta matéria a liberdade de estabelecimento opera, pois, como um limite à aplicação da lei do Estado-Membro de acolhimento e em benefício, uma vez mais, da lei do país de origem.

⁽⁶²⁾ Acórdão de 30 de Março de 1993 (proc. C-168/91).

IV

A LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS

15. A afirmação jurisprudencial do princípio do reconhecimento mútuo em matéria de circulação de mercadorias e de serviços

a) Consideremos agora as repercussões da liberdade de circulação de mercadorias e da liberdade de prestação de serviços sobre o Direito Internacional Privado dos Estados-Membros da União.

A primeira destas liberdades encontra-se hoje consignada nos arts. 28.º e seguintes do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (correspondentes aos arts. 23.º e seguintes do Tratado da Comunidade Europeia), nos termos dos quais são proibidos entre os Estados-Membros os direitos aduaneiros de importação ou exportação, bem como as restrições quantitativas à importação e à exportação e as medidas de efeito equivalente ⁽⁶³⁾.

A segunda, consta do art. 56.º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (que corresponde ao art. 49.º do Tratado da Comunidade Europeia), conforme o qual as restrições à livre prestação de serviços na União são proibidas em relação aos nacionais dos Estados-Membros estabelecidos num Estado que não seja o do destinatário da prestação ⁽⁶⁴⁾. Consideram-se servi-

⁽⁶³⁾ Ver Rudolf Streinz (org.), *EUV/EGV*, cit., pp. 432 ss.; Rudolf Geiger, *EUV/EGV*, cit., pp. 241 ss.; Astrid Epiney, «Freiheit des Warenverkehrs», in Dirk Ehlers (org.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, cit., pp. 177 ss.; Wolfgang Kilian, *Europäisches Wirtschaftsrecht*, cit., pp. 94 ss.; Paul Craig e Gráinne de Búrca, *EU Law*, cit., pp. 637 ss.; Jean-Louis Clergerie, Annie Gruber e Patrick Rambaud, *L'Union européenne*, cit., pp. 333 ss.; e Jürgen Schwartze (org.), *EU Kommentar*, cit., pp. 439 ss. Entre nós, cfr. José Carlos Moitinho de Almeida, *Direito Comunitário*, cit., pp. 265 ss.; Rui de Moura Ramos, *Direito Comunitário (Programa, conteúdos e métodos de ensino)*, cit., pp. 91 ss.; João Mota de Campos e João Luiz Mota de Campos, *Manual de Direito Comunitário*, cit., pp. 529 ss.

⁽⁶⁴⁾ Vide Rudolf Streinz (org.), *EUV/EGV*, cit., pp. 693 ss.; Rudolf Geiger, *EUV/EGV*, cit., pp. 333 ss.; Eckhard Pache, «Dienstleistungsfreiheit», in Dirk Ehlers, ob. cit., pp. 315 ss.; Wolfgang Kilian, *Europäisches Wirtschaftsrecht*, cit., pp. 112 ss.; Paul Craig e Gráinne de Búrca, *EU Law*, cit., pp. 813 ss.; Jean-Louis Clergerie, Annie Gruber e Patrick Rambaud, *L'Union européenne*, cit., pp. 356 ss.; e Jürgen Schwartze (org.), *EU Kommentar*, cit., pp. 703 ss. Na doutrina portuguesa, o tema é analisado por José Carlos

ços, para este efeito, as prestações realizadas normalmente mediante remuneração, na medida em que não sejam reguladas pelas disposições relativas à livre circulação de mercadorias, de capitais e de pessoas (art. 57.º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia).

b) Da liberdade de circulação de mercadorias resulta, segundo o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça no caso *Cassis de Dijon*, já citado, que qualquer mercadoria legalmente produzida e comercializada num Estado-Membro da União deve, em princípio, ser admitida no mercado de qualquer outro Estado-Membro, ainda que haja sido produzida de acordo com regras diversas das que são impostas às mercadorias de origem nacional ⁽⁶⁵⁾.

O princípio do reconhecimento mútuo, deste modo enunciado, comporta uma vertente positiva e outra negativa:

- Por um lado, cada Estado-Membro deve *reconhecer* as regras dos demais, admitindo que a sua observância é suficiente para a comercialização no seu território dos bens postos em circulação noutro Estado-Membro da União;
- Por outro, o país de destino dos produtos deve *abster-se de aplicar as suas próprias disposições legais* às situações que sejam conformes com a lei do respectivo país de origem ⁽⁶⁶⁾.

Moitinho de Almeida, *Direito Comunitário*, cit., pp. 439 ss.; Rui de Moura Ramos, *Direito Comunitário (Programa, conteúdos e métodos de ensino)*, cit., pp. 101 ss.; João Mota de Campos e João Luiz Mota de Campos, *Manual de Direito Comunitário*, cit., pp. 573 ss.; e Margarida Salema d'Oliveira Martins, «A construção do mercado interno e a liberalização da prestação de serviços», *Revista de Estudos Europeus*, 2008, pp. 179 ss.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. *Communication de la Commission sur les suites de l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, le 20 février 1979, dans l'affaire 120-78 (Cassis de Dijon)*, JOCE n.º C 256 de 3 de Outubro de 1980, pp. 2 s., em que se pode ler: «Tout produit légalement fabriqué et commercialisé dans un État membre doit être, en principe, admis sur le marché de tout autre État membre».

⁽⁶⁶⁾ Neste sentido, Matteo Ortino, «The Role and Functioning of Mutual Recognition in the European Market of Financial Services», *International and Comparative Law Quarterly*, 2007, pp. 309 ss. (pp. 312 s.).

Originariamente afirmado no tocante às mercadorias, o princípio do reconhecimento mútuo foi depois estendido aos serviços ⁽⁶⁷⁾.

c) A diversidade das legislações nacionais no tocante a estas matérias não é, pois, em si mesma proscrita pelo Direito da União Europeia. Este apenas se opõe a que os operadores económicos fiquem sujeitos, cumulativamente, a exigências díspares das legislações dos diferentes países em que pretendem comercializar os respectivos produtos. Sempre que essas exigências sejam *funcionalmente equivalentes*, a sua aplicação cumulativa constitui um entrave injustificado à livre circulação.

d) Mas qual a justificação económica do princípio do reconhecimento mútuo?

Em abono dele, pode dizer-se que só assim as mercadorias livremente comercializadas no respectivo país de origem manterão as suas vantagens competitivas ao serem comercializadas noutros países.

Num quadro normativo harmonizado, os operadores económicos devem poder tirar partido da diversidade das legislações nacionais. Estimula-se assim a concorrência entre as legislações sob a égide das quais os produtos oferecidos no mercado interno foram produzidos ⁽⁶⁸⁾. O que, a termo, contribui para a evolução dessas legislações no sentido de uma maior eficiência económica.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. o acórdão *Sager*, de 25 de Julho de 1991 (proc. C-76/90), em que o Tribunal de Justiça declarou: «O artigo 59 do Tratado [actual artigo 56.º] exige não só a eliminação de qualquer discriminação relativamente ao prestador de serviços em razão da sua nacionalidade, mas também a supressão de qualquer restrição, ainda que aplicável indistintamente aos prestadores nacionais e aos dos outros Estados membros, que seja susceptível de proibir ou de afectar de outro modo as actividades do fornecedor estabelecido noutro Estado membro, onde presta legalmente serviços análogos. Em particular, um Estado membro não pode subordinar a prestação de serviços no seu território à observância de todas as condições nele exigidas para um estabelecimento, sob pena de privar de qualquer efeito útil as disposições do tratado destinadas precisamente a assegurar a livre prestação de serviços. Uma tal restrição é ainda menos admissível quanto o serviço seja prestado, diversamente da situação visada no artigo 60 [actual artigo 57.º], última alínea, do Tratado, sem que o prestador se desloque ao território do Estado membro da prestação».

⁽⁶⁸⁾ Horatia Muir Watt, «Aspects», cit., p. 185.

e) Agora pergunta-se: será o reconhecimento mútuo aplicável em matéria de Direito Privado?

Não falta quem entenda que ele apenas vale quanto a regras de Direito Público, *maxime* as que versam sobre autorizações administrativas, supervisão prudencial e a qualidade dos produtos ⁽⁶⁹⁾. A liberdade de circulação dos factores de produção não poderia, diz-se, ser afectada por normas de Direito Privado, as quais se limitariam a arbitrar conflitos de interesses privados ⁽⁷⁰⁾. Essa liberdade comunitária seria, também por isso, desprovida de incidência sobre os conflitos de leis.

O certo, porém, é que o Direito Privado não pode considerar-se subtraído a uma exigência de conformidade com o Direito da União Europeia ⁽⁷¹⁾.

Na verdade, as liberdades comunitárias contendem potencialmente com quaisquer normas jurídicas que restrinjam a faculdade de os agentes económicos celebrarem transacções no espaço comunitário e de estipularem as condições a que as mesmas obedecem.

⁽⁶⁹⁾ Ver, neste sentido, Vincent Heuzé, «De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'antidroit européen», in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, pp. 393 ss. (p. 412).

⁽⁷⁰⁾ *Idem*, *ibidem*, p. 413.

⁽⁷¹⁾ Afirmou-o expressamente o Tribunal de Justiça no caso *Hubbard*: cfr. o acórdão de 1 de Julho de 1993 (proc. C-20/92), em que se pode ler: «A eficácia do direito comunitário não pode variar consoante os diferentes domínios do direito nacional no âmbito dos quais o mesmo pode fazer sentir os seus efeitos. A circunstância de um litígio de mérito relevar do direito sucessório não permite afastar a aplicação do direito à livre prestação de serviços consagrado pelo direito comunitário». Na doutrina, vejamos no sentido do texto: Wulf-Henning Roth, «Der Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Internationale Privatrecht», cit., p. 641 ; *idem*, «Die Freiheiten des EG-Vertrages und das nationale Privatrecht. Zur Entwicklung internationaler Sachnormen für europäische Sachverhalte», *ZEuP*, 1994, pp. 5 ss.; *idem*, «Der Einfluss der Grundfreiheiten auf das internationale Privat- und Verfahrensrecht», in Jürgen F. Baur e Heinz-Peter Mansel (org.), *Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht. Fachtagung der Bayer-Stiftung für deutsches und internationales Arbeits- und Wirtschaftsrecht am 17. und 18. Mai 2001*, Munique, 2002, pp. 45 ss. (p. 51) ; Luca G. Radicati di Brozzolo, «L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation», *RCDIP*, 1993, pp. 401 ss. (p. 407) ; François Rigaux e Marc Fallon, *Droit international privé*, 3.^a ed., Bruxelles, 2005, p. 66 ; Jan Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 6.^a ed., Tübinga, 2006, p. 74.

Essas liberdades colidem, além disso, com os direitos subjetivos de cujo exercício resulte a repartição de mercados. Estão neste caso os direitos de propriedade intelectual: o «esgotamento comunitário» desses direitos, afirmado pelo Tribunal de Justiça nos casos *Centrapharm* e *Pharmon*, é justamente um exemplo da repercussão negativa das liberdades comunitárias sobre os direitos intelectuais ⁽⁷²⁾.

Mas o problema pode também pôr-se relativamente a outras regras de Direito Privado de que resultem restrições à livre circulação de produtos ou serviços ⁽⁷³⁾.

A globalização e a mobilidade sem precedentes dos factores de produção que lhe está associada tornaram, de resto, menos nítida a fronteira entre o Direito Público e o Direito Privado na disciplina das situações privadas internacionais, dando frequentemente origem a «conflitos de regulação económica», em que estão em causa normas de ambos os ramos do Direito ⁽⁷⁴⁾.

⁽⁷²⁾ Acórdãos de 31 de Outubro de 1974 (proc. 15/74) e de 9 de Julho de 1985 (proc. 19/84). No mesmo sentido pode aduzir-se a decisão proferida pelo Tribunal do Luxemburgo no caso *Clinique*, em 2 de Fevereiro de 1994 (proc. C-315/92), em que esta instância considerou incompatível com o Direito Comunitário a proibição da comercialização de certos produtos na Alemanha ao abrigo de uma marca, quando os mesmos eram comercializados dessa forma nos demais Estados-Membros. Tornar-se-iam, assim, inviáveis as estratégias comunitárias de *marketing* e publicidade levadas a cabo pelas empresas.

⁽⁷³⁾ Admitiu-o o Tribunal de Justiça, pelo que respeita às normas sobre publicidade, no acórdão *GB-INNO*, de 7 de Março de 1990 (proc. 362/88), em que considerou contrárias aos arts. 30.º e 36.º do Tratado da Comunidade Europeia (correspondentes aos arts. 36.º e 42.º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia, respectivamente) certas normas luxemburguesas que proibiam a indicação, na publicidade comercial relativa a uma oferta especial, a duração deste e o preço anteriormente praticado pelo vendedor. E também no acórdão *Alpine Investments*, de 10 de Maio de 1995 (proc. C-384/93), em que declarou ocorrer uma restrição à livre prestação de serviços resultante da proibição pela lei holandesa de os intermediários financeiros contactarem por telefone clientes potenciais, que não tivessem manifestado previamente a sua anuência a essa forma de promoção (*cold calling*). A mesma orientação fundamental está subjacente ao acórdão *Alsthom Atlantique SA*, de 24 de Janeiro de 1991 (proc. C-339/89), em que o Tribunal examinou a conformidade da jurisprudência francesa relativa à venda de coisas defeituosas com o Tratado da Comunidade Europeia (se bem que tivesse concluído pela inexistência, no caso concreto, de uma violação deste último).

⁽⁷⁴⁾ Cfr. Horatia Muir Watt, «The Challenge of Market Integration for European Conflicts Theory», in Arthur Hartkamp e outros (orgs.), *Towards a European Civil Code*, 3.ª ed., Nijmegen, 2004, pp. 191 ss. (p. 194).

Uma *noção funcional* de entrave à livre circulação leva, assim, a considerar que também o Direito Privado se encontra submetido às regras do mercado interno ⁽⁷⁵⁾.

Aliás, se assim não fosse, não se justificaria a aproximação das regras do Direito Privado dos Estados-Membros através de actos jurídicos da União, como tantas vezes tem sucedido com fundamento no art. 95.º do Tratado da Comunidade Europeia (correspondente ao art. 115.º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia) ⁽⁷⁶⁾; nem, tão-pouco, que o art. 65.º daquele primeiro Tratado (actual art. 81.º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia), houvesse previsto a adopção de actos jurídicos tendentes a promover a compatibilidade das normas aplicáveis nos Estados-Membros em matéria de conflitos de leis, «na medida do necessário ao bom funcionamento do mercado interno».

O fundamento precípua do reconhecimento mútuo é a *equivalência* entre normas de diferentes Estados-Membros; e esta é essencialmente uma consequência da harmonização de legislações levada a cabo pela União Europeia. Todos os domínios em que essa harmonização tem tido lugar — incluindo, portanto, o Direito Privado — estão, assim, potencialmente abrangidos pelo princípio do reconhecimento mútuo ⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. Marc Fallon, «Libertés communautaires et règles de conflit de lois», in Angelika Fuchs, Horatia Muir Watt e Étienne Patat (orgs.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris, 2004, pp. 31 ss. (p. 42).

⁽⁷⁶⁾ Vejam-se, a este propósito, os estudos coligidos por Maria Helena Brito e Rui Pinto Duarte em *Direito Privado e Direito Comunitário. Alguns Ensaios*, s.l., 2007.

⁽⁷⁷⁾ Na comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu intitulada *Uma estratégia do Mercado Interno para os Serviços*, de 29 de Dezembro de 2000, doc. COM (2000) 888 final, que deu origem à Directiva sobre os serviços, identificam-se seis fases do processo empresarial e, relativamente a cada uma delas, diversas categorias de regras que podem interferir com a livre prestação no interior da União Europeia: constituição da empresa (regras sobre autorização, planeamento e qualificações profissionais); utilização de contributos externos (regras respeitantes às condições de emprego ou de acesso ao mercado de capitais); actividades promocionais (regras sobre publicidade ou promoção de vendas); actividades de distribuição (regras de transporte rodoviário ou relativas ao horário de funcionamento); actividades de venda (regras sobre períodos de venda, cálculo de preços fixos, sistemas de pagamento, de contratação e facturação); e actividades de assistência pós-venda (regras sobre garantias e responsabilidade). Como é bom de ver, várias destas regras são de Direito Privado. Relativamente a todas elas se pode colocar o problema do reconhecimento mútuo.

16. O princípio do reconhecimento mútuo e a integração normativa na União Europeia

a) A consagração jurisprudencial do princípio do reconhecimento mútuo teve, por outro lado, um impacto significativo sobre a harmonização de legislações.

Em 1985, foi publicado o *Livro branco sobre a realização do mercado interno* ⁽⁷⁸⁾, no qual a Comissão Europeia preconizou um novo *approach* sobre esta matéria ⁽⁷⁹⁾. Aí se enunciou a opção por uma *harmonização mínima* combinada com o *princípio do reconhecimento mútuo*, nos termos da qual os bens legalmente manufacturados e comercializados num Estado-Membro deveriam ser autorizados a entrar nos outros Estados-Membros ⁽⁸⁰⁾. É esta, na verdade, a solução que melhor permite eliminar as barreiras à livre circulação dos factores de produção sem prejudicar a autonomia normativa dos Estados-Membros.

b) Em seguida, o Tratado de Maastricht acolheu o *princípio da subsidiariedade*, actualmente consagrado no art. 5.º, n.º 3, do Tratado da União Europeia. Segundo este:

«Em virtude do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objectivos da acção considerada não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devido à dimensão ou aos efeitos da acção considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União.»

Visa-se deste modo possibilitar, como observa Fausto de Quadros, «a preservação da identidade e das características específicas

⁽⁷⁸⁾ Doc. COM (85) 310 final.

⁽⁷⁹⁾ Cfr., sobre o ponto, Paul Craig e Gráinne de Búrca, *EU Law*, cit., pp. 148 ss. e 620 ss.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. o n.º 77: «goods lawfully manufactured and marketed in one Member State must be allowed free entry into other Member States. In cases where harmonisation of regulations and standards is not considered essential from either a health/safety or an industrial point view immediate and full recognition of differing quality standards, food composition rules, etc., must be the rule».

de cada Estado e de cada Nação»: uma «Europa natural» e não uma «Europa artificial» ⁽⁸¹⁾. Assegura-se, por outro lado, o respeito pela cultura e pelas tradições dos povos europeus postulado pelo Tratado da União Europeia ⁽⁸²⁾.

Do princípio da subsidiariedade e da concorrência dos sistemas jurídicos nacionais por ele propiciada decorre, pois, uma certa preferência pela regulação das questões privadas internacionais por via de regras de conflitos de leis no espaço ⁽⁸³⁾.

c) O próprio Tribunal de Justiça reconheceu, no acórdão *Keck e Mithouard* ⁽⁸⁴⁾, que a proscrição pelo Tratado da Comunidade Europeia de restrições quantitativas à importação, bem como de medidas de efeito equivalente, não suprime a autonomia normativa dos Estados-Membros, nem se opõe à subsistência de certas divergências entre os Direitos destes, como as que resultam da vigência na ordem interna de disposições legais que limitem ou proíbam determinadas modalidades de venda de produtos (v.g. a revenda com prejuízo), desde que as mesmas não tenham carácter discriminatório.

d) Desta orientação afastou-se um tanto o projecto de um *Código Civil Europeu* ⁽⁸⁵⁾, a que o Parlamento Europeu deu reite-

⁽⁸¹⁾ Cfr. *O princípio da subsidiariedade no direito comunitário após o Tratado da União Europeia*, Coimbra, 1995, p. 77. Sobre este princípio, vejam-se ainda: Maria Luísa Duarte, *Direito da União Europeia e das Comunidades Europeias*, vol. I, tomo I, Lisboa, 2001, pp. 214 s.; Margarida Salema de Oliveira Martins, *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*, Coimbra, 2003; Fausto de Quadros, *Direito da União Europeia*, cit., pp. 102 ss. e 198 ss.; *idem*, *Droit de l'Union européenne. Droit constitutionnel et administratif de l'union européenne*, cit., pp. 169 ss.; João Mota de Campos e João Luiz Mota de Campos, *Manual de Direito Comunitário*, cit., pp. 272 ss.; Paul Craig e Gráinne de Búrca, *EU Law*, cit., pp. 100 ss.; Wolfgang Kilian, *Europäisches Wirtschaftsrecht*, cit., pp. 126 ss.; Jean-Louis Clergerie, Annie Gruber e Patrick Rambaud, *L'Union européenne*, cit., pp. 250 ss.

⁽⁸²⁾ Haja vista ao § 6.º do preâmbulo.

⁽⁸³⁾ Ver, neste sentido, Mathias Rohe, «Binnenmarkt oder Interessenverband? Zum Verhältnis von Binnenmarktziel und Subsidiaritätsprinzip nach dem Maastricht-Vertrag», *RebelsZ*, 1997, pp. 1 ss. (p. 60).

⁽⁸⁴⁾ Acórdão de 24 de Novembro de 1993 (procs. C-267/91 e C-268/91).

⁽⁸⁵⁾ Sobre o qual podem consultar-se, na literatura jurídica nacional, Jorge Sinde Monteiro, «Direito Privado Europeu. Assinatura electrónica e certificação (a Directiva 1999/93/CE e o Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto)», *Revista de Legislação e Juris-*

radamente o seu aval entre 1989 e 2002 ⁽⁸⁶⁾ e para cuja concretização foram levados a cabo diversos trabalhos preparatórios ⁽⁸⁷⁾.

Esse projecto viria, porém, a ceder o lugar a outro, de alcance mais limitado: o denominado *Quadro Comum de Referência* («*Common Frame of Reference*»), publicado em 2008 ⁽⁸⁸⁾. Contêm-se neste último princípios, definições e «regras-modelo» em matéria de obrigações contratuais e extracontratuais (resultantes, estas, da causação de danos a terceiros, do enriquecimento sem causa e da gestão de negócios). Prevê-se ainda nesse texto que a respectiva versão final abrangerá também a propriedade sobre bens móveis.

prudência, ano 133.º (2000/2001), pp. 261 ss.; *idem*, «Manuel de Andrade, a "europeização" do Direito Privado e o desafio de um Código Civil europeu», in *Ciclo de Conferências em homenagem póstuma ao Prof. Doutor Manuel de Andrade*, Coimbra, 2002, pp. 43 ss.; José Simões Patrício, *Do Euro ao Código Civil Europeu. Aspectos da convergência legislativa*, Coimbra, 2001; Manuel Lopes Porto e outros, *Um Código Civil para a Europa. A Civil Code for Europe. Un Code Civil pour l'Europe*, Coimbra, 2002; Dário Moura Vicente, «Um Código Civil para a Europa? Algumas reflexões», in *Direito Internacional Privado. Ensaios*, vol. I, Coimbra, 2002, pp. 7 ss.; António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil português*, I, *Parte geral*, Coimbra, tomo I, 3.ª ed., 2005, pp. 280 ss. (todos com mais referências). Vejam-se ainda os estudos recolhidos por Arthur Hartkamp e outros em *Towards a European Civil Code*, 3.ª ed., Nijmegen, 2004.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. «Resolução sobre um esforço de harmonização do direito privado dos Estados-membros», *JOCE*, n.º C 158, de 26 de Junho de 1989, pp. 400 s.; «Resolução sobre a harmonização de certos sectores do direito privado dos Estados-membros», in *ibidem*, n.º C 205, de 25 de Julho de 1994, pp. 518 s.; e «Resolução do Parlamento Europeu sobre a aproximação do direito civil e comercial dos Estados-Membros», in *ibidem*, n.º C 140 E, de 13 de Junho de 2002, pp. 538 ss.

⁽⁸⁷⁾ Entre os quais avultam os *Princípios de Direito Europeu dos Contratos*, publicados entre 1995 e 2003 pela Comissão de Direito Europeu dos Contratos. Cfr. Ole Lando e outros (orgs.), *Principles of European Contract Law. Parts I and II Combined and Revised*, Haia/Londres/Boston, 2000; *Part III*, Haia/Londres/Nova Iorque, 2003.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. Christian von Bar e outros (orgs.), *Principles, Definitions and Model Rules on EC Private Law. Draft Common Frame of Reference. Interim Outline Edition*, Munique, 2008. Sobre o *Quadro Comum de Referência*, vejam-se: Christian von Bar, «Working Together Toward a Common Frame of Reference», *Juridica International*, 2005, pp. 17 ss.; *idem*, «A Common Frame of Reference for European Private Law — Academic Efforts and Political Realities», *Electronic Journal of Comparative Law*, 2008, vol. 12.1 (disponível em <http://www.ejcl.org>); Stefan Leible, «Europäisches Privatrecht am Scheideweg», *NJW*, 2008, pp. 2558 ss.; *idem*, «Was tun mit dem Gemeinsamen Referenzrahmen für das Europäische Vertragsrecht? — Plädoyer für ein optionales Instrument», *Der Betriebs-Berater*, 2008, pp. 1469 ss.; e Martin Schmidt-Kessel (org.), *Der Gemeinsame Referenzrahmen. Entstehung, Inhalte, Anwendung*, Munique, 2009.

Segundo os seus autores, o projecto de *Quadro Comum de Referência* visa servir de fonte de inspiração aos legisladores nacionais e coadjuvar a melhoria do acervo comunitário existente, bem como a adopção de futuros actos jurídicos da União no domínio do Direito Privado. Nesta medida, constitui um *guia legislativo*, desprovido de eficácia normativa. Esse texto foi ainda redigido tendo em mente a possível elaboração, no futuro, de um *instrumento jurídico opcional*, que as partes poderão escolher a fim de reger as respectivas relações obrigacionais, inclusive no domínio do consumo.

Seja como for, esse projecto não elimina a necessidade de regras de conflitos de leis no espaço em matéria de obrigações contratuais e extracontratuais. Nesse pressuposto assenta, aliás, a adopção dos Regulamentos de Roma I e Roma II ⁽⁸⁹⁾.

e) A pluralidade e a diversidade dos sistemas jurídicos dos Estados-Membros da União não são, portanto, postas em causa pelas liberdades comunitárias nem pela integração normativa prevista nos tratados. Pelo contrário: pese embora a importância conferida a esta última, os princípios do reconhecimento mútuo e da subsidiariedade restringem significativamente o seu escopo ⁽⁹⁰⁾. O *mercado único europeu* não implica, em suma, uma *norma única europeia* ⁽⁹¹⁾. É o que vem confirmar o Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia, ao dispor, no art. 67.º, n.º 1, que:

«A União constitui um espaço de liberdade, segurança e justiça, no respeito dos direitos fundamentais e dos diferentes sistemas e tradições jurídicos dos Estados-Membros.»

⁽⁸⁹⁾ Neste sentido, veja-se o *Livro verde relativo à transformação da Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais num instrumento comunitário e sua modernização*, doc. COM (2002) 654 final, p. 13.

⁽⁹⁰⁾ Daquele primeiro princípio resultará mesmo, segundo Pedro De Miguel Asensio, «Integración», cit., p. 12, uma certa *revalorização* do Direito Internacional Privado.

⁽⁹¹⁾ Neste sentido, Lucia Serena Rossi, «L'incidenza dei principi del diritto comunitario sul diritto internazionale privato: dalla "communitarizzazione" alla "costituzionalizzazione"», *RDIPP*, 2004, pp. 75 ss. (p. 84).

17. A liberdade de circulação de mercadorias e serviços e a lei aplicável às obrigações contratuais

Vejamos agora como se projecta a liberdade de circulação de mercadorias e serviços sobre a determinação da lei aplicável às obrigações contratuais.

O Regulamento de Roma I consagra a possibilidade de escolha pelas partes da lei aplicável (art. 3.º). Subsidiariamente, manda aplicar aos contratos não abrangidos pelo n.º 1 do seu art. 4.º a lei do país em que o contraente que deve efectuar a *prestação característica do contrato* tem a sua residência habitual (art. 4.º, n.º 2). Este é, no tocante às sociedades e outras entidades dotadas ou não de personalidade jurídica, o país onde se situa a sua administração central e, pelo que respeita às pessoas singulares que exerçam uma actividade profissional, o país onde se situa o seu estabelecimento principal (art. 19.º, n.º 1).

Estas regras estão em sintonia com as liberdades comunitárias:

- Por um lado, porque a consagração do princípio da autonomia da vontade permite às partes, dentro de certos limites, afastarem os eventuais obstáculos legais à livre circulação de produtos ou mercadorias que resultem das regras mais exigentes de Direito Privado de certo ou certos países (v.g. no tocante à responsabilidade contratual do fornecedor desses produtos ou mercadorias) ⁽⁹²⁾; além disso, no caso de contratos celebrados por empresas que forneçam produtos ou serviços em diferentes Estados-Membros, esse princípio permite-lhes evitar a aplicação de uma multiplicidade de leis nacionais ⁽⁹³⁾.
- Por outro lado, porque o princípio da aplicação da lei do devedor da prestação característica (de que várias regras consagradas no n.º 1 do art. 4.º do Regulamento constituem expressão) submete os contratos e a responsabilidade contratual das empresas e dos profissionais liberais

⁽⁹²⁾ Conforme o admitiu o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, no acórdão *Alsthom Atlantique*, cit. *supra*.

⁽⁹³⁾ Neste sentido, veja-se Peter von Wilmowsky, «EG-Vertrag und kollisionsrechtliche Rechtswahlfreiheit», *RabelsZ*, 1998, pp. 1 ss. (p. 5).

que exportam produtos ou serviços para outros Estados-Membros à sua própria lei, evitando desse modo os custos e os riscos inerentes à aplicação de leis estrangeiras. Este preceito estabelece, assim, uma repartição do risco da aplicação da lei estrangeira inteiramente conforme com as liberdades comunitárias de circulação.

18. Continuação: regras especiais sobre os contratos celebrados com consumidores

O Regulamento de Roma I consagra, é certo, uma regra de conflitos especial sobre os contratos celebrados com consumidores, que restringe a liberdade de escolha da lei aplicável, tendo em vista garantir ao consumidor um *standard* mínimo de protecção: aquele que lhe é conferido pelas disposições imperativas da lei da sua residência habitual ⁽⁹⁴⁾.

Mas sempre que as regras da lei escolhida sejam, sob o ponto de vista da protecção do consumidor, *funcionalmente equivalentes* às da lei do país da residência habitual deste, as primeiras prevalecem sobre as segundas.

Tendo em conta que na União Europeia as regras de protecção do consumidor se encontram hoje em larga medida harmonizadas, é essa a solução que deve vingar sempre que a lei escolhida seja a de um Estado-Membro da União (v.g. a lei do Estado-Membro em que se encontra sediado ou estabelecido ou profissional que contrata com o consumidor).

Pode dizer-se, nesta medida, que a comparação do grau de favorecimento do consumidor (*Günstigkeitsvergleich*) reclamada pelo Regulamento não é incompatível com a ideia de *reconhecimento mútuo*.

Tal como em matéria de destacamento internacional de trabalhadores, também no tocante aos contratos celebrados por consumidores o princípio do reconhecimento mútuo tem, assim, um campo próprio de aplicação ⁽⁹⁵⁾.

⁽⁹⁴⁾ Haja vista ao art. 6.º, n.º 2, do Regulamento.

⁽⁹⁵⁾ A protecção do consumidor subjaz ainda às regras constantes de certos actos

19. A liberdade de circulação de mercadorias e serviços e a lei aplicável às obrigações extracontratuais

a) A respeito das possíveis projecções conflituais das liberdades comunitárias, coloca-se agora estoutro problema: estará o Estado-Membro de destino dos produtos ou serviços fornecidos por uma empresa estabelecida num Estado-Membro da União Europeia obrigado a reconhecer e aplicar o regime de responsabilidade civil extracontratual aplicável nesse Estado-Membro, pelo que respeita aos danos causados mediante esse fornecimento?

O considerando 35 do preâmbulo do Regulamento de Roma II declara, com interesse para este ponto, que:

«A aplicação das disposições da lei aplicável designada pelas regras do presente regulamento não deverá restringir a livre circulação de bens e serviços regulada por instrumentos comunitários como a Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.»

Todavia, a resposta àquele quesito parece dever ser negativa, atenta a consagração, no art. 4.º do Regulamento de Roma II, da aplicabilidade da *lei do país do dano*.

Por outro lado, no tocante à responsabilidade por produtos defeituosos remete-se em primeira linha nesse Regulamento para a *lei da residência habitual do lesado* no momento em que ocorre o

jurídicos da União relativos a categorias especiais de contratos de consumo. Estão neste caso as Directivas relativas à venda de bens de consumo (Directiva 1999/44/CE, de 25 de Maio de 1999, *in JOUE*, n.º L 171, de 7 de Julho de 1999, pp. 12 ss.), à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores (Directiva 2002/65/CE, de 23 de Setembro de 2002, *in JOUE*, n.º L 271, de 9 de Outubro de 2002, pp. 16 ss.), aos contratos de crédito a consumidores (Directiva 2008/48/CE, de 23 de Abril de 2008, *in JOUE*, n.º L 133, de 22 de Maio de 2008, pp. 66 ss.) e aos contratos de utilização periódica de bens, de aquisição de produtos de férias de longa duração, de revenda e de troca (Directiva 2008/122/CE, de 14 de Janeiro de 2009, *in JOUE*, n.º L 33, de 3 de Fevereiro de 2009, pp. 10 ss.) Traço comum a estas Directivas é a circunstância de procurarem assegurar a aplicação imperativa das disposições nacionais resultantes da respectiva transposição a todas as relações de consumo que apresentem uma conexão suficientemente estreita com a União Europeia. O seu fundamento precípua não radica, por isso, na garantia das liberdades comunitárias. Em vez de assegurarem a concorrência legislativa entre leis nacionais, essas Directivas visam limitá-la pelo que respeita às relações com terceiros Estados. São, por assim dizer, a expressão conflitual da denominada *fortaleza europeia*.

dano, se o produto tiver sido comercializado nesse país (art. 5.º, n.º 1, alínea a)). Os padrões de segurança do *país de destino* têm assim primazia sobre os do país de origem ⁽⁹⁶⁾.

Por seu turno, o art. 6.º do Regulamento de Roma II consagra a aplicabilidade da *lei do país do mercado* afectado pelo acto de concorrência desleal ⁽⁹⁷⁾.

b) No entanto, o Regulamento ressalva, no art. 17.º, as *regras de segurança e de conduta* em vigor no lugar do facto, que devem ser atendidas «a título de matéria de facto e na medida em que for apropriado». A sua relevância está aí prevista no tocante à avaliação da licitude do comportamento do alegado responsável. Cuida-se nesse preceito, por conseguinte, não propriamente do regime de responsabilidade, mas antes das regras cuja inobservância determina essa responsabilidade.

Manda-se no art. 17.º do Regulamento, por outro lado, «ter em conta» essas regras, e não aplicá-las. Contudo, sempre que tenha lugar a *valoração de uma conduta* como lícita ou ilícita à luz de regras imperativas vigentes no lugar do facto (ainda que para aferir a responsabilidade do agente de acordo com as regras de outro sistema jurídico) parece-nos que estaremos, *hoc sensu*,

⁽⁹⁶⁾ Ver, sobre esta matéria, Jochen Taupitz, «Das internationale Produkthaftungsrecht im Zugriff der europäischen Warenverkehrsfreiheit: Abschied vom favor laesi?», *ZEuP*, 1997, pp. 986 ss.

⁽⁹⁷⁾ Esta solução não é isenta de riscos sob o ponto de vista das liberdades comunitárias: uma campanha publicitária levada a cabo em vários Estados-Membros, por exemplo, pode, por força dela regra, sujeitar-se a uma pluralidade de regras distintas, cumulativamente aplicáveis (cfr. Gaetano Vittelino, «Rome II from an Internal Market Perspective», in Alberto Malatesta (org.), *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and Other Non-Contractual Obligations in Europe. The «Rome II» Proposal*, Pádua, 2006, pp. 271 ss. Daí que o *Hamburg Group for Private International Law* haja proposto nesta matéria a aplicação da lei do país de origem (cfr. «Comments on the European Commission's Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations», *RebelsZ*, 2003, pp. 1 ss. (p. 19). A norma em apreço justifica-se, no entanto, sob o prisma da *par conditio concurrentium*. A aplicação da *lex originis* daria a um dos concorrentes uma vantagem competitiva sobre os demais nos países onde vigorassem condições de concorrência (v.g. em matéria de publicidade) mais estritas do que as estabelecidas por aquela lei. A aplicação dessa lei poderia também redundar em prejuízo dos consumidores. Cfr. o nosso *A tutela internacional da propriedade intelectual*, Coimbra, 2008, pp. 340 ss.

perante uma *verdadeira aplicação* daquelas primeiras regras ⁽⁹⁸⁾. É antes a situação jurídica decorrente da aplicação dessas regras que deverá ser subsequentemente *tomada em consideração* como elemento determinante do preenchimento da hipótese legal das normas da *lex causae* sobre a responsabilidade civil do agente ⁽⁹⁹⁾.

As referidas regras devem, assim, valer «territorialmente», não se encontrando a sua eficácia subordinada à competência geral da lei do país do dano. Protege-se deste modo a liberdade de actuação que é garantida ao agente pela *lex loci*.

Esta ressalva pode ter certa relevância para garantir a liberdade de circulação de produtos e serviços, sempre que um acto de concorrência tendente a promover esses produtos ou serviços seja praticado a partir de certo país e se conforme com as regras locais.

Há assim uma limitada aceitação, no Regulamento de Roma II, da competência da *lei do país de origem*, enquanto pressuposto da aplicação das regras sobre responsabilidade civil extracontratual do país do dano.

⁽⁹⁸⁾ Em sentido convergente, pelo que respeita às «regras de conduta da lei do lugar do facto que reclamam aplicação numa base estritamente territorial (i.e, a todas as condutas que tenham lugar no território do Estado que as edita), por exemplo, regras do trânsito», veja-se Luís de Lima Pinheiro, «O Direito de Conflitos das obrigações extracontratuais entre a comunitarização e a globalização — uma primeira apreciação do Regulamento Comunitário Roma II», *O Direito*, 2007, pp. 1027 ss. (p. 1061).

⁽⁹⁹⁾ Neste sentido nos pronunciámos já em *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, 2001, pp. 664 s. Sobre a distinção entre aplicação («Anwendung») e tomada em consideração («Berücksichtigung») de regras jurídicas estrangeiras, veja-se Erik Jayme, «Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé», *Rec. Cours*, t. 251 (1995), pp. 9 ss. (pp. 87 s.); e, na doutrina portuguesa, Isabel de Magalhães Collaço, *Da compra e venda em Direito Internacional Privado. Aspectos fundamentais*, vol. I, Lisboa, 1954, pp. 318 ss., António Marques dos Santos, *As normas de aplicação imediata no Direito Internacional Privado. Esboço de uma teoria geral*, Coimbra, 1991, vol. II, pp. 985 ss., Rui de Moura Ramos, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*, cit., pp. 699 ss., Maria Helena Brito, *A representação nos contratos internacionais. Um contributo para o estudo do princípio da coerência em direito internacional privado*, Coimbra, 1999, pp. 711 ss., Dário Moura Vicente, *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, cit., pp. 630 s., e Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado*, vol. I, *Introdução e Direito de Conflitos. Parte Geral*, 2.^a ed., Coimbra, 2008, pp. 281 ss., todos com mais referências.

20. A cláusula do mercado interno em matéria de radiodifusão televisiva, de serviços de acesso condicional e de comércio electrónico

a) A livre prestação de serviços no mercado interno foi objecto de regras especiais nas Directivas respeitantes à radiodifusão televisiva ⁽¹⁰⁰⁾, aos serviços de acesso condicional ⁽¹⁰¹⁾ e ao comércio electrónico ⁽¹⁰²⁾.

Estas Directivas estabelecem que os Estados-Membros não podem, por razões que relevem do domínio coordenado, restringir a livre circulação dos serviços por elas abrangidos provenientes de outros Estados-Membros ⁽¹⁰³⁾.

⁽¹⁰⁰⁾ Directiva 89/552/CEE, de 3 de Outubro de 1989, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao exercício de actividades de radiodifusão televisiva («Directiva televisão sem fronteiras»), publicada no *JOCE* n.º L 298, de 3 de Outubro de 1989, pp. 23 ss. Foi subsequentemente alterada pela Directiva 97/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Junho de 1997, publicada no *JOCE* n.º L 202, de 30 de Julho de 1997, pp. 60 ss., e pela Directiva 2007/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro de 2007, publicada no *JOUE* n.º L 332, de 18 de Dezembro de 2007, pp. 27 ss. A Directiva 89/552/CEE, com as alterações introduzidas pela Directiva 97/36/CE, foi parcialmente transposta para a ordem jurídica portuguesa pela Lei n.º 27/2007, de 30 de Julho (Lei da Televisão).

⁽¹⁰¹⁾ Directiva 98/84/CE, de 20 de Novembro de 1998, relativa à protecção jurídica dos serviços que se baseiem ou consistam num acesso condicional, publicada no *JOCE* n.º L 320, de 28 de Novembro de 1998, pp. 54 ss. Foi transposta para a ordem jurídica portuguesa pelo Decreto-Lei n.º 287/2001, de 8 de Novembro.

⁽¹⁰²⁾ Directiva 2000/31/CE, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno, publicada no *JOCE*, n.º L 178, de 17 de Julho de 2000, pp. 1 ss. Foi transposta, em Portugal, pelo D.L. n.º 7/2004, de 7 de Janeiro de 2004.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. os arts. 2.º-A, n.º 1, da Directiva 89/552/CEE, na redacção dada pela Directiva 2007/65/CE (nos termos do qual: «Os Estados-Membros devem assegurar a liberdade de recepção e não colocar entraves à retransmissão nos seus territórios de serviços de comunicação social audiovisual provenientes de outros Estados-Membros por razões que relevem dos domínios coordenados pela presente directiva»); 3.º, n.º 2, da Directiva 98/84/CE (segundo o qual: «[...] os Estados-membros não podem limitar: a) A prestação de serviços protegidos ou serviços conexos provenientes de outros Estados-Membros; b) A livre circulação de dispositivos de acesso condicional, por motivos abrangidos pelo domínio coordenado pela presente directiva»); e 3.º, n.º 2, da Directiva 2000/31/CE (de acordo com o qual: «Os Estados-Membros não podem, por razões que relevem do domínio coordenado, restringir a livre circulação dos serviços da sociedade da informação provenientes de outro Estado-Membro»).

Além disso, a Directiva sobre a radiodifusão televisiva estabelece, no art. 2.º, n.º 1, que cada Estado-Membro deve assegurar que os serviços de comunicação social audiovisual prestados por fornecedores de serviços «sob a sua jurisdição» respeitem as suas regras sobre esses serviços. Consideram-se «sob a jurisdição» de um Estado-Membro, para os efeitos desta Directiva, os fornecedores de serviços de comunicação social nele estabelecidos e os que utilizem uma ligação ascendente terra-satélite situada nesse Estado-Membro ou uma capacidade de satélite pertencente a esse Estado-Membro (art. 2.º, n.ºs 2 e 4).

Analogamente, a Directiva sobre o comércio electrónico dispõe, no art. 3.º, n.º 1, que cada Estado-Membro assegurará que os serviços da sociedade da informação ⁽¹⁰⁴⁾ prestados por um prestador estabelecido no seu território cumpram as disposições nacionais aplicáveis nesse Estado-Membro que se integrem no «domínio coordenado». Este compreende, em ambas as Directivas, não apenas a definição das condições de acesso e exercício das actividades económicas nelas disciplinadas, mas também o regime aplicável à actuação do prestador de serviços, nomeadamente à publicidade por ele feita, aos contratos por ele celebrados e à sua responsabilidade ⁽¹⁰⁵⁾.

Os princípios do reconhecimento mútuo e da aplicação da lei do país de origem obtiveram, assim, consagração nestes actos comunitários.

b) A interpretação da *cláusula do mercado interno* consignada no art. 3.º da Directiva sobre o Comércio Electrónico tem, no entanto, suscitado muitas dúvidas ⁽¹⁰⁶⁾.

⁽¹⁰⁴⁾ I. é, nos termos do art. 1.º, n.º 2, da Directiva 83/34/CEE, na redacção dada pela Directiva 98/48/CE, publicada no *JOCE* n.º L 217, de 5 de Agosto de 1998, pp. 18 ss., «qualquer serviço prestado normalmente mediante remuneração, à distância, por via electrónica e mediante pedido individual de um destinatário de serviços».

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. os arts. 1.º, alínea i), da Directiva 89/552/CEE, na redacção dada pela Directiva 2007/65/CE, e 2.º, alínea h), subalínea i), segundo travessão, da Directiva 2000/31/CE.

⁽¹⁰⁶⁾ Veja-se sobre o ponto, que não podemos desenvolver aqui, o nosso estudo «A comunitarização do Direito Internacional Privado e o comércio electrónico», in *Direito Internacional Privado. Ensaaios*, vol. II, Coimbra, 2005, pp. 171 ss.

De acordo com certa orientação, essa cláusula da Directiva não afecta o Direito de Conflitos dos Estados-Membros ⁽¹⁰⁷⁾. O art. 3.º limitar-se-ia a comandar o afastamento das regras de Direito material do país de destino dos serviços da sociedade da informação que restrinjam, no caso concreto, a livre prestação desses serviços ⁽¹⁰⁸⁾.

Para outro ponto de vista, a referência à lei do país de origem contida no art. 3.º visaria antes as respectivas normas internacionalmente imperativas (*Eingriffsrecht*) ⁽¹⁰⁹⁾.

Segundo um último entendimento, o art. 3.º impõe aos Estados-Membros a consagração de uma verdadeira regra de conflitos de Direito Internacional Privado, que submeta o fornecimento de serviços da sociedade da informação, no que respeita às matérias compreendidas no domínio coordenado, à lei do país de estabelecimento do prestador desses serviços ⁽¹¹⁰⁾.

Nenhuma destas orientações é isenta de dificuldades.

A primeira não permite explicar a sujeição dos prestadores de serviços da sociedade da informação às disposições nacionais do

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. Karl-Heinz Fezer e Stefan Koos, «Das gemeinschaftsrechtliche Herkunftslandprinzip und die e-commerce-Richtlinie. Zur dringenden Notwendigkeit einer Harmonisierung des Wettbewerbsrechts in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union als einer gemeinschaftsrechtlichen Aufgabe», *IPRax*, 2000, pp. 352 s.; e Luís de Lima Pinheiro, «O Direito de Conflitos e as liberdades comunitárias de estabelecimento e de prestação de serviços», cit., pp. 382 ss.

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. Michel Wilderspin e Xavier Lewis, «Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres», *RCDIP*, 2002, pp. 1 ss.; Marc Fallon e Johan Meeusen, «Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé», *RCDIP*, 2002, pp. 435 ss. (p. 485); Horatia Muir Watt, «L'entrave à la libre prestation de services : réflexions sur l'impact des libertés économiques sur le droit international privé des États membres», in *Études offertes à J. Béguin. Droit et actualité*, Paris, 2005, pp. 545 ss. (p. 558).

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. Hans-Jürgen Sonnenberger, «Europarecht und Internationales Privatrecht», *ZVglRWiss*, 1996, pp. 1 ss.; *idem*, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 4.ª ed., Munique, 2006, vol. 10, *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche* (Art. 1-46), *Internationales Privatrecht*, pp. 125 s.

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. Alexander Thünten, «Die EG-Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr und das internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs», *IPRax*, 2001, pp. 15 ss.; Peter Mankowski, «Herkunftslandprinzip und deutsches Umsetzungs-gesetz zur e-commerce-Richtlinie», *IPRax*, 2002, pp. 257 ss. (p. 258); Gerald Spindler, «Herkunftsprinzip und Kollisionsrecht — Binnenmarktintegration ohne Harmonisierung?», *RabelsZ*, 2002, pp. 633 ss. (p. 651); e Wolfgang Kilian, *Europäisches Wirtschaftsrecht*, cit., p. 336.

Estado-Membro de estabelecimento, prevista no n.º 1 do art. 3.º da Directiva sobre o comércio electrónico. Como veremos a seguir, as Directivas sobre as práticas comerciais desleais e a prestação de serviços no mercado interno não consagram regra semelhante ⁽¹¹¹⁾. Tão-pouco se coaduna a mencionada orientação com a ressalva, constante do anexo à Directiva, da liberdade de as partes escolherem a lei aplicável ao contrato e das obrigações contratuais relativas aos contratos celebrados pelos consumidores, bem como da propriedade intelectual. Esta apenas se compreende se o sentido do art. 3.º, n.º 1, da Directiva for o de determinar aos Estados-Membros a consagração nesta matéria de uma verdadeira regra de conflitos, e não de uma mera excepção à aplicação das regras de Direito material do país de destino.

A segunda orientação referida não tem qualquer apoio no texto da Directiva, que não restringe a referência às disposições nacionais do Estado-Membro de estabelecimento, constante do art. 3.º, n.º 1, às normas internacionalmente imperativas, antes a estende a todas as disposições que se integrem no «domínio coordenado», com ressalva das que são referidas no anexo. Ora, a análise do preceito da Directiva que define o domínio coordenado revela que estão em causa muitas outras disposições para além das que são caracterizáveis como internacionalmente imperativas.

A terceira orientação apontada parece corresponder melhor ao sentido da disposição em causa, tal como este se infere, designadamente, do considerando 22 da Directiva: a limitação do risco da aplicação de uma lei estrangeira e dos custos a ela associados, em

⁽¹¹¹⁾ Limitam-se estes actos jurídicos da União, com efeito, a acolher disposições análogas à do art. 3.º, n.º 2, da Directiva sobre o comércio electrónico. Outro tanto sucede na Directiva sobre o acesso condicional. Para que o preceito citado no texto tenha algum sentido útil, tem, pois, de se admitir que ele representa um *plus* relativamente à mera proscrição de restrições à prestação de serviços no Estado do foro. Esse *plus* consiste na atribuição de competência, em princípio exclusiva, à lei do país de origem para reger os aspectos relativos à prestação dos serviços em questão compreendidos no domínio coordenado, dispensando-se assim qualquer comparação entre a lei do país de origem e a do país de destino tendente a avaliar se esta última pode ou não, no caso concreto, ser aplicada. Nesta base se poderia distinguir, segundo Julia Hörnle, a simples liberdade de prestação de serviços, consignada no Tratado e nas Directivas por último referidas, da competência da lei do país de origem Cfr. «Country of Origin Regulation in Cross-Border Media: One Step Beyond the Freedom to Provide Services?», *ICLQ*, 2005, pp. 89 ss. (pp. 113 e 125).

ordem a garantir a livre circulação dos serviços da sociedade da informação no interior da União e a segurança jurídica dos respectivos prestadores e destinatários. É que, dada a ubiquidade das redes electrónicas internacionais, aquele risco, assim como os custos mencionados, são particularmente acentuados no tocante a estes serviços. A aplicação da lei do país de origem parece, assim, especialmente justificada nestes casos.

Há, é certo, uma incongruência entre o disposto no art. 3.º, n.º 1, e o art. 1.º, n.º 4, da Directiva, segundo o qual esta «não estabelece regras adicionais de direito internacional privado». Mas este preceito, inserido no texto da Directiva numa fase tardia da sua elaboração, não parece decisivo na interpretação da cláusula do mercado interno. O máximo que se pode extrair dele é uma determinada qualificação pelo legislador da regra constante do art. 3.º; ora, as qualificações legais, como é bem sabido, não vinculam o intérprete.

Foi o entendimento aqui exposto em último lugar que prevaleceu nos diplomas de transposição da Directiva para as ordens jurídicas portuguesa ⁽¹¹²⁾ e alemã ⁽¹¹³⁾.

21. Continuação: as práticas comerciais desleais

Outro domínio em que a liberdade de circulação de mercadorias e serviços levou a equacionar a consagração expressa da aplicabilidade da lei do país de origem foi o das práticas comerciais desleais. A diversidade dos regimes nacionais nesta matéria é, com, efeito, susceptível de inibir a publicidade e o *marketing* de produtos e serviços através das fronteiras ⁽¹¹⁴⁾.

⁽¹¹²⁾ Cfr. os arts. 4.º, n.º 1, e 5.º, n.º 1, do D.L. n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, por força dos quais são aplicáveis aos provedores de serviços da sociedade da informação estabelecidos em Estados-Membros da União Europeia as regras relativas à contratação electrónica, bem como as que os isentam de responsabilidade pelos danos causados pela informação que transportam e armazenam, vigentes no respectivo país de estabelecimento.

⁽¹¹³⁾ Cfr. o § 3 da *Telemediengesetz*, de 26 de Fevereiro de 2007 (in *Bundesgesetzblatt*, parte I, n.º 6, de 28 de Fevereiro de 2007, pp. 179 ss.).

⁽¹¹⁴⁾ Reconheceu-o o Tribunal de Justiça da União Europeia no mencionado caso *Clinique*, em que considerou que a proibição de distribuição de cosméticos na Alemanha ao abrigo da marca «Clinique» constituía um obstáculo ao comércio intra-comunitário, visto que, por força dela, uma empresa seria obrigada a comercializar os seus produtos

Esta a razão por que a proposta de Directiva relativa às práticas comerciais desleais, apresentada em 2003 pela Comissão Europeia, determinava expressamente no art. 4.º, n.º 1, a aplicação exclusiva, no domínio coordenado, das disposições da lei do país de estabelecimento do profissional ou da empresa ⁽¹¹⁵⁾.

A verdade, porém, é que a proposta da Comissão, caso tivesse sido adoptada, se encontraria em manifesta oposição com a competência da *lex mercatus* consignada, em matéria de concorrência desleal, no art. 6.º Regulamento de Roma II.

A Directiva 2005/29/CE, de 11 de Maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais ⁽¹¹⁶⁾, consagrou uma solução diferente no seu art. 4.º. Aí se dispõe, com efeito:

«Os Estados-Membros não podem restringir a livre prestação de serviços nem a livre circulação de mercadorias por razões ligadas ao domínio que é objecto de aproximação por força da presente Directiva.»

Esta disposição inibe os Estados-Membros União Europeia de invocarem a sua legislação em matéria de práticas comerciais des-

num Estado-Membro sob uma marca diferente da que utilizava nos restantes Estados-Membros, com todos os custos a isso inerentes.

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. o documento COM (2003) 356 final, de 18 de Junho de 2003. Era o seguinte o teor desse preceito: «1. Os profissionais apenas deverão cumprir as disposições, no domínio sujeito a uma aproximação por força da presente directiva, da ordem jurídica nacional do Estado-Membro em que se encontrarem estabelecidos. O Estado-Membro de estabelecimento do profissional deverá zelar pelo referido cumprimento. 2. Os Estados-Membros não deverão restringir a livre prestação de serviços nem a livre circulação de mercadorias por razões ligadas ao domínio que é objecto de aproximação por força da presente directiva». Mais longe ia a proposta, formulada pelo *Hamburg Group for Private International Law*, de uma disposição do Regulamento de Roma II relativa à concorrência desleal, na qual se atribuíra competência à lei do país do principal estabelecimento da empresa anunciante pelo que respeita às obrigações extracontratuais decorrentes de actos de concorrência desleal exclusivamente conexos com os Estados-Membros da União Europeia. Cfr. «Comments on the European Commission's Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations», *RabelsZ*, 2003, pp. 1 ss. (pp. 19 s.). Dispunha o art. 6.º, n.º 2, desse texto: «Where the elements relevant to the situation at the time of publication are exclusively connected with one or more Member States of the European Union and subject to article 7, non-contractual obligations arising from unfair advertising are governed by the law of the Member State where the advertising company has its principal place of business».

⁽¹¹⁶⁾ In *JOUE*, n.º L 149, de 11 de Junho de 2005, pp. 22 ss.

leais a fim de obstem à importação de produtos ou serviços fornecidos por empresas estabelecidas noutros Estados-Membros. Mas não pode retirar-se dela a aplicação exclusiva da *lex originis* às práticas comerciais alegadamente desleais desses agentes económicos. À luz de quanto se dispõe nela, não está, com efeito, excluído que os tribunais e autoridades administrativas apliquem a *lex mercatus* às situações abrangidas pela Directiva, contanto que daí não resulte qualquer restrição à livre circulação de serviços e mercadorias no mercado. Na formulação constante da Directiva 2005/29/CE, a cláusula do mercado interno tem, por conseguinte, *alcance material*, e não conflitual ⁽¹¹⁷⁾.

22. Continuação: a prestação de serviços no mercado interno

a) A tentativa de maior fôlego de consagrar legislativamente a competência da lei do país de origem surgiu, contudo, na proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos serviços no mercado interno («Directiva Bolkestein») ⁽¹¹⁸⁾, integrada na «Estratégia de Lisboa Para o Crescimento e o Emprego» aprovada pelo Conselho Europeu em 2000. Dispunha o art. 16.º, n.º 1, dessa proposta, com a epígrafe «princípio do país de origem»:

«Os Estados-Membros diligenciam para que os prestadores estejam submetidos apenas às disposições nacionais do seu Estado de origem que digam respeito ao domínio coordenado. São abrangidas pelo primeiro parágrafo as disposições nacionais relativas ao acesso à actividade de um serviço e o seu exercício, nomeadamente aquelas que regem o comportamento do prestador, a qualidade ou o conteúdo do serviço, a publicidade, os contratos e a responsabilidade do prestador.»

⁽¹¹⁷⁾ Veja-se, sobre o ponto, o nosso *A tutela internacional da propriedade intelectual*, cit., pp. 351 s.

⁽¹¹⁸⁾ Documento COM (2004) 2 final, de 13 de Janeiro de 2004.

b) É bem conhecida a contestação suscitada por esta regra ⁽¹¹⁹⁾.

Dado que em muitos domínios o regime da prestação de serviços não se encontra harmonizado na União Europeia, a aplicação, com a referida amplitude, da lei do país de origem gerou o receio de que fosse colocada em risco a actividade das empresas e dos profissionais estabelecidos em Estados-Membros dotados de regras mais exigentes perante a concorrência de profissionais estabelecidos noutros Estados-Membros ⁽¹²⁰⁾.

Além disso, essa solução favoreceria injustificadamente os interesses dos oferentes de serviços relativamente aos dos respectivos adquirentes, comprometendo assim a neutralidade do Direito Internacional Privado.

Foi, por outro lado, posta em dúvida a compatibilidade da referida regra com a unificação do Direito de Conflitos visada através dos Regulamentos de Roma I e II.

Compreende-se assim que a Directiva 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno ⁽¹²¹⁾, se haja limitado a consagrar, no seu art. 16.º, n.º 1, o princípio do *reconhecimento mútuo*. Segundo esse preceito:

⁽¹¹⁹⁾ Ver Peter Mankowski, «Wider ein Herkunftslandprinzip im Binnenmarkt», *IPRax*, 2004, pp. 385 ss.; Hans-Jürgen Sonnenberger, «Kommissions-Vorschlag für eine Rahmenrichtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, KOM (2004) 2», *RIW*, 2004, pp. 321 ss.; Olivier de Schutter e Stéphanie Francq, «La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur : reconnaissance mutuelle, harmonisation et conflits de lois dans l'Europe élargie», *Cahiers de droit européen*, 2005, pp. 603 ss.; Lars Albath e Martina Giesler, «Das Herkunftslandprinzip in der Dienstleistungsrichtlinie — eine kodifizierung der Rechtssprechung?», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2006, pp. 38 ss.

⁽¹²⁰⁾ Personificou esse receio a figura do «canalizador polaco», amplamente difundida em França e noutros países europeus aquando da discussão pública da proposta de Directiva.

⁽¹²¹⁾ In *JOUE*, n.º L 376, de 27 de Dezembro de 2006, pp. 36 ss. Sobre as implicações desse acto comunitário no domínio dos conflitos de leis no espaço, vejam-se Achim Kampf, «EU-Dienstleistungsrichtlinie und Kollisionsrecht», *IPRax*, 2008, pp. 101 ss.; Martin Schmidt-Kessel, «Europäisches Kollisionsrecht für Dienstleistungen?», in Brigitta Jud, Walter H. Rechberger e Gerte Reichelt (orgs.), *Kollisionsrecht in der Europäischen Union. Neue Fragen des internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechtes*, Viena, 2008, pp. 97 ss.

«Os Estados-Membros devem respeitar o direito de os prestadores prestarem serviços num Estado-Membro diferente daquele em que se encontram estabelecidos. O Estado-Membro em que o serviço é prestado deve assegurar o livre acesso e exercício da actividade no sector dos serviços no seu território.»

Parece, assim, que o princípio do reconhecimento mútuo, embora possa ter uma componente conflitual, traduzida numa remissão para a *lex originis*, não a tem necessariamente. Uma coisa é, com efeito, a aplicabilidade exclusiva da lei do país de origem dos serviços, que foi rejeitada na versão final da Directiva. Outra, a tomada em consideração da lei do país de origem pelas autoridades do país de destino, em ordem a verificar se existe um grau suficiente de equivalência entre essa lei e a do país onde são oferecidos certos serviços, que justifique o afastamento das normas desta última de que resulte um entrave à livre prestação de serviços ⁽¹²²⁾.

V

A LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO DE CAPITAIS

23. A livre circulação de capitais como pressuposto das demais liberdades comunitárias

A liberdade de circulação de capitais é um pressuposto das demais liberdades comunitárias, que não podem tornar-se efectivas sem ela ⁽¹²³⁾. Encontra-se actualmente consagrada no art. 63.º do

⁽¹²²⁾ Voltaremos a este ponto adiante: ver *infra*, n.º 28.

⁽¹²³⁾ Cfr., sobre o tema, Rudolf Streinz (org.), *EUV/EGV*, cit., pp. 757 ss.; Peter v. Wilmsowsky, «Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs», in Dirk Ehlers (org.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, cit., pp. 343 ss.; Wolfgang Kilian, *Europäisches Wirtschaftsrecht*, cit., pp. 117 ss.; Paul Craig e Gráinne de Búrca, *EU Law*, cit., pp. 723 ss.; Jean-Louis Clergerie, Annie Gruber e Patrick Rambaud, *L'Union européenne*, cit., pp. 364 ss.; e Jürgen Schwartz (org.), *EU Kommentar*, cit., pp. 764 ss. Na doutrina nacional, vide José Carlos Moitinho de Almeida, *Direito Comunitário*, cit., pp. 493 ss.; João Calvão da Silva, *Direito Bancário*, Coimbra, 2001, pp. 127 ss.; *idem*, *Banca, Bolsa e Seguros. Direito Europeu e Português*, tomo I, *Parte Geral*, Coimbra, 2005, pp. 229 ss.; Rui de Moura Ramos, *Direito Comunitário (Programa, conteúdos e métodos de ensino)*, cit., p. 102; João Mota de Campos e João Luiz Mota de Campos, *Manual de Direito Comunitário*, cit., pp. 679 ss.

Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (ex-artigo 56.º do Tratado da Comunidade Europeia), que proíbe todas as restrições aos movimentos de capitais e aos pagamentos entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros ⁽¹²⁴⁾. Esse preceito é complementado pela Directiva 88/361/CEE ⁽¹²⁵⁾, que estabeleceu o princípio da liberalização completa dos movimentos de capitais na Comunidade a partir de 1 de Julho de 1990. Em virtude destas disposições, as empresas e os particulares podem hoje efectuar investimentos, transferências e pagamentos transfronteiras no seio da União Europeia sem autorização prévia e sem sujeição a limites de valor.

Não raro, estas transacções envolvem também o exercício de outras liberdades comunitárias, ficando por isso igualmente sujeitas às regras que as disciplinam ⁽¹²⁶⁾. Assim, por exemplo, a uma transferência de capitais que vise a prestação de um serviço (v.g. por um banco) são cumulativamente aplicáveis as regras sobre a liberdade de circulação de capitais e a liberdade de prestação de serviços ⁽¹²⁷⁾. A conexão entre as duas matérias é claramente estabelecida pelo art. 58.º, n.º 2, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia, nos termos do qual a liberalização de serviços bancários e de seguros ligados a movimentos de capitais deve efectuar-se de harmonia com a liberalização da circulação dos capitais.

24. O reconhecimento mútuo e a prestação de serviços ligados a movimentos de capitais

a) Também no tocante à prestação de serviços ligados a movimentos de capitais a salvaguarda da liberdade de circulação levou

⁽¹²⁴⁾ No tocante aos movimentos de capitais de e para terceiros Estados os arts. 64.º e 66.º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia introduzem, todavia, importantes limitações ao disposto no art. 63.º.

⁽¹²⁵⁾ JOCE, n.º L 178, de 8 de Julho de 1988, pp. 5 ss.

⁽¹²⁶⁾ Neste sentido, Dirk Ehlers, «Allgemeine Lehren», in *eiusdem*, *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, cit., pp. 177 ss. (p. 204).

⁽¹²⁷⁾ Cfr., neste sentido, o acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 14 de Novembro de 1995, caso *Svensson* (proc. C-484/93).

à consagração jurisprudencial do princípio do reconhecimento mútuo ⁽¹²⁸⁾.

Subsequentemente, diversos actos comunitários acolheram de modo expresse os princípios do reconhecimento mútuo e da vigilância dos prestadores de serviços financeiros pelas autoridades do respectivo Estado-Membro de origem («*home country control*») ⁽¹²⁹⁾.

Está neste caso a Directiva 2006/48/CE, de 14 de Junho de 2006, relativa ao acesso à actividade das instituições de crédito e ao seu exercício ⁽¹³⁰⁾, cujo art. 23.º dispõe:

«Os Estados-Membros devem estabelecer que as actividades referidas na lista do Anexo I possam ser exercidas nos respectivos territórios, nos termos do artigo 25.º, dos n.ºs 1 a 3 do artigo 26.º, dos n.ºs 1 e 2 do artigo 28.º e dos artigos 29.º a 37.º, através do estabelecimento de uma sucursal ou por meio de prestação de serviços, por qualquer instituição de crédito autorizada e supervisionada pelas autoridades competentes de outro Estado-Membro, desde que tais actividades estejam abrangidas pela autorização.»

Uma entidade que obtenha autorização para exercer actividade bancária num Estado-Membro pode, assim, operar em toda a União, sem necessidade de novas autorizações, em regime de

⁽¹²⁸⁾ Assim, no acórdão *Parodi*, de 9 de Julho de 1997 (proc. C-222/95), o Tribunal de Justiça declarou: «O artigo 59.º do Tratado CEE [actual art. 56.º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia] deve ser interpretado no sentido [de] que se opõe a que um Estado-Membro exija a uma instituição de crédito já autorizada noutro Estado-Membro a obtenção de uma autorização para poder conceder um empréstimo hipotecário a um residente no seu território [...]». Tais autorizações, acrescentou o Tribunal, apenas podem ser validamente exigidas se se verificarem três condições: que essa autorização «se imponha a qualquer pessoa ou sociedade que exerça tal actividade no território do Estado-Membro de destino»; que a mesma «seja justificada por razões ligadas ao interesse geral, tais como a protecção dos consumidores»; e que seja «objectivamente necessária para assegurar o cumprimento das regras aplicáveis no sector em causa e para proteger os interesses que estas regras têm por objectivo salvaguardar, sendo certo que o mesmo resultado não poderia ser alcançado com regras menos rigorosas». Cfr. Riccardo Luzzatto, «Il principio del mutuo riconoscimento degli enti creditizi nel mercato interno della C.E.E.», *Diritto del Commercio Internazionale*, 1989, pp. 193 ss.

⁽¹²⁹⁾ Ver, sobre esta matéria, Luca G. Radicati di Brozzolo, «L'ambito di applicazione della legge del paese di origine nella libera prestazione dei servizi bancari nella Cee», *Il Foro Italiano*, 1990, parte IV, pp. 454 ss.

⁽¹³⁰⁾ In *JOUE*, n.º L 177, de 30 de Junho de 2006, pp. 1 ss.

liberdade de estabelecimento ou de prestação de serviços e «do mesmo modo que no Estado-Membro de origem» ⁽¹³¹⁾.

Consagra-se deste modo o princípio do *reconhecimento mútuo* das legislações nacionais e das autorizações necessárias ao acesso e ao exercício desta actividade económica. A responsabilidade principal pela regulação e pelo controlo da actividade dessas entidades cabe, por força dele, ao Estado-Membro de origem. O Estado-Membro de acolhimento pode, é certo, nos termos do art. 31.º da mesma Directiva, tomar «medidas adequadas, destinadas a evitar ou reprimir as irregularidades cometidas no seu território que sejam contrárias às disposições legais por ele adoptadas por *razões de interesse geral*». Essa possibilidade inclui, segundo o mesmo preceito, a de «impedir as instituições de crédito faltosas de iniciarem novas operações no seu território». Mas essas medidas não podem ser discriminatórias ou desproporcionadas, nem duplicar medidas já adoptadas pelo Estado-Membro de origem.

Por seu turno, a Directiva 2004/39/CE, de 21 de Abril de 2004, relativa aos mercados de instrumentos financeiros ⁽¹³²⁾, dispõe no art. 31.º, n.º 1:

«Os Estados-Membros devem assegurar que qualquer empresa de investimento autorizada e sujeita à supervisão das autoridades competentes de outro Estado-Membro nos termos da presente directiva e, no que diz respeito às instituições de crédito, da Directiva 2000/12/CE, possa prestar livremente serviços e/ou actividades de investimento, bem como serviços auxiliares, no respectivo território, desde que esses serviços ou actividades sejam abrangidos pela sua autorização. Os serviços auxiliares só podem ser prestados conjuntamente com um serviço e/ou actividade de investimento. Os Estados-Membros não devem impor quaisquer requisitos adicionais a essas empresas de investimento ou instituições de crédito no que diz respeito às matérias abrangidas pela presente directiva.»

O regime comunitário desta matéria assenta, em suma, numa *repartição de competências* entre os reguladores do país de origem e os do país de acolhimento, com predomínio dos primeiros ⁽¹³³⁾.

⁽¹³¹⁾ Cfr., neste sentido, o considerando 18 da Directiva.

⁽¹³²⁾ In *JOUE*, n.º L 145, de 30 de Abril de 2004, pp. 1 ss.

⁽¹³³⁾ Cfr. Jan Dalhuisen, *Dalhuisen on Transnational and Comparative Commer-*

Por força dela, podem ser aplicadas regras diferentes à prestação de serviços financeiros no mesmo Estado, consoante a origem da instituição em causa.

Nisto se traduz o fenómeno dito da concorrência regulatória («*regulatory competition*»). Em virtude desta, os reguladores nacionais podem ser levados a modificar os seus próprios padrões de regulação, em ordem a proporcionar igualdade de condições de concorrência às instituições financeiras nacionais. Esse fenómeno envolve, pois, o risco de uma certa redução das exigências legais aplicáveis nesta matéria (por alguns apodada de «*race to the bottom*»). Mas esta não se verificou até hoje — ao que não será estranha a harmonização de legislações neste domínio entretanto empreendida na União Europeia.

b) A incidência das liberdades comunitárias nesta matéria não se limita, porém, à definição das condições de acesso e exercício da prestação de serviços financeiros e da entidade competente para controlar as entidades que prestam esses serviços: ela estende-se à determinação da própria lei reguladora do serviço prestado ⁽¹³⁴⁾.

Por exemplo, em matéria de contratos bancários que transcendam as fronteiras de um único Estado-Membro, as regras de conflitos vigentes na União Europeia conduzem, num largo número de situações, à aplicação da *lei do banco* ⁽¹³⁵⁾.

Assim sucede, desde logo, quando as partes escolham essa lei ao abrigo do art. 3.º do Regulamento de Roma I, visto que este não

cial, Financial and Trade Law, 3.ª ed., Oxford/Portland, 2007, p. 1290.

⁽¹³⁴⁾ Ver Apostolos Gkoutzinis, «Free Movement of Services in the EC Treaty and the Law of Contractual Obligations Relating to Banking and Financial Services», *Common Market Law Review*, 2004, pp. 119 ss.

⁽¹³⁵⁾ Cfr. Jean-Pierre Mattout, *Droit bancaire international*, 3.ª ed., Paris, 2004, pp. 31 ss.; Dieter Martiny, «Banverträge», in Christoph Reithmann e Dieter Martiny (orgs.), *Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6.ª ed., Colónia, 2004, pp. 950 ss. (p. 955). Na literatura jurídica portuguesa, vejam-se, no mesmo sentido, Maria Helena Brito, «Os contratos bancários e a Convenção de Roma de 19 de Junho de 1980 sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais», *Revista da Banca*, 1993, pp. 75 ss. (p. 103); António Marques dos Santos, «A Convenção de Roma e as operações bancárias», in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 227 ss. (p. 239); e Luís de Lima Pinheiro, «Direito aplicável às operações bancárias internacionais», in *Estudos de Direito Internacional Privado*, vol. II, Coimbra, 2009, pp. 233 ss. (p. 250).

impõe, nos contratos que apresentem conexões com dois ou mais Estados-Membros, qualquer limitação a essa escolha.

Ao mesmo resultado conduz o art. 4.º, n.º 1, alínea *b*), do Regulamento, por força da remissão nele feita para a lei do país em que o prestador de serviços tem a sua residência habitual.

A regra mencionada vale igualmente para as transferências bancárias transfronteiras efectuadas no seio da União Europeia⁽¹³⁶⁾, às quais deve, em princípio, ter-se como aplicável a lei escolhida pelas partes e, subsidiariamente, a lei do banco receptor da ordem de pagamento⁽¹³⁷⁾.

Bem se compreende que assim seja. No sector dos serviços financeiros, as características e o conteúdo dos serviços prestados dependem em larga medida das regras que lhes forem aplicáveis. A aplicação da lei do país de origem desses serviços tem, por isso, especial razão de ser: uma vez que a identidade do serviço é indissociável da lei aplicável, a sua sujeição à lei do país de destino poderia afectar a própria possibilidade da respectiva prestação⁽¹³⁸⁾. Assim sucederia, por exemplo, se a lei do país de destino não conhecesse, ou não permitisse, a figura da garantia bancária autónoma, admitida pelo sistema jurídico do Estado-Membro da sede ou do estabelecimento principal de um banco que se propusesse prestá-la a uma entidade estabelecida noutro Estado-Membro.

⁽¹³⁶⁾ É matéria em que a União Europeia tem também procurado levar a cabo uma certa harmonização de legislações. Regem-na, designadamente, a Directiva 97/5/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Janeiro de 1997, relativa às transferências transfronteiras, in *JOCE*, n.º L 43, de 14 de Fevereiro de 1997, pp. 25 ss. (transposta para a ordem jurídica portuguesa pelo D.L. n.º 41/2000, de 17 de Março) e o Regulamento (CE) n.º 2560/2001, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Dezembro de 2001, relativo aos pagamentos transfronteiras em Euros, in *JOCE*, n.º L 344, de 28 de Dezembro de 2001, pp. 13 ss.

⁽¹³⁷⁾ É, aliás, esta a solução consagrada na Lei-Modelo da CNUDCI sobre as Transferências Internacionais de Crédito, de 1992: cfr. o artigo Y, n.º 1, dessa Lei-Modelo, segundo o qual: «The rights and obligations arising out of a payment order shall be governed by the law chosen by the parties. In the absence of agreement, the law of the State of the receiving bank shall apply». Para os efeitos desta disposição, o conceito de «banco receptor» («receiving bank») deve ser entendido, em conformidade com o estabelecido no art. 2 da Lei-Modelo, nos seguintes termos: «“receiving bank” means a bank that receives a payment order» (alínea *f*)).

⁽¹³⁸⁾ Cfr., no sentido do texto, Luca Radicati di Brozzolo, «L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation», est. cit. na *RCDIP*, 1993, p. 407.

A liberdade de prestação de serviços ligados a movimentos de capitais através das fronteiras reclama, assim, a possibilidade de aplicar a esses serviços a lei do respectivo país de origem.

VI ENSAIO DE UMA CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA

25. A unidade na diversidade: a integração europeia e a preservação do pluralismo jurídico

a) Do que dissemos até aqui resulta que, a fim de assegurar as liberdades comunitárias de circulação, a União Europeia não enveredou por uma assimilação dos sistemas jurídicos nacionais, mas tão-só, de um modo geral, por uma *harmonização mínima*.

Desde, pelo menos, 1985, a preferência dos órgãos comunitários tem sido por uma produção normativa descentralizada, associada ao princípio de reconhecimento mútuo, recentemente definido pela Comissão Europeia como a *pedra angular* das políticas da União ⁽¹³⁹⁾.

Aliás, uma tal assimilação, além de desnecessária (e em parte inviável), seria contrária à preservação da *diversidade cultural*, inerente ao próprio conceito de Europa: esta é, desde sempre, um espaço geográfico caracterizado por uma pluralidade de línguas, de usos e costumes e de tradições políticas e jurídicas. Na União Europeia, a liberdade de circulação tem, por isso, de ser articulada com a preservação dessa diversidade ⁽¹⁴⁰⁾.

b) Ora, esta *unidade na diversidade* postula a adopção de regras de conflitos de leis no espaço que possibilitem uma *coorde-*

⁽¹³⁹⁾ Cfr. a *Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu. Aplicação do Programa da Haia: o rumo a seguir*, doc. COM (2006) 331 final, p. 8. Ver ainda, no mesmo sentido, a *Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu. Um espaço de liberdade, de segurança e de justiça ao serviço dos cidadãos*, doc. COM (2009) 262 final, p. 10.

⁽¹⁴⁰⁾ Eis por que há quem afirme que aos tratados europeus subjaz a concepção de um *mercado interno imperfeito* («*unvollkommener Binnenmarkt*»), em que coexistem diferentes sistemas jurídicos nacionais: cfr. Stefan Bruinier, *Der Einfluss der Grundfreiheiten auf das Internationale Privatrecht*, Frankfurt a.M., etc., 2003, p. 205.

nação dos sistemas jurídicos nacionais compatível com as liberdades comunitárias ⁽¹⁴¹⁾.

Vem daqui o principal impulso no sentido da unificação do Direito Internacional Privado na União Europeia. Só através de regras de conflitos uniformes parece, na verdade, possível conciliar a preservação da pluralidade e da diversidade dos Direitos nacionais, enquanto expressões de cultura, com a livre circulação dos factores de produção no mercado interno europeu. O plano supranacional é hoje, por isso, o indicado para a elaboração de regras de conflitos ⁽¹⁴²⁾.

Os recentes regulamentos comunitários sobre os conflitos de leis em matéria de obrigações contratuais e extracontratuais correspondem justamente a esta orientação, que o art. 81.º, n.º 1, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia consagrou ao estabelecer que:

«o Parlamento Europeu e o Conselho [...] adoptam, nomeadamente quando tal seja necessário para o bom funcionamento do mercado interno, medidas destinadas a assegurar:
[...]

c) A compatibilidade das normas aplicáveis nos Estados-Membros em matéria de conflitos de leis e de jurisdição;
[...].»

⁽¹⁴¹⁾ Veja-se, nesta linha fundamental de orientação, Horatia Muir Watt, «European Integration, Legal Diversity and the Conflict of Laws», *Edinburgh Law Review*, 2005, pp. 6 ss. (p. 9), que escreve: «where pluralism tends to emerge as a foundational value in the complex, multi-level structure that Europe represents, the conflict of laws may appear as a convincing alternative to centralised decision-making in an integrated market».

⁽¹⁴²⁾ Neste sentido, vejam-se também Helge Johan Thue, «European Private International Law as the European Solution, and the European Economic Area (EEA/EWR) Problem», in Gerte Reichelt (org.), *Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR. Ein Beitrag zur Kodifikation der allgemeinen Grundsätze des Europäischen Kollisionsrechts*, Viena, 2007, pp. 93 ss. (p. 95); e Jürgen Basedow, «Federal Choice of Law in Europe and in the United States — A Comparative Account of Interstate Conflicts», *Tulane Law Review*, 2008, pp. 2119 ss. (p. 2145). Em sentido diverso, cfr. Luís de Lima Pinheiro, «Federalismo e Direito Internacional Privado — algumas reflexões sobre a comunitarização do Direito Internacional Privado», cit., *passim*.

26. A autonomização de um Direito Internacional Privado do mercado interno

Desponta assim, segundo alguns, um Direito Internacional Privado do mercado interno, ou Direito de Conflitos de mercado interno («*Binnenmarkt-IPR*» ou «*Binnenmarktkollisionsrecht*») ⁽¹⁴³⁾.

Este seria integrado pelas regras de conflitos que se ocupam da determinação do regime aplicável às relações privadas internacionais exclusivamente conexas com o mercado interno europeu.

Seria, pois, através dessas regras que a União Europeia levaria a cabo a coordenação dos sistemas jurídicos dos Estados-Membros, tendo em vista assegurar o exercício das liberdades comunitárias num quadro de pluralismo jurídico.

Talvez não se possa falar ainda, a este respeito, de um verdadeiro *sistema* de regras de conflitos de leis. Mas não podem deixar de ver-se, em algumas das decisões judiciais e dos actos normativos que mencionámos atrás, regras de Direito Internacional Privado privativas de relações intracomunitárias: a contratação de trabalhadores temporariamente destacados de um Estado-Membro para outro no âmbito de uma prestação de serviços; o reconhecimento de sociedades comerciais constituídas de acordo com o Direito de um Estado-Membro; o direito ao nome de pessoas oriundas de outro Estado-Membro; a prestação de serviços de radiodifusão televisiva e da sociedade da informação por empresas estabelecidas na União; etc.

Os próprios Regulamentos de Roma I e Roma II, apesar do seu carácter universal, apresentam como fundamento precípua o bom funcionamento do mercado interno ⁽¹⁴⁴⁾. Ambos contêm, aliás, regras específicas das situações intracomunitárias ⁽¹⁴⁵⁾ e res-

⁽¹⁴³⁾ Ver Stefan Grundmann, «Binnenmarktkollisionsrecht — vom klassischen IPR zur Integrationsordnung», *RabelsZ*, 2000, pp. 457 ss.; Peter Mankowski, «Binnenmarkt-IPR — Eine Problemskizze», in Jürgen Basedow e outros (orgs.), *Aufbruch nach Europa. 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*, Tübinga, 2001, pp. 595 ss.; Katrin Schilling, *Binnenmarktkollisionsrecht*, Berlim, 2006.

⁽¹⁴⁴⁾ Veja-se o considerando 6 de ambos esses actos comunitários.

⁽¹⁴⁵⁾ Haja vista, por exemplo, aos arts. 3.º, n.º 4, e 7.º, n.º 1, do Regulamento de Roma I (relativos, respectivamente, à escolha da lei de um Estado terceiro quando todos os elementos de conexão relevantes se situem num ou mais Estados-Membros e aos contratos de seguro que cubram riscos situados no território dos Estados-Membros) e aos

salvam as disposições especiais de Direito da União Europeia sobre as matérias inseridas no respectivo âmbito de aplicação ⁽¹⁴⁶⁾.

Ora, há entre estas regras um *fio condutor*, uma coerência intrínseca, que lhes é dada pela referência a princípios comuns, entre os quais sobressai a salvaguarda das liberdades comunitárias. O Direito Internacional Privado do mercado interno apresenta, assim, certa autonomia, não apenas do ponto de vista das suas fontes, mas também dos valores em que se funda.

A ênfase deste modo conferida pelo Direito Internacional Privado às liberdades comunitárias reflecte a permeabilidade desta disciplina às opções valorativas gerais do sistema jurídico em que se insere: a sua «Justiça» é, como notámos noutro lugar, tributária dessas opções, e não um domínio à parte delas ⁽¹⁴⁷⁾.

A *dualidade* («*Zweispurigkeit*») ou o *desdobramento* («*Spaltung*») do Direito Internacional Privado, daqui resultante, é uma consequência da constituição no seio da União Europeia de um mercado interno, regido por princípios que não se estendem às relações económicas com terceiros Estados, e da necessidade de coordenar os sistemas jurídicos dos Estados-Membros em conformidade com esses princípios.

Como fundamento da autonomização de um Direito Internacional Privado do mercado interno pode ainda apontar-se a circunstância de, nos domínios abrangidos pelas respectivas normas, ter ocorrido uma certa harmonização de legislações, que pode justificar, pelo que respeita às situações intracomunitárias, um Direito de Conflitos mais liberal do que aquele que vale para as relações com terceiros Estados ⁽¹⁴⁸⁾.

Mas qual exactamente o conteúdo do Direito Internacional Privado do mercado interno? Poderão considerar-se integrantes

arts. 8.º, n.º 2, e 14.º, n.º 3, do Regulamento de Roma II (sobre a violação de direitos de propriedade intelectual comunitários e a escolha da lei de um terceiro Estado quando a situação em apreço apenas apresente conexões com a Comunidade).

⁽¹⁴⁶⁾ Regulamento de Roma I, art. 23.º; Regulamento de Roma II, art. 27.º.

⁽¹⁴⁷⁾ Ver os nossos estudos *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, cit., pp. 80 ss.; e «Sources and General Principles of Portuguese Private International Law: An Outline», *YPIL*, 2007, pp. 257 ss.

⁽¹⁴⁸⁾ Cfr. Karl Kreuzer, «Zu Stand und Perspektiven des Europäischen Internationalen Privatrechts. Wie europäisch soll das Europäische Internationale Privatrecht sein?», cit., p. 84.

dele a aplicação às situações privadas internacionais da lei do país de origem e o princípio do reconhecimento mútuo?

Estas as questões de que nos ocuparemos em seguida.

27. A referência à lei do país de origem

a) Segundo uma corrente doutrinal que se afirmou na Europa sobretudo a partir do início dos anos 90, seria aplicável às situações plurilocalizadas conexas com dois ou mais Estados-Membros da União a lei do país do estabelecimento do fornecedor de produtos ou serviços postos em circulação no mercado interno europeu («*Herkunftslandprinzip*») ⁽¹⁴⁹⁾.

Esta regra constituiria como que a *projecção conflitual* do princípio do reconhecimento mútuo. Este teria implícita uma remissão para a lei do país de origem, ainda que restringida de várias formas ⁽¹⁵⁰⁾.

As liberdades comunitárias conteriam, por outras palavras, uma «regra de conflitos oculta» («*versteckte Kollisionsnorm*») com o referido conteúdo, a qual primaria sobre o Direito de Conflitos de fonte interna ⁽¹⁵¹⁾.

⁽¹⁴⁹⁾ Ver, sobre o tema, em especial, Wolfgang Drasch, *Das Herkunftslandprinzip im internationalen Privatrecht. Auswirkungen des europäischen Binnenmarktes auf Vertrags- und Wettbewerbsrecht*, Baden-Baden, 1997; Alexander Thünten, *Das kollisionsrechtliche Herkunftslandprinzip*, Frankfurt a.M., 2003.

⁽¹⁵⁰⁾ Cfr. Jürgen Basedow, «Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis», *RabelsZ*, 1995, pp. 1 ss. (p. 14); *idem*, «Europäisches Internationales Privatrecht», *NJW*, 1996, pp. 1921 ss. (pp. 1927 s.); Miguel Gardeñes Santiago, *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Madrid, 1999, pp. 34 e 177 ss. Para uma construção do reconhecimento mútuo como um princípio de conflitos de leis, veja-se também Christian Joerges, «Democracy and European Integration: A Legacy of Tensions, a Re-Conceptualisation and Recent True Conflicts», in Paulo de Pitta e Cunha e Luís Silva Morais (orgs.), *A Europa e os desafios do século XXI*, Coimbra, 2008, pp. 111 ss.

⁽¹⁵¹⁾ Jürgen Basedow, est. cit., pp. 14 s. No entanto, essa regra apenas funcionaria, segundo este autor, quando a *lex originis* se mostre mais favorável ao oferente de produtos ou serviços do que a lei do país de destino. De contrário (como sucede, v.g., se a lei do país de destino permite a publicidade comparativa e a lei do país de origem não), aplicar-se-ia a lei do país de destino (*ibidem*, p. 16). Haveria, assim, uma *conexão alternativa* em benefício do oferente de produtos ou serviços no mercado interno (*Günstigkeitsprinzip*

b) Contra a existência de uma regra de conflitos com o referido teor, implícita nas normas dos tratados relativas à livre circulação de mercadorias e serviços, pronunciou-se entretanto uma parte considerável da doutrina.

Para certos autores, não poderia resultar das regras de conflitos de leis no espaço qualquer ofensa às liberdades comunitárias; esta apenas poderia decorrer de normas materiais. A fim de que o Direito Privado possa afectar as liberdades de circulação e estabelecimento, diz-se, não basta a diversidade das regras nacionais: é ainda necessário que da aplicação dele resulte um *entrave* a essas liberdades; só neste caso intervém o Direito da União Europeia. As liberdades comunitárias não se oporiam à aplicação de determinada ordem jurídica, no todo ou em parte, mas tão-só a concretas restrições ao comércio intracomunitário, as quais apenas podem resultar do Direito material. O Direito da União Europeia não imporá, assim, nenhuma regra de conflitos ⁽¹⁵²⁾. De acordo com este ponto de vista, as regras relativas à liberdade de circulação têm, quando muito, uma *função correctiva* ⁽¹⁵³⁾.

Segundo outra formulação da mesma ideia fundamental, a referência à lei do país de origem não deve ser entendida como uma referência conflitual, que exclua a aplicação da lei do país de destino. Na realidade, esta última só não deveria ser aplicada

ou *favor offērentis*), fundada nas liberdades comunitárias.

⁽¹⁵²⁾ Cfr. Harry Duintjer Tebbens, «Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l'épreuve du droit communautaire», *RCDIP*, 1994, pp. 451 ss. (pp. 476 ss.); Mathias Rohe, «Binnenmarkt oder Interessenverband? Zum Verhältnis von Binnenmarktziel und Subsidiaritätsprinzip nach dem Maastricht-Vertrag», *RabelsZ*, 1997, pp. 1 ss. (pp. 58 ss.); Karl-Heinz Fezer e Stefan Koos, est. cit. na *IPRax*, 2000, pp. 349 s. (pp. 350 s.); Bruinier, ob. cit., pp. 55, 156 s. e 205; Stefania Bariatti, «Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del trattato CE sul diritto internazionale privato comunitario», *RDIPP*, 2003, pp. 697 ss. (pp. 677).

⁽¹⁵³⁾ «Na realidade», escreve Pedro de Miguel Asensio, «o princípio do reconhecimento mútuo não se traduz numa regra conflitual que, partindo da igualdade dos diversos ordenamentos materiais implicados, imponha a aplicação, relativamente ao conjunto das relações jurídicas afectadas pelas liberdades comunitárias, da lei do Estado de origem (incluindo a totalidade do Direito privado). A jurisprudência mostra que nestes casos a actuação conforme ao TCE só reclama a não aplicação das regras da lei aplicável contrárias ao Direito Comunitário (que podem ser substituídas, nessa medida, pela lei do Estado de origem, em virtude do princípio de reconhecimento mútuo)». Cfr. «Integración europea y Derecho internacional privado», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1997, pp. 413 ss.

quando os produtos importados satisfaçam exigências equivalentes da lei do país de origem ⁽¹⁵⁴⁾. Mesmo quando serve de base à resolução de casos concretos, a lei do país de origem não seria, por conseguinte, aplicada enquanto tal. Quando muito, poderia dizer-se que o facto de o fornecedor ou oferente de produtos ou serviços se ter conformado com essa lei o exonera da observância de certas normas do país de destino ⁽¹⁵⁵⁾ (ou, *rectius*, da *lex causae* ⁽¹⁵⁶⁾). Os preceitos da *lex originis* seriam, assim, tomados em consideração como *meros factos*, a valorar à luz da lei reguladora da questão em apreço segundo as regras de conflitos comuns; não como verdadeiras normas jurídicas ⁽¹⁵⁷⁾.

c) A nosso ver, não é legítimo rejeitar toda e qualquer relevância das liberdades comunitárias no plano dos conflitos de leis. Por duas razões.

Em primeiro lugar, porque o Direito Internacional Privado opera uma repartição do risco e dos custos da aplicação da lei estrangeira, que não pode ser indiferente às liberdades comunitárias. Se um exportador de produtos ou serviços, além de ter de se conformar com a lei do país onde se encontra estabelecido, deve ainda subordinar-se às dos países para onde exporta, encontrar-se-á, dados os riscos e os custos inerentes à obtenção de informação acerca da lei estrangeira e à adaptação da sua prestação às regras desta, numa situação de desvantagem relativamente às empresas locais — e isto, independentemente do teor dessas leis ⁽¹⁵⁸⁾. A necessidade de os agentes económicos adaptarem os seus produtos ou serviços, ou a forma da sua comercialização, às leis dos

⁽¹⁵⁴⁾ Wulf-Henning Roth, «Der Einfluss der Grundfreiheiten auf das internationale Privat- und Verfahrensrecht», cit., p. 54.

⁽¹⁵⁵⁾ Cfr. Wilderspin e Lewis, est. cit., p. 21.

⁽¹⁵⁶⁾ Bernd von Hoffman e Karsten Thorn, *Internationales Privatrecht*, cit., pp. 27 s. e 38 s.

⁽¹⁵⁷⁾ Wulf-Henning Roth, «Der Einfluss der Grundfreiheiten auf das internationale Privat- und Verfahrensrecht», cit., pp. 54 e 63; *idem*, «Methoden der Rechtsfindung und der Rechtsanwendung im Europäischen Kollisionsrecht», *IPRax*, 2006, pp. 338 ss. (p. 341).

⁽¹⁵⁸⁾ Veja-se, nesta linha de orientação, a *Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre o Direito Europeu dos Contratos*, doc. COM (2001) 398 final, n.ºs 30 e ss.

Trata-se, porém, de um fenómeno excepcional. Fazer assentar o Direito Internacional Privado do mercado interno sobre tais normas seria conferir-lhe uma base excessivamente frágil, geradora de grande insegurança jurídica.

e) À tese de que o Tratado da Comunidade Europeia conteria uma regra de conflitos oculta, remetendo para a *lex originis* opõe-se ainda o pronunciamento do Tribunal de Justiça no caso *República Federal da Alemanha contra Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia* ⁽¹⁶⁵⁾, em que o Tribunal declarou que a aplicação dessa lei não corresponde a um princípio consagrado no Tratado, pelo que o legislador comunitário se pode afastar dela, desde que tal não viole a confiança legítima dos interessados.

No estado actual de evolução do Direito da União Europeia, há, assim, que reconhecer que não existe, pelo que respeita às situações privadas internacionais, uma genérica competência da *lex originis*.

f) Mas reclamarão as liberdades comunitárias a consagração, no futuro, de regras de Direito Internacional Privado que remetam para a *lex originis*?

A este propósito, importa ter presente que na base do sistema vigente de regras de conflitos há uma ponderação de valores e interesses, que não se coaduna com a consagração de regras de conflitos que apenas atendam à posição dos oferentes de produtos e serviços no mercado interno.

A livre circulação de produtos e serviços não é, com efeito, o único interesse atendível na regulação das relações intracomunitárias: também os interesses ligados à paridade dos concorrentes, à protecção dos consumidores e das vítimas de actos danosos, etc. (que o próprio Direito da União Europeia tutela), têm de ser acautelados neste domínio; e estes podem mostrar-se incompatíveis com a aplicação sistemática da *lex originis* ⁽¹⁶⁶⁾. Assim se explica

Direito Internacional Privado. Esboço de uma teoria geral, cit., vol. II, pp. 829 s. e 971.

⁽¹⁶⁵⁾ Acórdão de 13 de Maio de 1997 (proc. C-233/94).

⁽¹⁶⁶⁾ Cfr. Bernd von Hoffman e Karsten Thorn, *Internationales Privatrecht*, cit., p. 27; Sonnenberger, in *Münchener Kommentar*, cit., p. 88.

a omissão de uma tal regra em diversos actos comunitários recentes, entre os quais o Regulamento de Roma II.

Na União Europeia, o *favor offerentis* não leva, pois, necessariamente a melhor sobre o *favor laesi* ou a *par conditio concurrentium* ⁽¹⁶⁷⁾.

g) À medida, porém, que forem sendo harmonizadas as legislações nacionais sobre as matérias em apreço, a necessidade de acautelar os mencionados interesses na determinação da lei aplicável ir-se-á desvanecendo, pois esta tornar-se-á indiferente sob esse prisma; avultará então o interesse na livre circulação dos factores de produção, ao qual poderá ser dada primazia.

Os domínios de eleição da lei do país de origem são, pois, aqueles em que tenha havido uma harmonização de legislações, que assegure a *equivalência funcional* das normas materiais aplicáveis, por estarem ao serviço dos mesmos interesses fundamentais. Esta nos parece ser a chave do problema.

Nestes casos, os interesses que justificam a aplicação da lei do país de destino dos produtos ou serviços oferecidos no mercado interno (v.g. os dos consumidores, das vítimas e dos concorrentes) encontrar-se-ão, em princípio, suficientemente acautelados pelas normas harmonizadas. Esses interesses terão, assim, menor relevância na definição da lei aplicável. Em contrapartida, sobressairá o interesse na integração dos mercados, cuja realização é facilitada pela aplicação da lei do país de origem.

É esta a solução que melhor assegura a liberdade de circulação dos factores de produção e, conseqüentemente, a realização do mercado interno sem comprometer os outros interesses prosseguidos pelo Direito Internacional Privado ⁽¹⁶⁸⁾.

⁽¹⁶⁷⁾ Eis por que mesmo um autor, como Jürgen Basedow, que vê na competência da lei do país de origem um corolário das liberdades comunitárias, se pronunciou contra a sua consagração na proposta de Directiva sobre os serviços. Cfr. «Dienstleistungsrichtlinie, Herkunftslandprinzip und Internationales Privatrecht», *EuZW*, 2004, pp. 423 ss.

⁽¹⁶⁸⁾ Foi o que sucedeu em matéria de comércio electrónico. Um dos objectivos centrais da Directiva 2000/31/CE consistiu em assegurar a exoneração de responsabilidade dos provedores de serviços de Internet nas situações em que não lhes seja exigível que controlem os conteúdos que veiculam ou armazenam em rede. Essa exoneração é essencial à própria viabilidade económica da sua actividade e, reflexamente, ao funcionamento da Internet. A cláusula do mercado interno, consignada naquele acto comunitário, garante que

No tocante às relações intracomunitárias dever-se-á, em suma, evoluir para a aplicação da lei do país de origem, mas apenas se e na medida em que se concretize a harmonização de legislações ⁽¹⁶⁹⁾.

h) Seja como for, a regra da aplicação da lei do país de origem sempre se subordinará a certos limites. Estes resultam designadamente das *normas internacionalmente imperativas* do país de destino, como as que visam acautelar a ordem e a saúde públicas deste país.

A aplicação destas normas tem, em todo o caso, carácter excepcional. A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia tem justamente procurado circunscrever as hipóteses em que são aplicáveis tais normas às relações intracomunitárias.

Avulta nesta matéria a exigência de que as normas em questão correspondam a exigências imperativas do interesse geral, não sejam discriminatórias, se mostrem adequadas à consecução dos objectivos visados e sejam proporcionadas. Não serão, por isso, admissíveis se houverem outras medidas que permitam alcançar o mesmo resultado, afectando menos intensamente o comércio sobre-fronteiras ⁽¹⁷⁰⁾.

um prestador de serviços estabelecido num Estado-Membro da União Europeia beneficia do regime de responsabilidade consagrado na respectiva legislação. A não ser assim, esses agentes económicos ficariam submetidos às leis de qualquer dos Estados-Membros onde os seus serviços sejam prestados, o que seria potencialmente inibidor da sua actividade. Em contrapartida, como notou o Grupo Europeu de Direito Internacional Privado, na posição que assumiu em 2004 sobre a proposta de Directiva relativa aos serviços no mercado interno (cfr. *Position du Groupe européen de droit international privé relative à la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux services dans le marché intérieur*, disponível em <http://www.gedip-egpil.eu>), nos domínios não harmonizados, bem como naqueles em que as Directivas comunitárias não foram integralmente transpostas, a aplicação da lei do país de origem conduz a distorções no mercado de cada Estado-Membro, expondo os consumidores e os comerciantes locais a uma multiplicidade de regimes diferentes consoante a origem do prestador de serviços.

⁽¹⁶⁹⁾ Assim também, Jürgen Basedow, «EC Conflict of Laws — A Matter of Coordination», cit., p. 30; *idem*, «European Private International Law of Obligations and Internal Market Legislation», cit., p. 24.

⁽¹⁷⁰⁾ Cfr. Basedow, est. cit. na *RabelsZ*, 1995, p. 21; Sonnenberger, *Münchener Kommentar*, cit., p. 93.

28. A excepção de reconhecimento mútuo

a) E qual o papel do reconhecimento mútuo na regulação das situações privadas internacionais?

Já se tem dito que, nos casos apontados, a aplicação da *lex originis* e o reconhecimento mútuo constituem como que as duas faces da mesma moeda. O reconhecimento mútuo não seria, na verdade, senão o resultado da aplicação da lei do país de acordo com a qual a situação se constituiu validamente ⁽¹⁷¹⁾.

Vejamos se efectivamente assim é.

b) A noção de reconhecimento é bem conhecida no Direito Internacional Privado. Através dela quer-se significar, nesta disciplina, a extensão a determinado país dos efeitos que pertencem a uma situação jurídica constituída segundo a lei de outro país ⁽¹⁷²⁾.

O reconhecimento é muitas vezes a consequência da aplicação da lei designada pelas regras de conflitos do Estado do foro, à luz da qual se determina se certo direito subjectivo se constituiu, extinguiu ou transmitiu validamente. O reconhecimento de um direito constituído ao abrigo de uma lei estrangeira não é, nesses casos, coisa diferente da própria aplicação dessa lei ⁽¹⁷³⁾.

O reconhecimento pode, no entanto, ter como objecto uma situação jurídica constituída por instrumento negocial ou acto público, de acordo com uma lei distinta da que seria aplicável segundo as regras de conflitos do país onde a mesma é invocada.

Nestes casos, em homenagem à estabilidade e à continuidade dessas situações através das fronteiras, que se entende deverem prevalecer sobre os interesses subjacentes à aplicabilidade da lei designada pelas regras de conflitos comuns, admite-se que produzam efeitos nele situações validamente constituídas num país estrangeiro, ainda que não o pudessem ser localmente.

⁽¹⁷¹⁾ Assim, Mankowski, «Binnenmarkt-IPR — Eine Problemskizze», p. 602.

⁽¹⁷²⁾ Ver Ulrich Drobnig, «Skizzen zur internationalprivatrechtlichen Annerkennungsproblematik», in Hans Claudius Ficker e outros (orgs.), *Festschrift für Ernst von Caemmerer*, Tübinga, 1978, pp. 687 ss.

⁽¹⁷³⁾ Cfr., neste sentido, Leo Raape e Fritz Sturm, *Internationales Privatrecht*, vol. I, *Allgemeine Lehren*, 6.ª ed., Munique, 1977, p. 6.

O reconhecimento dessas situações jurídicas pode, nesta medida, ser uma forma de superar a diversidade das regras de conflitos nacionais numa época de integração económica caracterizada pela intensificação do tráfico jurídico sobre-fronteiras.

c) Na União Europeia, fala-se de reconhecimento mútuo, como vimos, para aludir ao imperativo, decorrente da liberdade de circulação dos factores de produção, de que cada Estado-Membro admita a comercialização no respectivo território de mercadorias ou serviços licitamente introduzidos no mercado do Estado-Membro de origem, bem como de que cada Estado-Membro admita o estabelecimento no respectivo território de sociedades validamente constituídas de acordo com a lei de outro Estado-Membro.

Além desta vertente positiva, o reconhecimento mútuo possui uma outra, de natureza diversa, na medida em que pode operar como um *limite*, ou um *desvio*, à aplicação das regras da *lex causae*. Este limite pode intervir, designadamente, quando a aplicação desta lei implique uma restrição à livre circulação de produtos ou serviços ou à liberdade de estabelecimento.

Nestes casos, o princípio do reconhecimento mútuo deve ser construído, por conseguinte, não como uma «regra de conflitos oculta», mas antes como um mecanismo destinado a corrigir, nas relações intracomunitárias, os resultados da aplicação das regras de conflitos comuns ⁽¹⁷⁴⁾.

Não falta por isso quem aluda, nestes casos, a uma *excepção de reconhecimento mútuo* ⁽¹⁷⁵⁾. Esta não se substitui às regras de

⁽¹⁷⁴⁾ Foi o que sucedeu nos casos *Centros*, *Überseering* e *Inspire Art*, em que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias decidiu que certos Estados-Membros deveriam reconhecer sociedades comerciais constituídas validamente noutros Estados-Membros, apesar de a sua sede real se situar no território dos primeiros, ficando inibidos de lhes aplicar certas regras imperativas locais, salvo por razões de interesse geral (concebido este último de forma muito restritiva). É também uma cláusula deste tipo que encontramos no art. 4.º da Directiva sobre as práticas comerciais desleais. Cfr., no sentido do texto, Michael Bogdan, *Concise Introduction to EU Private International Law*, Groningen, 2006, p. 27.

⁽¹⁷⁵⁾ Cfr. Marc Fallon, «Libertés communautaires et règles de conflit de lois», cit., 79; Marc Fallon e Johan Meeusen, «Private International Law in the European Union and the Exception of Mutual Recognition», *YPIL*, 2002, pp. 37 ss.; Horatia Muir Watt, «L'entrave à la libre prestation de services: réflexions sur l'impact des libertés économi-

conflitos, antes possibilita tão-só a evicção de certas normas da lei do país de destino de uma mercadoria, serviço ou pessoa, ou das da lei designada pelas regras de conflitos locais, quando a sua aplicação envolva uma restrição à liberdade de circulação.

Essa excepção poderia ter a seguinte formulação:

«Não são aplicáveis os preceitos da lei designada pela regra de conflitos quando essa aplicação conduza a um resultado contrário às disposições do Direito da União Europeia relativas à liberdade de circulação de pessoas, mercadorias, serviços e capitais.» ⁽¹⁷⁶⁾

O reconhecimento mútuo tem, nesta medida, autonomia relativamente à aplicação da lei do país de origem.

d) A actuação desta excepção pressupõe, em todo o caso, que os preceitos evictos sejam *funcionalmente equivalentes* aos do Direito do Estado-Membro em conformidade com o qual a situação jurídica em apreço se constituiu: a equivalência funcional é, como já dissemos, o fundamento do reconhecimento mútuo.

Se, por conseguinte, tais preceitos estabelecerem um nível de protecção superior para certa categoria de pessoas, deles resultando um *benefício real*, por exemplo, para o consumidor ou o trabalhador por conta de outrem, não se justificará o seu afastamento.

Em contrapartida, esta excepção opera com independência do título a que a regra a afastar é aplicável (pois tanto pode sê-lo por força de uma regra de conflitos como por constituir uma norma internacionalmente imperativa), da proveniência da regra a afastar (que pode ser de Direito nacional ou estrangeiro, assim se distinguindo da excepção de ordem pública internacional) e da sua natureza (podendo, como já notámos, ser de Direito Público ou Privado) ⁽¹⁷⁷⁾.

ques sur le droit international privé des États membres», cit., p. 546; e Mathias Audit, «Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois», *Clunet*, 2006, pp. 1333 ss. (pp. 1345 ss.)

⁽¹⁷⁶⁾ Baseamo-nos aqui na formulação proposta por Marc Fallon, em «Libertés communautaires et règles de conflit de lois», cit., pp. 77 s.

⁽¹⁷⁷⁾ Assim, se as disposições legais do Estado-Membro de acolhimento, aplicáveis ao destacamento de trabalhadores nos termos da Directiva 96/71/CE, formularem certa exigência quanto à duração dos tempos de trabalho, à remuneração dos trabalhado-

e) Outra questão que se pode colocar é a de saber se o reconhecimento mútuo, entendido nos termos acabados de expor, constitui uma alternativa metodológica — ou, como pergunta Coester-Waltjen ⁽¹⁷⁸⁾, um «substituto» («Ersatz») — das regras de conflitos.

Por outras palavras: serão todas as situações validamente constituídas ao abrigo do Direito de outro Estado-Membro susceptíveis de beneficiar do reconhecimento mútuo independentemente de qual seja esse Direito?

Reencontramos aqui uma questão há muito debatida no Direito Internacional Privado: a autonomia do reconhecimento de direitos adquiridos perante o Direito de Conflitos.

A doutrina que sustenta essa autonomia remonta, como se sabe, à escola estatutária holandesa do séc. XVII e a Ulrich Huber ⁽¹⁷⁹⁾. Este partiu do princípio da territorialidade das leis: no território de cada Estado apenas se aplicariam as leis locais. Mas, por «cortesia internacional» («*ex comitas gentium*»), admitiu o reconhecimento de direitos adquiridos no estrangeiro. Aquilo a que se deveria conferir efeitos no Estado do foro não seriam, todavia, as leis estrangeiras propriamente ditas, mas tão-só os *direitos adquiridos* no estrangeiro à sombra dessas leis. Esse reconhecimento não dependeria do livre arbítrio dos tribunais locais, antes derivaria do costume internacional («*ex tacito populorum consensu*»). O fundamento da solução dada aos conflitos de leis radicaria, assim, numa fonte supra-estadual: o Direito Internacional Público (no dizer de Huber, «*quid diversi populi inter se servare debeant, ad juris Gentium rationes pertinere manifestum est*»).

res, às condições da respectiva disponibilização ou à segurança, saúde ou higiene no trabalho, mas tiverem sido cumpridas pela entidade patronal exigências equivalentes constantes da lei do país de origem dos trabalhadores, o princípio do reconhecimento mútuo opor-se-á à aplicação daquelas disposições sempre que daí resulte um entrave à livre prestação de serviços. Não é outra, se bem cuidamos, a orientação subjacente às decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre esta matéria, de que demos conta *supra*, no n.º 6. Cfr., no sentido do texto, Horatia Muir Watt, «L'entrave à la libre prestation de services», cit., p. 546, n. 6; *idem*, «Aspects», cit., p. 199, n. 502.

⁽¹⁷⁸⁾ Cfr. «Anerkennung im Internationalen Personen-, Familien- und Erbrecht und das Europäische Kollisionsrecht», *IPRax*, 2006, pp. 392 ss.

⁽¹⁷⁹⁾ Cfr. *De Conflictu Legum diversarum in diversis imperiis*, 1.ª ed., 1689 (há tradução inglesa, por Llewelyn Davies, in *British Yearbook of International Law*, 1937, pp. 49 ss.).

Da Holanda, as ideias de Huber passaram para a Inglaterra, nos meados do século XVIII, através dos juristas escoceses que realizaram os seus estudos em universidades holandesas (em especial na de Leida). Mais tarde, a influência de Huber far-se-ia sentir também nos Estados Unidos. Os conflitos de leis surgiram aí do facto de as treze antigas colónias inglesas terem mantido a sua autonomia legislativa. A doutrina territorialista holandesa de seiscentos adequava-se ao espírito independentista dos norte-americanos. Foi justamente em Huber que Joseph Story, juiz do Supremo Tribunal dos Estados Unidos e professor em Harvard, bebeu a principal inspiração da sua tese segundo a qual a «*comity of nations*» seria a expressão mais apropriada a fim de definir o fundamento e o alcance da eficácia das leis de um país no território de outro ⁽¹⁸⁰⁾.

Devem-se, pois, a Huber as bases da teoria que se tornou conhecida em Inglaterra e nos Estados Unidos sob a designação de *vested rights* e que fez sentir a sua influência até ao século XX. Inscreveu-a Albert Dicey na sua obra fundamental, como primeiro princípio dos conflitos de leis: «Qualquer direito devidamente adquirido ao abrigo da lei de um país civilizado é reconhecido e, em geral, é feito valer (*enforced*) pelos tribunais ingleses» ⁽¹⁸¹⁾. A mesma doutrina foi posteriormente sustentada nos Estados Unidos por Joseph Beale, relator do primeiro *Restatement* norte-americano sobre os conflitos de leis, que aliás a consagrou ⁽¹⁸²⁾.

A doutrina dos direitos adquiridos exerceu ainda larga influência em França, através de Pillet ⁽¹⁸³⁾, e em Portugal, por via do ensino de Machado Vilela, que considerou o reconhecimento

⁽¹⁸⁰⁾ Cfr. *Commentaries on the Conflict of Laws : Foreign and Domestic*, 5.^a ed., Boston, 1857, p. 44.

⁽¹⁸¹⁾ Cfr. *Conflict of Laws*, 3.^a ed., Londres, 1922, pp. 23 s. (texto reproduzido in Paolo Picone e Wilhelm Wengler, *Internationales Privatrecht*, Darmstadt, 1974, p. 53).

⁽¹⁸²⁾ Cfr. *A Treatise on the Conflict of Laws*, vol. III, pp. 1968 ss.: «A right having been created by the appropriate law, the recognition of its existence should follow everywhere. Thus an act valid where done cannot be called in question anywhere» (texto reproduzido in Paolo Picone e Wilhelm Wengler, *Internationales Privatrecht*, cit., p. 53).

⁽¹⁸³⁾ Cfr. *Traité Pratique de Droit International Privé*, t. I, Grenoble/Paris, 1923, pp. 119 ss., e «La théorie générale des droits acquis», *Rec. Cours*, t. 8 (1925-II), pp. 485 ss., especialmente pp. 489 ss.

dos direitos adquiridos como um problema cientificamente autónomo relativamente aos conflitos de leis ⁽¹⁸⁴⁾.

No domínio que aqui nos interessa, a autonomia do reconhecimento de direitos adquiridos fundar-se-ia, segundo a doutrina que a preconiza, na salvaguarda das liberdades comunitárias ⁽¹⁸⁵⁾.

Essa autonomia foi, no entanto, largamente rejeitada pela doutrina contemporânea ⁽¹⁸⁶⁾. Para esta, apenas se deve admitir o reconhecimento de direitos adquiridos no estrangeiro se e na medida em que estes se hajam constituído validamente de acordo com a lei ou as leis designadas pelas regras de conflitos do Estado do foro; são estas regras, com efeito, que hão-de indicar se a lei ao abrigo da qual a situação jurídica *sub judice* se constituiu era competente para criá-la ⁽¹⁸⁷⁾. Nesta medida, o reconhecimento de direitos adquiridos não teria autonomia dogmática relativamente aos conflitos de leis.

f) Recentemente, porém, Erik Jayme e Christian Kohler ⁽¹⁸⁸⁾ deram conta de uma tendência, que estaria subjacente aos planos de

⁽¹⁸⁴⁾ Cfr. *Tratado elementar (teórico e prático) de Direito Internacional Privado*, livro I, Coimbra, 1921, pp. 610 ss.

⁽¹⁸⁵⁾ Cfr. Erik Jayme e Christian Kohler, «Europäisches Kollisionsrecht 2004: Territoriale Erweiterung und methodische Rückgriffe», *IPRax*, 2004, pp. 481 ss. (p. 484); Ralph Michaels, «EU Law as Private International Law? Reconceptualizing the Country-of-Origin Principle as Vested Rights Theory», *Journal of Private International Law*, 2006, pp. 195 ss.; Kurt Siehr, «Kollisionen des Kollisionsrechts», in Dietmar Baetge, Jan von Hein e Michael von Hinden (orgs.), *Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*, Tübinga, 2008, pp. 211 ss. (p. 218).

⁽¹⁸⁶⁾ Na Alemanha, por exemplo, por Leo Raape e Fritz Sturm, *Internationales Privatrecht*, cit., e por Jan Kropholler, *Internationales Privatrecht*, cit., pp. 147 ss.; e, em Portugal, por Isabel de Magalhães Collaço, *Direito Internacional Privado*, vol. I, Lisboa, 1966, pp. 52 ss.; João Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado*, 2.ª edição, Coimbra, 1982, pp. 21 ss.; e António Ferrer Correia, *Lições de Direito Internacional Privado*, vol. I, Coimbra, 2000, pp. 387 ss.

⁽¹⁸⁷⁾ Nesta linha fundamental de orientação se pronunciou já Savigny, que, referindo-se ao princípio do reconhecimento dos direitos adquiridos, escreveu: «Este princípio conduz a um puro círculo. Pois apenas podemos saber quais os direitos adquiridos se soubermos em primeiro lugar de acordo com que Direito local devemos apreciar essa aquisição» («Dieser Grundsatz führt auf einen blossen Zirkel. Denn welche Rechte wohl erworben sind, können wir nur erfahren, wenn wir zuvor wissen, nach welchem örtlichen Rechte wir den vollzogenen Erwerb zu beurtheilen haben»). Cfr. *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. VIII, Berlim, 1849, 2.ª reimpressão, Aalen, 1981, p. 132.

⁽¹⁸⁸⁾ Cfr. «Europäisches Kollisionsrecht 2001 : Anerkennungsprinzip statt IPR?»,

acção comunitários neste domínio, para a substituição do Direito Internacional Privado pelo reconhecimento mútuo, ou, como escreveu Christian Kohler ⁽¹⁸⁹⁾, para o «renascimento» do reconhecimento mútuo como princípio de solução dos problemas de Direito Internacional Privado. Tendência essa, aliás, censurada por esses autores — o que não será surpreendente na pátria de Savigny ⁽¹⁹⁰⁾.

Não falta mesmo quem caracterize os desenvolvimentos recentes do Direito Internacional Privado europeu, em particular pelo acolhimento nele dado aos princípios do país de origem e do reconhecimento mútuo, como uma «revolução» e uma «mudança de paradigma» ⁽¹⁹¹⁾. A um método assente na ideia de conexão mais estreita contrapor-se-ia agora um outro, que visa resolver os conflitos de leis no espaço na base das liberdades comunitárias.

g) Perguntamos, pois: deverá, em homenagem às liberdades comunitárias, prescindir-se do controlo da lei à sombra da qual se constituiu uma situação jurídica a reconhecer?

IPRax, 2001, pp. 501 ss. Ver também Erik Jayme, «Il Diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con stati terzi», *RDIPP*, 2006, pp. 353 ss. (p. 355).

⁽¹⁸⁹⁾ Cfr. «Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung in Zivilsachen im europäischen Justizraum», *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 2005, II, pp. 263 ss.

⁽¹⁹⁰⁾ Um ponto de vista mais aberto ao desenvolvimento deste método foi todavia sustentado por Paul Lagarde, para quem o mesmo teria sido acolhido nas Convenções da Haia de 1978 sobre a celebração e o reconhecimento da validade do casamento e de 1985 sobre a lei aplicável ao *trust* e ao seu reconhecimento, bem como na Convenção da Comissão Internacional do Estado Civil de 2003 sobre o reconhecimento do nome (cfr. «Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures», *RebelsZ*, 2004, pp. 225 ss. (pp. 232 ss.)). Por seu turno, Paolo Picone vê no reconhecimento mútuo uma manifestação do método, por ele autonomizado, da *referência ao ordenamento jurídico estrangeiro competente*, que no seu entender complementa o método clássico da conexão. Assim, no Direito da União Europeia, a referência ao Estado de origem não serviria para aplicar a lei deste, mas antes para verificar a existência no respectivo ordenamento, globalmente considerado, de uma situação jurídica atinente a um bem ou a um serviço, a qual é tomada em consideração qualquer que seja a fonte de que deriva. Cfr., deste autor, «Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti», in *eisudem* (org.), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Pádua, 2004, pp. 485 ss. (p. 495).

⁽¹⁹¹⁾ Cfr. Ralf Michaels, «Die europäische IPR-Revolution. Regulierung, Europäisierung, Mediatisierung», in Dietmar Baetge, Jan von Hein e Michael von Hinden (orgs.), *Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*, Tübinga, 2008, pp. 151 ss. (p. 171).

Um princípio de reconhecimento mútuo assim entendido facilitaria porventura a resolução dos casos concretos e promoveria até a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões ⁽¹⁹²⁾.

Contudo, nos domínios em que não houve ainda uma harmonização das legislações dos Estados-Membros da União Europeia e em que, por conseguinte, se registam diferenças de vulto entre os respectivos sistemas jurídicos (como é o caso do Direito da Família e dos direitos de personalidade), parece-nos muito duvidosa a admissibilidade de semelhante orientação.

De facto, a inserção na ordem jurídica nacional, por via do reconhecimento mútuo, de quaisquer situações constituídas noutros Estados-Membros da União Europeia, independentemente da lei ao abrigo da qual se deu a sua constituição e da existência de uma harmonização mínima de legislações que assegure a *equivalência funcional* das soluções nelas consignadas, comprometeria seriamente a repartição da competência legislativa entre aqueles Estados levada a cabo pelo Direito Internacional Privado e a realização, pelo que respeita às situações constituídas no seio da Comunidade, dos valores por este prosseguidos — logo, *a unidade da ordem jurídica*.

O reconhecimento de uma situação jurídica constituída no estrangeiro envolve, por via de regra, a *renúncia* a regular essa situação, i. é, a definir os pressupostos da sua válida constituição, ainda que esteja estreitamente conexa com o Estado onde o reconhecimento é invocado. Ora, essa renúncia pressupõe, a nosso ver, uma ligação suficientemente estreita entre o país de acordo com cuja lei a situação se constituiu e os factos. Sendo esse país, por exemplo, o da residência habitual do interessado, parece que nada deve opor-se ao reconhecimento, desde que a lei local se tenha a si própria como aplicável (como sucedia no caso *Grunkin-Paul*). É esta, como se sabe, a orientação adoptada entre nós no art. 31.º, n.º 2, do Código Civil. Mas já assim não sucederá se a situação em apreço se constituiu de acordo com a lei de um país sem qualquer

⁽¹⁹²⁾ Cfr., neste sentido, Dagmar Coester-Waltjen, «Das Annerkennungsprinzip im Dornröschenschlaf?», in Heinz-Peter Mansel, Thomas Pfeiffer, Herbert Kronke, Christian Kohler e Rainer Hausmann (orgs.), *Festschrift für Erik Jayme*, vol. I, Munique, 2004, pp. 121 ss. (p. 123).

conexão substancial com os factos (como, por exemplo, o país onde os interessados se encontravam de passagem).

A simples invocação das liberdades comunitárias ou de qualquer outro princípio de Direito da União Europeia não se afigura, assim, suficiente para o funcionamento da excepção de reconhecimento mútuo.

Por outras palavras, este não deve ter lugar à margem de uma ideia de *proximidade*. A intervenção daquela excepção deve depender, quanto a nós, de um juízo sobre a legitimidade, sob o ponto de vista das conexões espaciais que possui com a situação em apreço, da aplicação da lei ao abrigo da qual a situação se constituiu.

Em suma, o reconhecimento mútuo de situações jurídico-privadas fundado nos princípios do Direito da União Europeia deve subordinar-se a critérios próprios do Direito Internacional Privado, controláveis pelos órgãos jurisdicionais do país onde o reconhecimento é invocado. O mesmo é dizer — o reconhecimento mútuo não deve operar com total autonomia relativamente ao método tradicional de resolução dos conflitos de leis, nem constitui uma verdadeira alternativa metodológica relativamente a ele ⁽¹⁹³⁾.

De facto, um princípio de reconhecimento mútuo de quaisquer situações constituídas num Estado-Membro da União poderia colocar em crise a coordenação dos sistemas jurídicos nacionais levada a cabo pelo Direito Internacional Privado e os valores por este prosseguidos. Neste, o reconhecimento de situações constituídas no estrangeiro depende de um *controlo da legitimidade* da lei à sombra da qual essas situações se constituíram ⁽¹⁹⁴⁾. Não sendo

⁽¹⁹³⁾ Cfr., nesta linha de orientação, Dieter Henrich, «Anerkennung statt IPR: Eine Grundsatzfrage», *IPRax*, 2005, pp. 422 ss., que, reportando-se ao primeiro acórdão proferido no caso *Grunkin-Paul*, adverte para os riscos da orientação criticada no texto. No limite, ela levaria, em seu entender, a que qualquer situação jurídica validamente constituída segundo o Direito de um Estado-Membro (um nome, um casamento entre pessoas do mesmo sexo, uma *Lebenspartnerschaft*, o parentesco resultante de uma maternidade «de aluguer») tivesse de ser reconhecida pelos demais Estados-Membros, sem que estes pudessem controlar os pressupostos da sua constituição à luz da lei por eles tida como competente.

⁽¹⁹⁴⁾ Observe-se, a este propósito, que no caso *Grunkin-Paul II* o Tribunal de Justiça da União Europeia, embora não haja explicitado a necessidade de um controlo da competência da lei com base na qual a situação se constituiu, não deixou de declarar que a limitação imposta pelo art. 18.º do Tratado da Comunidade Europeia (correspondente, como dissemos, ao art. 21.º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia) à aplicação do Direito nacional à composição do apelido de um menor apenas tem lugar quando

essa lei aplicável segundo o Direito Internacional Privado do Estado foro, o reconhecimento é recusado. O reconhecimento de situações constituídas no estrangeiro admitido pelo Direito de Conflitos contemporâneo é, nesta medida, um *reconhecimento selectivo* ⁽¹⁹⁵⁾.

29. As liberdades comunitárias e a autonomia privada

Seja como for, parece inequívoco que da articulação da competência da lei do país de origem com o princípio do reconhecimento mútuo, nas hipóteses em que estas são admitidas pela jurisprudência e pelos actos comunitários a que fizemos referência, resulta um certo *alargamento da autonomia privada* na regulação das situações plurilocalizadas.

Na verdade, num quadro de integração económica em que se mantenha a diversidade dos Direitos nacionais, mas em que haja uma harmonização mínima de legislações, por força da qual os regimes resultantes dessa harmonização sejam tidos como funcionalmente equivalentes entre si, as liberdades comunitárias implicam a possibilidade de os interessados escolherem, com maior amplitude, o sistema nacional com base no qual pretendem constituir as situações jurídicas de que são partes; há assim um certo alargamento do âmbito da autonomia privada, posto que por via indirecta.

É o que já se verifica, por exemplo, em matéria de Direito das Sociedades. A liberdade de estabelecimento, no entendimento do Tribunal de Justiça, implica a possibilidade de os fundadores de uma sociedade comercial a constituírem de acordo com a lei de um

daí resulte a recusa do reconhecimento desse apelido, *tal como o mesmo foi determinado e registado no Estado-Membro onde o menor nasceu e reside*. O desvio à aplicação da lei da nacionalidade só se verifica, assim, de acordo com esta jurisprudência, em benefício de uma situação jurídica constituída de acordo com a *lei do país de nascimento e residência habitual*.

⁽¹⁹⁵⁾ Assim, Ferrer Correia, ob. e loc. cit. Ver também Rui de Moura Ramos, «Dos direitos adquiridos em Direito Internacional Privado», in *Das Relações Privadas Internacionais. Estudos de Direito Internacional Privado*, Coimbra, 1995, pp. 11 ss., especialmente p. 47.

Estado-Membro cujas normas sejam tidas como mais favoráveis, ainda que tenham em vista que a sociedade exerça a sua actividade exclusivamente noutro Estado-Membro ⁽¹⁹⁶⁾.

Assim se assegura, além do mais, algum grau de competição entre esses sistemas jurídicos, que é benéfica sob o ponto de vista do desenvolvimento do Direito.

30. A ideia de liberdade como fundamento do Direito Internacional Privado europeu contemporâneo

Os elementos normativos e jurisprudenciais até aqui examinados permitem-nos concluir que Direito Internacional Privado europeu contemporâneo está ao serviço de um *ideal de liberdade*: aquele que subjaz ao processo de integração europeia e que o art. 2.º do Tratado da União Europeia consagra como um dos valores em que esta se funda.

Há, no entanto, quem aponte a esse Direito Internacional Privado europeu uma *discrepância valorativa* relativamente às regras comuns desta disciplina, as quais assentariam antes no *princípio da proximidade* ou da *conexão mais estreita* ⁽¹⁹⁷⁾.

Mas a ideia de liberdade já aflorava no pensamento dos fundadores do Direito Internacional Privado moderno.

É bem sabido, com efeito, que Savigny, distanciando-se da territorialidade das leis que dominara a escola estatutária dos conflitos de leis no espaço, preconizou que «para cada relação jurídica se procure o domínio jurídico a que, segundo a sua natureza própria, essa relação pertence ou se encontra sujeita (onde possui a sua sede)» ⁽¹⁹⁸⁾.

⁽¹⁹⁶⁾ Cfr. o acórdão *Centros*, cit. *supra*, n.º 9.

⁽¹⁹⁷⁾ Ver Peter Mankowski, «Binnenmarkt-IPR — Eine Problemskizze», cit.; Wlenderspin e Lewis, est. cit.

⁽¹⁹⁸⁾ «Dass bei jedem Rechtsverhältniss dasjenige Rechtsgebiet aufgesucht werde, welchem dieses Rechtsverhältniss seiner eigenthümlichen Natur nach angehört oder unterworfen ist (worin dasselbe seinen Sitz hat)»: cfr. *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. VIII, cit., pp. 28 e 108.

Isto, segundo Savigny, independentemente de o Direito assim aplicável ser o do próprio juiz a que a causa se encontre afecta ou o de um Estado estrangeiro ⁽¹⁹⁹⁾.

Deste modo se asseguraria, segundo aquele autor, que em caso de conflito de leis as relações jurídicas fossem valoradas do mesmo modo, independentemente do Estado onde a sentença fosse proferida ⁽²⁰⁰⁾.

A harmonia de julgados foi assim erigida em finalidade precípua do Direito Internacional Privado. O que bem se compreende, pois a estabilidade e a continuidade das relações jurídicas através das fronteiras, dessa forma tornadas possíveis, eram condições essenciais ao exercício pelos particulares da livre iniciativa económica para além das fronteiras dos Estados onde se encontravam estabelecidos.

Na base da construção de Savigny está, por conseguinte, também um *ideal de liberdade* ⁽²⁰¹⁾.

Outro dos pais fundadores do Direito Internacional Privado contemporâneo, Pascoale-Stanislaio Mancini, sublinhou igualmente a relevância de uma solução uniforme dos conflitos de leis no espaço ⁽²⁰²⁾.

Mas o mesmo autor acrescentou a este desiderato aquilo a que chamou o *princípio da liberdade*: em todas as matérias que não contendessem com a pessoa, a família, a sucessão, a constituição política e a ordem pública, seria de admitir, em seu enten-

⁽¹⁹⁹⁾ «[O]hne Unterschied, ob dieses örtliche Recht das einheimische Recht dieses Richters, oder das Recht eines fremden Staates sein mag» (*ibidem*, p. 32).

⁽²⁰⁰⁾ «Die Rechtsverhältnisse, in Fällen einer Collision der Gesetze, dieselbe Beurtheilung zu erwarten haben, ohne Unterschied, ob in diesem oder jenem Staate das Urtheil gesprochen werde» (*ibidem*, p. 27).

⁽²⁰¹⁾ Bem patente, de resto, na sua construção das relações jurídicas patrimoniais como expressões da liberdade individual: cfr. *System*, cit., vol. I, p. 370. Sobre o paralelismo entre a construção de Savigny no domínio do Direito Internacional Privado e a «mão invisível» de Adam Smith, vide António Marques dos Santos, *As normas de aplicação imediata no Direito Internacional Privado*, cit., vol. I, p. 327, nota 1087.

⁽²⁰²⁾ Como o inculca o próprio título do seu célebre ensaio «De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les Etats, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du Droit international privé, pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles», *Clunet*, 1874, pp. 221 ss. e 285 ss.

der, a escolha pelos interessados da lei aplicável aos seus actos jurídicos ⁽²⁰³⁾.

As construções de ambos os autores são, assim, orientadas para a efectivação da *liberdade económica* nas relações internacionais.

O Direito Internacional Privado europeu permanece fiel, nesta medida, às suas raízes históricas.

⁽²⁰³⁾ *Ibidem*, p. 298.

