

O NOVO REGULAMENTO COMUNITÁRIO SOBRE A LEI APLICÁVEL ÀS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS (ROMA I) – UMA INTRODUÇÃO (*)

*Pelo Prof. Doutor Luís de Lima Pinheiro (**)*

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO. I. ÂMBITO DE APLICAÇÃO. A) Âmbito material. B) Âmbito espacial. C) Âmbito temporal. II. A DESIGNAÇÃO PELAS PARTES DO DIREITO APLICÁVEL. III. CONEXÃO SUPLETIVA GERAL. A) Soluções estabelecidas pela Convenção de Roma. B) Soluções estabelecidas pelo Regulamento. C) Determinação da residência habitual. IV. REGRAS DE CONFLITOS ESPECIAIS (CONTRATOS DE TRANSPORTE, CONTRATOS COM CONSUMIDORES, CONTRATOS INDIVIDUAIS DE TRABALHO E CONTRATOS DE SEGURO). A) Contratos de transporte. B) Contratos com consumidores. C) Contratos individuais de trabalho. D) Contratos de seguro. V. REGRAS AUXILIARES E COMPLEMENTARES. A) Formação e validade substancial do contrato. B) Âmbito do estatuto contratual. C) Cessão de créditos, sub-rogação, pluralidade de devedores e compensação. D) Ordem pública internacional, normas susceptíveis de aplicação necessária, devolução e ordens jurídicas complexas. VI. RELAÇÕES COM OUTROS INSTRUMENTOS. A) Relações com outros instrumentos comunitários. B) Relações com Convenções internacionais. VII. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

(*) O presente estudo foi elaborado com vista ao Livro em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias.

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

INTRODUÇÃO

I. A crescente internacionalização das relações económicas é um dos traços mais marcantes da globalização. Uma percentagem significativa — e cada vez mais importante — dos contratos obrigacionais apresenta contactos relevantes com mais de um Estado. Os contratos internacionais colocam antes do mais três problemas específicos de regulação jurídica: a determinação do Direito aplicável; em caso de litígio, na falta de convenção de arbitragem, a determinação da jurisdição estadual competente; enfim, na eventualidade de o litígio ser decidido por um tribunal estrangeiro, o problema do reconhecimento da decisão judicial estrangeira na ordem jurídica local.

A divergência entre as ordens jurídicas nacionais na resolução destes problemas compromete a previsibilidade e a certeza jurídicas. Primeiro, porque aumenta o risco de competências concorrentes de duas ou mais jurisdições, permitindo o *forum shopping*, i.e., a escolha da jurisdição mais conveniente para a parte que queira propor uma acção. Não se podendo determinar antecipadamente a jurisdição competente, não se sabe no momento da negociação, celebração e execução do contrato qual o Direito de Conflitos relevante para a determinação do regime aplicável. Enfim, a divergência entre os sistemas nacionais quanto ao reconhecimento das decisões judiciais estrangeiras significa que mesmo depois de uma acção ser proposta e de a situação jurídica ser definida por uma decisão judicial de um Estado subsiste a incerteza sobre o valor desta decisão noutras ordens jurídicas.

No âmbito das Comunidades Europeias, estas preocupações conduziram, em primeiro lugar, a um instrumento internacional em matéria de competência internacional e de reconhecimento de decisões judiciais estrangeiras: a Convenção de Bruxelas sobre a Competência Judiciária e a Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial (1968) (doravante designada Convenção Bruxelas I). Mas esta Convenção tem um âmbito de aplicação no espaço limitado e, mesmo dentro deste âmbito, conduz com certa frequência a competências concorrentes. Daí ter-se sentido a necessidade de adoptar um instrumento internacional com vista à unificação do Direito de Conflitos aplicável: a Convenção de Roma sobre

a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (1980). Na ordem jurídica portuguesa, esta Convenção tem constituído a principal fonte de Direito de Conflitos regulador dos contratos obrigacionais desde a sua entrada em vigor nesta ordem jurídica em 1 de Setembro de 1994 ⁽¹⁾.

O Tratado da Comunidade Europeia, com a redacção dada pelo Tratado de Amesterdão (arts. 61.º/c e 65.º), atribuiu aos órgãos comunitários uma certa competência legislativa em matéria de Direito Internacional Privado (Direito de Conflitos, Direito da Competência Internacional e Direito de Reconhecimento) “na medida do necessário ao bom funcionamento do mercado interno”. Embora se tenham suscitado dúvidas sobre o alcance desta competência legislativa ⁽²⁾, os órgãos comunitários entenderam-na no sentido de uma competência legislativa genérica em matéria de Direito Internacional Privado.

Com base neste entendimento, a Comunidade adoptou, entre outros instrumentos, o Reg. (CE) n.º 44/2001, de 22/12/2000, Relativo à Competência Judiciária, ao Reconhecimento e à Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial (doravante designado Regulamento Bruxelas I), que se destinou a substituir a atrás referida Convenção de Bruxelas; o Reg. (CE) n.º 864/2007, de 11/7, Relativo à Lei Aplicável às Obrigações Extracontratuais (Regulamento Roma II); e o novo Reg. (CE) n.º 593/2008, de 17/6, Sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Roma I), que visa substituir a Convenção de Roma.

II. O Regulamento Roma I foi adoptado com referência à competência legislativa atribuída ao Conselho da União Europeia e ao Parlamento Europeu pelos arts. 61.º, 65.º/b, 67.º e 251.º do Tratado da Comunidade Europeia. A sua elaboração foi precedida

⁽¹⁾ A Convenção do Funchal Relativa à Adesão do Reino de Espanha e da República Portuguesa à Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais foi aprovada para ratificação pela Resol. AR n.º 3/94, de 3/2; ratificada pelo Dec. PR n.º 1/94 da mesma data; depósito da ratificação em 30/6/94 (Av. n.º 240/94, de 19/9).

⁽²⁾ Ver Luís de LIMA PINHEIRO – *Direito Internacional Privado*, vol. I – *Introdução e Direito de Conflitos/Parte Geral*, 2.ª ed., Coimbra, 2008, 210 e segs., com mais referências.

⁽³⁾ COM(2002) 654 final.

da publicação de um Livro Verde, em 2003 ⁽³⁾, e teve como marcos a apresentação, pela Comissão Europeia, de uma Proposta de Regulamento, em 2005 ⁽⁴⁾, o Pacote de compromisso da Presidência do Conselho da União Europeia, de 13 de Abril de 2007 ⁽⁵⁾ e a I Posição do Parlamento Europeu, aprovada em primeira leitura em 29 de Novembro de 2007, que graças ao acordo entre o Parlamento e o Conselho já corresponde ao texto legislativo final ⁽⁶⁾. Os trabalhos preparatórios e, em especial, a Proposta de Regulamento, que foi acompanhada de uma Exposição de Motivos, constituem importantes elementos de interpretação dos preceitos contidos no Regulamento.

III. O Regulamento Roma I unifica o Direito de Conflitos geral dos Estados-Membros por ele vinculados embora, como veremos, não exclua completamente a actuação de outras fontes. Por “Direito de Conflitos geral” entendo o conjunto de normas de conflitos e de normas especiais sobre a sua interpretação e aplicação que são aplicadas pelos órgãos estaduais e que se destinam, em princípio, a determinar a ordem jurídica estadual competente. Nem sempre a regulação jurídica dos contratos internacionais passa, ou passa exclusivamente, pelo Direito de Conflitos geral. A regulação jurídica dos contratos internacionais é hoje feita em diferentes planos e com recurso a diferentes técnicas. Um estudo global desta pluralidade de planos e de técnicas de regulação foi feito noutra lugar ⁽⁷⁾. Aqui chamarei apenas a atenção para a importância da unificação internacional do Direito material aplicável aos contratos internacionais e para a existência de um Direito de Conflitos especial da arbitragem transnacional.

A venda internacional de mercadorias e os transportes internacionais constituem duas das áreas em que a unificação internacional do Direito material aplicável realizou maiores progres-

⁽⁴⁾ COM(2005) 650 final.

⁽⁵⁾ 8022/07 ADD 1 REV 1 JUSTCIV 73 CODEC 306.

⁽⁶⁾ Ver Resolução legislativa do Parlamento Europeu, de 29 de Novembro de 2007 [P6_TA(2007)0560].

⁽⁷⁾ Ver Luís de LIMA PINHEIRO – *Direito Comercial Internacional*, Coimbra, 2005, 49 e segs. e 81 e segs.

sos ⁽⁸⁾. A aplicabilidade do regime contido nas Convenções de Direito material unificado depende dos pressupostos nelas enunciados, que traçam o seu âmbito material e espacial de aplicação. Quando uma situação contratual caia dentro do âmbito de aplicação de uma destas Convenções e seja apreciada por órgãos de um Estado contratante não é, *em princípio*, necessário determinar a ordem jurídica estadual competente com base no Direito de Conflitos geral. Portugal, porém, ainda não ratificou a Convenção mais importante neste domínio — a Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias (1980). É essencialmente com respeito a certos contratos de transporte internacional que vigoram na ordem jurídica portuguesa Convenções de unificação do Direito material aplicável a contratos internacionais. Por conseguinte, na falta de uma convenção de arbitragem, é o Direito de Conflitos geral que desempenha na grande maioria dos casos a função de determinar o Direito aplicável aos contratos internacionais.

Por outro lado, a *arbitragem* não só representa uma alternativa à jurisdição estadual, como constitui mesmo o modo normal de resolução de litígios emergentes de relações do comércio internacional ⁽⁹⁾. Segundo a opinião largamente dominante, os tribunais arbitrais, mesmo que funcionem em Portugal ou noutro Estado contratante, não estão vinculados à aplicação do Direito de Conflitos geral e, em particular, da Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais ⁽¹⁰⁾ ou do Regulamento Roma I. Os tribunais arbitrais dispõem de um Direito de Conflitos especial para a determinação do Direito aplicável ao mérito da causa nas relações entre empresas e entes equiparados, que resulta de uma conjugação de fontes autónomas (costume jurisprudencial arbitral e regulamentos dos centros institucionalizados de arbitragem) com directrizes estaduais (na ordem jurídica portuguesa o art. 33.º da Lei de Arbitragem Voluntária). Sem entrar em pormenores, pode dizer-se que este Direito de Conflitos especial da arbi-

⁽⁸⁾ Ver LIMA PINHEIRO (n. 2) 80 e segs.

⁽⁹⁾ Ver Luís de LIMA PINHEIRO — *Arbitragem Transnacional. A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Coimbra, 2005, 23 e segs.

⁽¹⁰⁾ Ver LIMA PINHEIRO (n. 9) 502 e segs., com mais referências.

tragem revela uma grande abertura à aplicação de usos e costumes do comércio internacional, de princípios gerais de Direito, de princípios comuns aos sistemas dos Estados em presença e de modelos de regulação, tais como os Princípios do UNIDROIT sobre os Contratos Comerciais Internacionais ⁽¹¹⁾. O Direito aplicável ao mérito da causa não é, necessariamente, Direito estadual. Pelos menos desde que se verifiquem certos pressupostos, o tribunal arbitral pode decidir com base em regras e princípios autónomos e, até, com base em modelos de regulação que tenham um vasto reconhecimento internacional, independentemente da relevância que lhes seja dada por uma particular ordem jurídica estadual.

IV. Nos termos dos arts. 1.º e 2.º dos Protocolos relativos à posição do Reino Unido e da Irlanda, e da Dinamarca, o Reino Unido e a Dinamarca não participaram na aprovação do Regulamento e não são por ele vinculados ⁽¹²⁾. Já a Irlanda comunicou a sua intenção de participar na aprovação e na aplicação do Regulamento ⁽¹³⁾. Quando o Regulamento se refere a “Estado-Membro” entende-se apenas os Estados-Membros por ele vinculados, com excepção do disposto nos arts. 3.º/4 e 7.º (art. 1.º/4).

V. Começarei por examinar o âmbito de aplicação do Regulamento (I), passando em seguida ao estudo das regras gerais (designação pelas partes do Direito aplicável e conexão supletiva geral) (II e III). Feito este estudo, importa examinar as regras especiais estabelecidas para certas modalidades contratuais (contratos de transporte, contratos com consumidores, contratos individuais de trabalho e contratos de seguro) (IV). Segue-se uma análise sucinta das regras auxiliares e complementares (V) e das relações com outros instrumentos (VI). Finalizarei com umas breves considerações finais (VII).

⁽¹¹⁾ Ver LIMA PINHEIRO (n. 9) 234 e segs.

⁽¹²⁾ Considerandos n.ºs 45 e 46.

⁽¹³⁾ Considerando n.º 44.

I. ÂMBITO DE APLICAÇÃO

A) Âmbito material

Quanto aos pressupostos de aplicação do Regulamento cabe distinguir entre âmbito material, espacial e temporal de aplicação.

O art. 1.º diz respeito ao *âmbito material*, estabelecendo, em primeiro lugar (n.º 1), que “O presente regulamento é aplicável às obrigações contratuais em matéria civil e comercial que impliquem um conflito de leis”. “Não se aplica, em especial, às matérias fiscais, aduaneiras e administrativas”.

Por um lado, este preceito está alinhado com o âmbito de aplicação do Regulamento Bruxelas I (art. 1.º/1 deste Regulamento) e deve ser interpretado do mesmo modo. A jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades (TCE) com respeito ao art. 1.º/1 do Regulamento Bruxelas I, bem como a jurisprudência do mesmo tribunal com respeito ao art. 1.º/1 da Convenção de Bruxelas I, são, portanto, relevantes para a aplicação do art. 1.º/1 do Regulamento Roma I ⁽¹⁴⁾.

Antes do mais, a qualificação de uma relação como obrigação contratual deve ser “autónoma”, i.e., deve ser baseada numa interpretação autónoma do conceito ⁽¹⁵⁾. Isto significa que não deve ser feita referência ao Direito de um dos Estados-Membros em presença, mas antes “aos objectivos e ao sistema” do Regulamento e aos “princípios gerais que decorrem do conjunto dos sistemas jurídicos nacionais” ⁽¹⁶⁾.

No contexto da Convenção Bruxelas I, o TCE decidiu que a expressão “matéria contratual”, empregue no art. 5.º/1 da Convenção, deve ser entendida no sentido de não abranger situações em que não existe nenhum compromisso livremente assumido por uma parte relativamente à outra ⁽¹⁷⁾, tais como a acção intentada pelo subadquirente de uma coisa contra o fabricante, que não é o vendedor, em razão dos defeitos da coisa ou da sua inadequação à

⁽¹⁴⁾ Cf. Considerando n.º 7 e Exposição de Motivos da Proposta da Comissão, 5.

⁽¹⁵⁾ Ver também TCE 14/10/1976, no caso *Eurocontrol* [CTCE (1976) 629].

⁽¹⁶⁾ Cf. *supracit.* TCE 14/10/76, no caso *Eurocontrol*, n.º 5.

⁽¹⁷⁾ Cf. TCE 17/6/1992, no caso *Handte* [CTCE (1992) I-3967], n.º 15.

utilização a que se destina ⁽¹⁸⁾ e a acção de indemnização por avarias de carga intentada pelo destinatário da mercadoria ou o segurador sub-rogado nos seus direitos contra o transportador marítimo efectivo e não contra o emitente do conhecimento de carga ⁽¹⁹⁾.

Mas será sempre suficiente, para incluir a situação no conceito de matéria contratual, que haja uma obrigação assumida por um compromisso de uma parte perante a outra, designadamente um negócio unilateral? A recente decisão do TCE no caso *Engler* aponta nesta direcção quando afirma que está incluída uma acção em que um consumidor pretende obter o pagamento do prémio que lhe foi prometido na condição de celebrar um contrato de venda ⁽²⁰⁾. O ponto é controverso relativamente ao âmbito material de aplicação da Convenção Roma I, mas, de acordo com a melhor opinião, o conceito de “obrigação contratual” deve ser entendido em sentido amplo, por forma a incluir as obrigações resultantes de negócios unilaterais ⁽²¹⁾. Creio que este entendimento também deve valer para o Regulamento Roma I.

Por outro lado, o art. 1.º/1 do Regulamento Roma I está coordenado com o art. 1.º/1 do Regulamento Roma II que se refere às obrigações extracontratuais em matéria civil e comercial ⁽²²⁾.

⁽¹⁸⁾ *Idem*, n.º 21.

⁽¹⁹⁾ Cf. TCE 27/10/1998, no caso *Réunion européenne* [CTCE (1998) I-6511].

⁽²⁰⁾ Ver TCE 20/1/2005 [CTCE (2005) I-481]. Ver também François RIGAUX e Marc FALLON – *Droit international privé*, 3.ª ed., Bruxelas, 2005, 770, e Peter MANKOWSKI – “Special Jurisdictions”, in *European Commentaries on Private International Law. Brussels I Regulation*, org. por Ulrich Magnus e Peter Mankowski, 2007, Art. 5 n.ºs 34 e segs. Ver ainda Jan KROPHOLLER – *Europäisches Zivilprozeßrecht. Kommentar*, 8.ª ed., Francoforte-sobre-o-Meno, 2005, Art. 5 n.º 10.

⁽²¹⁾ Cf. Peter MANKOWSKI – “Die Qualifikation der culpa in contrahendo – Nagelprobe für den Vertragsbegriff des europäischen IZPR und IPR”, *IPRax* (2003) 127-135, 128 e segs.; Dieter MARTINY in *Internationales Vertragsrecht*, org. por Christoph REITH-MANN and Dieter MARTINY, 6.ª ed., Colónia, 2004, n.º 8; e Bernd VON HOFFMANN e Karsten THORN – *Internationales Privatrecht einschließlich der Grundzüge des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, 9.ª ed., Munique, 2007, 427. Cp., em sentido contrário, Alfonso-Luis CALVO CARAVACA e Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ – *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 9.ª ed., Granada, 2008, 479.

⁽²²⁾ Cf. Considerando n.º 7. Sobre o âmbito material de aplicação do Regulamento Roma II, ver Luís de LIMA PINHEIRO – “O Direito de Conflitos das obrigações extracontratuais entre a comunitarização e a globalização – Um primeira apreciação do Regulamento comunitário Roma II”, *O Direito* 139 (2007) 1027-1071, 1030 e segs. [versão em língua inglesa em *RDIPP* 44 (2008) 5-42].

A intenção do legislador comunitário é aparentemente que o Regulamento Roma I e o Regulamento Roma II sejam complementares e abranjam, em princípio, todas as obrigações que não são expressamente excluídas ⁽²³⁾. O Regulamento Roma I deve abranger a generalidade das obrigações voluntárias e o Regulamento Roma II a generalidade das obrigações involuntárias. Todavia, a inclusão no Regulamento Roma II de um preceito sobre a validade formal de “actos jurídicos unilaterais relativos a obrigações extracontratuais” (art. 21.º) suscita alguma dúvida sobre este ponto. Até melhor clarificação, eu defenderei que o art. 21.º se refere apenas a situações especiais em que uma obrigação resulta de um acto unilateral de uma das partes ⁽²⁴⁾ mas este acto unilateral não é um compromisso perante a outra parte ou perante o público ⁽²⁵⁾.

Contrariamente à Convenção Bruxelas I e ao Regulamento Bruxelas I, a Convenção de Roma não limitou o seu âmbito de aplicação à “matéria civil e comercial” nem excluiu a sua aplicação a “matérias administrativas” ⁽²⁶⁾. Tão-pouco resulta do Relatório GIULIANO/LAGARDE a exclusão de contratos com elementos públicos ⁽²⁷⁾.

⁽²³⁾ Cf. Exposição de Motivos da Proposta da Comissão, 5, e Exposição de Motivos da Proposta da Comissão referente ao Regulamento Roma II [COM(2003) 427 final], 8.

⁽²⁴⁾ Ver Exposição de Motivos da Proposta da Comissão, 28.

⁽²⁵⁾ Em sentido diferente, Alfonso-Luis CALVO CARAVACA e Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ – *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento “Roma II”*, Granada, 2008, 139.

⁽²⁶⁾ Ver, sobre o sentido desta exclusão, Luís de LIMA PINHEIRO – *Direito Internacional Privado*, vol. III – *Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras*, Almedina, Coimbra, 2002, 60 e seg.

⁽²⁷⁾ No Relatório GIULIANO sobre o anteprojecto de Convenção (1972) afirmava-se a aplicabilidade das regras uniformes aos contratos celebrados entre um Estado e um particular, desde que se tratasse de contratos inseridos na esfera do Direito privado [n.º 1 *in fine*]. Desta passagem parecia inferir-se a exclusão dos contratos públicos. Neste sentido, e criticamente, Kurt LIPSTEIN – “Comments on Arts. 1 to 21 of the Draft Convention”, in *European Private International Law of Obligations*, org. por LANDO/VON HOFFMANN/SIEHR, 1975, 155-164, n.º 7. Tal afirmação não veio a constar, porém, do Relatório GIULIANO/LAGARDE sobre a Convenção (“Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles” por MARIO GIULIANO e Paul LAGARDE [JOCE C 282/1, 31.10.1980]). Pelo contrário, este relatório não deixa de invocar [16], em abono do princípio da autonomia da vontade, a decisão do TPJI no caso dos empréstimos sérvios e as decisões arbitrais nos casos *Saudi Arabia v. Arabian American Oil Company (Aramco)* (ad

A razão de ser desta divergência não está inteiramente esclarecida, mas é razoável pensar que o legislador internacional ao mesmo tempo que não quis interferir com as regras internas de competência judiciária com respeito a contratos que envolvem o exercício de poderes de autoridade (e em que podem estar em causa problemas de imunidade de jurisdição), quis estabelecer um regime de determinação do Direito aplicável com respeito a todos os contratos obrigacionais que “impliquem um conflito de leis”. Quando os tribunais de um Estado se ocupem de contratos que são submetidos pela ordem jurídica do foro a um regime especial de Direito público não se suscita um “conflito de leis” e, por isso, é aplicável directamente o Direito público interno. Quando os tribunais de um Estado se ocupem de contratos em que estão implicados sujeitos públicos estrangeiros suscita-se sempre um “conflito de leis” e, por isso, tem de recorrer-se, em princípio, à Convenção de Roma para determinar o Direito aplicável. Não é outro o entendimento largamente dominante ⁽²⁸⁾.

hoc, 1958) [ILR 27: 117], relativo a um contrato de concessão de prospecção e exploração de petróleo, que, no entender do tribunal arbitral, fora celebrado no exercício de um poder soberano e teria um carácter misto público e privado – cf. LIPSTEIN – “International Arbitration Between Individuals and Governments and the Conflict of Laws”, in *Contemporary Problems of International Law. Essays in Honour of Georg Schwarzenberger*, org. por BIN CHENG e E. BROWN, 177-195, Londres, 1988, 183; *Sapphire International Petroleum Ltd. v. National Iranian Oil Company (ad hoc)*, 1963) [ILR 35: 136], relativo ao incumprimento de um “contrato de concessão”, que, na verdade, era um contrato misto de concessão e empreendimento comum; e, *Texaco v. Libya* [ILM (1979) 3 e *Clunet* 104 (1977) 350], com respeito a um contrato de concessão de exploração de petróleo, em que o árbitro RENÉ-JEAN DUPUY afastou a qualificação de contrato administrativo à face do Direito íbico, por entender que o Estado ou autoridade administrativa lidou com a outra parte numa base de igualdade, que não se tratou de uma operação ou exploração de serviço público e que a distinção entre contratos civis e administrativos, sendo desconhecida de muitos sistemas, não pode ser considerada como correspondendo a um “princípio geral de Direito”.

⁽²⁸⁾ Cf. François RIGAUX – “Examen de quelques questions laissées ouvertes par la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Cahiers de Droit Européen* 24 (1988) 306-321, 313-314 e 319 e segs.; Dicey, *Morris and Collins on the Conflict of Laws*, 14.^a ed., vol. II, Londres, 2006, 1547 e seg. e 1567 e seg.; Pierre MAYER e Vincent HEUZÉ – *Droit international privé*, 9.^a ed., 2007, 525; MARTINY (n. 21) n.º 147; CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ (n. 21) 533-534, com excepção de aspectos “de puro Direito público” relacionados com “mercados públicos” (aparentemente os autores têm em vista os aspectos relacionados com o concurso público); aparentemente, Gerhard KEGEL e Klaus SCHURIG – *Internationales Privatrecht*, 9.^a ed., Munique, 2004,

No entanto, a situação é alterada pelo Regulamento Roma I que, como já se assinalou, alinha o seu âmbito material de aplicação com o do Regulamento Bruxelas I e, assim, circunscreve-se à “matéria civil e comercial” e exclui as “matérias administrativas”. Esta alteração não é feliz, porque limita o alcance da unificação e, na falta de soluções especiais, suscita uma indesejável incerteza e imprevisibilidade sobre a determinação do Direito aplicável aos contratos de Estado que envolvam o exercício de poderes de autoridade.

Em minha opinião, o regime contido na Convenção de Roma é adequado aos contratos de Estado que não estejam submetidos a Direito Internacional de Conflitos ⁽²⁹⁾. Admito que o reforço da competência atribuída ao Direito da parte que fornece os bens ou serviços, operado pelo Regulamento Roma I (*infra* III), possa ser particularmente inconveniente com respeito aos contratos de Estado. Mas teria sido preferível estabelecer uma regra especial para estes contratos que mantivesse o regime estabelecido pela Convenção de Roma. A exclusão dos contratos de Estado que envolvam o exercício de poderes de autoridade do âmbito de aplicação do Regulamento Roma I coloca a questão de saber se deverá ser aplicado a estes contratos o Direito de Conflitos de fonte interna que, no nosso caso, consta dos arts. 41.º e 42.º CC. A meu

661. Ver também, no sentido da aplicação do Direito de Conflitos geral, PIERRE LALIVE – “L’État en tant que partie a des contrats de concession ou d’investissement conclus avec des sociétés privées étrangères”, in *UNIDROIT – New Directions in International Trade*, vol. I, 317-373, 1977, 343 e seg.; Id. – “Sur une notion de ‘Contrat international’”, in *Multum non Multa, FS Kurt Lipstein*, 135-155, 1980, 151 e segs.; Georges VAN HECKE – “Contracts between States and Foreign Private Law Persons”, in *EPIL*, 2.ª ed., vol. VII, 1992, n.º 1; Bernd VON HOFFMANN in FISCHER/VON HOFFMANN – *Staatsunternehmen im Völkerrecht und im Internationalen Privatrecht*, Heidelberg, 1984, 57 e seg.; e Ian BROWNLIE – *Principles of Public International Law*, 6.ª ed., Oxford, 2003, 525.

Cp., em sentido contrário, Peter KAYE – *The New Private International Law of Contract of the European Community*, Aldershot et al., 1992, 111; Dário MOURA VICENTE – “Direito aplicável aos contratos públicos internacionais”, in *Est. Marcello Caetano*, 289-311, Coimbra, 2006, 198, com respeito aos “contratos administrativos internacionais”; aparentemente, também Bernard AUDIT – *Droit international privé*, 4.ª ed., Paris, 2006, 667 e seg.

⁽²⁹⁾ Ver, com mais desenvolvimento, LIMA PINHEIRO (n. 7) 122 e segs. Quanto aos contratos de estado submetidos a Direito Internacional de Conflitos, ver op. cit., 153 e segs.

ver, este regime, ao limitar a liberdade de escolha da lei aplicável e ao estabelecer, como regra supletiva para os contratos onerosos entre partes localizadas em países diferentes, a competência da lei do lugar da celebração, é inadequado aos contratos de Estado.

Numa primeira aproximação, parece-me defensável que os tribunais portugueses apliquem analogicamente o regime do Regulamento Roma I a esses contratos de Estado, com os ajustamentos que se imponham. No que toca à regra supletiva, entendo que esses contratos deverão ficar sujeitos à lei do país com o qual apresentam uma conexão mais estreita (art. 4.º/4).

O Regulamento não se aplica a todas as obrigações em matéria civil e comercial. O art. 1.º/2 exclui as seguintes matérias:

- obrigações do estatuto pessoal, sem prejuízo do disposto no art. 13.º sobre a invocação da incapacidade (a), b) e c) ⁽³⁰⁾;
- obrigações que decorrem de letras, cheques e livranças, bem como de outros títulos negociáveis, na medida em que as obrigações decorrentes desses outros títulos resultem do seu carácter negociável (d) ⁽³¹⁾;
- as convenções de arbitragem e de eleição do foro (e);
- as questões reguladas pelo Direito das sociedades e pelo Direito aplicável a outras entidades dotadas ou não de personalidade jurídica (f) ⁽³²⁾;

⁽³⁰⁾ Estas alíneas têm o seguinte teor:

“a) O estado e a capacidade das pessoas singulares, sem prejuízo do artigo 13.º;

“b) As obrigações que decorrem de relações de família ou de relações que a lei que lhes é aplicável considera produzirem efeitos equiparados, incluindo as obrigações de alimentos;

“c) As obrigações que decorrem de regimes de bens no casamento, de regimes de bens no âmbito de relações que a lei que lhes é aplicável considera produzirem efeitos equiparados ao casamento, e as sucessões”.

⁽³¹⁾ Segundo o Considerando n.º 9 isto abrange os conhecimentos de carga, na medida em que as obrigações deles decorrentes resultem do seu carácter negociável.

⁽³²⁾ Tais “como a constituição, através de registo ou por outro meio, a capacidade jurídica, o funcionamento interno e a dissolução de sociedades e de outras entidades dotadas ou não de personalidade jurídica, bem como a responsabilidade pessoal dos sócios e dos titulares dos órgãos que agem nessa qualidade relativamente às obrigações da sociedade ou entidade”.

- a questão de saber se um agente pode vincular, em relação a terceiros, a pessoa por conta da qual pretende agir ou se um órgão de uma sociedade ou de outra entidade dotada ou não de personalidade jurídica pode vincular essa sociedade ou entidade perante terceiros (g);
- a constituição de *trusts* e as relações que criam entre os constituintes, os *trustees* e os beneficiários (h);
- as obrigações decorrentes de negociações realizadas antes da celebração do contrato (i);
- os contratos de seguro decorrentes de actividades levadas a efeito por organismos que não as empresas referidas no artigo 2.º da Directiva 2002/83/CE Relativa aos Seguros de Vida cujo objectivo consista em fornecer prestações a assalariados ou a trabalhadores não assalariados que façam parte de uma empresa ou grupo de empresas, a um ramo comercial ou grupo comercial, em caso de morte ou sobrevivência, de cessação ou redução de actividades, em caso de doença profissional ou de acidente de trabalho (j).

As obrigações extracontratuais decorrentes de negociações realizadas antes da celebração do contrato caem dentro do âmbito de aplicação do Regulamento Roma II. Isto abrange, designadamente, a responsabilidade pré-contratual por violação do dever de informação e por ruptura de negociações contratuais ⁽³³⁾. Mas o Regulamento Roma II remete, em primeira linha, para a lei aplicável ao contrato ou que lhe seria aplicável se tivesse sido celebrado (art. 12.º/1) e, por conseguinte, as regras do Regulamento Roma I

⁽³³⁾ Cf. Considerando n.º 30 do Regulamento Roma II e LIMA PINHEIRO (n. 22) 1056-1057. Cp. as apreciações da Proposta da Comissão feitas por Paul LAGARDE – “Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)”, *R. crit.* 95 (2006) 331-359, 334; Peter MANKOWSKI – “Der Vorschlag für die Rom I-Verordnung”, *IPRax* (2006) 101-113, 101, e Max Planck Institute for Comparative and International Private Law – “Comments on the European Commission’s Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)”, *RebelsZ.* 71 (2007) 225-344, 234 e 237 e segs.

⁽³⁴⁾ Ver KEGEL/SCHURIG (n. 28) 612-613; Dieter MARTINY – “Art. 32”, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3.ª ed., Munique, 1998, Art. 32 n.º 33, e

são indirectamente aplicáveis. Isto converge com a melhor doutrina expendida perante a Convenção de Roma ⁽³⁴⁾.

Já a responsabilidade por violação de negócios preliminares ou, pelo menos, de contratos preliminares, é abrangida directamente pelo Regulamento Roma I.

O Considerando n.º 31 parece indicar que o Regulamento também não se aplica aos acordos que instituem sistemas de pagamentos e de liquidação de valores mobiliários na acepção da alínea a) do art. 2.º da Directiva 98/26/CE Relativa ao Carácter Definitivo da Liquidação nos Sistemas de Pagamentos e de Liquidação de Valores Mobiliários.

Naturalmente que as regras de conflitos do Regulamento só actuam para questões substantivas. O art. 1.º/3 confirma que o Regulamento não se aplica à prova e ao processo, sem prejuízo do disposto no art. 18.º com respeito às regras sobre presunções legais, ónus da prova e meios de prova de actos jurídicos.

B) Âmbito espacial

O Regulamento, à semelhança da Convenção de Roma, é aplicável às obrigações contratuais “que impliquem um conflito de leis”. Para a compreensão do sentido desta fórmula é útil convocar o Relatório GIULIANO/LAGARDE sobre a Convenção de Roma ⁽³⁵⁾,

LIMA PINHEIRO – *Direito Internacional Privado – Parte Especial (Direito de Conflitos)*, Almedina, Coimbra, 1999, 155; *Direito Internacional Privado*, vol. II – *Direito de Conflitos/Parte Especial*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2002, 251-252, 141, defendendo que a Convenção Roma I era aplicável directamente quando tenha sido celebrado um contrato (mesmo que tenha um mero carácter preparatório) e por analogia quando as negociações tenham sido interrompidas antes da celebração de um contrato. No sentido de uma aplicação directa da Convenção Roma I em ambos os casos, ver Angelo DAVI – “Responsabilità non contrattuale nel diritto internazionale privato”, in *Digesto priv. civ.*, vol. XVII, 1998, n.º 12, e Dário MOURA VICENTE – *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, 2001, 445 e segs., 457 e segs. e 469 e segs. Cp., no sentido de uma diferenciação, REITHMANN/MARTINY (n. 21) n.ºs 282 e segs., e Ulrich SEPPELLENBERG – “Art. 31,32”, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 4.ª ed., Munique, 2006, Art. 32 n.ºs 59 e segs.

⁽³⁵⁾ N. 27, 10.

que se refere a “situações que comportam um ou mais elementos estranhos à vida social interna de um país (...) e que dão aos sistemas jurídicos de vários países vocação a aplicar-se” ⁽³⁶⁾. Esta definição não evita as dúvidas relativamente a situações internas em que o único elemento de estraneidade é a escolha de uma lei estrangeira pelas partes ⁽³⁷⁾. Este ponto está relacionado com a interpretação do art. 3.º/3 do Regulamento e será examinado a propósito deste preceito (*infra* II).

Do art. 22.º/2 do Regulamento resulta que um Estado-Membro em que diferentes unidades territoriais tenham normas próprias em matéria de contratos obrigacionais pode, mas não é obrigado, a aplicar Regulamento aos conflitos de leis internos (interlocais).

O Regulamento tem um carácter universal porque deve ser aplicado pelos tribunais de qualquer Estado-Membro por ele vinculado (art. 1.º/4), sempre que a situação caia dentro do seu âmbito material de aplicação (e do seu âmbito temporal de aplicação) e envolva um conflito de leis. Para este efeito é irrelevante que a relação não tenha conexão com um Estado-Membro ou que a lei designada pelas regras de conflitos do Regulamento seja a lei de um terceiro Estado (art. 2.º).

C) Âmbito temporal

O Regulamento é aplicável aos contratos celebrados após 17 de Dezembro de 2009 (art. 28.º). Por conseguinte, a Convenção de Roma continuará, durante um considerável período de tempo, a ter importância prática na determinação do Direito aplicável aos contratos internacionais.

II. A DESIGNAÇÃO PELAS PARTES DO DIREITO APLICÁVEL

⁽³⁶⁾ Ver trecho similar na Exposição de Motivos da Proposta da Comissão do Regulamento Roma II, 8.

⁽³⁷⁾ Ver LIMA PINHEIRO – *Contrato de Empreendimento Comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 1998, 512 e segs.; Id. (n. 7) 68 e segs.

A autonomia da vontade na determinação do Direito aplicável aos contratos obrigacionais constitui hoje um princípio de Direito Internacional Privado comum à esmagadora maioria dos sistemas nacionais ⁽³⁸⁾.

No Regulamento Roma I este princípio encontra-se consagrado no n.º 1 do art. 3.º.

Na liberdade de designação do Direito aplicável manifesta-se a *autodeterminação* das partes ⁽³⁹⁾. Para a justificação da eficácia jurídica da convenção sobre o Direito aplicável, concorrem ainda razões de *certeza, previsibilidade e facilidade* para as partes na determinação da disciplina material do caso, ligadas à *protecção da confiança recíproca*. Enfim, é de partir do princípio que a conexão operada mediante a designação feita pelas partes exprime, numa concreta relação da vida, uma *solução adequada aos seus interesses*.

O art. 3.º do Regulamento Roma I, à semelhança do art. 3.º da Convenção de Roma, não estabelece quaisquer limites quanto às ordens jurídicas estaduais que podem ser designadas. Com

⁽³⁸⁾ Cf. Ole LANDO – “The Conflict of Laws of Contracts. General Principles”, *RCADI* 189 (1984) 223-447, 284; António FERRER CORREIA – “Algumas considerações acerca da Convenção de Roma de 19 de Junho de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais”, *RLJ* (1990) n.ºs 3787 a 3789; Frank VISCHER – “General Course on Private International Law”, *RCADI* 232 (1992) 9-256, 139, considera que a liberdade de escolher a lei aplicável pode ser considerada como um princípio geral de Direito; mas refere François RIGAUX – “Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale”, *RCADI* 213 (1989) 7-407, 234, quando este autor assinala que o problema não é tanto o princípio em si, quanto o seu alcance e limites. Em rigor tem havido uma certa resistência a este princípio por parte dos Estados latino-americanos – ver Diego FERNÁNDEZ ARROYO (org.) – *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, Buenos Aires, 2003, 1015 e segs. Segundo o Preâmbulo da Resolução do *Instituto de Direito Internacional* sobre a autonomia da vontade das partes nos contratos internacionais entre particulares, aprovada na sessão de Basileia (1991), a “autonomia da vontade das partes é um dos princípios de base do Direito Internacional Privado”. Observe-se ainda que, no Direito português, a liberdade de designação do Direito aplicável foi já consagrada, em 1888, pelo n.º 1 do art. 4.º C. Com.

⁽³⁹⁾ Ver ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO – *Da Compra e Venda em Direito Internacional Privado, Aspectos Fundamentais*, vol. I (Diss. Doutoramento), Lisboa, 1954, 108, que se refere a um momento de liberdade, e, em geral, sobre a fundamentação do princípio da autonomia da vontade na designação do Direito aplicável, LIMA PINHEIRO (n. 37) § 12 B, com mais referências.

efeito, este preceito não subordina a escolha a qualquer laço objectivo entre o contrato e a lei escolhida nem à demonstração de um interesse sério na escolha ⁽⁴⁰⁾.

A favor desta solução pode dizer-se que a exigência de um laço objectivo com a lei escolhida não corresponde às necessidades do comércio internacional e que, na falta de conexão objectiva com a lei escolhida, evita as dificuldades de averiguação do interesse sério e torna mais certa a determinação do Direito aplicável. Com efeito, confiar ao órgão de aplicação a tarefa de avaliar, nestes casos, a seriedade do interesse subjacente à designação não deixaria de prejudicar a certeza e previsibilidade sobre o Direito aplicável.

Do art. 22.º/1 (*infra* V.D) resulta que as partes também podem escolher directamente um sistema local vigente dentro de uma ordem jurídica complexa de base territorial (i.e., em que diferentes unidades territoriais do mesmo Estado tenham normas próprias em matéria de contratos obrigacionais).

O Regulamento salvaguarda em alguns casos a aplicação de normas imperativas da lei que, na falta de designação, seria objectivamente competente. Por esta via limita o alcance da escolha feita pelas partes. É o caso dos n.ºs 3 e 4 do art. 3.º, do art. 6.º (contratos celebrados por consumidores) e do art. 8.º (contratos individuais de trabalho). O Regulamento também salvaguarda a aplicação das normas de aplicação necessária do Estado do foro (art. 9.º/2) e de certas normas de aplicação necessária do Estado

⁽⁴⁰⁾ Relativamente à Convenção de Roma, decorre do n.º 4 do Relatório GIULIANO/LAGARDE (n. 27) que o risco de uma evasão a disposições imperativas mediante o *dépeçage* foi considerado nos trabalhos preparatórios, tendo os peritos entendido que este risco seria neutralizado pelo disposto no art. 7.º. Ora, este comentário, feito a propósito das remissões parciais, vale por maioria de razão para o risco (menor) de evasão mediante uma designação global. LANDO (n. 38) 292, afirma ainda que a possibilidade de incluir o "princípio da *fraus legis*" foi suscitada, e não concretizada, pelos peritos, e retira, do comentário ao art. 16.º, em que se sublinha que o "ordem pública não intervém, abstracta e globalmente, contra a lei designada pela convenção", a exclusão da aplicação da *ordre public* a casos de *fraus legis*. É este o entendimento dominante, mas não pacífico, na doutrina — ver referências em LIMA PINHEIRO (n. 7) 100-101.

No mesmo sentido parece apontar a Exposição de Motivos da Proposta de Regulamento Roma I quando afirma que a "fraude à lei" é visada pelos n.ºs 4 e 5 do art. 3.º, que correspondem no Regulamento aos n.ºs 3 e 4 do art. 3.º.

em que as obrigações devam ser ou tenham sido executadas (art. 9.º/3). Enfim, o Regulamento coloca limites à escolha da lei aplicável ao contrato de transporte de passageiros (art. 5.º/2/2.º §) e a certos contratos de seguro (art. 7.º/3).

Nos termos do art. 3.º/3, caso “todos os outros elementos relevantes da situação se situem, no momento da escolha, num país que não seja o país da lei escolhida, a escolha das partes não prejudica a aplicação das disposições da lei desse outro país não derogáveis por acordo”. O Considerando n.º 15 esclarece que esta regra é aplicável independentemente de a escolha da lei aplicável ser ou não acompanhada da escolha de um tribunal ou de outro órgão jurisdicional e que não se pretende alterar substancialmente o art. 3.º/3 da Convenção Roma I. Não obstante, o preceito do Regulamento Roma I está redigido com maior rigor, à semelhança do art. 14.º/2 do Regulamento Roma II.

O art. 3.º/3 da Convenção de Roma é entendido no Relatório GIULIANO/LAGARDE como referindo-se a situações puramente internas a um Estado-Membro que só são abrangidas pelo âmbito de aplicação da Convenção pelo facto de as partes terem escolhido uma lei estrangeira ⁽⁴¹⁾. A redacção dada ao preceito pelo Regulamento Roma I dá menos apoio a este entendimento, uma vez que não refere a lei escolhida pelas partes como uma “lei estrangeira”. Ela tão-pouco sugere que o país em que todos os elementos da situação estão localizados seja o país do foro.

Na minha opinião, esse entendimento entra em contradição com o âmbito espacial de aplicação estabelecido no art. 1.º/1 do Regulamento, que se reporta a situações que impliquem um conflito de leis ⁽⁴²⁾. As situações internas não implicam um conflito de leis. A designação de uma lei estrangeira pelas partes de um contrato interno só constitui uma referência material, i.e., a incorporação das regras da lei estrangeira como cláusulas do contrato. Esta incorporação é permitida pelo princípio da liberdade contratual e não pelo art. 3.º/3.

⁽⁴¹⁾ N. 27, 18. O mesmo se verifica com respeito ao art. 14.º/2 do Regulamento Roma II na Exposição de Motivos da Proposta da Comissão [24].

⁽⁴²⁾ Ver LIMA PINHEIRO (n. 37) 512 e segs., e (n. 7) 68 e segs.

O art. 3.º/3 tem sentido útil para outro tipo de situações: aquelas em que os tribunais de um Estado-Membro decidem um litígio emergente de uma “situação meramente estrangeira”, i.e., uma situação que está exclusivamente conectada com um Estado estrangeiro, e as partes escolheram a lei do foro ou de um terceiro Estado. Neste caso, há uma situação envolvendo um conflito de leis, porquanto o tribunal tem de determinar a lei aplicável. A escolha feita pelas partes deve ser respeitada pelo tribunal, mas o seu alcance é limitado pela aplicação das regras imperativas do Estado estrangeiro em que a situação está localizada.

Nos termos do art. 3.º/4, caso “todos os outros elementos relevantes da situação se situem, no momento da escolha, num ou em vários Estados-Membros, a escolha pelas partes de uma lei aplicável que não seja a de um Estado-Membro não prejudica a aplicação, se for caso disso, das disposições de direito comunitário não derogáveis por acordo, tal como aplicadas pelo Estado-Membro do foro”. Este preceito é semelhante ao art. 14.º/3 do Regulamento Roma II, pelo que remeto para as considerações que formulei com respeito a esta disposição ⁽⁴³⁾.

A doutrina largamente dominante entende que o art. 3.º da Convenção de Roma não admite que as partes subtraíam o negócio a qualquer ordem jurídica ou escolham uma ordem jurídica não estadual ⁽⁴⁴⁾. A Proposta de Regulamento Roma I era inovadora, ao determinar que as “partes podem igualmente escolher como lei aplicável os princípios e regras de direito material dos contratos, reconhecidos a nível internacional ou comunitário” (art. 3.º/2/1.º §). A Exposição de Motivos esclarecia que esta formulação se desti-

⁽⁴³⁾ N. 22, 1038.

⁽⁴⁴⁾ Ver Rui MOURA RAMOS – *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional*, Coimbra, 1991, 511 e segs., e LIMA PINHEIRO (n. 7) 102, com extensas referências doutrinárias. O art. 2.º/1 da Resolução do *Instituto de Direito Internacional* sobre a autonomia da vontade das partes nos contratos internacionais entre pessoas privadas (Basileia, 1991), prevê apenas a escolha de uma lei estadual; a exclusão do problema da *lex mercatoria* relaciona-se com o entendimento segundo o qual a resolução se dirige aos juízes estaduais e aos legisladores – cf. o relatório de Erik JAYME – “L’autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées. Rapport provisoire”, *Ann. Inst. dr. int.* 64-I (1991) 36-52, 37, e as observações de GOLDMAN, FERRER CORREIA e PIERRE LALIVE [in *Ann. Inst. dr. int.* 64-I (1991) 26 e seg., 29 e 34, respectivamente].

nava “a autorizar, nomeadamente, a escolha dos princípios UNIDROIT, dos *Principles of European Contract Law* ou de um eventual futuro instrumento comunitário opcional, proibindo, ao mesmo tempo, a escolha da *lex mercatoria*, insuficientemente precisa, ou de codificações privadas não suficientemente reconhecidas pela comunidade internacional” ⁽⁴⁵⁾. O legislador comunitário não acolheu esta solução, mantendo a situação existente perante a Convenção de Roma, como confirma o Considerando n.º 13 ao limitar a relevância de referências “a um corpo legislativo não estatal ou uma convenção internacional” a referências materiais, que incorporam as regras contidas nesses instrumentos no contrato, como cláusulas contratuais, no quadro delimitado pelo Direito imperativo da ordem jurídica estadual chamada a título de *lex contractus*.

Neste ponto o Direito de Conflitos comunitário diverge do entendimento seguido perante a Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais (Cidade do México, 1994). Com efeito, o art. 7.º desta Convenção é entendido no sentido de admitir uma designação da *lex mercatoria*, dos “princípios de Direito comercial internacional” e dos princípios UNIDROIT ⁽⁴⁶⁾.

Por minha parte, entendo que a abertura contida na Proposta de Regulamento era bem-vinda ⁽⁴⁷⁾, e que um instrumento comunitário poderia mesmo ir mais longe e permitir a designação de

⁽⁴⁵⁾ 5. Sobre a possibilidade da escolha das regras do “Quadro Comum de Referência”, ver Max Planck Institute (n. 33) 341-342, e Dieter MARTINY – “Common Frame of Reference und Internationales Vertragsrecht”, *ZeUP* (2007) 212-228.

⁽⁴⁶⁾ Cf., designadamente, Friedrich JUENGER – “The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons”, *Am. J. Comp. L.* 42 (1994) 381-393, 392, e “Amerikanische Praxis und europäische Übereinkommen”, in *FS Ulrich Drobnig*, 305-313, Tübinga, 1998, 311; FERNÁNDEZ ARROYO (org.) (n. 38) 999.

⁽⁴⁷⁾ Ver também Nerina BOSCHIERO – “Verso il rinnovamento e la trasformazione della convenzione di Roma: problemi generali”, in *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, org. por Paolo PICONE, 318-420, Pádua, 2004, 357 e segs.; Max Planck Institute (n. 33) 229-231 e 244-245. Cp. Erik JAYME – “Choice-of-law clauses in international contracts: some thoughts on the reform of art. 3 of the Rome Convention”, in *Seminário Internacional sobre a Comunitarização do Direito Internacional Privado*, org. por Luís de Lima Pinheiro, 53-61, Coimbra, 2005, 56-57; LAGARDE (n. 33) 336, e MANKOWSKI (n. 33) 102.

regras e princípios da *lex mercatoria* que constituam Direito objetivo (mormente costume comercial internacional, costume jurisprudencial arbitral e regras criadas por organizações privadas do comércio internacional no âmbito da autonomia associativa), sem excluir a aplicabilidade de um Direito estadual aos aspectos não regulados por essas regras ⁽⁴⁸⁾.

Observe-se que, no entanto, o Regulamento não exclui a possibilidade de um instrumento comunitário que contenha regras de Direito material dos contratos prever a referência conflitual a essas regras, i.e., a designação pelas partes dessas regras como Direito aplicável ao contrato ⁽⁴⁹⁾.

A existência e a validade do consentimento das partes quanto à escolha da lei aplicável são determinadas, em princípio, com base na lei escolhida (art. 10.º/1 *ex vi* art. 3.º/5). Há, no entanto, que ter em conta a relevância concedida à lei da residência habitual do contraente nos termos do art. 10.º/2. Se a convenção sobre o Direito aplicável constituir uma *cláusula contratual geral* a sua inclusão no contrato será apreciada, em primeiro lugar, pela lei escolhida; se a questão for respondida afirmativamente pela lei escolhida, o declaratório poderá ainda invocar, com base no art. 10.º/2, a lei da sua residência habitual para demonstrar que não deu o seu acordo, se resultar das circunstâncias que não seria razoável determinar os efeitos do seu comportamento nos termos da lei escolhida ⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁸⁾ Ver, com mais desenvolvimento e apreciação político-jurídica, LIMA PINHEIRO (n. 7) 103 e segs.

⁽⁴⁹⁾ Cf. Considerando n.º 14.

⁽⁵⁰⁾ A Convenção da Cidade do México oferece uma formulação menos precisa, segundo a qual o juiz tomará em consideração a residência habitual ou o estabelecimento do declaratório. O art. 5.º da *supracit.* Resolução do *Instituto de Direito Internacional*, após admitir, no seu n.º 1, que a “lei aplicável pode ser designada por cláusulas contratuais gerais desde que as partes tenham nelas consentido”, acrescenta, no seu n.º 2, uma regra material, segundo a qual este “consentimento deve ser expresso por escrito, ou de uma maneira conforme aos hábitos estabelecidos entre as partes, ou segundo os usos profissionais de que elas têm conhecimento”. Esta solução inspira-se na jurisprudência do TCE relativamente à cláusula de jurisdição inserida no formulário proposto por uma das partes – cf. Erik JAYME – “L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées. Rapport définitif”, *Ann. Inst. dr. int.* 64-I (1991) 62-76, 72 e segs.

Em sistemas como o português haverá que ter em conta, a este respeito, o regime das cláusulas contratuais gerais ⁽⁵¹⁾. Observe-se que o Regulamento Roma I, à semelhança da Convenção de Roma, não é compatível com qualquer controlo do conteúdo da designação do Direito aplicável com base no Direito interno ⁽⁵²⁾.

É ainda aplicável à designação do Direito competente o disposto nos arts. 11.º e 13.º do Regulamento com respeito à forma e à invocação da incapacidade ⁽⁵³⁾.

Nos termos da 2.ª parte do n.º 1 do art. 3.º do Regulamento, *o consentimento das partes na designação do Direito aplicável pode ser manifestado expressa ou tacitamente*. Quanto à designação tácita este preceito exige que a escolha resulte “de forma clara das disposições do contrato, ou das circunstâncias do caso”. O preceito homólogo da Convenção de Roma exige que a escolha resulte “de modo inequívoco”, o que dificulta a demonstração de uma vontade tácita ⁽⁵⁴⁾. Subsistem, no entanto, divergências entre as diferentes versões linguísticas do Regulamento que podem suscitar alguma incerteza ⁽⁵⁵⁾.

Podem constituir indícios importantes da vontade de escolha de uma lei não só, por exemplo, a utilização de um modelo contratual que se baseia num determinado sistema jurídico, a cláusula que atribua competência à jurisdição de determinado Estado ou a referência feita no contrato a disposições particulares de um certo ordenamento ⁽⁵⁶⁾, mas também, por exemplo, a convenção de

⁽⁵¹⁾ Ver LIMA PINHEIRO – “Direito aplicável às operações bancárias internacionais”, *ROA* 67 (2007) 573-627, 585 e segs.

⁽⁵²⁾ Ver também Dieter MARTINY – “Vor Art. 27-Art. 30”, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. X – *EGBGB*, 4.ª ed., Munique, 2006, Art. 27 n.º 13. Em sentido diferente, António MENEZES CORDEIRO – *Tratado de Direito Civil Português*, vol. I – *Parte Geral*, tomo I, 3.ª ed., Coimbra, 2005, 636.

⁽⁵³⁾ Cp., em sentido crítico relativamente à remissão para a disposição sobre forma (perante a Convenção de Roma), JAYME (n. 47) 58-59.

⁽⁵⁴⁾ Ver LIMA PINHEIRO (n. 7) 109.

⁽⁵⁵⁾ Assim, a versão francesa refere-se a “résulte de façon certaine”; a versão inglesa a “clearly demonstrated”; a versão alemã a “eindeutig”. A divergência destas versões linguísticas na Proposta já é notada por LAGARDE (n. 33) 335.

⁽⁵⁶⁾ ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO (n. 39) assinala que a existência de uma mera designação *expressa* parcial pode constituir um indício de vontade tácita relativamente à designação do estatuto geral; a conexão objectiva dos interesses com determinada ordem, a integração do acto numa ordem pela sua estrutura, língua, formulário empregado e cláusulas concretas são factores que poderão dar força especial àquele indício.

competência que não constitua uma cláusula do contrato fundamental ou a escolha expressa feita num contrato conexo ou em relações anteriores, do mesmo tipo, estabelecidas entre as mesmas partes ⁽⁵⁷⁾.

Mas trata-se apenas de indícios, que têm de ser apreciados face ao conjunto das circunstâncias do caso. Assim, por exemplo, o sentido da remissão operada para disposições particulares pode ser o de uma simples referência material. A cláusula de jurisdição é um indício importante mas não, de per si, conclusivo ⁽⁵⁸⁾. A presunção de escolha tácita da lei do foro a que as partes atribuíram competência, contida no art. 3.º/1/2.º § da Proposta da Comissão, não foi acolhida pelo legislador comunitário ⁽⁵⁹⁾.

Na maioria dos casos em que as partes designam o Direito aplicável, tal estipulação é feita no momento da celebração do contrato, como cláusula acessória do negócio fundamental. Mas não é necessário que assim suceda: *a designação do Direito competente pode ser anterior ou posterior à celebração do contrato*.

O n.º 2 do art. 3.º do Regulamento Roma I estabelece que, em “qualquer momento, as partes podem acordar em subordinar o contrato a uma lei diferente da que precedentemente o regulava, quer por força de uma escolha anterior nos termos do presente artigo, quer por força de outras disposições do presente Regulamento”.

A possibilidade de escolha do Direito competente posterior à celebração do contrato ou de alteração da escolha anterior assume considerável importância prática, designadamente em ligação com a conduta observada pelas partes perante um litígio concreto, *maxime* no decurso de um processo, e com a necessidade de adaptação e evolução dos contratos de longa duração.

Mas não basta que as partes (ou os seus mandatários) baseiem a sua argumentação no Direito material do foro para haver uma designação tácita deste Direito. Só existirá uma escolha do Direito aplicável “mediante a conduta das partes no processo” se desta

⁽⁵⁷⁾ Ver também GIULIANO/LAGARDE (n. 27) 17, e Peter NORTH e J. FAWCETT – *Cheshire and North's Private International Law*, 13.ª ed., Londres, 1999, 561 e segs.

⁽⁵⁸⁾ Cf. Considerando n.º 12.

⁽⁵⁹⁾ Cp., a este respeito, as posições divergentes de LAGARDE (n. 33) 335 e Max Planck Institute (n. 33) 243.

conduta se puder inferir uma vontade real das partes nesse sentido ⁽⁶⁰⁾.

Quer a designação realizada posteriormente à celebração do contrato venha substituir a lei previamente escolhida ou a lei objectivamente competente, ocorre uma mudança de lei aplicável, devido à alteração do conteúdo concreto do elemento de conexão (sucessão de estatutos).

Porquanto esta mudança de lei aplicável resulta de uma escolha das partes, entende-se que as partes também são livres de determinar se a escolha produz efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*. Se corresponder à vontade das partes a reavaliação jurídica dos factos anteriormente ocorridos, devem em todo o caso ser salvaguardados os direitos adquiridos por terceiros ao abrigo da lei competente no momento da verificação dos factos. Neste sentido determina o n.º 2 do art. 3.º do Regulamento Roma I que qualquer modificação quanto à determinação da lei aplicável, ocorrida posteriormente à celebração do contrato, não prejudica os direitos de terceiros. Esta alteração também não afecta a validade formal do contrato ⁽⁶¹⁾.

Importa agora averiguar se as partes podem fraccionar o estatuto do contrato mediante designações parciais e quais os limites que devem respeitar.

As partes podem *designar a lei aplicável à totalidade ou apenas a uma parte do contrato* (art. 3.º/1/3.ª parte). A doutrina tem traçado certos limites às designações parciais ⁽⁶²⁾. Por forma geral, exige-se que a designação diga respeito a uma *questão separável* do resto do contrato ⁽⁶³⁾. Em regra, as normas singulares estão inseridas em unidades de regulação e só podem ser correctamente entendidas e aplicadas no seu contexto. Por conseguinte, devem considerar-se separáveis aquelas questões que são pelo legislador tratadas separadamente ou correspondem a um interesse típica-

⁽⁶⁰⁾ Ver MOURA RAMOS (n. 44) 468 n. 172, e LIMA PINHEIRO (n. 37) § 22 F, com mais referências.

⁽⁶¹⁾ Ver, com mais desenvolvimento, LIMA PINHEIRO (n. 37) § 22 F.

⁽⁶²⁾ Ver, com mais desenvolvimento, LIMA PINHEIRO (n. 7) 110 e segs.

⁽⁶³⁾ Ver Henri BATIFFOL e Paul LAGARDE – *Droit international privé*, vol. II – 7.ª ed. (1983), Paris, 274.

mente protegido por lei ⁽⁶⁴⁾. Já não se exige que os aspectos separáveis do contrato sejam elementos independentes entre si do ponto de vista económico e jurídico, a ponto de poderem constituir o objecto de contratos separados ⁽⁶⁵⁾.

Em suma, *as unidades de regulação dos sistemas que as partes pretendem designar devem, em princípio, ser respeitadas pelas designações parciais.*

III. CONEXÃO SUPLETIVA GERAL

A) Soluções estabelecidas pela Convenção de Roma

Para compreender o regime estabelecido a este respeito pelo Regulamento Roma I convém começar por examinar as soluções estabelecidas pela Convenção de Roma. Na falta de designação pelas partes do Direito aplicável, o n.º 1 do art. 4.º da Convenção de Roma determina que o contrato é regulado pela lei do país com o qual apresente uma conexão mais estreita. Também o art. 9.º da Convenção da Cidade do México remete para o Direito do Estado com o qual o contrato tenha os vínculos mais estreitos.

Consagrou-se assim um *critério geral de conexão*, que carece de ser concretizado pelo órgão de aplicação do Direito mediante uma avaliação do conjunto das circunstâncias do caso concreto e com ponderação de todos os laços entre o contrato e os Estados em presença. Isto convergia com a solução adoptada no Direito de Conflitos da generalidade dos Estados-Membros das Comunidades Europeias à data da conclusão da Convenção de Roma, com excepção da Itália. A entrada em vigor da Convenção na ordem jurídica portuguesa também representou uma alteração profunda quanto à

⁽⁶⁴⁾ Cf. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO (n. 39) 130, e *Direito Internacional Privado. Sistema de normas de conflitos portuguesas. Das obrigações voluntárias* (Lições proferidas no ano lectivo de 1972/1973. Apontamentos de alunos), Lisboa, 1973, 35. Cp. GIULIANO/LAGARDE (n. 27) 17, para quem a Convenção de Roma só exige que a submissão do contrato a leis diferentes não dê lugar a "resultados contraditórios".

⁽⁶⁵⁾ Entendimento defendido por alguns peritos na preparação da Convenção de Roma — conforme informam GIULIANO/LAGARDE (n. 27) 17 — mas que não vingou.

conexão supletiva em matéria de contratos obrigacionais, visto que o art. 42.º CC se baseia em critérios de conexão determinados (residência habitual comum das partes e, na sua falta, nos contratos gratuitos, a residência habitual daquele que atribui o benefício e, nos contratos onerosos, o lugar da celebração).

Para a compreensão da cláusula geral de conexão consagrada na Convenção de Roma é importante assinalar, em primeiro lugar, que a conexão mais estreita não é, necessariamente, a estabelecida por um elemento de conexão determinado no caso concreto, mas a que resulta de uma avaliação do conjunto das circunstâncias do caso, atendendo não só ao significado que, por si, cada um dos laços existentes pode assumir, mas também à *combinação destes laços* ⁽⁶⁶⁾.

Em segundo lugar, é de sublinhar que o critério geral da conexão mais estreita permite *atender a laços de qualquer natureza*. Relevam em primeira linha os laços de natureza objectiva e espacial. Pense-se designadamente em elementos de conexão tais como o lugar da residência, da sede ou do estabelecimento das partes, e o lugar onde se situa a coisa corpórea que seja objecto mediato do contrato — que são empregues nas “presunções” contidas nos n.ºs 2 a 4 do art. 4.º. Refira-se ainda o lugar da execução do contrato e, com menor significado, a nacionalidade das partes.

Em geral, deve conferir-se maior peso na determinação da conexão mais estreita aos laços que traduzem uma ligação efectiva à esfera económico-social de um país do que às ligações mais visíveis e palpáveis.

Mas a cláusula geral de conexão mais estreita também permitirá ter em conta laços objectivos de outra natureza, como por exemplo o idioma do contrato, a referência a disposições de uma determinada ordem jurídica, ou o emprego de termos e expressões

⁽⁶⁶⁾ Em sentido convergente, ver *MünchKomm./MARTINY* (n. 52) Art. 28 n.º 11, e, com respeito ao Direito suíço, *Zürcher Kommentar zum IPRG – Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987*, 2.ª ed., org. por Daniel GIRSBERGER, Anton HEINI, Max KELLER, Jolanta KREN KOSTKIEWICZ, Kurt SIEHR, Frank VISCHER e Paul VOLKEN, Zurique, Basileia e Genebra, 2004, KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 117 n.º 17.

característicos desta ordem jurídica (que contudo não permitam inferir uma designação tácita), e o nexo funcional que o contrato estabeleça com outro contrato regido por certo Direito.

Subsidiariamente, poderão ainda relevar elementos subjectivos, como as representações e as expectativas justificadas das partes ⁽⁶⁷⁾.

O significado da cláusula geral de conexão mais estreita resulta não só do disposto no n.º 1 do art. 4.º da Convenção de Roma mas também do estabelecido no n.º 5 do mesmo artigo (2.ª parte). Este último preceito permite afastar as “presunções” de conexão mais estreita previstas nos n.ºs 2 a 4 “sempre que resulte do conjunto das circunstâncias que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com outro país”. O n.º 2 contém uma “presunção” geral de conexão mais estreita a favor da lei do Estado do devedor da prestação característica ⁽⁶⁸⁾, o n.º 3 uma “presunção” a favor da lei da situação do imóvel para os contratos tendo por objecto um direito real sobre um bem imóvel ou um direito obrigacional de uso de um bem imóvel e o n.º 4 uma “presunção” com respeito ao contrato de transporte de mercadorias que será adiante referida (*infra* IV.A).

Nos contratos que concernem à troca de bens e serviços por dinheiro, a prestação característica é a que consiste na entrega da coisa, na cessão do uso da coisa ou na prestação do serviço. Quer isto dizer, por exemplo, que o devedor da prestação característica

⁽⁶⁷⁾ Ver também EUGÉNIA GALVÃO TELES – “Determinação do Direito material aplicável aos contratos internacionais. A cláusula geral da conexão mais estreita”, in *Estudos de Direito Comercial Internacional*, vol. I, org. por LIMA PINHEIRO, 63-141, Coimbra, 2004, 135 e segs. Observe-se que estes elementos subjectivos assumem um papel mais saliente na Convenção da Cidade do México, levando mesmo Friedrich JUENGER – “Contract Choice of Law in the Americas”, *Am. J. Comp. L.* 45 (1997) 195-208, 205, a defender que o art. 9.º/2 conduz a uma “rule of validation”, i.e., a favorecer a aplicação do Direito que considera o contrato válido em detrimento do Direito que o considere inválido. Isto não é defensável perante a Convenção de Roma.

⁽⁶⁸⁾ Nos termos do n.º 2 do art. 4.º, “presume-se” que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com o país da residência habitual ou da sede da administração central do devedor da prestação característica. Se o contrato for celebrado no exercício da actividade económica ou profissional do devedor da prestação característica releva o país onde se situa o seu estabelecimento principal ou, se nos termos do contrato, a prestação deva ser fornecida por outro estabelecimento, o da situação deste estabelecimento.

é, no contrato de venda, o vendedor, no contrato de locação, o locador, e, no contrato de prestação de serviço, o prestador de serviço.

A articulação das “presunções” de conexão mais estreita com o critério da conexão mais estreita suscitou divergências na doutrina e na jurisprudência dos Estados contratantes.

A grande maioria dos autores qualifica o n.º 5 do art. 4.º como uma cláusula de exceção⁽⁶⁹⁾, o que deveria significar que as “presunções” contêm a regra primária, e que só são afastadas em casos excepcionais em que se verifica uma conexão manifestamente mais estreita com outro Estado⁽⁷⁰⁾. Em sentido contrário, faz-se valer que não se trata de uma cláusula de exceção, mas de um preceito que deve ser entendido, em conjugação com o n.º 1 do mesmo artigo, no sentido de conferir à ideia de conec-

(69) Ver referências em LIMA PINHEIRO (n. 37) n. 172. Ver, em geral, sobre a cláusula de exceção, RUI MOURA RAMOS (n. 44) 402 e segs. e 916, e “Les clauses d’exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions – Portugal”, in *Das Relações Privadas Internacionais. Estudos de Direito Internacional Privado*, 295-323, Coimbra; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS – *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado. Esboço de Uma Teoria Geral*, 2 vols., Coimbra, 397 e segs.; e LIMA PINHEIRO (n. 2) 397 e segs., com mais referências.

(70) Em sentido próximo, na Alemanha, JAN KROPHOLLER – *Internationales Privatrecht*, 5.ª ed., Tubinga, 2004, 465-466, VON HOFFMANN/THORN (n. 22) 440 e 447; em França, MAYER/HEUZÉ (n. 28) 544-545; na Inglaterra, DICEY, MORRIS and COLLINS (n. 28) 1587; em Itália, TITO BALLARINO – *Diritto internazionale privato*, 3.ª ed., com a colaboração de ANDREA BONOMI, Pádua, 1999, 626.

(71) Cf. RAYMOND VANDER ELST e MARTHA WESER – *Droit international privé belge et droit conventionnel international*, Bruxelas, 1983, 172-173; ROBERTO BARATTA – *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, Milão, 1991, 132 e seg. e 176 e segs., e “Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali”, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1995, 901-1116, Art. 4 n.º 4; MARIA HELENA BRITO – “Os contratos bancários e a convenção de Roma de 19 de Junho de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais”, *Rev. da Banca* 28 (1993) 75-124, 101, e “Direito aplicável ao contrato internacional de concessão comercial”, in *Est. Isabel de Magalhães Collaço*, vol. I, 103-157, Coimbra, 2002, 121; MANLIO FRIGO – “La determinazione della legge applicabile in mancanza di scelta dei contraenti e le norme imperative nella Convenzione di Roma”, in *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, org. por GIORGIO SACERDOTI e MANLIO FRIGO, 2.ª ed., Milão, 1994, 24 e seg.; EUGÉNIA GALVÃO TELES – “A prestação característica: um novo conceito para determinar a lei subsidiariamente aplicável aos contratos internacionais. O artigo 4.º da Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais”, *O Direito* 127 (1995) 71-183, 150 e seg., e (n. 67) 63 e seg., 126-127 e 132, defendendo que as “presunções” são o

xão mais estreita a função de um “princípio geral” ⁽⁷¹⁾. Observe-se que alguns dos autores que falam, a este respeito, de cláusula de exceção, convergem, em substância, com este entendimento ⁽⁷²⁾.

Neste sentido, considero que o art. 4.º da Convenção de Roma é no seu conjunto dominado pela cláusula geral de conexão mais estreita. Creio que as “presunções” contidas nos n.ºs 2 a 4 do art. 4.º constituem antes *directrizes interpretativas*, que actuam nos casos em que, devido a uma dispersão dos elementos de conexão — por exemplo quando o contrato seja celebrado entre partes de diferentes Estados e executado num terceiro Estado — se suscita dúvida sobre a determinação da conexão mais estreita ⁽⁷³⁾. Observe-se ainda que não se trata de presunções em sentido técnico-jurídico, uma vez que a conexão mais estreita não é um facto que se possa presumir, nem tais “presunções” se relacionam com o regime do ónus da prova ⁽⁷⁴⁾.

B) Soluções estabelecidas pelo Regulamento

No Regulamento Roma I o legislador comunitário consagrou o entendimento referido em primeiro lugar, invocando a necessidade de um elevado grau de previsibilidade da lei aplicável, a fim de “garantir a segurança jurídica no espaço de justiça europeu” ⁽⁷⁵⁾. Em todo o caso, o legislador considerou que os tribunais “deverão

ponto de partida na determinação da lei da conexão mais estreita; LIMA PINHEIRO (n. 37) § 23 A, com mais referências; MOURA VICENTE (n. 34) 471 e seg.; CALVO CARAVACA/CARRASCOA GONZÁLEZ (n. 21) 496-497, entendendo que o órgão de aplicação deve considerar necessariamente as “presunções” e explicar a razão por que as segue ou por que as descarta.

⁽⁷²⁾ Ver Paul LAGARDE — “Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980”, *R. crit.* 80 (1991) 287-340, e *MünchKomm./MARTINY* (n. 52) Art. 28 n.º 110.

⁽⁷³⁾ Em resultado, também LAGARDE (n. 72) 310.

⁽⁷⁴⁾ Ver também KROPHOLLER (n. 70) 460, mantendo a posição expressa na edição anterior, CHRISTIAN VON BAR — *Internationales Privatrecht*, vol. II, Munique, 1991, 361 e segs., e BARATTA (n. 71 [1991]) 168 e segs.

⁽⁷⁵⁾ Cf. Considerando n.º 16.

gozar de uma certa margem de apreciação a fim de determinar a lei que apresenta a conexão mais estreita com a situação” ⁽⁷⁶⁾.

O resultado é a estatuição de uma conexão primária com base num critério determinado (art. 4.º/1 e 2) acompanhado da relevância do critério da conexão mais estreita no quadro de uma verdadeira cláusula de excepção (art. 4.º/3) ou para estabelecer uma conexão subsidiária (art. 4.º/4).

A conexão primária baseia-se principalmente na doutrina da prestação característica: o contrato é, em princípio, regulado pela lei da residência habitual do devedor da prestação característica ⁽⁷⁷⁾. No entanto, o Regulamento Roma I não se limita a consagrar esta doutrina para estabelecer a conexão primária. Relativamente a um certo número de contratos, o Regulamento concretiza esta doutrina (venda, prestação de serviço, franquia e distribuição), o que se revela útil nos casos em que é controversa a determinação da prestação característica. É o que se verifica com os contratos de franquia e de distribuição, que são submetidos à lei da residência habitual do franqueado e do distribuidor (art. 4.º/1/e e f) ⁽⁷⁸⁾.

O Considerando n.º 17 assinala que os conceitos de “prestação de serviços” e de “venda de bens” deverão ser interpretados do mesmo modo que perante o art. 5.º do Regulamento Bruxelas I. Isto significa, designadamente, que a interpretação deve ser autónoma e que o conceito de “prestação de serviços” deve ser entendido em sentido amplo, abrangendo a realização, em benefício da outra parte, de uma actividade não subordinada de qualquer natureza, incluindo a actividade realizada no interesse de outrem ⁽⁷⁹⁾.

Quanto a outros contratos, o Regulamento estabelece conexões baseadas em considerações diversas (contratos sobre imóveis, venda de mercadorias em hasta pública, contratos de venda de instrumentos financeiros no âmbito de sistemas multilaterais).

⁽⁷⁶⁾ *Ibidem*.

⁽⁷⁷⁾ Ver, com mais desenvolvimento, EUGÉNIA GALVÃO TELES (n. 71) 108 e segs., e (n. 67) 85 e segs.; LIMA PINHEIRO (n. 7) 117 e segs.

⁽⁷⁸⁾ A Exposição de Motivos da Proposta da Comissão [6] afirma que estas soluções se explicam “pelo facto de o direito comunitário material se destinar a proteger o franqueado e o distribuidor enquanto partes vulneráveis”.

⁽⁷⁹⁾ Ver, com mais desenvolvimento, KROPHOLLER (n. 20) Art. 5 n.ºs 38 e segs., e MANKOWSKI (n. 20) n.ºs 69 e segs.

Assim, o contrato que tenha por objecto um direito real sobre um imóvel ou o arrendamento de um imóvel é regulado pela lei da situação do imóvel (art. 4.º/1/c). Exceptua-se o arrendamento de um bem imóvel celebrado para uso pessoal temporário por um período máximo de seis meses consecutivos, que é regulado pela lei do país em que o proprietário tem a sua residência habitual, desde que o locatário seja uma pessoa singular e tenha a sua residência habitual nesse mesmo país (d).

O contrato de compra e venda de mercadorias em hasta pública é regulado pela lei do país em que se realiza a compra e venda em hasta pública, caso seja possível determinar essa localização (g).

O contrato celebrado no âmbito de um sistema multilateral que permita ou facilite o encontro de múltiplos interesses de terceiros, na compra ou venda de instrumentos financeiros, de acordo com regras não discricionárias e regulado por uma única lei, é regulado por essa lei (h) ⁽⁸⁰⁾.

O conceito de sistema multilateral abrange os mercados regulamentados e sistemas de negociação multilateral de instrumentos financeiros tal como são definidos pelos pontos 14 e 15 do art. 4.º/1 da Directiva 2004/39/CE, de 21/4, Relativa aos Mercados de Instrumentos Financeiros, independentemente de dependerem ou não de uma contraparte central ⁽⁸¹⁾. Quanto ao conceito de instrumento financeiro, o preceito remete para o ponto 7 do art. 4.º/1 da mesma Directiva que, por seu turno, remete para a Secção C do Anexo I. Nestes termos, o conceito de instrumento financeiro abrange os valores mobiliários, os instrumentos do mercado monetário, as unidades de participação em organismos de investimento colectivo e os chamados derivados (designadamente opções, futuros e *swaps*).

Os contratos que não constem da tipologia contida no n.º 1, ou que sejam “contratos mistos”, no sentido de serem abrangidos

⁽⁸⁰⁾ Sobre o Direito aplicável a estes negócios, perante a Convenção de Roma, ver LIMA PINHEIRO (n. 51) 612 e segs., com mais referências.

⁽⁸¹⁾ Cf. Considerando n.º 18.

por mais de um tipo, são regulados pela lei da residência habitual do devedor da prestação característica (art. 4.º/2) ⁽⁸²⁾.

O recurso à lei do devedor da prestação característica para estabelecer a conexão supletiva em matéria de contratos obrigacionais não é pacífico.

O papel atribuído a esta solução na Convenção de Roma foi por alguns autores (BATIFFOL, LAGARDE) justificado com razões de conveniência prática, ligadas às dificuldades suscitadas pela determinação do lugar da execução da prestação característica ⁽⁸³⁾. Para SCHNITZER, a competência da lei do devedor da prestação característica fundamenta-se antes na inserção do contrato na esfera sócio-económica do país onde o devedor da prestação característica, que exerce uma actividade profissional ou empresarial, tem a sua sede ou residência ⁽⁸⁴⁾.

A maioria dos autores tem formulado considerações críticas com respeito a esta doutrina ⁽⁸⁵⁾. Desde logo, parece dificilmente

⁽⁸²⁾ O Considerando n.º 19 afirma que "caso os contratos consistam num conjunto de direitos e obrigações susceptíveis de serem classificados em vários tipos especificados de contratos, a prestação característica do contrato deverá ser determinada tendo em conta o seu centro de gravidade". O sentido deste trecho suscita dúvidas. Parece que tem em vista os casos em que o devedor da prestação característica seria a parte A, perante um dos tipos envolvidos, e a parte B perante outro dos tipos envolvidos.

⁽⁸³⁾ Cf. Henri BATIFFOL - "Projet de convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *R. trim. dr. eur.* 11 (1975) 181-186, 183; Paul LAGARDE - "Examen de l'avant-projet de convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles", *Tr. Com. fr. dr. int. pr.* 32/34 (1971/1973) 147-164, 155 e seg. Cp. GIULIANO/LAGARDE (n. 27) 20, em que a preferência dada ao país da residência, sede ou estabelecimento do devedor da prestação característica em relação ao país de execução é considerada "completamente natural".

⁽⁸⁴⁾ "Les contrats internationaux en droit international privé suisse", *RCADI* 123 (1968) 541-635, 579 e seg. Entre nós, a aplicação da lei do devedor da prestação característica foi defendida por ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO quanto ao contrato de venda (n. 39) 219 e segs.

⁽⁸⁵⁾ Ver JESSURUN D'OLIVEIRA - "'Characteristic Obligation' in the Draft EEC Obligation Convention", *Am. J. Comp. L.* 25 (1977) 303-331, 308 e segs. e 326 e segs.; Friedrich JUENGER - "The European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: Some Critical Observations", *Virginia J. Int. L.* 22 (1981) 123-141, 133 e seg.; Wilhelm WENGLER - *Internationales Privatrecht*, 2 vols., Berlim e Nova Iorque, 1981, 537 e 828 n. 3; Andrea GIARDINA - "Volontà delle parti, prestazione caratteristica e collegamento più significativo", in *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, org. por Tulio TREVES, 3-24, Pádua, 1983, 17 e segs.; MOURA RAMOS (n. 44) 560 e segs., mas aceitando que o "critério da prestação característica (...) constitui

demonstrável que, por forma geral, se possa considerar o contrato como exclusivamente inserido na esfera económico-social do país do devedor da prestação característica. A competência da lei do devedor da prestação característica há-de fundamentar-se principalmente no interesse desta parte contratual na aplicação da lei a que está intimamente ligada. As razões por que se deve preferir o interesse desta parte relativamente ao interesse daquela que realiza a prestação pecuniária nem sempre são suficientemente esclarecedoras ou convincentes. De resto, estas razões não procedem nos casos em que ambas as partes realizam prestações não pecuniárias ou em que ambas realizam só prestações pecuniárias ⁽⁸⁶⁾.

A Convenção da Cidade do México não deu qualquer acolhimento à doutrina da prestação característica.

Perante a Convenção de Roma, a seguir-se o entendimento atrás propugnado, a lei do devedor da prestação característica só é aplicável se for a do país com o qual o contrato apresenta a conexão mais estreita ou se ocorrer uma dispersão dos elementos de conexão que exige uma solução de recurso.

A Proposta da Comissão continha uma viragem radical, ao consagrar a lei do devedor da prestação característica como principal conexão supletiva, sem qualquer temperamento. A maioria dos comentadores da Proposta criticou esta rigidez e defendeu a actua-

um dos referenciais possíveis, a cuja utilização se poderá recorrer para preencher, face a cada categoria contratual, a ideia de sistema com o qual o contrato se apresente mais estreitamente conexo" desde que a sua actuação seja limitada por uma cláusula de excepção; NORTH/FAWCETT (n. 57) 570 e seg.; PAOLO PATOCCHI – "Characteristic Performance: A New Myth in the Conflict of Laws? Some Comments on a Recent Concept in the Swiss and European Private International Law of Contract", in *Études Pierre Lalive*, 113-139, Basileia e Francoforte-sobre-o-Meno, 1993, 131 e segs.; ANTOINE KASSIS – *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, 1993, 295 e segs.; EUGÉNIA GALVÃO TELES (n. 71) 130 e segs.; LIMA PINHEIRO (n. 37) § 23 A; EUGENE SCOLES, PETER HAY, PATRICK BORCHERS e SYMEON SYMEONIDES – *Conflict of Laws*, 4.^a ed., St. Paul, Minn., 2004, 1038; DICEY, MORRIS and COLLINS (n. 28) 1584-1585; MAYER/HEUZÉ (n. 28) 546, chamando a atenção para um efeito anticoncorrencial: o favorecimento dos profissionais estabelecidos em países com um regime mais "liberal" relativamente aos profissionais estabelecidos em países com leis mais rigorosas.

⁽⁸⁶⁾ Ver ainda LIMA PINHEIRO – "Direito aplicável aos contratos celebrados através da internet", *ROA* 66 (2006) 131-190, 173 e segs.

ção do critério da conexão mais estreita no quadro de uma cláusula de excepção⁽⁸⁷⁾. O legislador comunitário consagrou esta solução.

Com efeito, nos termos do art. 4.º/3 do Regulamento, caso “resulte claramente do conjunto das circunstâncias do caso que o contrato apresenta uma conexão manifestamente mais estreita com um país diferente do indicado nos n.ºs 1 ou 2, é aplicável a lei desse outro país”. São aplicáveis, à determinação da conexão mais estreita, as considerações atrás formuladas com respeito à Convenção de Roma. Os considerandos n.ºs 20 e 21 salientam a relevância de uma “ligação estreita” entre o contrato em questão e outro contrato ou uma “série de contratos”.

Perante o Regulamento Roma I, porém, o critério geral da conexão mais estreita só releva excepcionalmente, quando há uma conexão *manifestamente* mais estreita com um Estado diferente do indicado pela conexão primária, ou, subsidiariamente, quando o contrato não for reconduzível às regras que estabelecem a conexão primária (art. 4.º/4).

Merece ulterior reflexão até que ponto as cláusulas de excepção contidas no Regulamento podem permitir, além de uma ponderação dos laços que intercedem entre o contrato e os Estados em presença, uma margem de apreciação dos interesses das partes e dos valores e finalidades que as leis dos países envolvidos visam promover⁽⁸⁸⁾.

Em todo o caso, o reforço do papel atribuído à lei do devedor da prestação característica pelo Regulamento Roma I não é, em

(87) Ver LAGARDE (n. 33) 338 e segs., e Max Planck Institute (n. 33) 256 e segs. Isto converge com a proposta do Grupo Europeu de Direito Internacional Privado – ver Terceira Versão Consolidada das Propostas de Modificação dos arts. 1.º, 3.º, 4.º, 5.º, 6.º, 7.º, 9.º, 10.º bis, 12.º e 13.º da Convenção de Roma de 19 de Junho de 1980 Sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, e do art. 15.º do Regulamento 44/2001/CE (Regulamento “Bruxelas I”), in www.gedip-egpil.eu. Em sentido contrário, MANKOWSKI (n. 33) 104-105.

(88) Relativamente ao art. 4.º da Convenção de Roma, GIULIANO/LAGARDE (n. 27) 20, parecem ter em vista apenas laços objectivos; também LAGARDE (n. 72) 306 e 310-311 equipara o critério da conexão mais estreita à “localização objectiva” do contrato; já *MünchKomm./MARTINY* (n. 52) Art. 28 n.ºs 12-15, admite uma ponderação de interesses conflituais das partes na aplicação do Direito a que estão mais ligadas, mas não uma ponderação dos “interesses dos Estados” em presença na linha da *governmental interest analyses*. Ver ainda BOSCHIERO (n. 47) 412 e segs.

minha opinião, justificado. A vantagem que daí resulta quanto à previsibilidade do Direito aplicável é muito reduzida, porque se a lei do devedor da prestação característica não é a que apresenta a conexão mais estreita com o contrato se suscita sempre a dúvida sobre a possibilidade de intervenção da cláusula de excepção.

Por exemplo, se um prestador de serviços localizado no Estado A celebra um contrato de prestação de serviço com um cliente localizado no Estado B, que deve ser executado neste Estado, o art. 4.º/1/b remete para a lei do Estado A. Em princípio, este contrato apresenta a conexão mais estreita com o Estado B. Mas deverá esta conexão ser considerada como *manifestamente* mais estreita e desencadear o funcionamento da cláusula de excepção?

Nos casos em que a conexão mais estreita se estabelece com um Estado terceiro (i.e., não vinculado pelo Regulamento), as partes terão frequentemente mais razão para se orientarem pela lei deste Estado, se for a competente segundo o respectivo Direito de Conflitos, do que pela lei do devedor da prestação característica. Enfim, aplicar uma lei que não é a do Estado que apresenta a conexão mais estreita, só porque é a lei do devedor da prestação característica, representa um sacrifício da justiça da conexão ⁽⁸⁹⁾.

C) Determinação da residência habitual

A maioria das regras contidas no art. 4.º remete para a lei da *residência habitual* de uma das partes. Nos contratos internacionais, é muito frequente que uma das partes, ou ambas, celebrem o contrato no exercício de uma actividade profissional. Isto coloca a questão da relevância do seu estabelecimento. É também frequente que intervenham pessoas colectivas que não têm propriamente uma residência, mas sede (estatutária ou da administração) e, normalmente, estabelecimento (ou um estabelecimento principal e um ou mais estabelecimentos secundários).

⁽⁸⁹⁾ Ver, sobre a justiça da conexão, LIMA PINHEIRO (n. 2) 286 e segs., com mais referências.

O art. 19.º do Regulamento procura responder a estas questões determinando que:

- “a residência habitual de sociedades e outras entidades dotadas ou não de personalidade jurídica é o local onde se situa a sua administração central” (n.º 1/1.º §);
- “a residência habitual de uma pessoa singular, no exercício da sua actividade profissional, é o local onde se situa o seu estabelecimento principal” (n.º 1/2.º §).

O n.º 2 acrescenta que caso “o contrato seja celebrado no âmbito da exploração de uma sucursal, agência ou qualquer outro estabelecimento, ou se, nos termos do contrato, o cumprimento das obrigações dele decorrentes é da responsabilidade de tal sucursal, agência ou estabelecimento, considera-se que a residência habitual corresponde ao local onde se situa a sucursal, agência ou outro estabelecimento”.

Para determinar a residência habitual, o momento relevante é a data da celebração do contrato (n.º 3).

O art. 18.º da Proposta da Comissão, que está na base deste preceito, suscitou certas divergências de interpretação, designadamente quanto à alteração da situação existente perante o art. 4.º/2 da Convenção de Roma ⁽⁹⁰⁾. Este último preceito, no caso de o contrato ser celebrado no exercício da actividade económica ou profissional do devedor da prestação característica, remete para a lei do seu estabelecimento principal; se, nos termos do contrato, a prestação deve ser fornecida por estabelecimento secundário, manda aplicar a lei deste estabelecimento. À face do Regulamento Roma I, a principal dificuldade surge quando o contrato seja celebrado por um ente colectivo no âmbito de um estabelecimento principal situado num país diferente da sede da administração central. Em princípio, o estabelecimento é um ponto de referência mais importante para quem contrata com o ente colectivo que a sede da administração.

Parece-me que o art. 19.º do Regulamento Roma I deve ser entendido à luz da normal coincidência entre a sede da administra-

⁽⁹⁰⁾ Cp. LAGARDE (n. 33) 347; MANKOWSKI (n. 33) 104 e 112; Max Planck Institute (n. 33) 335.

ção central e o estabelecimento principal. Daí que se atenda, em primeiro linha, ao lugar onde se situa a administração central (n.º 1). Mas se o contrato for celebrado no âmbito da exploração de um estabelecimento principal situado num país diferente daquele em que se situa a administração central, ou se a responsabilidade pela sua execução pertencer a esse estabelecimento, a situação deve considerar-se abrangida pelo n.º 2, e releva o lugar onde se situa o estabelecimento principal ⁽⁹¹⁾.

Em qualquer caso, do ponto de vista da técnica legislativa, é discutível a utilização da expressão “residência habitual” nesta pluralidade de acepções ⁽⁹²⁾. É uma técnica que pode induzir em erro o intérprete menos atento.

A Convenção de Roma admite o fraccionamento conflitual do contrato não só por meio de designações parciais feitas pelas partes (*supra* II) mas também, *excepcionalmente*, no estabelecimento da conexão supletiva (art. 4.º/1 *in fine* da Convenção de Roma) ⁽⁹³⁾. O Regulamento não só omite esta permissão como aponta sempre, mesmo em relação a “contratos mistos”, para um estatuto contratual unitário ⁽⁹⁴⁾. Parece pois de concluir que o órgão de aplicação não pode submeter partes separáveis do contrato a leis diversas ⁽⁹⁵⁾.

IV. REGRAS DE CONFLITOS ESPECIAIS (CONTRATOS DE TRANSPORTE, CONTRATOS COM CONSUMIDORES, CONTRATOS INDIVIDUAIS DE TRABALHO E CONTRATOS DE SEGURO)

A) Contratos de transporte

O art. 5.º do Regulamento contém uma regra de conflitos sobre o contrato de transporte de mercadorias (n.º 1), uma regra de

⁽⁹¹⁾ Ver, em sentido convergente, Max Planck Institute (n. 33) 335.

⁽⁹²⁾ Ver também MANKOWSKI (n. 33) 104.

⁽⁹³⁾ O Relatório de GIULIANO/LAGARDE (n. 27) 23 informa que se abriu esta possibilidade para casos como o dos “contratos de cooperação, contratos complexos”. Ver, com mais desenvolvimento e referências, LIMA PINHEIRO (n. 7) 124-125.

⁽⁹⁴⁾ Cf. art. 4.º/2 e Considerando n.º 19, atrás examinados.

⁽⁹⁵⁾ LAGARDE (n. 33) 340 fala de uma supressão pelo menos formal desta possibilidade.

conflitos sobre o contrato de transporte de passageiros (n.º 2) e uma cláusula de excepção semelhante à do art. 4.º/3 (n.º 3). Remete-se quanto à cláusula de excepção para o anteriormente exposto (*supra* III).

A regra sobre o *contrato de transporte de mercadorias* é inspirada na “presunção” contida no art. 4.º/4 da Convenção de Roma ⁽⁹⁶⁾, mas com reformulação e elevação à categoria de regra primariamente aplicável. Assim, segundo o n.º 1 do art. 5.º do Regulamento, “aplica-se a lei do país em que o transportador tem a sua residência habitual, desde que o local da recepção ou da entrega ou a residência habitual do expedidor se situem igualmente nesse país. Caso esses requisitos não estejam cumpridos, é aplicável a lei do país em que se situa o local da entrega tal como acordado pelas partes”.

A doutrina da prestação característica tem aqui uma relevância muito limitada. A lei do país da residência habitual do transportador só é aplicável se concorrer outro laço significativo com este país. Caso isto não se verifique, aplica-se, em princípio, a lei do lugar da entrega, o que em certas modalidades de transporte de mercadorias pode ser justificado pela existência de regimes imperativos que se destinam, em primeira linha, a proteger o destinatário das mercadorias no tráfego de importação.

O Considerando n.º 22 assinala que, à semelhança do disposto no art. 4.º/4/3.ª parte da Convenção de Roma, “os contratos de fretamento para uma só viagem e outros contratos que têm como objecto principal o transporte de mercadorias deverão ser tratados como contratos de transporte de mercadorias” ⁽⁹⁷⁾. O mesmo Considerando esclarece que o termo “expedidor” deverá referir-se a qualquer pessoa que celebre um contrato de transporte com o trans-

⁽⁹⁶⁾ Nos termos do art. 4.º/4, “presume-se” que o contrato de transporte de mercadorias apresenta uma conexão mais estreita com o país em que, no momento da celebração do contrato, o transportador tem o seu estabelecimento principal e onde, simultaneamente, se situa o lugar do carregamento ou do descarregamento ou o estabelecimento principal do carregador. Para este efeito são considerados como contratos de transporte de mercadorias os contratos de fretamento de navios relativos a uma única viagem ou outros contratos que tenham por objecto principal o transporte de mercadorias.

⁽⁹⁷⁾ A regra não é aplicável aos contratos de fretamento para várias viagens entre portos diferentes que caem dentro do âmbito de aplicação do art. 4.º/2 e 3.

portador e o termo “transportador” deverá referir-se à parte no contrato que se obriga a transportar as mercadorias, independentemente de esta efectuar ela própria o transporte.

A regra sobre o *contrato de transporte de passageiros* representa uma inovação do Regulamento, que visa a protecção do passageiro enquanto parte contratualmente mais fraca ⁽⁹⁸⁾.

Com este fim, por um lado, limita-se a liberdade de designação do Direito aplicável pelas partes, que só pode incidir sobre a lei do país em que o passageiro tem a sua residência habitual, ou o transportador tem a sua residência habitual ou a sua administração central, ou se situa o local de partida ou de destino (n.º 2/2.º §).

Por outro lado, na falta de escolha válida pelas partes, estabelece-se que a lei aplicável a este contrato é a lei do país em que o passageiro tem a sua residência habitual, desde que o local de partida ou de destino se situe nesse país; caso estes requisitos não estejam cumpridos, é aplicável a lei do país em que o transportador tem a sua residência habitual (n.º 2/1.º §).

B) Contratos com consumidores

O Regulamento retoma os regimes especiais sobre contratos com consumidores e sobre o contrato individual de trabalho contidos nos arts. 5.º e 6.º da Convenção de Roma ⁽⁹⁹⁾, que visam a protecção dos consumidores e dos trabalhadores como partes contratuais mais fracas ⁽¹⁰⁰⁾.

Com respeito aos *contratos com consumidores*, o art. 6.º do Regulamento introduz modificações importantes quanto ao âmbito de aplicação do regime especial, quer pelo que toca aos contratos

⁽⁹⁸⁾ Ver, designadamente, Considerandos n.ºs 23 e 32.

⁽⁹⁹⁾ Ver, designadamente, quanto aos contratos com consumidores, LIMA PINHEIRO – “Direito aplicável aos contratos com consumidores”, *ROA* 61 (2001) 155-170, e *Direito Internacional Privado*, vol. II – *Direito de Conflitos/Parte Especial*, 2.ª ed., Coimbra, 2002, 198 e segs., com mais referências; EUGÉNIA GALVÃO TELES – “A lei aplicável aos contratos de consumo no ‘labirinto comunitário’”, in *Est. Inocêncio Galvão Telles*, vol. I, 683-751, Coimbra, 2002.

⁽¹⁰⁰⁾ Cf. Considerandos n.ºs 23, 24 e 35.

abrangidos, quer no que se refere à conexão do contrato com o país da residência habitual do consumidor ⁽¹⁰¹⁾.

Enquanto o art. 5.º da Convenção de Roma limita o domínio de aplicação do regime especial a certas categorias de contratos com consumidores ⁽¹⁰²⁾, o art. 6.º do Regulamento abrange a generalidade dos contratos obrigacionais celebrados por uma pessoa singular, para uma finalidade que possa considerar-se estranha à sua actividade comercial ou profissional (“o consumidor”), com outra pessoa que aja no quadro das suas actividades comerciais ou profissionais (“o profissional”) (n.º 1), que não sejam expressamente excluídos ⁽¹⁰³⁾.

O art. 6.º exclui:

- os contratos de transporte e de seguro, que são objecto de regras especiais (n.º 1);
- os contratos de prestação de serviço quando os serviços devam ser prestados ao consumidor exclusivamente num país diferente daquele em que este tem a sua residência habitual (n.º 4/a) ⁽¹⁰⁴⁾;
- os contratos que tenham por objecto um direito real sobre um bem imóvel ou o arrendamento de um bem imóvel, diferentes dos contratos que têm por objecto um direito de

⁽¹⁰¹⁾ Quanto à articulação dos arts. 6.º e 9.º do Regulamento (“normas de aplicação imediata”) parece valer o mesmo entendimento que defendi com respeito à articulação dos arts. 5.º e 7.º da Convenção de Roma – ver LIMA PINHEIRO (n. 99 [2001]) 164 e segs., assinalando que não se pode inferir do art. 5.º nenhum limite à aplicação do art. 7.º. Isto não obsta a que a aplicação cumulativa de normas protectoras de sistemas diferentes possa ser limitada, ou mesmo excluída, em caso de contradição normativa ou valorativa entre as normas em presença, nos termos gerais. Ver também MOURA VICENTE (n. 34) 661 e seg. Em sentido diferente ver, designadamente, Julio GONZÁLEZ CAMPOS – “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé”, *RCADI* 287 (2000) 9-426, 406 e segs.

⁽¹⁰²⁾ Entende-se por “contratos celebrados por consumidores” aqueles que tenham por objecto o fornecimento de bens móveis corpóreos ou de serviços a uma pessoa para uma finalidade que possa considerar-se estranha à sua actividade profissional, bem como os contratos destinados ao financiamento desse fornecimento. Esta definição corresponde à empregue no art. 13.º da Convenção de Bruxelas I, e deve ser interpretada do mesmo modo, à luz da finalidade de protecção da parte mais fraca – cf. GIULIANO/LAGARDE (n. 27) 23. Ver, com mais desenvolvimento, LIMA PINHEIRO (n. 99) 198-199.

⁽¹⁰³⁾ Cf. Exposição de Motivos da Proposta da Comissão, 7.

⁽¹⁰⁴⁾ Esta exclusão é criticada por Max Planck Institute (n. 33) 275-276.

utilização de bens imóveis a tempo parcial, na acepção da Directiva 94/47/CE Relativa à Protecção dos Adquirentes nos Contratos de *Timesharing* (n.º 4/c);

- “direitos e obrigações que constituam um instrumento financeiro e direitos e obrigações que constituam os termos e as condições que regulam a emissão ou a oferta ao público e as ofertas públicas de aquisição de valores mobiliários, e a subscrição e o resgate de partes de organismos de investimento colectivo na medida em que estas actividades não constituam a prestação de um serviço financeiro” (n.º 4/d) ⁽¹⁰⁵⁾;

⁽¹⁰⁵⁾ O Considerando n.º 26 especifica que “os serviços financeiros, como os serviços e actividades de investimento e os serviços auxiliares prestados por um profissional a um consumidor, referidos nas secções A e B do anexo I da Directiva 2004/39/CE e os contratos relativos à compra e venda de partes de organismos de investimento colectivo, independentemente de estarem ou não cobertos pela Directiva 85/611/CEE do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes a alguns organismos de investimento colectivo em valores mobiliários (OICVM), deverão estar subordinados ao artigo 6.º do presente regulamento. Por conseguinte, as referências aos termos e condições que regulam a emissão ou oferta ao público de valores mobiliários ou à subscrição e ao resgate de partes de organismos de investimento colectivo deverão incluir todos os aspectos que obrigam o emitente ou oferente perante o consumidor mas não os aspectos que envolvem a prestação de serviços financeiros”. Sobre a lei aplicável a estes contratos, perante a Convenção de Roma, ver LIMA PINHEIRO (n. 51) 615 e segs., com mais referências.

O Considerando n.º 28 assinala que importa “assegurar que os direitos e as obrigações que constituem um instrumento financeiro não sejam abrangidos pela regra geral aplicável aos contratos celebrados por consumidores, visto tal poder conduzir à aplicabilidade de leis diferentes a cada um dos instrumentos emitidos, o que alteraria a sua natureza e impediria as suas negociação e oferta como bens fungíveis. Do mesmo modo, sempre que esses instrumentos são emitidos ou oferecidos, a relação contratual estabelecida entre o emitente ou oferente e o consumidor não deverá necessariamente estar sujeita à aplicação obrigatória da lei do país da residência habitual do consumidor, porquanto é necessário garantir a uniformidade dos termos e condições de uma emissão ou oferta. A mesma lógica deverá aplicar-se no que respeita aos sistemas multilaterais abrangidos pela alínea h) do n.º 1 do artigo 4.º, relativamente aos quais cumpre assegurar que a lei do país da residência habitual do consumidor não interferirá com as regras aplicáveis aos contratos celebrados no âmbito desses sistemas ou com o operador desses sistemas”.

Enfim, o Considerando n.º 29 acrescenta que “as referências aos direitos e às obrigações que constituem os termos e as condições que regulam a emissão, a oferta ao público ou a oferta pública de aquisição de valores mobiliários e as referências à subscrição e ao resgate de partes de organismos de investimento colectivo deverão incluir os termos que regulam, nomeadamente, a atribuição de valores mobiliários ou de partes, os direitos em

— contratos celebrados no âmbito de um mercado regulamentado ou de um sistema de negociação multilateral de instrumentos financeiros (n.º 4/e) ⁽¹⁰⁶⁾.

Relativamente aos contratos de transporte o art. 5.º/2 já tem em conta preocupações de protecção do passageiro. A exclusão dos contratos de transporte de mercadorias do âmbito de aplicação do art. 6.º parece dever-se a duas ordens de razões ⁽¹⁰⁷⁾. Por um lado, vigoram diversas Convenções internacionais de Direito material unificado que contêm regimes imperativos de protecção do carregador/destinatário aplicáveis naquelas modalidades de transporte em que há tipicamente uma desigualdade económica entre as partes. Por outro, o regime contido no art. 6.º não é adequado a estes contratos, porque levaria à aplicação à mesma operação de transporte das normas imperativas dos países da residência habitual de todos os carregadores.

A exclusão dos contratos de transporte não abrange os contratos relativos a uma viagem organizada na acepção da Directiva 90/314/CEE Relativa às Viagens Organizadas, Férias Organizadas e Circuitos Organizados.

No que se refere aos contratos de arrendamento de imóveis também é frequente que os sistemas jurídicos contenham regimes imperativos de protecção do arrendatário que visam, pelo menos em primeira linha, os arrendamentos de imóveis situados no respectivo território. Uma vez que estes contratos, na falta de escolha da lei aplicável, são normalmente regidos pela lei da situação do imóvel, o regime do art. 6.º não seria o mais adequado. Mas pode ser questionado que, em caso de escolha de uma lei diferente, não se salvasse a aplicabilidade das normas protectoras do arrendatário do país da situação do imóvel ⁽¹⁰⁸⁾. Em todo o caso, existe a

caso de subscrição excedentária, o direito de revogação da aceitação e outras questões similares no contexto da oferta, bem como as questões a que se referem os artigos 10.º, 11.º, 12.º e 13.º, garantindo-se desta forma que todos os aspectos contratuais relevantes de uma oferta, que obrigam o emitente ou o oferente perante o consumidor, sejam regulados por uma só lei”.

⁽¹⁰⁶⁾ Ver Considerando n.º 28 citado na n. anterior.

⁽¹⁰⁷⁾ Ver Relatório GIULIANO/LAGARDE (n. 27) 24, e Max Planck Institute (n. 33) 276. Cp. as considerações críticas de LAGARDE (n. 33) 341, e MANKOWSKI (n. 33) 105.

⁽¹⁰⁸⁾ Cp. as considerações de LAGARDE (n. 33) 341, e MANKOWSKI (n. 33) 105.

possibilidade de essas normas serem aplicadas pelos tribunais do Estado da situação do imóvel nos termos do art. 9.º/2 (i. e., como normas de aplicação necessária) ⁽¹⁰⁹⁾.

Quanto aos conceitos relevantes de “instrumento financeiro” e de “valor mobiliário” aplica-se o atrás exposto com relação ao art. 4.º/1/h (III.B) ⁽¹¹⁰⁾.

Quanto à conexão do contrato com o país da residência habitual do consumidor, o art. 5.º/2 da Convenção de Roma formulava diversas hipóteses ⁽¹¹¹⁾ que suscitaram muitos problemas de interpretação ⁽¹¹²⁾, designadamente com respeito aos contratos celebrados através da internet ⁽¹¹³⁾. O art. 6.º/1, em conjugação com os elementos de interpretação disponíveis, resolve a maior parte destes problemas, exigindo apenas que o profissional:

- exerça as suas actividades comerciais ou profissionais no país em que o consumidor tem a sua residência habitual, ou
- por qualquer meio, dirija essas actividades para este ou vários países, incluindo aquele país,

e o contrato seja abrangido pelo âmbito dessas actividades.

⁽¹⁰⁹⁾ Ver também MANKOWSKI (n. 33) 105.

⁽¹¹⁰⁾ Cf. Considerando n.º 30.

⁽¹¹¹⁾ Primeiro, ter a celebração do contrato sido precedida, no país da residência habitual do consumidor, de uma proposta que lhe foi especialmente dirigida ou de anúncio publicitário. Segundo, ter a outra parte ou o respectivo representante recebido o pedido do consumidor no país da residência habitual deste. Terceiro, consistir o contrato numa venda de mercadorias e o consumidor se ter deslocado do país da residência habitual para outro país e aí ter feito o seu pedido, desde que a viagem tenha sido organizada pelo vendedor com o objectivo de incitar o consumidor a celebrar a compra.

⁽¹¹²⁾ Ver, designadamente, LIMA PINHEIRO (n. 99 [2001]) 162-163, e EUGÉNIA GALVÃO TELES (n. 99) 696 e segs.

⁽¹¹³⁾ Ver, além das obras referidas na n. anterior, ELSA DIAS OLIVEIRA – *A Protecção dos Consumidores nos Contratos Celebrados Através da Internet*, Coimbra, 2002, 215 e segs., e “Contratos celebrados através da Internet”, in *Estudos de Direito Comercial Internacional*, vol. I, 219-237, Coimbra, 2004, 228 e segs.; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS – “Direito aplicável aos contratos celebrados através da internet e tribunal competente” (2003), in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público*, 159-225, Coimbra, 2004, 182 e seg.; DÁRIO MOURA VICENTE – “A comunitarização do Direito Internacional Privado e o comércio electrónico”, in *Seminário sobre a Comunitarização do Direito Internacional Privado*, 63-77, Coimbra, 2005, 73 e segs., e *Problemática Internacional da Sociedade da Informação*, Coimbra, 2005, 253 e segs.; LIMA PINHEIRO (n. 86) 151 e segs., com mais referências.

O Considerando n.º 24, na esteira da Exposição de Motivos da Proposta da Comissão ⁽¹¹⁴⁾, contém indicações importantes para a interpretação deste preceito.

Primeiro, visa-se consagrar o critério da “actividade dirigida” alinhando o âmbito de aplicação do art. 6.º do Regulamento Roma I com o do art. 15.º do Regulamento Bruxelas I ⁽¹¹⁵⁾, para ter em conta a evolução das técnicas de comercialização à distância, designadamente a contratação através da internet.

Segundo, remete-se para a Declaração Conjunta do Conselho e da Comissão sobre os artigos 15.º e 73.º do Regulamento Bruxelas I que sublinha que “o simples facto de um sítio da Internet ser acessível não basta para tornar aplicável o artigo 15.º, é preciso também que esse sítio Internet convide à celebração de contratos à distância e que tenha efectivamente sido celebrado um contrato à distância, por qualquer meio. A este respeito, a língua ou a moeda utilizadas por um sítio Internet não constituem elementos pertinentes”.

A Exposição de Motivos acrescenta que os “sítios visados por esta declaração não são necessariamente sítios ditos ‘interactivos’: assim um sítio que convida ao envio de uma encomenda por fax destina-se a celebrar contratos à distância. Em contrapartida, não visa a celebração de um contrato à distância o sítio que, dirigindo-se aos consumidores do mundo inteiro com a intenção de prestar informações sobre um produto, os remete seguidamente para um distribuidor ou agente local para a celebração do contrato. Contrariamente ao n.º 2 do artigo 5.º da Convenção, o regulamento proposto já não exige que o consumidor tenha executado os actos necessários à celebração do contrato no país da sua residência habitual, condição que deixa de ter sentido para os contratos celebrados através da Internet”.

Esta interpretação do Regulamento vai inteiramente ao encontro da posição que tenho defendido perante a Convenção de Roma. O fornecedor de bens ou serviços que utilize um meio de comunicação que seja susceptível de alcançar a generalidade dos países

⁽¹¹⁴⁾ 6-7.

⁽¹¹⁵⁾ Ver, sobre o âmbito de aplicação do art. 15.º do Regulamento Bruxelas I, LIMA PINHEIRO (II, 26) 108 e segs., com mais referências.

(como, por exemplo, a transmissão televisiva por satélite e a internet) para convidar os consumidores a celebrar contratos à distância dirige a sua actividade a todos estes países a menos que, efectivamente, só aceite celebrar contratos com consumidores de determinados países ou exclua a celebração de contratos com consumidores de determinados países ⁽¹¹⁶⁾

Vejamos em que consiste o regime especial aplicável aos contratos com consumidores.

O art. 6.º/2 do Regulamento, à semelhança do art. 5.º/2 da Convenção de Roma, estabelece um limite ao princípio da autonomia da vontade na designação do Direito aplicável ao contrato. Com efeito, estes preceitos determinam que a escolha pelas partes da lei aplicável não pode ter como consequência privar o consumidor da protecção que lhe garantem as disposições imperativas da lei do país em que tenha a sua residência habitual.

Estas disposições veiculam uma ideia de alternatividade: aplicar-se-ão as disposições imperativas da lei da residência habitual que sejam mais favoráveis ao consumidor que as regras da lei escolhida ⁽¹¹⁷⁾. Para o efeito é necessária uma comparação dos complexos de normas que formam, nas ordens jurídicas em presença, unidades de regulação, por forma a respeitar a coerência destas

⁽¹¹⁶⁾ Ver LIMA PINHEIRO (n. 99 [2001]) 162-163, e (n. 86) 151 e segs., com mais referências. Em sentido aprovador, também Max Planck Institute (n. 33) 273. A Proposta da Comissão salvaguardava a hipótese de o profissional desconhecer o lugar da residência habitual do consumidor e de esse desconhecimento não se dever a uma imprudência da sua parte (art. 5.º/2/2.º §). A Exposição de Motivos refere, a este respeito, a possibilidade de o consumidor fornecer uma informação errada sobre a sua residência habitual. O art. 6.º/1 do Regulamento não contém esta salvaguarda, mas tal pode explicar-se pela sua desnecessidade: se o profissional não celebra contratos com consumidores residentes habitualmente num país, e um destes consumidores consegue que um contrato seja celebrado mediante uma informação errada sobre a sua residência habitual, não pode beneficiar da protecção das normas imperativas do país em que se situa a residência habitual real, porque a actividade do profissional não foi dirigida a este país. No mesmo sentido, Max Planck Institute (n. 33) 274-275.

⁽¹¹⁷⁾ Ver GIULIANO/LAGARDE (n. 27) quanto à disposição homóloga contida no art. 6.º/1 da Convenção de Roma; LAGARDE (n. 72) 314; ÉRIK JAYME – “Les contrats conclus par les consommateurs et la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, in *Droit international et droit communautaire*, Paris, 1991, 77-85, 82; MOURA RAMOS (n. 44) 754; KASSIS (n. 85) 337; *Dicey, Morris and Collins* (n. 28) 1640-1641; e, EUGÉNIA GALVÃO TELES (n. 99) 6912 e segs.

unidades e a apreender correctamente o seu sentido de protecção ⁽¹¹⁸⁾.

Também se pode dizer que a lei da residência habitual fornece o padrão mínimo de protecção. A lei da residência habitual é a que se encontra em melhor posição para fornecer este padrão mínimo de protecção, por ser a lei do Estado a que o consumidor está mais estreitamente ligado. O consumidor tem um interesse conflitual na sua aplicação, por ser a lei com que está mais familiarizado ⁽¹¹⁹⁾.

Na falta de escolha pelas partes da lei aplicável, o art. 6.º/1 do Regulamento, bem como o art. 5.º/3 da Convenção de Roma, consagram um desvio à conexão supletiva estabelecida pelo art. 4.º. O art. 4.º da Convenção de Roma e, reforçadamente, o art. 4.º do Regulamento Roma I conduzem frequentemente à aplicação da lei do país em que o fornecedor de bens ou serviços tem o seu estabelecimento. Por força do art. 6.º/1 do Regulamento e do art. 5.º/3 da Convenção de Roma o contrato com consumidor será regulado pela lei do país em que o consumidor tenha a sua residência habitual.

C) Contratos individuais de trabalho

O art. 8.º do Regulamento contém um regime especial para o *contrato individual de trabalho*, semelhante ao estabelecido pelo art. 6.º da Convenção de Roma, mas com a introdução de alguns aperfeiçoamentos ⁽¹²⁰⁾.

⁽¹¹⁸⁾ Ver também Maria HELENA BRITO – *A Representação nos Contratos Internacionais*, Coimbra, 1999, 699, seguida por DIAS OLIVEIRA (n. 113) 251, e EUGÉNIA GALVÃO TELES – “Sobre o critério da ‘lei mais favorável’ nas normas de conflitos”, in *Est. Marques dos Santos*, vol. I, 193-238, Coimbra, 2005, 236 e segs. O respeito das unidades de regulação e a opção pelas que forem mais protectoras reduz o risco de contradições normativas ou valorativas na aplicação simultânea de normas das duas ordens jurídicas em presença, mas não o elimina em absoluto. O concurso de regimes de protecção das duas ordens jurídicas em presença é de excluir quando representar uma contradição normativa ou valorativa nos termos gerais; neste caso deve sempre optar-se pelo regime mais favorável ao consumidor. Ver ainda, relativamente ao contrato de trabalho, MOURA RAMOS (n. 44) 876 e segs.

⁽¹¹⁹⁾ Ver também MOURA RAMOS (n. 44) 756.

⁽¹²⁰⁾ Sobre o regime estabelecido pelo art. 6.º da Convenção de Roma, ver MOURA RAMOS (n. 44) 809 e segs., e “O contrato individual de trabalho em Direito Internacional

A escolha pelas partes da lei aplicável ao contrato de trabalho não pode ter como consequência privar o trabalhador da protecção que lhe garantem as disposições imperativas da lei que, na falta de escolha, seria objectivamente competente (n.º 1).

Também esta disposição parece conter uma ideia de alternatividade: aplicar-se-ão as disposições imperativas da lei objectivamente conectada que sejam mais favoráveis ao trabalhador que as regras da lei escolhida ⁽¹²¹⁾. E pode dizer-se que a lei objectivamente conectada fornece o padrão mínimo de protecção. Quanto à actuação deste regime remete-se para o exposto anteriormente com respeito ao art. 6.º do Regulamento.

O preceito circunscreve-se à determinação da lei aplicável ao contrato individual de trabalho, nada dispondo sobre a lei aplicável à convenção colectiva de trabalho. No entanto, quando o art. 6.º submete o contrato de trabalho à lei de um certo país, a remissão abrange as convenções colectivas de trabalho em vigor neste país desde que o contrato em causa caia no seu âmbito de aplicação ⁽¹²²⁾.

O n.º 2 do art. 8.º do Regulamento, bem como o n.º 2 do art. 6.º da Convenção de Roma, ocupam-se da determinação da lei objectivamente competente, consagrando o critério da conexão

Privado", in *Juris Et De Jure. Nos 20 Anos da Faculdade de Direito da UCP – Porto*, Porto, 1998, 41-81, 64 e segs.; LIMA PINHEIRO (n. 98 [2002]) 202 e segs., com mais referências; Pedro ROMANO MARTINEZ – *Direito do Trabalho*, 4.ª ed., Coimbra, 2007. 252 e segs.; Maria do Rosário PALMA RAMALHO – *Direito do Trabalho*, Parte I – *Dogmática Geral*, 2005, 279 e segs.

⁽¹²¹⁾ Cf. Considerando n.º 35. Cf., relativamente à Convenção de Roma, GIULIANO/LAGARDE (n. 27) 25, e MOURA RAMOS, loc. cit. Cp. Paul LAGARDE – "Le contrat de travail dans les conventions européennes de droit international privé", in *Droit international et droit communautaire*, 67-76, Paris, 1991, 75.

⁽¹²²⁾ Cf., relativamente à Convenção de Roma, GIULIANO/LAGARDE (n. 27) 25, LAGARDE (n. 72) 320, e Rui MOURA RAMOS – "A Convenção de Bruxelas sobre a competência judiciária e execução de decisões: sua adequação à realidade jus-laboral actual", in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, 41-73, 1996, 64. Ver ainda MOURA RAMOS (n. 44) 33 e segs., Pedro MAIA – "Conflitos internacionais de convenções colectivas de trabalho", *BFDC* 68 (1992) 181-264, 214 e segs., 236 e segs. e 251, e ROMANO MARTINEZ (n. 120) 256-257.

mais estreita. Neste caso, o Regulamento mantém a técnica das “presunções” de conexão mais estreita ⁽¹²³⁾:

- com o país em que o trabalhador presta habitualmente o seu trabalho em execução do contrato ou, na sua falta, a partir do qual o trabalhador presta habitualmente o seu trabalho em execução do contrato (n.º 2);
- se não for possível determinar a lei aplicável nos termos do n.º 2, com o país onde se situa o estabelecimento que contratou o trabalhador (n.º 3) ⁽¹²⁴⁾.

Não se considera que o país onde o trabalhador presta habitualmente o seu trabalho mude quando o trabalhador estiver temporariamente empregado noutro país (n.º 2/2.ª parte). O Considerando n.º 36 esclarece que a prestação de trabalho noutro país deverá ser considerada temporária caso se pressuponha que o trabalhador retomará o seu trabalho no país de origem, após o cumprimento das suas tarefas no estrangeiro. A celebração de um novo contrato de trabalho com o empregador originário ou com um empregador pertencente ao mesmo grupo de empresas que o empregador originário não deverá impedir que se considere que o trabalhador presta temporariamente o seu trabalho noutro país ⁽¹²⁵⁾.

⁽¹²³⁾ Estas “presunções” têm uma formulação algo diversa no art. 6.º/2 da Convenção de Roma, que “presume” a conexão mais estreita:

- com o país em que o trabalhador, no cumprimento do contrato, presta habitualmente o seu trabalho, mesmo que tenha sido destacado temporariamente para outro país (a);
- se o trabalhador não prestar habitualmente o seu trabalho no mesmo país, com o país em que esteja situado o estabelecimento que contratou o trabalhador (b).

⁽¹²⁴⁾ A Proposta da Comissão referia expressamente, neste contexto, a hipótese em que o trabalhador presta habitualmente o seu trabalho num espaço não sujeito a uma soberania nacional. Esta referência foi criticada, designadamente, por Max Planck Institute (n. 33) 292 e segs. Perante a omissão desta referência no Regulamento e o texto da Exposição de Motivos da Proposta da Comissão, adiante referido, sobre trabalho a bordo de aeronaves, parece de entender que se houver uma ligação a uma base fixa no território de um Estado se deve considerar que o trabalho é prestado habitualmente a partir deste Estado.

⁽¹²⁵⁾ Ver ainda MANKOWSKI (n. 33) 107-108.

O aditamento da frase “a partir do qual o trabalhador presta habitualmente o seu trabalho em execução do contrato” tem em conta a jurisprudência do TCE relativa ao art. 5.º/1 da Convenção de Bruxelas I e ao 19.º do Regulamento Bruxelas I ⁽¹²⁶⁾.

No caso *Rutten* ⁽¹²⁷⁾, o TCE decidiu que por lugar onde o trabalhador efectua habitualmente o seu trabalho se deve entender, no caso de um contrato de trabalho efectuado no território de vários Estados contratantes, o lugar em que o trabalhador fixou o centro efectivo das suas actividades profissionais. Posteriormente, no caso *Weber* ⁽¹²⁸⁾, o mesmo tribunal entendeu que na falta de um escritório que constitua o centro efectivo das actividades profissionais do trabalhador e a partir do qual presta habitualmente o seu trabalho se deve atender ao lugar em que o trabalhador cumpriu a maior parte do seu tempo de trabalho ⁽¹²⁹⁾. Não é inteiramente claro se o entendimento seguido neste último caso pode ser transposto para a interpretação do art. 8.º/2 do Regulamento Roma I. A Exposição de Motivos da Proposta da Comissão já permite afirmar que o critério do lugar a partir do qual o trabalhador presta habitualmente o seu trabalho abrange o pessoal que trabalha a bordo de aeronaves, “se existir uma base fixa a partir da qual o trabalho é organizado e em que este pessoal exerça outras obrigações face ao empregador (registo, controlo de segurança)” ⁽¹³⁰⁾.

Estas “presunções” de conexão mais estreita são afastadas se resultar do conjunto das circunstâncias que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com outro país (Art. 8.º/4 do Regulamento e art. 6.º/2 *in fine* da Convenção de Roma). Creio que também neste caso não se trata de uma cláusula de excepção ⁽¹³¹⁾, por-

⁽¹²⁶⁾ Cf. Exposição de Motivos da Proposta da Comissão, 7.

⁽¹²⁷⁾ TCE 9/1/1997 [CTCE (1997) I-00057].

⁽¹²⁸⁾ TCE 27/2/2002 [CTCE (2002) I-2013].

⁽¹²⁹⁾ Ver, com mais desenvolvimento, LIMA PINHEIRO (n. 26) 116, KROPHOLLER (n. 20) Art. 19 n.º 5, e Carlos ESPLUGES MOTA e Guillermo PALAO MORENO – “Jurisdiction over individual contracts of employment”, in *European Commentaries on Private International Law. Brussels I Regulation*, org. por Ulrich Magnus e Peter Mankowski, Munique, 2007, Art. 19 n.ºs 9-14.

⁽¹³⁰⁾ 7. Ver ainda MANKOWSKI (n. 33) 108. Cp. as considerações críticas de Max Planck Institute (n. 33) 286 e segs.

⁽¹³¹⁾ Neste sentido se pronuncia, porém, a maioria dos autores – ver, designadamente, LAGARDE (n. 72) 319 e seg., KEGEL/SCHURIG (n. 28) 590, KROPHOLLER (n. 70) 481, e

que a lei primariamente competente é a do país que apresenta a conexão mais estreita com o contrato. Sublinhe-se que, diferentemente das cláusulas de excepção contidas no Regulamento, não se exige aqui uma conexão *manifestamente* mais estreita

Por exemplo, um contrato celebrado em Portugal entre uma empresa portuguesa e uma pessoa residente em Portugal para a prestação de trabalho, durante três anos, em Angola, com pagamento da remuneração em Portugal, apresenta uma conexão mais estreita com o nosso país e, por isso, deve ser regido pela lei portuguesa e não pela lei do lugar em que é prestado o trabalho.

O Considerando n.º 38 recorda que a regra relativa aos contratos individuais de trabalho não deverá afectar a aplicação das normas de aplicação necessária do país de destacamento, prevista pela Directiva 96/71/CE Relativa ao Destacamento de Trabalhadores no Âmbito de uma Prestação de Serviços. Isto já parece resultar do disposto no art. 23.º do Regulamento (*infra* VI.A). Esta Directiva foi transposta pela L n.º 9/2000, de 15/6 (ver, designadamente, art. 3.º). O regime aí contido já foi examinado noutro lugar ⁽¹³²⁾.

O Código do Trabalho contém um preceito sobre a lei aplicável ao contrato de trabalho (art. 6.º) e três preceitos sobre o destacamento de trabalhadores (arts. 7.º a 9.º) ⁽¹³³⁾. O art. 8.º do Regulamento prevalece sobre estes preceitos e só não prejudica as regras internas de Direito de Conflitos que forem estabelecidas em execução de actos comunitários (art. 23.º), que fundamentarem a aplicação de regras materiais internas como normas susceptíveis de aplicação necessária nos termos do art. 9.º (*infra* V.D) ou, por-

Kurt SIEHR – *Internationales Privatrecht. Deutsches und europäisches Kollisionsrecht für Studium und Praxis*, Heidelberg, 2001, 178, seguidos, entre nós, por Dário MOURA VICENTE – “Destacamento internacional de trabalhadores”, in *Direito Internacional Privado. Ensaios*, vol. I, 85-106, Coimbra, 2002, 89.

⁽¹³²⁾ Ver LIMA PINHEIRO (n. 99 [2002]) 203 e segs.; ver também MOURA VICENTE (n. 131).

⁽¹³³⁾ Ver, sobre estes preceitos, ROMANO MARTINEZ (n. 120) 257 e segs.; PALMA RAMALHO (n. 120) 280 e segs.; Maria HELENA BRITO – “Direito aplicável ao contrato internacional de trabalho. Algumas considerações a propósito do Código do Trabalho”, *Est. Nunes de Almeida*, 105-143, Coimbra, 2007.

ventura, que digam respeito à aplicação de regimes de Direito público ⁽¹³⁴⁾.

Em ligação com este ponto, cumpre observar que há diversos regimes de Direito público que regulam a execução do trabalho — designadamente em matéria de salário mínimo, duração do trabalho, segurança e higiene no trabalho — e que são normalmente aplicáveis a todo o trabalho prestado no território do Estado de que dimanam ⁽¹³⁵⁾. Pode ser questionado se estas normas só podem ser aplicadas nos quadros definidos pela Directiva sobre destacamento de trabalhadores ou pelo art. 9.º do Regulamento Roma I, ou se deve entender-se que, em geral, o Regulamento não prejudica a aplicação destas normas ⁽¹³⁶⁾.

Em casos de destacamento temporário de trabalhadores de um Estado-Membro para outro Estado-Membro, algumas decisões do TCE vieram encarar a aplicação de normas juslaborais do Estado onde o trabalho é executado como uma “restrição” à liberdade de prestação de serviços que carece de ser justificada à luz de um critério de ponderação restritivo que foi desenvolvido com respeito à aplicação de regimes de Direito público sobre o acesso e exercício de actividades económicas contidos na ordem jurídica do Estado

⁽¹³⁴⁾ A jurisprudência portuguesa em matéria de contratos internacionais de trabalho levanta outras questões que são por mim examinadas na op. cit. n. 99 [2002] 205 e segs. Trata-se, em primeiro lugar, da autolimitação das normas sobre despedimentos contidas na lei portuguesa. Segundo, do Direito aplicável às pretensões emergentes de acidentes de trabalho. A respeito desta questão é de observar que o regime contido nos arts. 4.º e 5.º da L n.º 100/97 foi transposto para o Código do Trabalho (arts. 282.º e 283.º) e de referir, além da bibliografia citada, FLORBELA PIRES — “Os acidentes de trabalho e o Direito Internacional Privado”, in *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 64 (2003) 93-117. Enfim, a questão da lei aplicável aos contratos para a prestação de trabalho em representações diplomáticas e consulares de Portugal. A este respeito deve notar-se que o Regulamento Roma I prevalece sobre as regras internas dentro do seu âmbito de aplicação e que pelos menos os contratos que não envolvam uma vinculação de Direito público caem dentro do seu âmbito de aplicação.

⁽¹³⁵⁾ Cf. FRANZ GAMILLSCHEG — *Labour Contracts*, IECL vol. III/cap. 28, 1972, n.ºs 44 e segs.; KEGEL/SCHURIG (n. 28) 684 e 1139-1140; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO — *Manual de Direito do Trabalho*, Coimbra, 1991, 202; MOURA RAMOS (n. 44) 823 e seg.; BERNARDO LOBO XAVIER — *Curso de Direito do Trabalho*, Lisboa e São Paulo, 1992, 280 e segs.

⁽¹³⁶⁾ A questão tem sobretudo incidência prática quando se trate de normas de Direito público de um Estado estrangeiro que não pertença à União Europeia.

destinatário da prestação de serviços ⁽¹³⁷⁾. Algumas destas decisões entram em contradição com a Directiva sobre destacamento de trabalhadores e não a tomaram em conta por, à data da ocorrência dos factos, ainda não ter expirado o prazo para a sua transposição e, aparentemente, a Directiva não se encontrar ainda transposta no Estado de execução do trabalho.

O Regulamento Roma I confirma o entendimento, que tenho partilhado, segundo o qual das normas sobre a liberdade de prestação de serviços consagradas no Tratado na Comunidade Europeia não decorre um princípio do país de origem em matéria de normas aplicáveis aos contratos de trabalho no caso de destacamento temporário de trabalhadores. Pelo contrário, o Regulamento, como vimos, salvaguarda a aplicabilidade de certas normas do Estado de destacamento nos termos da Directiva sobre destacamento de trabalhadores. De resto, como adiante veremos, o Regulamento é compatível quer com a doutrina que considera que as normas não-discriminatórias de Direito privado não constituem, em princípio, “restrições” às liberdades comunitárias, quer com uma posição intermédia segundo a qual das normas que consagram as liberdades comunitárias decorrem limites genéricos à aplicação das normas de Direito privado do país do destino, mas que é no momento da aplicação destas normas materiais que se tem de aferir da sua compatibilidade com o Direito comunitário.

D) Contratos de seguro

A Convenção de Roma só regula uma parte dos *contratos de seguro*: os que cubram riscos situados fora do território de um

⁽¹³⁷⁾ Ver, designadamente, Rui MOURA RAMOS – “O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a Teoria Geral do Direito Internacional Privado. Desenvolvimentos Recentes”, in *Est. Isabel de Magalhães Collaço*, vol. I, 431-467, Coimbra, 2002, 463 e segs., e “Direito Internacional Privado e Direito Comunitário. Termos de uma interacção”, in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, vol. II, 145-202, Coimbra, 2007, 188 e segs.; LIMA PINHEIRO – “Federalismo e Direito Internacional Privado – algumas reflexões sobre a comunitarização do Direito Internacional Privado” (2003), in *Estudos de Direito Internacional Privado*, 331-356, Almedina, Coimbra, 2006, 350 e segs., “O Direito de Conflitos e as liberdades comunitárias de estabelecimento e de prestação de serviços” (2005), in *Estudos de Direito Internacional Privado*, 357-387, Almedina, Coimbra, 2006, 371 e segs, e (n. 2) 352 e segs., com mais referências.

Estado-Membro (art. 1.º/3), bem como aos contratos de resseguro (art. 1.º/4) ⁽¹³⁸⁾. Já o Regulamento Roma I se aplica à generalidade dos contratos de seguro, com excepção dos referidos no art. 1.º/1/j (*supra* I.A).

O Regulamento contém uma disposição sobre contratos de seguro (art. 7.º). Mas o art. 7.º não regula todos os contratos de seguro que, em princípio, cairiam dentro do âmbito de aplicação do Regulamento. O art. 7.º regula (n.º 1):

- os contratos de seguro que cubram um grande risco, tal como definido na alínea d) do artigo 5.º da Primeira Directiva 73/239/CEE Relativa à Coordenação das Disposições Legislativas, Regulamentares e Administrativas Respeitantes ao Acesso à Actividade de Seguro Directo Não Vida e ao seu Exercício;
- os outros contratos de seguro que cubram riscos situados no território dos Estados-Membros.

O Considerando n.º 33 assinala que quando um contrato de seguro que não cubra um grande risco cobrir mais do que um risco dos quais pelo menos um se situe num Estado-Membro e pelo menos um num país terceiro, o art. 7.º apenas se deverá aplicar ao risco ou aos riscos situados no Estado-Membro ou nos Estados-Membros relevantes.

Dentro do seu âmbito de aplicação, o art. 7.º afasta as soluções contidas noutras disposições de Direito comunitário (art. 23.º). Prevalece, por conseguinte, sobre as normas de conflitos contidas na Segunda Directiva 88/357/CEE Relativa à Coordenação das Disposições Legislativas, Regulamentares e Administrativas Respeitantes ao Seguro Directo Não Vida ⁽¹³⁹⁾, e na Directiva 2002/83/CE, Relativa Aos Seguros Vida, bem como sobre as normas internas que as transponham. Com efeito, as normas de conflitos contidas nestas Directivas são aplicáveis aos contratos que

⁽¹³⁸⁾ Para determinar se um risco se situa no território de um Estado comunitário aplica-se o Direito material da *lex fori* (art. 1.º/3/2.ª parte). No Direito português ver art. 2.º/1/h do DL n.º 94-B/98, de 17/4.

⁽¹³⁹⁾ Alterada pela Dir. do Conselho 92/49/CEE, de 18/6.

cobrem riscos situados no território de um Estado comunitário quando a empresa seguradora está estabelecida na Comunidade ⁽¹⁴⁰⁾.

Quanto aos contratos de seguro que cubram um grande risco, o regime estabelecido pelo n.º 2 corresponde às regras gerais do Regulamento:

- as partes podem escolher a lei aplicável nos termos do art. 3.º;
- na falta de escolha, aplica-se a lei do país em que o segurador tem a sua residência habitual;
- esta solução é flexibilizada por uma cláusula de excepção idêntica à do art. 4.º/3.

Relativamente aos outros contratos de seguro, que cubram riscos situados no território dos Estados-Membros, estabelece-se um regime especial que visa proteger os tomadores do seguro (n.º 3) ⁽¹⁴¹⁾.

Com este fim, por um lado, limita-se a liberdade de designação do Direito aplicável pelas partes, que só pode incidir sobre (n.º 3/1.º §):

- a lei de qualquer dos Estados-Membros em que se situa o risco no momento da celebração do contrato (a);
- a lei do país em que o tomador do seguro tiver a sua residência habitual (b);
- no caso do seguro de vida, a lei do Estado-Membro da nacionalidade do tomador de seguro (c);
- no caso de contratos que cubram riscos limitados a eventos que ocorram num Estado-Membro diferente daquele em que o risco se situa, a lei desse Estado-Membro (d);
- nos casos em que o tomador de seguro exerça uma actividade comercial, industrial ou uma profissão liberal e o contrato cubra dois ou mais riscos relativos a essas actividades e profissão e situados em diversos Estados-Mem-

⁽¹⁴⁰⁾ Cf. Max Planck Institute (n. 33) 278.

⁽¹⁴¹⁾ Cf. Considerando n.º 32.

bros, a lei de qualquer dos Estados-Membros em causa ou a lei do país em que o tomador do seguro tiver a sua residência habitual (e).

Se, nos casos enunciados nas alíneas a), b) ou e), os Estados-Membros a que se referem estas alíneas concederem uma maior liberdade de escolha da lei aplicável ao contrato de seguro, as partes podem invocar essa liberdade (n.º 3/2.º §). É o caso do Direito português, nos termos dos arts. 6.º e 7.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro, aprovado pelo DL n.º 72/2008, de 16/4, com respeito ao contrato de seguro que cubra riscos situados em território português ou em que o tomador de seguro, nos seguros de pessoas, tenha em Portugal a sua residência habitual ou o estabelecimento a que, o contrato respeita, consoante se trate de pessoa singular ou colectiva.

Por outro lado, na falta de escolha válida pelas partes, aplica-se a lei do Estado-Membro em que o risco se situe no momento da celebração do contrato (n.º 3/3.º §). Para este efeito, se o contrato de seguro cobrir riscos que se situam em mais do que um Estado-Membro, o contrato é considerado como constituindo vários contratos relativos, cada um deles, a um só Estado-Membro (n.º 5).

O art. 7.º/4 estabelece regras adicionais com respeito aos contratos de seguro que cubram riscos relativamente aos quais um Estado-Membro imponha a obrigação de seguro.

Nos termos da al. a), o “contrato de seguro não dá cumprimento à obrigação de subscrever um seguro, a menos que respeite as disposições específicas relativas a esse seguro que tenham sido estabelecidas pelo Estado-Membro que impõe a obrigação. Caso haja uma contradição entre a lei do Estado-Membro onde o risco se situa e a do Estado-Membro que impõe a obrigação de subscrever um seguro, prevalece esta última”.

Nos termos da al. b), em “derrogação dos n.ºs 2 e 3, um Estado-Membro pode estabelecer que o contrato de seguro é regulado pela lei do Estado-Membro que impõe a obrigação de subscrever um seguro”.

Também para este efeito, se o contrato de seguro cobrir riscos que se situam em mais do que um Estado-Membro, o contrato é

considerado como constituindo vários contratos relativos, cada um deles, a um só Estado-Membro (n.º 5).

O art. 10.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro estabelece que os contratos de seguro obrigatórios na ordem jurídica portuguesa regem-se pela lei portuguesa.

Para efeitos do art. 7.º, o país no qual o risco se situa é determinado nos termos da alínea d) do artigo 2.º da Segunda Directiva 88/357/CEE Relativa à Coordenação das Disposições Legislativas, Regulamentares e Administrativas Respeitantes ao Seguro Directo Não Vida ⁽¹⁴²⁾, e, no caso do seguro de vida, o país no qual o risco se situa é o país do compromisso na aceção da al. g) do n.º 1 do artigo 1.º da Directiva 2002/83/CE, Relativa aos Seguros de Vida ⁽¹⁴³⁾.

O art. 7.º não regula os contratos de seguro que não cubram um grande risco nem riscos situados no território dos Estados-Membros. Também não regula os contratos de resseguro (n.º 1 *in fine*). A estes contratos, com excepção dos referidos no art. 1.º/2/j, são aplicáveis as regras gerais do Regulamento. Do Considerando n.º 32 parece resultar que não é aplicável a estes contratos de seguro o regime especial dos contratos com consumidores.

No seu conjunto, as regras do Regulamento prevalecem sobre o Direito de Conflitos de fonte interna, designadamente os arts. 5.º

⁽¹⁴²⁾ Segundo este preceito, considera-se como Estado-Membro onde o risco se situa:

- O Estado-Membro onde se encontrem os bens, sempre que o seguro respeite, quer a imóveis, quer a móveis e ao seu conteúdo, na medida em que este último estiver coberto pela mesma apólice de seguro;
- o Estado-Membro de matrícula, sempre que o seguro respeite a veículos de qualquer tipo,
- o Estado-Membro em que o tomador tiver subscrito o contrato, no caso de um contrato de duração igual ou inferior a quatro meses relativo a riscos ocorridos durante uma viagem ou férias, qualquer que seja o ramo em questão,
- o Estado-Membro onde o tomador tenha a sua residência habitual ou, quando o tomador for uma pessoa colectiva, o Estado-membro onde se situe o estabelecimento da pessoa colectiva a que o contrato se refere, em todos os casos não explicitamente referidos nos travessões anteriores”.

⁽¹⁴³⁾ Segundo este preceito, considera-se como Estado-Membro do compromisso aquele “em que o tomador reside habitualmente ou, quando se trate de pessoa colectiva, o Estado-Membro em que está situado o estabelecimento da pessoa colectiva a que o contrato diz respeito”.

a 10.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro mas, como vimos, os arts. 6.º, 7.º e 10.º podem ser relevantes por força das regras contidas no art. 7.º do Regulamento. O art. 9.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro (“Normas de aplicação imediata”) também pode ser relevante para efeito da aplicação do art. 9.º do Regulamento (*infra* V.D). O art. 9.º/2 desse regime jurídico indica as conexões com o Estado português que podem fundamentar a aplicação necessária de certas regras imperativas, o que é de louvar, mas delimita estas normas imperativas com base num critério geral: a tutela de interesses públicos. Em minha opinião seria mais conveniente, por razões de previsibilidade e certeza jurídica, especificar as regras que são objecto desta “autolimitação”.

V. REGRAS AUXILIARES E COMPLEMENTARES

A) Formação e validade substancial do contrato

Retomando o art. 8.º/1 da Convenção de Roma, o art. 10.º/1 do Regulamento Roma I submete a *formação e a validade substancial do contrato* ou de alguma das suas disposições à lei que seria aplicável se o contrato ou a disposição fossem válidos (a lei da substância).

Foi atrás assinalado (I.A), que esta lei é directamente aplicável à responsabilidade por violação de negócios preliminares ou, pelo menos, de contratos preliminares, e, por força da remissão operada pelo Regulamento Roma II, também é, em primeira linha, aplicável às obrigações extracontratuais decorrentes de negociações realizadas antes da celebração de um contrato.

Quanto à relevância negocial de uma conduta, porém, é necessário ter em conta o art. 10.º/2 do Regulamento que, na linha do art. 8.º/2 da Convenção de Roma, determina que um contraente, para demonstrar que não deu o seu acordo, pode invocar a lei do país em que tenha a sua residência habitual, se resultar das circunstâncias que não seria razoável determinar os efeitos do seu comportamento nos termos da lei da substância.

Surge aqui um conceito indeterminado de razoabilidade que permite ao órgão de aplicação ter em conta o conjunto das cir-

cunstâncias do caso concreto. No quadro deste conceito o órgão de aplicação pode designadamente tomar em consideração os usos do tráfico bem como as relações de negócios anteriormente estabelecidas entre as partes ⁽¹⁴⁴⁾.

A regra do n.º 2 do art. 10.º forma uma conexão cumulativa em conjugação com a regra do seu n.º 1. A invocação da lei do país da residência habitual de um contraente, para demonstrar que não deu o seu acordo, só tem lugar quando haja uma conduta negocialmente relevante segundo a lei reguladora do contrato ⁽¹⁴⁵⁾.

O art. 11.º do Regulamento regula a *validade formal* do contrato, em termos semelhantes aos do art. 9.º da Convenção de Roma, mas com reforço do *favor negotii* através da introdução de mais elementos de conexão em algumas das conexões alternativas. A disposição distingue entre contratos entre presentes (n.º 1) e contratos entre ausentes (n.º 2).

Segundo o n.º 1, um “contrato celebrado por pessoas ou pelos seus representantes que se encontrem no mesmo país aquando da sua celebração é válido quanto à forma, se preencher os requisitos de forma prescritos pela lei reguladora da substância, determinada nos termos do presente regulamento, ou pela lei do país em que é celebrado”.

De acordo com o n.º 2, um “contrato celebrado por pessoas ou pelos seus representantes que se encontrem em países diferentes aquando da sua celebração é válido quanto à forma, se preencher os requisitos de forma prescritos pela lei reguladora da substância, determinada nos termos do presente regulamento, ou pela lei do país em que se encontre qualquer das partes ou os seus representantes aquando da sua celebração, ou pela lei do país em que qualquer das partes tenha a sua residência habitual nessa data” ⁽¹⁴⁶⁾.

⁽¹⁴⁴⁾ Cf., relativamente à Convenção de Roma, GIULIANO/LAGARDE (n. 27) 28. Ver ainda Dário MOURA VICENTE – “A formação dos contratos internacionais”, *Cadernos de Direito Privado* 3 (Julho/Setembro 2003) 3-16, 10 e segs.

⁽¹⁴⁵⁾ Cf., relativamente à Convenção de Roma, GIULIANO/LAGARDE (n. 27) 28.

⁽¹⁴⁶⁾ O n.º 3 determina que um “acto jurídico unilateral relativo a um contrato celebrado ou a celebrar é formalmente válido, se preencher os requisitos de forma prescritos pela lei reguladora da substância do contrato, determinada nos termos do presente regulamento, ou pela lei do país em que esse acto é praticado ou pela lei do país em que a pessoa que o praticou tenha a sua residência habitual nessa data”.

A relevância da observância da forma prescrita pela lei da residência habitual de uma das partes de um contrato entre ausentes, introduzida pelo Regulamento, é especialmente importante para os contratos celebrados através da internet em que o lugar em que cada contraente se encontra no momento da celebração do contrato é frequentemente desconhecido e desprovido de significado ⁽¹⁴⁷⁾.

Além disso, o art. 11.º contém uma regra especial sobre os contratos com consumidores abrangidos pelo art. 6.º, que submete a validade formal à lei da residência habitual do consumidor (n.º 4), e uma regra complementar sobre a forma dos contratos que tenham por objecto um direito real sobre um bem imóvel ou o arrendamento de um bem imóvel (n.º 5).

Segundo esta regra complementar, os contratos imobiliários estão sujeitos aos requisitos de forma imperativos da lei do país em que o bem imóvel está situado, desde que, nos termos desta lei, “esses requisitos sejam impostos, independentemente do país em que o contrato seja celebrado e da lei que o regular”.

Não basta, portanto, que a lei da situação do imóvel contenha requisitos de forma imperativos para os contratos imobiliários. Por exemplo, os arts. 875.º ou 947.º/1 CC, que sujeitam a escritura pública ou a documento particular autenticado os contratos de compra e venda e de doação de imóveis, respectivamente, não exigem que um negócio celebrado no estrangeiro relativamente a um imóvel situado em Portugal seja necessariamente celebrado numa destas formas. Tem-se entendido, por conseguinte, que estes contratos são formalmente válidos quando forem celebrados no estrangeiro por documento particular simples em conformidade com a lei do lugar da celebração.

Nos Estados-Membros vinculados pelo Regulamento esta aplicabilidade de normas sobre forma a título de *lex rei sitae* tem de resultar de uma norma de conflitos especial (explícita ou implí-

⁽¹⁴⁷⁾ Cf. LAGARDE (n. 33) 344, referindo que a solução foi proposta pelo Grupo Europeu de Direito Internacional Privado e pelo Max Planck Institute. Ver também art. 9.º/1 da Versão Consolidada das Propostas do Grupo Europeu de Direito Internacional Privado referida *supra* n. 87.

cita). Noutros Estados tanto pode resultar de uma norma de conflitos especial como do próprio Direito de Conflitos geral ⁽¹⁴⁸⁾.

O art. 18.º/2 do Regulamento determina que os “contratos e outros actos jurídicos podem ser provados por qualquer meio de prova admitido, quer pela lei do foro, quer por uma das leis a que se refere o artigo 11.º, ao abrigo da qual o acto seja formalmente válido, desde que esse meio de prova possa ser produzido no tribunal do foro”.

O art. 13.º estabelece um *limite à competência da lei reguladora da capacidade* (que no nosso Direito de Conflitos é, em princípio, a lei pessoal), idêntico ao que consta do art. 11.º da Convenção de Roma, com um pequeno aperfeiçoamento de redacção. O art. 13.º estabelece que num “contrato celebrado entre pessoas que se encontram no mesmo país, uma pessoa singular considerada capaz segundo a lei desse país só pode invocar a sua incapacidade que resulte da lei de outro país se, no momento da celebração do contrato, o outro contraente tinha conhecimento dessa incapacidade ou a desconhecia por negligência”.

Por conseguinte, num contrato obrigacional entre presentes, a parte que seja capaz segundo a lei do lugar da celebração não pode invocar a incapacidade determinada pela sua lei pessoal. Também não pode invocar a incapacidade determinada por qualquer outra lei que seja aplicável à capacidade ⁽¹⁴⁹⁾. Estabelece-se aqui uma conexão especial com a lei do lugar da celebração em matéria de capacidade.

Este limite à competência da lei pessoal fundamenta-se na protecção da confiança da contraparte e na segurança do comércio jurídico local ⁽¹⁵⁰⁾.

Este preceito comunitário remete o art. 28.º CC para um âmbito de aplicação residual. Com efeito, o campo de aplicação

⁽¹⁴⁸⁾ Neste sentido pode invocar-se que o legislador comunitário não seguiu a Proposta da Comissão quando esta exigia que as disposições sobre forma fossem imperativas no sentido do art. 8.º (que corresponde ao art. 9.º do Regulamento), i. e., normas de aplicação necessária. Ver também a crítica de MANKOWSKI (n. 33) 110.

⁽¹⁴⁹⁾ Designadamente a *lex rei sitae*, quando esta for aplicável à capacidade, como pode suceder perante o Direito de Conflitos português por força do art. 47.º CC.

⁽¹⁵⁰⁾ Ver, com mais desenvolvimento, LIMA PINHEIRO (n. 34 [2002]) 68 e segs.

fundamental do art. 28.º CC eram justamente os contratos obrigacionais. Atendendo às exclusões estabelecidas pelo n.º 2 do art. 28.º, as regras contidas neste artigo só serão aplicáveis a contratos de Direito patrimonial que não sejam regidos pelo Regulamento Roma I. Será o caso, segundo parece, de um contrato de sociedade que se destine a instituir um ente colectivo (cf. art. 1.º/1/f do Regulamento). Por acréscimo, estes contratos não podem dizer respeito à disposição de imóveis situados no estrangeiro.

B) Âmbito do estatuto contratual

O âmbito de aplicação da lei reguladora do contrato resulta do disposto nos arts. 10.º/1, 12.º e 18.º/1 do Regulamento, que seguem de perto os arts. 8.º/1, 10.º e 14.º/1 da Convenção de Roma.

Já sabemos que a formação e a validade substancial estão submetidas à lei reguladora do contrato (*supra* A). A lei aplicável ao contrato regula ainda, nomeadamente:

- a interpretação (art. 12.º/1/a);
- o cumprimento das obrigações dele decorrentes (art. 12.º/1/b);
- nos limites dos poderes atribuídos ao tribunal pela respectiva lei de processo, as consequências do incumprimento total ou parcial dessas obrigações, incluindo a avaliação do dano, na medida em que esta avaliação seja regulada pela lei (art. 12.º/1/c);
- as diversas causas de extinção das obrigações, bem como a prescrição e a caducidade (art. 12.º/1/d);
- as consequências da invalidade do contrato (art. 12.º/1/e);
- as presunções legais e a repartição do ónus da prova (art. 18.º/1).

Para compreender o disposto sobre as consequências do incumprimento é importante ter em conta as diferenças que se verificam entre os sistemas da família romanogermânica e os do *Common Law* quanto à questão de saber se, em caso de incumprimento, o credor pode actuar uma *pretensão de cumprimento* ou tem de

limitar-se a uma pretensão indemnizatória. Os sistemas da família romanogermânica partem do princípio que o devedor pode accionar uma pretensão de cumprimento ao passo que o Direito inglês, em regra, apenas concede uma pretensão indemnizatória, só excepcionalmente admitindo a *specific performance* ⁽¹⁵¹⁾.

Trata-se de uma questão substantiva, que em princípio estará submetida à *lex contractus*. Outra é, porém, a concepção tradicional em Inglaterra, que submete a questão à *lex fori*. Ao salvaguardar os “limites dos poderes atribuídos ao tribunal pela respectiva lei do processo” o preceito realiza um compromisso entre as duas concepções, mas suscita dificuldades de interpretação. São concebíveis dois entendimentos diferentes.

Segundo um primeiro entendimento, estabelece-se uma prevalência da qualificação processual sobre a qualificação obrigacional, i.e., serão subtraídas ao domínio de aplicação da *lex contractus* as questões que forem pela *lex fori* qualificadas como processuais.

Para um outro entendimento, em princípio todas as questões consideradas substantivas (segundo uma interpretação autónoma) estão submetidas à *lex contractus*, havendo apenas que respeitar os condicionamentos colocados por regras processuais da *lex fori*.

Seguindo-se esta segunda interpretação, que parece de preferir, um tribunal inglês deve condenar no cumprimento da obrigação, quando tal resulte da *lex contractus*, mas será respeitada a

⁽¹⁵¹⁾ Ver ZWIEGERT/KÖTZ – *An Introduction to Comparative Law*, 3.^a ed., Oxford, 1998, 479 e segs. Não confundir com a execução específica no sentido dos arts. 827.º e segs. CC. A *specific performance* refere-se à titularidade de uma pretensão substantiva ao passo que a distinção entre execução específica e execução por sucedâneo se reporta ao problema de saber se mediante a acção executiva é possível obter a satisfação do direito violado ou apenas a satisfação de uma pretensão indemnizatória. Também neste ponto há diferenças entre os sistemas jurídicos. É assim de apreciar segundo a *lex fori* se o credor da prestação de coisa determinada ou de facto fungível tem a faculdade de requerer, em execução, a entrega judicial da coisa ou que o facto seja prestado por outrem à custa do devedor (arts. 827.º e 828.º CC) e se há lugar a injunções de cumprimento ou a sanções pecuniárias compulsórias (como a prevista no art. 829.º-A para as obrigações de facto infungível). Mas o ponto é discutível. À face da Convenção de Roma, Dicey, Morris and Collins (n. 28) 1614, consideram que a disponibilidade de uma injunção depende, em princípio, da *lex contractus*. A favor da competência da *lex fori*, quanto à *astreinte*, BATIFOL/LAGARDE (n. 63) 336.

regra que nega a condenação em cumprimento quando tal implicar um controlo constante da execução pelo tribunal ⁽¹⁵²⁾.

Tanto a Convenção de Roma (art. 10.º/2) como o Regulamento (art. 12.º/2) consagram uma conexão especial para os modos de cumprimento e a medidas que o credor deve tomar em caso de cumprimento defeituoso: estas questões são reguladas pela lei do país onde é cumprida a obrigação. Quanto aos modos de cumprimento trata-se, por exemplo, da determinação dos dias feriados e das formalidades locais a que está sujeita a execução da prestação, como a pesagem, a inspeção ou a passagem de um certificado de qualidade.

C) Cessão de créditos, sub-rogação, pluralidade de devedores e compensação

A *cessão de créditos* e a *sub-rogação contratual* estão reguladas no art. 14.º do Regulamento. Este preceito é inspirado no art. 12.º da Convenção de Roma, mas com a substituição de “obrigações” por “relações” no n.º 1, o aditamento do n.º 3 e a extensão do âmbito de aplicação à sub-rogação contratual pelo credor.

O art. 14.º do Regulamento estabelece o seguinte:

“1. As relações entre o cedente e o cessionário no âmbito de uma cessão de créditos ou de uma sub-rogação contratual de um crédito contra terceiro (‘o devedor’) são reguladas pela lei que, por força do presente regulamento, for aplicável ao contrato que os liga.

“2. A lei que regula o crédito cedido ou sub-rogado determina a natureza cedível deste, as relações entre o cessionário ou o sub-rogado e o devedor, as condições de oponibilidade da cessão ou sub-rogação ao devedor e a natureza liberatória da prestação feita pelo devedor.

⁽¹⁵²⁾ Cf., relativamente à Convenção de Roma, *Dicey, Morris and Collins* (n. 28) 1614-1615. Ver ainda, sobre a lei aplicável à determinação da taxa de juros de mora, LIMA PINHEIRO (n. 34 [2002]) 210 e segs., com mais referências.

“3. A noção de cessão de créditos na acepção do presente artigo inclui as transferências plenas de créditos, as transferências de créditos como garantia, bem como os penhores ou outros direitos de garantia sobre os créditos”.

Nestes termos, a relação entre o cedente e o cessionário ou, na sub-rogação contratual, entre o credor e o sub-rogado, está submetida ao Direito que rege o negócio que serve de base à cessão ou à sub-rogação.

O Considerando n.º 38 esclarece que, no contexto da cessão de créditos, o termo “relações” significa que o art. 14.º/1 “também se aplica aos aspectos reais de uma cessão, entre o cedente e o cessionário, nos ordenamentos jurídicos em que a lei aplicável às obrigações contratuais não abrange esses aspectos” ⁽¹⁵³⁾. Ao mesmo tempo, foi suprimido o preceito, constante do art. 13.º/3 da Proposta da Comissão, que submetia a oponibilidade da cessão a terceiros à lei do país em que o cedente tem a sua residência habitual aquando da cessão (art. 13.º/3), em sentido convergente com a Convenção das Nações Unidas Sobre a Cessão de Créditos no Comércio Internacional (CNUDCI, 2001) ⁽¹⁵⁴⁾. Como o Considerando se refere aos aspectos reais da cessão “entre o cedente e o cessionário” fica em aberto a questão da lei aplicável aos efeitos da cessão em relação a terceiros (que não sejam o devedor) ⁽¹⁵⁵⁾.

⁽¹⁵³⁾ O Considerando acrescenta que todavia, “o termo ‘relações’ não deverá ser interpretado como referindo-se a qualquer eventual relação entre o cedente e o cessionário. Em particular, este termo não deverá abranger as questões preliminares relativas a uma cessão de créditos ou a uma sub-rogação contratual. Deverá limitar-se estritamente aos aspectos que dizem directamente respeito à cessão de créditos ou à sub-rogação contratual em causa”.

⁽¹⁵⁴⁾ Cf. Exposição de Motivos, 8. Sobre a solução proposta, cp. Eva-Maria KIE-NINGER e Harry SIGMAN – “The Rome-I Proposed Regulation and the Assignment of Receivables”, *The European Legal Forum* (1-2006) 1-10; LAGARDE (n. 33) 344-345; MANKOWSKI (n. 33) 111; Max-Planck Institute (n. 33) 321 e segs.

⁽¹⁵⁵⁾ O art. 27.º/2 determina que até “17 de Junho de 2010, a Comissão apresenta ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu um relatório sobre a questão da eficácia da cessão ou sub-rogação de um crédito perante terceiros e a prioridade do crédito cedido ou sub-rogado sobre um direito de outra pessoa. Este relatório deve ser acompanhado, se necessário, de uma proposta de alteração do presente regulamento e de uma avaliação do impacto das disposições a introduzir”.

A *sub-rogação legal em direitos contratuais* é regulada pelo art. 15.º do Regulamento, que corresponde, com pequenos aperfeiçoamentos de redacção, ao art. 13.º/1 da Convenção de Roma. É o seguinte o teor do art. 15.º do Regulamento:

“Sempre que, por força de um contrato, uma pessoa (“o credor”) tenha direitos relativamente a outra pessoa (“o devedor”), e um terceiro tenha a obrigação de satisfazer o direito do credor ou tenha efectivamente satisfeito esse direito em cumprimento dessa obrigação, a lei aplicável à obrigação do terceiro determina se e em que medida este pode exercer os direitos do credor contra o devedor, de acordo com a lei que regula as suas relações”.

Esta disposição só se aplica à sub-rogação legal em direitos contratuais e quando o cumprimento por terceiro constitui execução de uma obrigação. A lei que rege a relação entre o terceiro e o credor — por exemplo, a que resulta de uma garantia do crédito — determina se a sub-rogação tem lugar, enquanto a relação entre o terceiro sub-rogado e o devedor continua submetida à lei que regula o crédito em que há sub-rogação ⁽¹⁵⁶⁾. Deste modo o devedor pode opor ao terceiro as excepções estabelecidas pela lei reguladora do crédito. A oponibilidade da sub-rogação ao devedor também deve depender da lei reguladora do crédito ⁽¹⁵⁷⁾.

Relativamente à sub-rogação legal em direitos extracontratuais rege o art. 19.º do Regulamento Roma II.

A Convenção de Roma contempla a *pluralidade de devedores* de uma obrigação contratual no art. 13.º/2, aplicando ao direito de regresso a regra de conflitos estabelecida para a sub-rogação legal. O art. 16.º do Regulamento autonomiza a regra de conflitos sobre o direito de regresso nos seguintes termos:

“Se o credor tiver um direito contra vários devedores, responsáveis pelo mesmo direito, e se um deles já tiver satisfeito total ou parcialmente o direito, a lei que regula a obrigação do

⁽¹⁵⁶⁾ Cf. BALLARINO (n. 70) 655 e seg.

⁽¹⁵⁷⁾ *Ibidem*.

devedor para com o credor é igualmente aplicável ao direito de regresso do devedor contra os outros devedores. Os outros devedores podem invocar os meios de defesa que possam opor ao credor, na medida do permitido pela lei aplicável às suas obrigações para com o credor.”

Embora o preceito esteja formulado em termos genéricos, deve entender-se que só se aplica à pluralidade de devedores de uma obrigação contratual, uma vez que a pluralidade de devedores de uma obrigação extracontratual é objecto do art. 20.º do Regulamento Roma II ⁽¹⁵⁸⁾.

Enfim, o Regulamento introduz uma nova regra em matéria de *compensação* (art. 17.º):

“Caso as partes não acordem no direito a compensação, a lei que regula a compensação é a lei aplicável ao crédito contra o qual se invoca a compensação”.

A Proposta da Comissão (art. 16.º) referia-se à “compensação legal”, o que suscitou a objecção de que a expressão podia ser interpretada no sentido de incluir apenas a compensação automática, que opera *ope legis*, prevista designadamente no Direito francês, excluindo a compensação por declaração unilateral contemplada nomeadamente nos Direitos português (art. 848.º/1 CC) e alemão ⁽¹⁵⁹⁾. A correcção introduzida pelo legislador comunitário torna claro que a regra regula ambas as modalidades de compensação. Já a compensação contratual está sujeita às regras gerais dos arts. 3.º e 4.º ⁽¹⁶⁰⁾. Segundo a Exposição de Motivos da Proposta da Comissão, a solução encontrada destina-se a facilitar a compensação, respeitando ao mesmo tempo as expectativas legítimas da pessoa que não tomou a iniciativa da compensação ⁽¹⁶¹⁾.

⁽¹⁵⁸⁾ Ver ainda LAGARDE (n. 33) 345-346; MANKOWSKI (n. 33) 111; Max Planck Institute (n. 33) 329 e segs.

⁽¹⁵⁹⁾ Ver Max Planck Institute (n. 33) 332-333.

⁽¹⁶⁰⁾ Exposição de Motivos da Proposta da Comissão, 9. Ver ainda LAGARDE (n. 33) 346-347; MANKOWSKI (n. 33) 111; Max Planck Institute (n. 33) 331 e segs.

⁽¹⁶¹⁾ Loc. cit.

D) Ordem pública internacional, normas susceptíveis de aplicação necessária, devolução e ordens jurídicas complexas

O Considerando n.º 37 afirma que considerações de interesse público justificam que, em circunstâncias excepcionais, os tribunais dos Estados-Membros “possam aplicar exceções, por motivos de ordem pública e com base em normas de aplicação imediata”.

A cláusula de *ordem pública internacional* está contida no art. 21.º, que é do seguinte teor “A aplicação de uma disposição da lei de um país designada pelo presente regulamento só pode ser afastada se essa aplicação for manifestamente incompatível com a ordem pública do foro”. À semelhança do que se verifica com a Convenção Roma I (art. 16.º) e com o Regulamento Roma II (art. 26.º), este preceito refere-se à ordem pública do foro na aceção relevante para o Direito Internacional Privado, que é uma aceção muito mais restritiva do que a noção de ordem pública em Direito material ⁽¹⁶²⁾. Da exigência de manifesta incompatibilidade com a ordem pública do foro, bem como do Considerando anteriormente referido, resulta que a actuação da reserva de ordem pública internacional deve ser excepcional. Os relatórios e a jurisprudência do TCE com respeito à Convenção Bruxelas I e ao Regulamento Bruxelas I são relevantes para a actuação desta cláusula ⁽¹⁶³⁾.

A Convenção de Roma salvaguarda a aplicabilidade das regras do Estado do foro que regulem imperativamente o caso concreto, independentemente da lei aplicável ao contrato (art. 7.º/2). Esta formulação torna claro que não se têm em vista quaisquer normas imperativas mas só aquelas que reclamam aplicação ao caso apesar de o Direito de Conflitos geral remeter para uma lei estrangeira (“normas de aplicação imediata” ou, como considero mais

⁽¹⁶²⁾ Ver LIMA PINHEIRO (n. 2) 584 e segs., com mais referências.

⁽¹⁶³⁾ *Ibidem*. Cf. TCE 2/5/2006, no caso *Eurofood* [CTCE (2006) I-3813], n.º 64. Ver, sobre este ponto, LIMA PINHEIRO (n. 26) 297 e segs.

rigoroso, *normas que são susceptíveis de aplicação necessária*) ⁽¹⁶⁴⁾.

Por seu turno, o art. 7.º/1 da Convenção de Roma contém uma cláusula geral que permite a sobreposição à lei competente de normas susceptíveis de aplicação necessária de um terceiro Estado com o qual a situação apresente uma conexão estreita ⁽¹⁶⁵⁾. Este preceito não vigora na ordem jurídica portuguesa, porque Portugal fez a reserva prevista na al. a) do n.º 1 do art. 22.º da Convenção.

O conceito de “norma de aplicação necessária” do art. 7.º da Convenção de Roma não se baseia num critério material, i.e., relativo ao conteúdo e/ou fim da norma.

O Regulamento Roma I ocupa-se das “normas de aplicação imediata” no art. 9.º. Esta disposição afasta-se da Convenção de Roma em dois aspectos importantes.

Por um lado, o n.º 1 oferece uma definição de “norma de aplicação imediata” baseada num critério material: “são disposições cujo respeito é considerado fundamental por um país para a salvaguarda do interesse público, designadamente a sua organização política, social ou económica, ao ponto de exigir a sua aplicação em qualquer situação abrangida pelo seu âmbito de aplicação, independentemente da lei que de outro modo seria aplicável ao contrato, por força do presente regulamento”.

Com esta definição visa-se certamente acentuar o carácter excepcional da intervenção de normas imperativas que não pertencem à lei competente segundo as regras de conflitos do Regulamento. A Exposição de Motivos da Proposta da Comissão indica que a definição contida na Proposta se inspira na decisão proferida pelo TCE no caso *Arblade* ⁽¹⁶⁶⁾, mas esta decisão diz respeito a um problema específico (o da compatibilidade da aplicação de normas

⁽¹⁶⁴⁾ Ver também GIULIANO/LAGARDE (n. 27) 26 e segs., *maxime* 28.

⁽¹⁶⁵⁾ É o seguinte o teor do art. 7.º/1: “Ao aplicar-se, por força da presente Convenção, a lei de um determinado país, pode ser dada prevalência às disposições imperativas da lei de outro país com o qual a situação apresente uma conexão estreita se, e na medida em que, de acordo com o direito deste último país, essas disposições forem aplicáveis, qualquer que seja a lei reguladora do contrato. Para se decidir se deve ser dada prevalência a estas disposições imperativas, ter-se-á em conta a sua natureza e o seu objecto, bem como as consequências que resultariam da sua aplicação ou da sua não aplicação.”

⁽¹⁶⁶⁾ TCE 23/11/1999 [CTCE (1999) I-08453], n.º 30.

imperativas do Estado-Membro em que estão destacados temporariamente trabalhadores no caso de prestação de serviços por uma empresa estabelecida noutro Estado-Membro — *supra* IV.C) e, por seu turno, inspira-se claramente na noção avançada por FRANCESCAKIS: normas “cuja observação é necessária para a salvaguarda da organização política, social ou económica do país” ⁽¹⁶⁷⁾. O Regulamento Roma I, porém, baseia-se no critério do “interesse público” e torna claro que não é exaustiva a referência à “salvaguarda da organização política, social ou económica do país”.

A atribuição de um carácter excepcional à intervenção de normas susceptíveis de aplicação necessária vai ao encontro da posição que tenho defendido ⁽¹⁶⁸⁾, mas a técnica seguida não é feliz. Muitas normas susceptíveis de aplicação necessária visam a protecção da parte contratualmente mais fraca e não, em rigor, tutelar o “interesse público”. Mas as normas susceptíveis de aplicação necessária podem prosseguir outras finalidades. Não parece possível caracterizá-las pelo seu conteúdo e fim ⁽¹⁶⁹⁾. O conceito de “interesse público” utilizado pelo art. 9.º/1 do Regulamento terá de ser interpretado extensivamente e, com isso, perderá muito da sua

⁽¹⁶⁷⁾ “Conflits de lois (principes généraux)”, in *Rép. dr. int.*, t. I, Paris, 1968, n.º 137. Para um critério material de qualificação das normas de aplicação necessária apontam igualmente WENGLER (n. 85) 88 e seg.; FERRER CORREIA – *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, 1973, 24, e *Lições de Direito Internacional Privado – I*, Coimbra 2000, 161; MARQUES DOS SANTOS (n. 69) 927 e segs., 934, 940 e seg. e 1033, cp. 959, e *Direito Internacional Privado. Introdução – I Volume*, Lisboa, 2001, 274 e segs.; e, MOURA RAMOS (n. 44) 667 e segs., cp. 671 e seg., “Droit international privé vers la fin du vingtième siècle: avancement ou recul? », *DDC/BMJ* 73/74 (1998) 85-125, 97 e seg., e “Linhas gerais da evolução do Direito Internacional Privado português posteriormente ao Código Civil de 1966”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, 501-547, Coimbra, 2006, 535.

⁽¹⁶⁸⁾ N. 2, 253.

⁽¹⁶⁹⁾ Neste sentido, Yvon LOUSSOUARN – “Cours général de droit international privé”, *RCADI* 139 (1973) 271-385, 328 e seg.; Ivo SCHWANDER – *Lois d'application immédiate, Sonderanknüpfung, IPR-Sachnormen und andere Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im internationalen Privatrecht*, Zurich, 1975, 283; EGON LORENZ – “Die Rechtswahlfreiheit im internationalen Schuldvertragsrecht”, *RIW* 33 (1987) 569-584, 578 e seg.; Frank VISCHER – “Zwingendes Recht und Eingriffsgesetze nach dem schweizerischen IPR-Gesetz”, *RabelsZ* 53 (1989) 438-461, 446; Klaus SCHURIG – “Zwingendes Recht, ‘Eingriffsnormen’ und neues IPR”, *RabelsZ* 54 (1990) 218-250, 226 e segs.; MAYER/HEUZÉ (n. 28) 90; LIMA PINHEIRO (n. 37) 1091 e seg.; e MOURA VICENTE (n. 34) 640 e segs.

utilidade como critério de delimitação das normas imperativas que podem prevalecer sobre a lei competente.

Por outro lado, o legislador comunitário deixou cair a cláusula geral que consta do art. 7.º/1 da Convenção de Roma e do art. 8.º/3 da Proposta da Comissão, e estabeleceu no art. 9.º/3 que pode “ser dada prevalência às normas de aplicação imediata da lei do país em que as obrigações decorrentes do contrato devam ser ou tenham sido executadas, na medida em que, segundo essas normas de aplicação imediata, a execução do contrato seja ilegal. Para decidir se deve ser dada prevalência a essas normas, devem ser tidos em conta a sua natureza e o seu objecto, bem como as consequências da sua aplicação ou não aplicação”.

Esta solução converge com o entendimento que eu tenho sustentado: uma cláusula geral sobre a relevância das normas de aplicação necessária de terceiros Estados é simultaneamente inapropriada e indesejável e deve dar-se preferência à criação de normas de remissão condicionada a certas categorias de normas imperativas vigentes em Estados que apresentam determinada conexão com a situação ⁽¹⁷⁰⁾. A tarefa do legislador deve ser a de determinar as conexões especiais que podem conduzir à aplicação de normas imperativas estrangeiras que não pertençam à lei competente e não a de dar um cheque em branco aos tribunais.

Não obstante, a formulação do art. 9.º/3 do Regulamento parece demasiado restritiva ⁽¹⁷¹⁾. Em qualquer caso, creio que o preceito poderá ser interpretado no sentido de abranger não só as normas susceptíveis de aplicação necessária relativas à execução contrato mas também as que estabeleçam requisitos de validade do conteúdo e do fim do contrato ⁽¹⁷²⁾.

⁽¹⁷⁰⁾ N. 2, 275 e segs. Ver também Peter STONE – *EU Private International Law. Harmonization of Laws*, Cheltenham, UK, e Northampton, MA, USA, 2006, 359.

⁽¹⁷¹⁾ Esta formulação é certamente inspirada na jurisprudência inglesa – ver *Dicey, Morris and Collins* (n. 28) 1592 e segs.

⁽¹⁷²⁾ Ver LIMA PINHEIRO (n. 2) 276-277, com mais referências. No que toca à validade do contrato, serão relevantes os requisitos estabelecidos pela lei do lugar da execução ao tempo da celebração do contrato. As normas proibitivas ou limitativas que sejam adoptadas pela lei do lugar da execução posteriormente à conclusão do negócio deverão apenas ser tidas em conta como pressupostos de facto das normas da *lex contractus* relativas à exoneração do devedor – ver LIMA PINHEIRO (n. 2) 281-283, com mais referências.

O art. 9.º/2 salvaguarda a aplicabilidade das normas susceptíveis de aplicação necessária do Estado do foro, em termos semelhantes ao art. 7.º/2 da Convenção de Roma, mas sendo necessário ter em conta a definição contida no n.º 1.

À semelhança do que se verifica com a Convenção Roma I (art. 15.º), a *devolução* (ou reenvio) é excluída (art. 20.º). Esta solução é contrária ao princípio da harmonia internacional de soluções. Este princípio recomendaria fortemente que a referência à lei de um terceiro Estado abrangesse as suas regras de Direito Internacional Privado.

Com respeito a *ordens jurídicas complexas*, o art. 22.º/1 estabelece que sempre que um Estado englobe várias unidades territoriais, tendo cada uma normas de direito próprias em matéria de obrigações contratuais, cada unidade territorial é considerada um país para fins de determinação da lei aplicável por força do Regulamento. Este preceito é semelhante ao art. 19.º/1 da Convenção Roma I e deve ser entendido do mesmo modo ⁽¹⁷³⁾.

VI. RELAÇÕES COM OUTROS INSTRUMENTOS

A) Relações com outros instrumentos comunitários

No Considerando n.º 40 o legislador comunitário manifestou a sua intenção de evitar a dispersão por vários instrumentos das normas de conflitos de leis e as divergências entre essas regras. O Regulamento Roma I, porém, não exclui a possibilidade de, em matérias específicas, se incluírem normas de conflitos sobre obrigações contratuais noutros instrumentos de Direito Comunitário. Por conseguinte, o art. 23.º determina que, à excepção do art. 7.º (contratos de seguro), o Regulamento não prejudica a aplicação das disposições do Direito Comunitário que, em matérias específicas, regulem os conflitos de leis em matéria de obrigações contratuais ⁽¹⁷⁴⁾.

O mesmo Considerando afirma que o Regulamento não deverá prejudicar a aplicação de outros instrumentos que conte-

⁽¹⁷³⁾ Ver LIMA PINHEIRO (n. 2) 463.

⁽¹⁷⁴⁾ Sobre estes instrumentos ver, designadamente, LIMA PINHEIRO (n. 34 [2002] 227 e segs.

nham disposições destinadas a contribuir para o bom funcionamento do mercado interno, na medida em que estas não possam ser aplicadas em conjugação com a lei designada pelas regras do presente regulamento. 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 Sobre o Comércio Electrónico.

Esta formulação reflecte um compromisso entre pontos de vista opostos com respeito ao significado das regras sobre liberdade de circulação de mercadorias e sobre liberdade de prestação de serviços para a determinação do Direito aplicável aos contratos obrigacionais. A ideia de que o bom funcionamento do mercado interno implica a aplicação do Direito do “país de origem” (i.e., o país onde o bem é produzido ou onde o fornecedor de serviços está estabelecido) é completamente infundada ⁽¹⁷⁵⁾ e foi recusada pelo Regulamento Roma I, como já o tinha sido pela Directiva sobre Serviços no Mercado Interno (ver *maxime* art. 17.º/15) ⁽¹⁷⁶⁾ e pelo Regulamento Roma II ⁽¹⁷⁷⁾.

⁽¹⁷⁵⁾ Ver, designadamente, LIMA PINHEIRO – “Direito aplicável à responsabilidade extracontratual na Internet” (2001), in *Est. de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 213-223, (n. 137 [2003]) 347 e segs., (n. 137 [2005]) 357-387, 373 e segs.; (n. 2) 348 e segs.; Michael WILDERSPIN e Xavier LEWIS – “Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres”, *R. crit.* 91 (2002) 1-37 e 289-313, 13 e segs.; STEFANIA BARIATTI – “Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del trattato CE sul diritto internazionale privato comunitario”, *RDIPP* 39 (2003) 671-706, 687 e segs.; Vincent HEUZÉ – “De la compétence de la loi du pays d’origine en matière contractuelle ou l’anti-droit européen”, in *Mélanges Paul Lagarde*, 393-415, Paris, 2005. Ver ainda Jürgen BASEDOW – “Herkunftslandprinzip und Internationales Privatrecht im europäischen Binnenmarkt für Dienstleistungen”, in *Księga pamiątkowa Maksymiliana Pazdana*, 29-44, Zakamycze, 2005, e “European Private International Law of Obligations and Internal Market Legislation – A Matter of Coordination”, in *Liber Memorialis Petar Sarcevic*, 13-24, Munique, 2006, embora defendendo um “cautious change of the relevant conflict rules towards the country-of-origin principles in those areas where the simultaneous harmonization of substantive law reduces the remaining differences to appoint where they can be overcome by mutual tolerance” [24].

⁽¹⁷⁶⁾ Dir. 2006/123/CE. Ver Alberto MALATESTA – “Principio dello stato di origine e norme di conflitto dopo la direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno: una partita finita?”, *RDIPP* 43 (2007) 293-312, 293 e segs.

⁽¹⁷⁷⁾ Ver LIMA PINHEIRO (n. 22) 1065-1066.

Por outro lado, o legislador comunitário não excluiu que algumas disposições estabelecidas por instrumentos comunitários se sobreponham à lei designada pelo Regulamento ou que a aplicação desta lei ou de normas susceptíveis de aplicação necessária seja sujeita a limitações impostas pelas liberdades de circulação de mercadorias ou de prestação de serviços ⁽¹⁷⁸⁾. A Directiva sobre Comércio Electrónico é expressamente referida neste segundo contexto. Remeto, quanto ao exame desta Directiva, para estudos anteriores ⁽¹⁷⁹⁾.

Direi apenas a Directiva deve ser entendida no sentido de não estabelecer qualquer desvio ao Direito de Conflitos geral em matéria de contratos e de responsabilidade extracontratual. O Regulamento Roma I, à semelhança do Regulamento Roma II, não estabelece qualquer excepção para o comércio electrónico e só menciona a Directiva sobre Comércio Electrónico no contexto das limitações à aplicação das regras materiais do Direito designado ⁽¹⁸⁰⁾. Qualquer interpretação das leis que transpuseram a Directiva no sentido de consagrar o princípio do país de origem em matéria de lei aplicável aos contratos obrigacionais é incompatível com o Regulamento Roma I, como já o era com a Convenção de Roma. A lei reguladora do contrato pode ser livremente escolhida pelas partes; na falta de escolha, a aplicação da lei do devedor da prestação característica converge com o princípio do país de origem, mas essa lei pode ser afastada caso se verifiquem os pressupostos da cláusula de excepção.

Por acréscimo, deve sublinhar-se que as regras não-discriminatórias de Direito privado material sobre contratos obrigacionais não têm efeito, ou, pelo menos, não têm um efeito significativo, sobre o funcionamento do mercado interno e, portanto, não podem ser encaradas como restrições às liberdades de circulação de mer-

⁽¹⁷⁸⁾ Relativamente às normas de aplicação necessária, a Exposição de Motivos da Proposta da Comissão [8] convoca a decisão *Arblade*, supracit., em termos que considero equívocos pelas razões expostas nas obras referidas na n. 137 e adiante no texto.

⁽¹⁷⁹⁾ N. 86, 169 e segs., e (n. 22) 1065-1066. Ver também BOSCHIERO (n. 47) 370 e segs.

⁽¹⁸⁰⁾ Já a Proposta da Comissão não incluía essa Directiva na lista de actos comunitários que, por conterem regras de conflitos sobre obrigações contratuais, viam a sua aplicação ressalvada (art. 22.º/a e Anexo 1).

cadorias e de prestação de serviços ⁽¹⁸¹⁾. Por esta razão, não é de esperar que a aplicação destas regras fique sujeita a quaisquer limitações fundadas nas normas sobre as liberdades comunitárias.

B) Relações com Convenções internacionais

O Regulamento distingue a relação com a Convenção de Roma e as relações com outras Convenções internacionais.

O art. 24.º/1 determina que o Regulamento substitui, entre os Estados-Membros vinculados pelo Regulamento (art. 1.º/4), a Convenção de Roma, com excepção dos territórios dos Estados-Membros que são abrangidos pelo âmbito de aplicação territorial da Convenção e que ficam excluídos do Regulamento por força do artigo 299.º do Tratado da Comunidade Europeia. O n.º 2 acrescenta que na medida em que o Regulamento substitui as disposições da Convenção de Roma, as referências feitas à referida Convenção entendem-se como sendo feitas ao Regulamento.

No que se refere a outras Convenções internacionais, o art. 25.º/1 estabelece que o Regulamento não prejudica a aplicação das Convenções internacionais de que um ou mais Estados-Membros sejam parte na data de aprovação do Regulamento e que estabeleçam normas de conflitos de leis referentes a obrigações contratuais ⁽¹⁸²⁾. É este o caso da Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Mediação e à Representação, de 1978 ⁽¹⁸³⁾.

Deve entender-se que o Regulamento também não prejudica as Convenções de unificação do Direito material aplicável a contratos internacionais (*supra* Introdução III), visto que também neste caso se impõe o respeito dos compromissos internacionais

⁽¹⁸¹⁾ Ver também MALATESTA (n. 176) 304-305.

⁽¹⁸²⁾ Segundo o Considerando n.º 42, a Comissão apresentará ao Parlamento Europeu e ao Conselho uma proposta relativa aos procedimentos e às condições em que os Estados-Membros terão o direito de negociar e celebrar, em nome próprio, acordos com países terceiros, em casos individuais e excepcionais, respeitantes a matérias sectoriais, que contenham disposições sobre a lei aplicável às obrigações contratuais.

⁽¹⁸³⁾ Ver art. 26.º sobre a obrigação de comunicação à Comissão que recai sobre os Estados-Membros que sejam partes nestas Convenções e sobre a publicação no JOCE da Lista de Convenções.

assumidos pelos Estados-Membros ⁽¹⁸⁴⁾ e que de outro modo se frustraria o fim visado por estas Convenções.

Todavia, entre Estados-Membros, o Regulamento prevalece sobre as Convenções celebradas exclusivamente entre dois ou vários Estados-Membros, na medida em que estas incidam sobre matérias regidas pelo Regulamento (art. 25.º/2).

VII. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Convenção de Roma representou um progresso assinalável do Direito de Conflitos dos contratos obrigacionais vigente na ordem jurídica dos Estados contratantes, designadamente em relação às normas de conflitos de fonte interna vigentes na ordem jurídica portuguesa. O Regulamento Roma I aperfeiçoou alguns aspectos da Convenção de Roma e introduziu regras de conflitos complementares que são necessárias para uma unificação sistemática desse Direito de Conflitos. Em alguns pontos importantes, porém, o Regulamento é pouco ousado (designadamente quanto à designação pelas partes de regras não-estaduais) ou inverte o sentido da evolução verificada neste domínio (mormente quanto ao favorecimento da lei do devedor da prestação característica).

Como já assinalai relativamente ao Regulamento Roma II no que toca às obrigações extracontratuais ⁽¹⁸⁵⁾, os problemas e as finalidades da regulação dos contratos obrigacionais são os mesmos dentro da União Europeia e nas relações extracomunitárias. O âmbito de aplicação universal do Regulamento Roma I não obsta a que os tribunais de terceiros Estados cheguem a resultados diferentes com respeito ao Direito aplicável a situações que têm contactos com a União Europeia. Para promover a certeza e a previsibilidade sobre o Direito aplicável, bem como uma harmonia internacional de soluções, é necessária uma unificação do Direito Internacional Privado à escala planetária. Esta unificação do Direito de Conflitos deverá complementar a unificação do Direito

⁽¹⁸⁴⁾ Cf. Considerando n.º 41.

⁽¹⁸⁵⁾ Ver LIMA PINHEIRO (n. 22) 1071.

material aplicável aos contratos internacionais, que oferece inegáveis vantagens e é reclamada pela especificidade de muitos contratos internacionais e dos problemas jurídicos que colocam, mas depara com mais dificuldades.
