

Universidades Lusíada

Gomes, Ana Sofia da Silva, 1972-

**O contrato comercial internacional no
Regulamento Roma I : conceito e regime geral**

<http://hdl.handle.net/11067/5874>

Metadados

Data de Publicação	2021
Resumo	<p>O presente trabalho incide essencialmente sobre o conceito e regime geral do contrato comercial internacional no Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I). Tratando-se de um dos primeiros regulamentos sobre conflitos de leis entendo que é útil apresentar alguns aspetos gerais sobre a unificação em geral e em particular a unificação do Direito internacional privado no âmbito da União Europeia...</p> <p>The present work focuses mainly on the concept and general regime of the international commercial contract in EC Regulation N° 593/2008 of the European Parliament and of the 17 June Council regarding the law applicable to contractual obligations. As we are dealing here with one of the first regulations regarding conflicts between laws, it is useful to present some general issues regarding unification in general and, in particular, that of private international law within the European Union, as ...</p>
Palavras Chave	Direito internacional privado - Contratos - Países da União Europeia, Direito internacional privado - Direito comercial - Países da União Europeia, Direito internacional privado - Obrigações - Países da União Europeia
Tipo	doctoralThesis
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULL-FD] Teses

Esta página foi gerada automaticamente em 2021-06-03T19:42:28Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO

DOUTORAMENTO EM DIREITO

**O contrato comercial internacional no Regulamento
Roma I: conceito e regime geral**

Realizado por:
Mestre Ana Sofia da Silva Gomes

Orientado por:
Prof. Doutor Rui Manuel Gens de Moura Ramos

Constituição do Júri:

Presidente:	Prof. Doutor Afonso Filipe Pereira d'Oliveira Martins
Orientador:	Prof. Doutor Rui Manuel Gens de Moura Ramos
Arguente:	Prof. Doutor Luís Pedro Rocha Lima Pinheiro
Arguente:	Prof. ^a Doutora Maria Helena Barros de Brito
Vogal:	Prof. Doutor José Artur Anes Duarte Nogueira
Vogal:	Prof. Doutor José Alberto Rodriguez Lorenzo González

Tese aprovada em: 9 de abril 2021

Lisboa

2019



U N I V E R S I D A D E L U S Í A D A

FACULDADE DE DIREITO

Doutoramento em Direito

O contrato comercial internacional no Regulamento Roma I: conceito e regime geral

Ana Sofia da Silva Gomes

Lisboa

agosto 2019



U N I V E R S I D A D E L U S Í A D A

FACULDADE DE DIREITO

Doutoramento em Direito

O contrato comercial internacional no Regulamento Roma I: conceito e regime geral

Ana Sofia da Silva Gomes

Lisboa

agosto 2019

Ana Sofia da Silva Gomes

O contrato comercial internacional no Regulamento Roma I: conceito e regime geral

Tese apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Lusíada para a obtenção do grau de
Doutora em Direito.

Orientadora: Prof.^a Doutora Maria Eduarda de Almeida
Azevedo

Co-orientador: Prof. Doutor Rui Manuel Gens de Moura
Ramos

Lisboa

agosto 2019

Ficha Técnica

Autora Ana Sofia da Silva Gomes
Orientadora Prof.^a Doutora Maria Eduarda de Almeida Azevedo
Co-orientador Prof. Doutor Rui Manuel Gens de Moura Ramos
Título O contrato comercial internacional no Regulamento Roma I: conceito e regime geral
Local Lisboa
Ano 2019

Mediateca da Universidade Lusíada - Catalogação na Publicação

GOMES, Ana Sofia da Silva Gomes, 1972-

O contrato comercial internacional no Regulamento Roma I : conceito e regime geral / Ana Sofia da Silva Gomes ; orientado por Maria Eduarda de Almeida Azevedo e Rui Manuel Gens de Moura Ramos. - Lisboa : [s.n.], 2019. - Tese de doutoramento em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Lusíada.

I - AZEVEDO, Maria Eduarda de Almeida, 1956-

II - RAMOS, Rui Manuel Gens de Moura, 1950-

LCSH

1. Direito internacional privado - Contratos - Países da União Europeia
2. Direito internacional privado - Direito comercial - Países da União Europeia
3. Direito internacional privado - Obrigações - Países da União Europeia
4. Universidade Lusíada. Faculdade de Direito - Teses
5. Teses - Portugal - Lisboa

1. Conflict of laws - Contracts - European Union countries
2. Conflict of laws - Commercial law - European Union countries
3. Conflict of laws - Obligations - European Union countries
4. Universidade Lusíada. Faculdade de Direito - Dissertations
5. Dissertations, Academic - Portugal - Lisbon

LCC

1. KJE983.C66 G66 2019

Aos meus pais e aos meus filhos.

AGRADECIMENTOS

Aos meus orientadores, a Professora Doutora Maria Eduarda de Almeida Azevedo, com quem tive o gosto de aprender enquanto aluna do curso de pós-graduação em estudos europeus do I.E. da F.D.L. e de quem fui assistente durante vários anos na F.D. da Universidade Lusíada, e ao Professor Doutor Rui Manuel Gens de Moura Ramos, com quem muito aprendi através da consulta da sua obra e que aceitaram orientar a tese e mantiveram uma disponibilidade permanente para me aconselhar e auxiliar, correspondendo sempre a todas as solicitações que lhes fiz.

Ao meu primeiro co-orientador, o Professor Doutor José Duarte Nogueira, pelo permanente acompanhamento, pelos meios disponibilizados, pelo incentivo e disponibilidade sempre demonstrados tanto para me aconselhar, como para me dar indicações relativamente ao andamento do trabalho.

A título póstumo, ao Professor Doutor José João Gonçalves de Proença, de quem fui aluna e com quem iniciei, neste domínio, o meu percurso docente, que foi meu primeiro co-orientador no doutoramento, e uma influência decisiva na escolha do tema, por tudo o que me transmitiu, pelos elementos que me facultou e por todo o apoio que me proporcionou.

Impõe-se ainda agradecer o apoio da Universidade Lusíada, dos colegas que amavelmente me substituíram algumas vezes no meu trabalho docente, dos amigos e o auxílio recebido quer da Mediateca da Universidade Lusíada, na pessoa do Dr. Hélder Machado e da Sra. Catarina Graça, quer da Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, quer da Biblioteca do Max Planck Institute für Ausländisches und Internationales Privatrecht, na pessoa da Sra. Elke Halsen-Raffel, cujas facilidades concedidas foram inestimáveis para o presente trabalho de investigação.

Aos meus pais pelo afeto e apoio permanente e incondicional.

“O novo regulamento constitui assim o resultado da transformação em acto jurídico da União do instrumento convencional que obrigava já os Estados-Membros, e que continuou a ser, entre alguns deles, a fonte por excelência das regras de direito internacional privado em matéria de obrigações contratuais.”

RAMOS, Rui Manuel Moura (2016) – Estudos de direito internacional privado da União Europeia ISBN 978-989-26-1174-7.

APRESENTAÇÃO

O contrato comercial internacional no Regulamento Roma I: conceito e regime geral

Ana Sofia da Silva Gomes

O presente trabalho incide essencialmente sobre o conceito e regime geral do contrato comercial internacional no Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I). Tratando-se de um dos primeiros regulamentos sobre conflitos de leis entendo que é útil apresentar alguns aspetos gerais sobre a unificação em geral e em particular a unificação do Direito internacional privado no âmbito da União Europeia e alguns problemas que se colocam nesse quadro. Uma vez que o programa dessa unificação não se esgota no domínio conflitual, dado que também foi pensado para o direito material, refiro-me ao contexto em que a unificação evoluiu, sobretudo do direito conflitual, mas também do direito material, em particular à proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um direito europeu comum da compra e venda (COM (2011) 635 final), e às suas características específicas.

Igualmente objeto de atenção é o âmbito de aplicação material do regulamento, em particular, orientado para a internacionalidade e a comercialidade do contrato.

Também a lei aplicável ao contrato ocupa um papel de destaque no presente trabalho. Nesta matéria, sigo a estrutura do regulamento, versando sobre a lei escolhida pelas partes, a lei aplicável na falta de escolha, o contrato de transporte de mercadorias e as normas de aplicação imediata.

Palavras-chave: contratos internacionais, regulamento roma I.

PRESENTATION

International commercial contract under the Rome I Regulation: concept and general regime

Ana Sofia da Silva Gomes

The present work focuses mainly on the concept and general regime of the international commercial contract in EC Regulation N° 593/2008 of the European Parliament and of the 17 June Council regarding the law applicable to contractual obligations.

As we are dealing here with one of the first regulations regarding conflicts between laws, it is useful to present some general issues regarding unification in general and, in particular, that of private international law within the European Union, as well as some concerns about this situation. This unification is not limited to the conflict of laws, as it was also conceived to encompass material law. Therefore, I will deal with the context in which unification has evolved, mainly regarding the conflict of laws, but also in relation to substantive law and especially to the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Common European Sales Law (COM 2011 635 final) and its specific characteristics.

The material scope of the regulation will also be accorded particular attention, especially that aimed at the internationality and commercial viability of the contract.

Moreover, the law applicable to contracts also plays a prominent role in the present work. Thus, I follow the structure of the regulation which deals with the freedom of choice, the applicable law in absence of choice by the parties, the contracts of carriage, and the overriding mandatory provisions.

Keywords: Rome I regulation, international contracts.

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E ACRÓNIMOS

AM. J. COMP. L.	- The American Journal of Comparative Law
B2B	- Business to business
CC	- Código Civil
CE	- Comunidade Europeia
CECA	- Comunidade Europeia do Carvão e do Aço
CED	- Comunidade Europeia de Defesa
CEE	- Comunidade Económica Europeia
CESE	- Comité Económico e Social Europeu
CMLR	- Common Market Law Review
CNUDCI	- Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional
Conferência da Haia	- Conferência da Haia de Direito Internacional Privado
Convenção de Bruxelas	- Convenção de Bruxelas de 1968 relativa à competência jurisdicional e à execução das sentenças em matéria civil e comercial
Convenção de Roma	- Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais
CPC	- Código de Processo Civil
CPE	- Comunidade Política Europeia
DIP	- Direito Internacional Privado
ERCL	- European Revue of Contract Law
ERPL	- European Revue of Private Law
GEDIP	- Grupo Europeu de Direito Internacional Privado
Geo. L. J.	- Georgetown Law Journal
IPRax	- Praxis des Internationalen Privat-und Verfahrensrechts
JOCE	- Jornal Oficial das Comunidades Europeias
JZ	- JuristenZeitung
La. L. Rev.	- Louisiana Law Review
LAV	- Lei da Arbitragem Voluntária
OCDE	- Organisation de Coopération et de Développement Économique
PECO	- Países da Europa Central e Oriental
PME	- Pequena ou média empresa
Princípios da Haia	- Princípios da escolha de lei nos contratos comerciais internacionais

QCR	-	Quadro Comum de Referência
RabelsZ	-	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RCADI	-	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International
RCDIP	-	Revue Critique de Droit International Privé
Riv. Dir. Int. e Proc.	-	Rivista de Diritto Internazionale e Processuale
RLJ	-	Revista de Legislação e de Jurisprudência
ROA	-	Revista da ordem dos Advogados
RRI	-	Regulamento sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I)
STJ	-	Supremo Tribunal de Justiça
TA	-	Tratado de Amesterdão
TCE	-	Tratado da Comunidade Europeia
TCFDIP	-	Travaux du comité français de droit international privé
TFUE	-	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJ	-	Tribunal de Justiça da União Europeia
TL	-	Tratado de Lisboa
TR	-	Tratado de Roma
UE	-	União Europeia
UNIDROIT	-	Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado
YPIL	-	Yearbook of Private International Law
ZER	-	Zeitschrift für Europarecht
ZEup	-	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRV	-	Zeitschrift für Rechtsvergleichung

SUMÁRIO

1. Introdução	21
Parte I - Unificação do regime do contrato comercial internacional na UE	27
1. Quadro Institucional da Unificação na Comunidade Europeia e na União Europeia e Quadro da Unificação em Matéria Contratual	27
1.1. Introdução	27
1.2. Tratado de Roma e aproximação de legislações: harmonização e unificação. as convenções intergovernamentais.....	31
1.3. Ato Único Europeu e Tratado de Maastricht: aprofundamento da aproximação de legislações	34
1.4. Tratado de Amesterdão. Consagração de competência comunitária em matéria de DIP	39
1.5. Concretização do âmbito da competência comunitária consagrada: a Proposta de Regulamento sobre a lei aplicável às obrigações contratuais.....	42
1.6. Regulamento Roma I.....	51
1.7. Projeto de Tratado Constitucional e Tratado de Lisboa	54
1.8. Atual enquadramento normativo da competência da União em matéria de direito de conflitos.....	66
2. Características da unificação.....	73
2.1. Necessidade de interpretação uniforme	73
2.2. Da interpretação unificada no quadro do direito da União Europeia	80
2.3. A prática do Tribunal de Justiça.....	84
2.4. Linhas gerais sobre a interpretação da norma de Direito da União Europeia.	103
2.5. A interpretação do Regulamento Roma I e da Convenção de Roma pelo Tribunal de Justiça.....	110
2.6. A inter-relação entre a competência internacional e a lei aplicável	114
2.7. A aplicação da lei estrangeira.....	126
3. A recente iniciativa de unificação de direito material: do Direito europeu comum da compra e venda	133
3.1. Introdução	133
3.2. Antecedentes	134
3.2.1. Enquadramento institucional.....	136
3.2.2. Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um direito europeu comum da compra e venda.....	141
3.2.2.1. Âmbito territorial de aplicação	142
3.2.2.2. Âmbito material de aplicação	142
3.2.2.3. Âmbito pessoal de aplicação	146
3.2.2.4. Amplitude do regime de direito material previsto.....	147

3.2.2.5. Vicissitudes da proposta	148
Parte II – O contrato comercial internacional.....	153
1. Introdução	153
2. Âmbito de aplicação material do regulamento Roma I.....	155
2.1. Matérias contratuais	158
2.2. Matérias civis e comerciais.....	163
2.2.1. A comercialidade relevante.....	164
3. A internacionalidade do contrato	171
3.1. Introdução	171
3.2. A relevância de um conceito de contrato internacional	173
4. Do carácter internacional dos contratos	179
5. Os diferentes critérios de internacionalidade	185
5.1. Critério jurídico e elementos de conexão relevantes.....	185
5.2. Critérios económicos.....	193
5.3. Critérios subjetivos e objetivos	199
5.4. Critério de internacionalidade na convenção de Roma e no regulamento Roma I	204
5.5. Tomada de posição.....	208
Parte III - Lei aplicável aos contratos comerciais internacionais.....	213
1. Introdução	213
2. A lei escolhida pelas partes.....	217
2.1. Enunciado geral, identificação de questões controversas e sua possível solução	217
2.1.1. A eleição de regras não estatais.....	221
2.1.2. Os princípios da Haia	224
2.1.3. Restrições à regulamentação dos contratos do comércio internacional pelos Estados.....	231
2.1.4. A regulação dos contratos comerciais internacionais.....	233
2.2. Consagração da autonomia da vontade	242
2.3. A escolha de uma lei estatal.....	243
2.4. Escolha de instrumentos não estatais	245
2.4.1. A opção pelas regras não estatais nos princípios da Haia	249
2.4.1.1. Usos comerciais	259
2.5. Escolha de lei sem ligação com o contrato	261
2.6. Escolha expressa ou tácita.....	262
2.7. Fracionamento contratual	266
2.8. Alteração da escolha de lei.....	269

2.9. Disposições não derogáveis por acordo	270
2.10. Momento da determinação dos elementos de conexão relevantes.....	281
2.10.1. Os efeitos da escolha de lei	282
2.11. Da proteção às disposições de direito da União Europeia não derogáveis por acordo	288
2.12. A existência e a validade do consentimento das partes relativamente à escolha da lei aplicável	302
3. Lei aplicável na falta de escolha.....	305
3.1. Regime geral de determinação da lei aplicável na falta de escolha	305
3.2. Determinação da lei aplicável. Aspectos gerais.....	309
3.2.1. Doutrina da prestação característica.....	310
3.2.1.1. Determinação da prestação característica	312
3.2.2. Residência do prestador característico.....	316
3.3. Regime aplicável aos contratos especialmente previstos	318
3.4. Lei aplicável por recurso à prestação característica	324
3.5. Regime aplicável por recurso à cláusula de exceção. Aspectos gerais.	327
3.6. Propostas de limitação do recurso à cláusula de exceção.....	331
3.6.1. Apreciação crítica	332
3.7. Cláusula de exceção	335
3.7.1. Determinação da conexão mais estreita	336
3.7.1.1. As circunstâncias atendíveis.....	337
3.7.2. Ponderação da conexão mais estreita pelo tribunal.....	339
3.8. Conexão subsidiária.....	341
3.8.1. Impossibilidade de determinação da prestação característica	342
4. Contrato de transporte de mercadorias	345
4.1. Aspectos gerais.....	345
4.2. Lei aplicável na falta de escolha.....	348
4.3. Conexão subsidiária	350
4.4. Cláusula de Exceção.....	352
5. Normas de aplicação imediata	353
5.1. Antecedentes	353
5.2. Normas de aplicação imediata. Conceito legal	359
5.3. Normas de aplicação imediata do Estado do foro.....	369
5.4. Normas de aplicação imediata de Estados estrangeiros	372
5.4.1. Requisitos de aplicação das normas de aplicação imediata do país do cumprimento das obrigações	377
5.4.1.1. Decisão sobre prevalência.....	377

5.4.1.2. Obrigações decorrentes do contrato	378
5.4.1.3. Lugar do cumprimento das obrigações	378
5.4.1.4. Segundo essas normas o cumprimento do contrato seja ilegal.....	380
5.4.1.5. Natureza e objeto das normas e consequências da sua aplicação ou da sua não aplicação	381
5.4.2. Tomada de posição	384
5.5. Normas de aplicação imediata da UE.....	386
Conclusões	395
Referências	419
Bibliografia.....	513

1. INTRODUÇÃO

A escolha do presente tema para objeto de uma dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-Civis foi feita com a convicção de que a regulação dos contratos comerciais internacionais, do ponto de vista conflitual na UE, encontra-se num estágio intermédio relativamente ao patamar que as necessidades nesse âmbito requerem.

Os contratos comerciais internacionais constituem parte muito significativa da economia de mercado. A sua regulação não pode, assim, deixar de constituir um centro de interesse em questões tanto económicas quanto jurídicas. A sua regulação, ou possibilidade de regulação, pode fomentar ou restringir a contratação internacional.

Como não existe na nossa literatura jurídica nenhuma obra referente ao contrato internacional, posterior ao Regulamento Roma I, entendemos que se justifica voltar ao tema.

Na Europa, a regulação unificada dos contratos comerciais internacionais, resultou de um processo gradual. Este processo teve início com a adoção da Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (1980). Seguiu-se a consagração da competência comunitária em matéria de direito internacional privado com o Tratado de Amesterdão. Com base nesta competência, foi apresentada a proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, na sequência da qual foi adotado o Regulamento (CE) N.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I), instrumento da máxima relevância do ponto de vista da unificação do direito de conflitos em matéria de obrigações contratuais.

Tratando-se de um dos primeiros regulamentos sobre conflitos de leis, entendemos que é útil apresentar alguns aspetos gerais sobre a unificação em geral e em particular a unificação do Direito Internacional Privado no âmbito da União Europeia e alguns problemas que se colocam nesse quadro.

Uma vez que o programa dessa unificação não se esgota no domínio conflitual, dado que também foi pensado para o direito material, não deixaremos de nos referir ao contexto em que a unificação evoluiu, sobretudo do direito conflitual, mas também do direito material, em particular à proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um Direito europeu comum da compra e venda (COM (2011) 635 final), e às suas características específicas. Este regime, que teve como antecedente a grandiosa ideia da edificação de um código civil para a Europa, não chegou a alcançar

sequer uma versão muito minimalista desse desígnio. Muitos foram os obstáculos que se lhe atravessaram, motivados de sobremaneira, quer com a falta de competência comunitária na matéria, quer, e sobretudo, com a inexistência de vontade dos Estados de perderem um dos “últimos redutos” da sua soberania.

Tal proposta aparecia sob a forma de regime supletivo, ao qual as partes poderiam aderir. Mas também este projeto viria a conhecer significativas dificuldades, considerando-se não ser ainda o momento adequado para a criação de um regime supletivo relativamente aos códigos civis nacionais.

Igualmente objeto da nossa atenção é o âmbito de aplicação material do regulamento, em particular, orientado para a internacionalidade e a comercialidade do contrato, matéria que é objeto da parte II do nosso trabalho.

A fixação do conceito de contrato comercial internacional não é tarefa fácil. As diversas tentativas de determinação do seu conteúdo e alcance surgem pela pena quer da jurisprudência, quer da doutrina francesas. São invocados critérios económicos e jurídicos, objetivos e subjetivos. Alguma doutrina recente distingue ainda entre contratos comutativos e contratos de empreendimento comum.

Na parte III dedicada à lei aplicável ao contrato, ocupamo-nos da substância e efeitos do contrato, dada a especial importância destes fatores. Seguimos a estrutura do regulamento, versando sobre a lei escolhida pelas partes, a lei aplicável na falta de escolha, o contrato de transporte de mercadorias e as normas de aplicação imediata.

Não tratamos os contratos a que o regulamento concede um regime especial em função da proteção à parte mais fraca, nem a forma, os aspetos ligados à parte geral, a cessão de créditos e a sub-rogação contratual, a sub-rogação legal, a pluralidade de devedores, a compensação, o ónus da prova, a ordem pública do foro, os ordenamentos jurídicos plurilegislativos, entre outros.

A escolha de lei pelas partes constitui a pedra de toque do Regulamento *sub iudice*, importando saber qual a amplitude com que a autonomia da vontade é consagrada no seu artigo 3.º e como poderá vir a ser consagrada no futuro. Neste aspeto tem relevância desde logo, para além da escolha de uma lei estatal, a questão da possibilidade de opção por regras não estatais. É certo que o regime vigente já prevê a possibilidade de as partes incluírem certos dispositivos insertos em convenções internacionais nos seus contratos, mas apenas incorporados materialmente nos mesmos, ou seja, não se

reconhece a tal escolha o valor de uma escolha autónoma em Direito internacional privado.

Também analisamos as situações subjetivamente internacionais, internacionalizadas exclusivamente pela escolha de uma lei de outro Estado-Membro que não tem qualquer relação com o contrato; ou então pela possibilidade de escolha de regras não estatais a serem aplicáveis quer ao contrato subjetivamente internacional, quer ao contrato objetivamente internacional.

Consideramos a importância do preceito em face da maior atratividade que se pretende que o direito da UE tenha, como forma de chamar a matéria da contratação internacional ao domínio do Estado, quer seja no domínio das negociações, quer no âmbito da resolução de litígios, quer ainda quanto ao reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras. Tal aumento de atratividade do regime jurídico europeu, permite a regulação dos contratos comerciais internacionais através das leis dos Estados e dos normativos da União Europeia e depende de uma maior abertura a novas formas de regulação.

Vários instrumentos oriundos da iniciativa supra estadual e da iniciativa de entidades privadas, têm vindo a despertar o interesse de outras jurisdições granjeando significativo prestígio.

As formas de regulação usadas recorrentemente pela arbitragem do comércio internacional vêm-se tornando cada vez mais apelativas, sobretudo quando aplicadas conjuntamente com essa forma alternativa de resolução de litígios. Tal conjugação é responsável pela eficácia que lhe é reconhecida pelos agentes económicos e que afasta cada vez mais os Estados da regulação da contratação comercial internacional. Será, assim, importante tornar a legislação de fonte estadual ou supraestadual atrativa, por um lado, e aumentar a celeridade das decisões judiciais, por outro, para que os Estados se permitam ganhar um papel de maior relevo no processo regulatório em questão. A captação da atenção dos agentes económicos é parte fundamental do processo de centralização da regulação dos contratos comerciais internacionais na esfera dos Estados.

Atentamos ainda no regime de proteção às disposições de direito da União Europeia não derogáveis por acordo a que alude o artigo 3.º, n.º 4 sempre que o contrato se encontre em conexão com um ou mais Estados-Membros e seja escolhida a lei de um Estado terceiro. Tal análise visa a ponderação da medida em que tal dispositivo é

verdadeiramente inovador e alcança por si só o desígnio que se propõe, a proteção dessas disposições do Direito da União Europeia.

Passando à lei aplicável na falta de escolha, importa analisar de forma contrastada os critérios supletivos consagrados no artigo 4.º do regulamento em estudo em face do normativo homólogo constante da Convenção de Roma. Tal análise tem em vista a percepção da necessidade de introdução de uma estrutura inovadora, da previsão de oito tipos contratuais com elementos de conexão rígidos, maioritariamente orientados pela doutrina da prestação característica, refletindo sobre o alcance da segurança jurídica subjacente à consagração dessa solução e desvantagens inerentes à mesma, sobretudo quando considerado o disposto no n.º 2 do mesmo artigo, no qual se prevê que se se tratar de um contrato misto se deve recorrer à lei da residência habitual do prestador que efetua a prestação característica do contrato. A solução consagrada no número 1, que surge numa tentativa de alcance de maior certeza e segurança jurídicas,¹ limitando a ponderação pelo juiz quanto à lei a aplicar, bem como a solução alcançada por aplicação do número 2, não são necessariamente as soluções a aplicar ao caso concreto.

O regulamento consagra, e de modo diferente do regime previsto na Convenção de Roma, o princípio da proximidade exclusivamente como exceção, enquanto que neste último instrumento tal princípio é identificado quer como regra geral, concretizável através do seu sistema de presunções, quer como cláusula de exceção. Do texto da Convenção resulta que se presume que, em geral, é o país da residência habitual do prestador que efetua a prestação característica que apresenta a conexão mais estreita com a situação transnacional. Embora mantenha a presunção mencionada relativamente ao país da situação dos imóveis, considerando que os mesmos são regulados pela *lex rei sitae* e preveja também uma presunção especial relativamente ao contrato de transporte, de acordo com a qual, e observados certos requisitos cumulativos, se presume existir uma conexão mais estreita com o país da residência habitual do transportador.

Também as situações de impossibilidade de determinação da prestação característica são objeto de previsão no instrumento em referência, remetendo-se a solução desses casos para a aplicação do princípio da proximidade.

¹ No sentido de o Regulamento Roma I favorecer a certeza do direito e a previsibilidade, BALLARINO, Titto; BALLARINO, Eleonora; PRETELI, Ilaria - Diritto internazionale privato italiano. 8ª ed. Padova: Wolters Kluwer, Cedam, 2016, p. 268.

Este princípio pode funcionar -dada a sua vaguidão que determina a sua aplicação de acordo, maioritariamente, com critérios casuísticos- em sentido oposto à unificação. No entanto, é de salientar que a própria unificação, sendo importante, não constitui um fim absoluto.

Sempre haverá de ponderar a necessidade de tipificação de soluções de conteúdo rígido, como as constantes do n.º 1 do artigo 4.º do regulamento *sub iudice* alinhadas com a necessidade de alcance de segurança jurídica, de previsibilidade jurídica e de soluções idênticas para casos idênticos e que essas soluções cedem perante a necessidade de garantir a justiça da conexão.

Também o contrato de transporte de mercadorias é objeto de tratamento no nosso trabalho. No regulamento Roma I tal contrato é objeto de uma previsão autónoma enquanto que na Convenção de Roma é objeto de uma presunção especial.

Por fim abordamos as normas de aplicação imediata, tal como consagradas pelos instrumentos jurídicos sobre os quais versa a nossa análise.

Para além das particularidades de regime, constata-se que está hoje em dia assente que a ideia inicial de que as normas de aplicação imediata visam tutelar interesses públicos considerados essenciais pelos Estados para a prossecução das suas políticas mais importantes se trata de uma visão restrita da questão. A origem destas normas, tal como constatada por Francescakis e cuja noção corresponde quase na íntegra àquela que se encontra consagrada no n.º 1 do artigo 9.º do Regulamento em questão, não escapa, quanto ao respetivo conceito, ao essencial devir que na matéria se vem observando.

Para além da questão central relativa à noção de normas de aplicação imediata, importa considerar, de igual modo, as normas de aplicação imediata do foro, consagradas no n.º 2 do artigo 9.º do regulamento e no n.º 2 do artigo 7.º da Convenção de Roma. Trata-se de disposições consideradas fundamentais pelos Estados para a salvaguarda dos seus interesses e cuja aplicação não pode ser afastada pelo regulamento.

Na nossa ótica podem colocar-se questões quanto a esta opção pela imperatividade exclusiva das normas de aplicação imediata do foro, sobretudo quando ponderada a questão da sobreposição dessas normas àquelas outras com idêntica natureza do país com o qual a situação se encontra exclusivamente conectada.

Por outro lado, a disposição em questão suscita ainda outras questões quando a atenção se centra nas normas de Estados estrangeiros, matéria prevista no n.º 3 do artigo 9.º do normativo *sub iudice* e n.º 1 do artigo 7.º da Convenção de Roma. Particularmente no que respeita ao regime instituído no regulamento Roma I que prevê que o tribunal pode atribuir efeitos a disposições de aplicação imediata do lugar do cumprimento da obrigação ou obrigações decorrentes do contrato, desde que, de acordo com essa lei, o cumprimento da obrigação seja considerado ilegal. Para esses efeitos, o tribunal poderá os efeitos da sua aplicação ou da sua não aplicação.

PARTE I - UNIFICAÇÃO DO REGIME DO CONTRATO COMERCIAL INTERNACIONAL NA UE

1. QUADRO INSTITUCIONAL DA UNIFICAÇÃO NA COMUNIDADE EUROPEIA E NA UNIÃO EUROPEIA E QUADRO DA UNIFICAÇÃO EM MATÉRIA CONTRATUAL

1.1. INTRODUÇÃO

A reorganização da Europa no pós segunda guerra mundial impulsionou a constituição de organizações, numa perspetiva quase exclusivamente económica, que afastavam fantasmas do passado² e permitiam aspirar a uma concertação de políticas e estratégias com vista ao incremento dos interesses comuns. A consciência dos efeitos nefastos dos conflitos mundiais e a crença na paz e na estabilidade, mantêm viva a comunidade dos Estados, enquanto criação superior do génio europeu, alimentando o intuito de estreitamento de relações entre os povos europeus.³ No entanto, a perspetiva da integração havia de reduzir-se à vertente económica, não por falta de iniciativas, mas por hesitação dos Estados. Tal foi o caso do fracasso da Comunidade Europeia de Defesa (CED)⁴ e da Comunidade Política Europeia (CPE),⁵ que tiveram um impacto decisivo nas aspirações integracionistas na vertente política. A rejeição em 1954, por iniciativa do Estado francês, do Tratado que instituíra a CED, após a sua assinatura em 1952, pôs termo às aspirações de uma união política para a Europa,⁶ dos Estados unidos da Europa.⁷ A acalmia nas circunstâncias políticas internacionais,⁸ determinava

² Sobre tudo a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), instituída pelo Tratado de Paris de 1951, que entre os seus impulsos determinantes, contava com o afastamento da possibilidade de ocorrência de diferendos entre a França e a Alemanha que se fundavam em disputas quanto ao carvão e ao aço.

³ Como, no início do século passado, salientava VILLELA, Álvaro da Costa Machado - Lições de direito internacional privado. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1905-1906, liv. 1, p. 4, “entre as formações históricas produzidas pela evolução da humanidade constituiu-se progressivamente um organismo internacional, a sociedade dos estados, criação superior do genio europeu, que, começando a afirmar-se nos séculos XII e XIII, teve como uma das suas grandes e bemfazejas revelações o desenvolvimento duma sociedade das comunidades políticas”. Com efeito, por um processo lento, mas constante, foi-se operando na história das sociedades da civilização europeia a aproximação progressiva dos diferentes povos, até que os Estados modernos atingiram uma comunhão de interesses e de existência tão intensa e uma mutualidade de relações tão constante, que, exercendo em comum uma larga actividade, chegaram a constituir uma nova forma de associação humana, a que se tem dado o nome de sociedade dos estados e de comunidade ou sociedade internacional.

⁴ Instituída pelo Tratado de 27 de maio de 1952.

⁵ Cujo texto veio a ser concluído em 9 de março de 1953, mas não chegou a ser assinado.

⁶ RAMOS, Rui Moura - Das Comunidades à União Europeia: estudos de direito comunitário. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 15-16, constata “que o mesmo clima internacional, inicialmente favorável à constituição destas organizações, aparecia agora diverso, como que a não tornar já tão necessária a sua existência”, afirmações que vão no mesmo sentido do postulado por FONTAINE, Pascal - L'Union Européenne: bilan et perspectives de l'intégration communautaire. Paris: Editions du Seuil, 1994, p. 28-30.

⁷ Neste sentido, SHAMBECK, Herbert - Aspectos jurídicos e políticos da evolução da integração europeia no limiar do século XXI. RFDUL, 36 : Separata (1995), 427-443.

⁸ O conflito na Coreia estava circunscrito, afastando receios de internacionalização. Na União Soviética, a sucessão de Estaline abre a possibilidade de aproximação à Europa, dissipando receios quanto a um conflito armado com essa potência.

um abrandamento da perspetiva política da integração na Europa. Ficava assim no horizonte a perspetiva de integração na vertente puramente económica, iniciada com o Tratado de Roma de 1957 que instituiu a Comunidade Económica Europeia (CEE). A caminhada para um modelo de integração num patamar superior é longa. É certo que o projeto assumido pelos Estados signatários,⁹ encerrava contornos que acabaram por chegar além da concretização que ao tempo foi possível conceber, mas não ainda ao modelo desde sempre idealizado. Na génese da constituição desta Comunidade, encontrava-se uma ideia mais profunda preconizada por Monet e Schuman,¹⁰ embora não fosse a primeira abordagem a essa ideia,¹¹ a da constituição dos Estados Unidos da Europa.¹²

Novos alentos resultaram do Ato Único Europeu e do Tratado de Maastricht, passando pelo Tratado de Nice, de importância fundamental na perspetiva de reorganização do direito originário quanto ao Tribunal de Justiça. Mas é com o Tratado de Amesterdão que se confere um impulso determinante em matéria de unificação.

A cada passo, parecia estar mais próxima a concretização de uma integração mais profunda, mas no início do século XXI, o aprofundamento da integração na vertente política havia de soçobrar.

A rejeição do Tratado que institui uma Constituição para a Europa volta a ser exemplo manifesto das reticências quanto a essas aspirações, adiando a sua concretização. Após esse momento da construção da Europa e a sua ultrapassagem mediante o retrocesso que, relativamente a esse projeto, constituiu a aprovação do Tratado de Lisboa, encontramos, não obstante, um pouco mais adiante, numa perspetiva integracionista, apesar do eminente fenómeno designado como *brexit*, e as

⁹ Alemanha, França, Itália, Luxemburgo, Bélgica e Holanda.

¹⁰ Também Churchill defendeu essa ideia no discurso que proferiu na Universidade de Zurich em 1946. FONTAINE, Pascal - L'Union Européenne: bilan et perspectives de l'integration communautaire. Paris: Editions du Seuil, 1994, p. 19.

¹¹ A história europeia já tinha conhecido aspirações a uma Europa unida, numa perspetiva um pouco diferente, pela mão de Napoleão.

¹² RAMOS, Rui Moura - Das Comunidades à União Europeia. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 13, salienta que "a ideia de uma concretização, no plano político, da unidade dos Estados europeus, se tem como causa próxima a situação política, económica e militar do velho continente após 1945, não é assim um produto exclusivo dela; antes vai buscar o seu cimento a uma unidade cultural solidificada por séculos de vivência em comum que constituem desta forma o substrato sobre que uma nova realidade político-institucional se poderá alicerçar"; QUADROS, Fausto de - Direito da União Europeia. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 41; AZEVEDO, Maria Eduarda - As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governação pública. Coimbra: Almedina, 2009, p. 66-72 e MARQUES, Viriato Soromenho - EUA e União Europeia: em torno do federalismo e da identidade política. In Alessandra Silveira (Coord.), Direito da União Europeia e da transnacionalidade. Lisboa: Quid Juris, 2010, p. 428.

consequências ainda não totalmente clarificadas que a saída do Reino Unido acarretará para a União Europeia (UE) e para o próprio.

No que respeita ao enquadramento da unificação em matéria contratual, refira-se que o quadro normativo que regula os contratos comerciais internacionais no ordenamento jurídico da UE, no plano conflitual, tem sofrido alterações, em consequência das vicissitudes pelas quais a construção da Europa unida tem passado. A construção de um ordenamento jurídico autónomo, com interações diversas com outras disciplinas jurídicas, determinou a crescente regulação, pelo primeiro, de matérias previstas em vários ramos do direito.¹³ Importantes matérias de direito internacional privado, deixaram de ser previstas exclusivamente em função das disposições de direito de conflitos internas, passando sucessivamente a ser reguladas, por aquele ordenamento jurídico, com progressiva unificação.¹⁴ O regime aplicável aos contratos internacionais, na vertente conflitual, seguiu a mesma tendência.

Os avanços e recuos do Direito internacional privado passaram a estar, em alguma medida, relacionados com esse ordenamento jurídico, em criação, não apenas do ponto de vista legislativo, mas também, e de forma muito relevante, do ponto de vista jurisdicional.¹⁵ A relação desse direito com este ordenamento, sempre aliada ao mercado único e posteriormente ao mercado interno, encontrou na integração económica o seu elo de ligação a este ordenamento. Às tímidas expressões legislativas iniciais, seguiram-se – após o Livro Branco sobre o mercado único e o Ato Único Europeu –, outras em maior número e com previsão de normas de conflitos que antecederam a entrada em vigor da Convenção mais emblemática na matéria *sub iudice*, a Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Convenção de Roma). Do ponto de vista legislativo, o Tratado de Roma veio iniciar uma nova etapa da contemporaneidade do direito internacional privado, prevendo uma competência do Conselho para adotar diretivas com o objetivo da aproximação de disposições legislativas dos Estados-Membros que tenham implicações no mercado

¹³ Neste sentido RAMOS, Rui Moura - Direito internacional privado e direito comunitário: termos de uma interação. In Estudos de direito internacional privado e de direito processual civil internacional. Coimbra: Almedina, 2007, Vol. 2, 152-154.

¹⁴ O que já vinha sendo levado a efeito por outras organizações, como a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado e a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (CNUDCI).

¹⁵ Características próprias de um processo de unificação nas duas vertentes possíveis, uma vez que a “unificação de Direitos tem por objetivo a supressão das diferenças entre os sistemas jurídicos considerados, o que pressupõe a identidade das suas regras jurídicas e porventura, mesmo a atribuição a um único órgão da competência para decidir em última instância as questões suscitadas pela respectiva interpretação e integração”, como salienta VICENTE, Dário Moura - Perspectivas de harmonização e unificação internacional do direito privado numa época de globalização da economia. In António Menezes Cordeiro [et al.], Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão. Coimbra: Almedina, 2008, Vol. 2, p. 1655.

comum, quer ao nível do seu estabelecimento, quer quanto ao seu funcionamento. É também o mercado comum que há-de justificar a adoção de medidas pelo Conselho, relativas a ações não expressamente previstas no Tratado, mas necessárias ao alcance de um dos objetivos da Comunidade (artigo 235.º) e abre a perspectiva da celebração da Convenção de Roma. Para além da previsão legislativa e do exercício dessa competência, encontra-se outra realidade, de importância fundamental na construção do ordenamento jurídico comunitário e atualmente da UE. A vertente jurisdicional assume um papel primordial, tanto na interpretação uniforme do direito desse ordenamento, quanto da solução encontrada para as suas lacunas, funcionando como um forte vetor de consolidação desse ordenamento e favorecendo a integração entre Estados-Membros.

O Tratado de Amesterdão comunitarizou importantes matérias e intensificou as relações entre o Direito comunitário e o Direito internacional privado prevendo uma competência específica nesse domínio a favor da Comunidade Europeia (CE). Este enquadramento legal inovador fornece a norma habilitante do instrumento de unificação mais importante em matéria de obrigações contratuais, o Regulamento (CE) N.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Regulamento Roma I).¹⁶

Após esse Tratado, o Tratado de Lisboa assume uma posição cimeira na previsão da matéria *sub iudice*, desconexionando a competência da UE para a adoção de normativos, da verificação da sua necessidade para o bom funcionamento do mercado interno. Tal medida aumenta o âmbito da competência prevista inicialmente no Tratado de Amesterdão. Aprofundando assim as competências da UE, esse Tratado assume um papel importante na caminhada da unificação do direito de conflitos. Por isso, se pode dizer que estamos mais à frente numa perspetiva integracionista em matéria de previsão de competências da UE quanto ao direito internacional privado, mas reticentes quando a algumas concretizações, quer nesse âmbito, como é o caso de um comentado futuro instrumento designado como Regulamento Roma 0,¹⁷ quer noutros que com aquele têm uma relação muito estreita, como é o caso da adoção de um instrumento de unificação do direito material da compra e venda.¹⁸

¹⁶ Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I). Jornal Oficial da União Europeia [Em linha]. L:177 (4 Jul. 2008) 6-16.

¹⁷ A incidir sobre a parte geral do DIP.

¹⁸ Instrumento esse apresentado sob a forma de Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um Direito europeu comum da compra e venda [Documento COM (2011) 635 final] e que constitui objeto da Parte I, Capítulo III.

Tal factualidade ilustra, de forma inequívoca, o influxo entre a vertente institucional e a vertente material da unificação no âmbito da UE.

1.2. TRATADO DE ROMA E APROXIMAÇÃO DE LEGISLAÇÕES: HARMONIZAÇÃO E UNIFICAÇÃO. AS CONVENÇÕES INTERGOVERNAMENTAIS

Da previsão normativa do Tratado de Roma não constava qualquer competência específica da CEE relativa ao direito de conflitos. As medidas de aproximação de legislações dos Estados-Membros, que tivessem incidência direta no estabelecimento ou no funcionamento do mercado comum, eram tomadas mediante a adoção de diretivas (artigo 100.º). A harmonização do direito de conflitos surge assim sob o impulso do mercado comum, uma vez que é nessa perspetiva estritamente económica, que o tratado consagra essa via de aproximação de legislações. Por outro lado, a previsão não é direcionada apenas para o direito de conflitos, trata-se de uma previsão genérica. Os diplomas que visam o alcance da harmonização não têm por objeto direto e imediato o direito de conflitos, antes contêm, alguns deles, esse tipo de normas, mas por estrita necessidade de harmonização do regime neles previsto. A harmonização é, assim, meramente residual.

Esta via de aproximação da legislação dos Estados-Membros, é usada num primeiro momento para a adoção de medidas sectoriais, sem uma perspetiva integrada. Trata-se de adoção de atos para casos isolados, ainda que não suscitando resistência interna, não acrescentando um grande valor na perspetiva da construção de um conjunto normativo sustentado.¹⁹

Fora da alçada do mercado comum, a unificação encontrava-se prevista numa ótica de consenso interestadual e concretizava-se na possibilidade de adoção de convenções pelos Estados-Membros (artigo 220.º).²⁰ Essa disposição foi invocada como norma habilitante de diversos instrumentos unificadores. Nem todos os projetos então desenvolvidos, foram bem-sucedidos, como foi o caso da Convenção de 29 de fevereiro de 1968 sobre o reconhecimento mútuo das sociedades, da Convenção de 6 de novembro de 1990 sobre o reconhecimento e a execução de decisões em matéria de

¹⁹ BASEDOW, Jürgen - Vers un code européen des contrats. In Rui Moura Ramos *et al.* (Org.), Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço. Coimbra: Almedina, 2002. Vol. 1, p. 673 e ss.

²⁰ Artigo 293.º do Tratado da Comunidade Europeia (TCE), revogado pelo Tratado de Lisboa (TL).

obrigações alimentares²¹ e da Convenção de 23 de novembro de 1995, relativa aos processos de insolvência,²² que não entraram em vigor devido a falta de ratificações.

Se se verificaram alguns insucessos indispensáveis à ponderação futura – quer quanto ao seu conteúdo, quer quanto à fórmula utilizada para a sua previsão –, muitos foram os créditos alcançados por outros instrumentos. De entre eles, assume particular relevo a Convenção de Bruxelas de 1968 relativa à competência jurisdicional e à execução das sentenças em matéria civil e comercial (Convenção de Bruxelas).²³ Considerada como a convenção mais importante,²⁴ o seu êxito pôde ser constatado em diversas vertentes. Desde logo pelo seu conteúdo, que excedeu a previsão do Tratado, incluindo, para além do reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras, a competência internacional, concretização que terá sido impulsionada em virtude da aspiração ao reconhecimento

²¹ Que veio a ser objeto do Regulamento (CE) N.º 4/2009 do Conselho, de 18 de dezembro de 2008, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares, Jornal Oficial da União Europeia. L:7 (10.01.2009) 1-79; corrigido pela “Retificação do Regulamento (CE) n.º 4/2009 do Conselho, de 18 de dezembro de 2008, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares”. Jornal Oficial da União Europeia. L:131 (18.05.2011) 1 e alterado pelo Regulamento de Execução (UE) n.º 1142/2011 da Comissão, de 10 de novembro de 2011, que estabelece os anexos X e XI do Regulamento (CE) n.º 4/2009 do Conselho relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares. Jornal Oficial da União Europeia. L:293 (11.11.2011) 24-25, e a Convenção de 23 de novembro de 1995, relativa aos processos de insolvência que não entraram em vigor por não terem alcançado o número de ratificações necessário.

²² Esta última convenção foi posteriormente objeto do Regulamento (CE) n.º 1346/2000 do Conselho, de 29 de maio de 2000, relativo aos processos de insolvência. Jornal Oficial da União Europeia. L160 (30.06.2000) 1-18, alterado pelos seguintes atos: Regulamento (CE) N.º 4/2009 do Conselho, de 18 de dezembro de 2008, Regulamento (CE) n.º 694/2006 do Conselho, de 27 de abril de 2006. Jornal Oficial da União Europeia. L:121, de (06.05.2006); Regulamento (CE) N.º 681/2007 do Conselho, de 13 de junho de 2007, que altera as listas dos processos de insolvência, dos processos de liquidação e dos síndicos a que se referem os anexos A, B e C do Regulamento (CE) N.º 1346/2000; Regulamento (CE) N.º 788/2008 do Conselho, de 24 de julho de 2008, que altera as listas dos processos de insolvência e dos processos de liquidação dos anexos A e B do Regulamento (CE) N.º 1346/2000 relativo aos processos de insolvência e que codifica os anexos A, B e C do referido regulamento. Jornal Oficial da União Europeia. L:213 (08.08.2008); Regulamento de Execução (UE) N.º 210/2010 do Conselho, de 25 de fevereiro de 2010, que altera as listas dos processos de insolvência, dos processos de liquidação e dos síndicos dos anexos A, B e C do Regulamento (CE) N.º 1346/2000 relativo aos processos de insolvência e que codifica os anexos A, B e C do referido regulamento. Jornal Oficial da União Europeia. L:65 (13.3.2010); Regulamento de Execução (EU) N.º 583/2011 do Conselho, de 9 de junho de 2011. Jornal Oficial da União Europeia. L:160 (18.06.2011); Regulamento de Execução (UE) n.º 663/2014 do Conselho, de 5 de junho. Jornal Oficial da União Europeia. L:179 (19.06.2014), para além das alterações introduzidas pelo Acto relativo às condições de adesão de alguns PECO (Jornal Oficial da União Europeia. L:236 (23.09.2003)), em virtude da adesão da Roménia e da Bulgária pelo Regulamento (CE) N.º 1791/2006 do Conselho, de 20 de novembro de 2006, que adapta determinados regulamentos e decisões nos domínios da livre circulação de mercadorias, livre circulação de pessoas, direito das sociedades, política da concorrência, agricultura (incluindo legislação veterinária e fitossanitária), política de transportes, fiscalidade, estatísticas, energia, ambiente, cooperação nos domínios da justiça e dos assuntos internos, união aduaneira, relações externas, política externa e de segurança comum e instituições, em virtude da adesão da Bulgária e da Roménia. (Jornal Oficial da União Europeia. L:363 (20.12.2006)).

²³ COMUNIDADE EUROPEIA - Convenção de Bruxelas de 1968 relativa à Competência Jurisdicional e à Execução de Decisões em matéria civil e comercial. Jornal Oficial das Comunidades Europeias [Em linha]. L:299 (31.12.1972) 186-199.

²⁴ Assim BRITO, Maria Helena – Direito internacional privado sob influência do direito europeu. Lisboa, Âncora Editora: 2017, p. 52.

automático das sentenças.²⁵ Pelo consenso que reuniu,²⁶ esse instrumento possibilitou um progresso considerável na matéria do direito processual civil na Europa, potenciado pelas decisões jurisprudenciais.²⁷ Outra virtualidade apontada a esta Convenção consiste no seu contributo para a empresa da unificação das obrigações contratuais.²⁸ A possibilidade de *forum shopping* que se reconhecia que a Convenção de Bruxelas havia deixado em aberto, só podia ser consideravelmente reduzida mediante a unificação das normas de conflitos. Tal desiderato, ainda que sem recurso a qualquer norma habilitante no Tratado de Roma²⁹ – o que sucedeu igualmente com outras iniciativas³⁰ –, foi alcançado com a celebração da Convenção de Roma.³¹ Os primeiros passos no sentido da uniformização do direito internacional privado em matéria contratual, iniciaram-se na década de 70. Fruto do trabalho desenvolvido entre os Estados-Membros da CEE, vem a ser aprovada a Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais,³² instrumento ao qual se reconhecem méritos substanciais.³³

²⁵ Sem normas de competência uniformizadas, não se afigurava viável a previsão do *exequatur*. Neste sentido RAMOS, Rui Moura - Direito internacional privado e direito comunitário: termos de uma interacção. In Estudos de direito internacional privado e de direito processual civil internacional. Coimbra: Almedina, 2007, Vol. 2, p. 152-154.

²⁶ Entrou em vigor nos seis Estados signatários, em 1 de fevereiro de 1973, e foi adotada sucessivamente por todos os Estados que aderiram à CEE. A adoção do modelo desta Convenção pela Convenção de Lugano de 16 de setembro de 1988 (Jornal Oficial das Comunidades Europeias. L:319 (25.11.1988)), demonstra a importância reconhecida à primeira em matéria de unificação.

²⁷ KERAMEUS, Konstantinus D. - La convention de Bruxelles et l'harmonisation par la jurisprudence en Europe. In Tristan Azzi [et al.], Vers des nouveaux équilibres entre ordres juridiques: liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon. Paris: Dalloz, 2008, p. 335-342.

²⁸ Considerando a celebração da Convenção de Roma como mais um dos índices do êxito alcançado pela Convenção de Bruxelas, RAMOS, Rui Moura - Direito internacional privado e direito comunitário: termos de uma interacção. In Estudos de direito internacional privado e de direito processual civil internacional. Coimbra: Almedina, 2007, Vol. 2, p. 155.

²⁹ Ao invés do que sucedeu com a Convenção de Bruxelas (art.º 220.º do Tratado de Roma).

³⁰ São em número significativo as convenções celebradas no âmbito do DIP que visavam objetivos puramente comunitários e que foram concluídas à margem do seu tratado institutivo, como por exemplo, a Convenção do Luxemburgo, de 15 de dezembro de 1975, relativa ao *brevet* europeu, completada em 1989, e a Convenção de 1987 relativa à supressão da legalização de actos entre os Estados-Membros. (CONVENTION for The European Patent for the Common Market (Community Patent Convention) (76/76/EEC). Official Journal of the European Communities. L:17 (26.01.76) 1-28.)

³¹ Projeto que teve origem no convite dirigido à Comissão pela Representação Permanente da Bélgica junto das Comunidades Europeias e em representação dos Governos da Bélgica, da Holanda e do Luxemburgo, em 8 de setembro de 1967, para desenvolver procedimentos no sentido do alcance da harmonização das regras de conflitos, sob a forma de um projeto de tratado, sob a égide do Tratado Benelux relativo à lei uniforme de direito internacional privado. Para uma perspectiva sob o embrião do que viria a ser a Convenção de Roma, WINTER, L. I. - Nouveaux project de loi uniforme Benelux relative au droit international privé. RCDIP. 57 (1968) 577-613, que sublinhando as dificuldades quanto a esse projecto, não obstante a autoridade do seu autor, Meijers, e considera duvidosa a possibilidade de aprovação de uma legislação uniforme na CEE, tendo em conta as divergências consideráveis existentes.

³² Publicada no Jornal Oficial das Comunidades Europeias. L:266, fasc. 3 (09.10.1980) 36-54.

³³ A importância desta Convenção refletiu-se entre outros fenómenos na grande influência que representou na elaboração da Lei de DIP suíça, que tem disposições muito semelhantes àquela. Para uma análise desta matéria, DUTOIT, Bernard - Le droit international privé ou le respect de l'altérité. Zurich: Schulthess Verlag, 2006, o mesmo não sucedendo com a codificação do direito internacional privado francês, de caráter sobretudo judiciário como a identifica BODÉNÈS-CONSTANTIN, Armelle - La codification du droit international privé français. Paris: Defrénois, 2005, p. 129 e ss.

1.3. ATO ÚNICO EUROPEU E TRATADO DE MAASTRICHT: APROFUNDAMENTO DA APROXIMAÇÃO DE LEGISLAÇÕES

O Ato Único Europeu³⁴ concretiza o objetivo da realização do mercado interno até 1992 e consagra o objetivo da concretização de uma UE,³⁵ que vem a ser consagrado no Tratado de Maastricht.³⁶ Do ponto de vista da regulação em matéria contratual, o Ato Único Europeu vem introduzir um artigo 100.º-A³⁷ no Tratado CEE flexibilizando a adoção de medidas de aproximação das legislações nacionais, “que têm por objeto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno,” as quais passam agora, a ser aprovadas por maioria qualificada. As liberdades comunitárias – mercadorias, pessoas, serviços e capitais –, conhecem nesta fase um importante incremento legislativo.

A via da harmonização concretizada pela adoção de Diretivas, não havia até 1985, suscitado qualquer resistência por parte dos legisladores nacionais, na medida em que o seu âmbito de aplicação não entrava em concorrência com matérias tratadas pelas respectivas legislações e codificações. Este estado de acalmia em matéria de relação entre os ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros e o ordenamento jurídico da UE vem a sofrer agitação após o Livro Branco sobre a realização do mercado interno³⁸ e o Ato Único Europeu. A harmonização é impulsionada, agora com nova norma habilitante, mediante a adoção de um número significativo de Diretivas – integrando algumas delas disposições de direito de conflitos –, em matéria de seguros, de proteção dos consumidores, de propriedade industrial e de destacamento de trabalhadores. Da transposição de algumas diretivas resultam sintomas de dificuldade de articulação entre esses ordenamentos jurídicos. Com norma habilitante no artigo 57.º parágrafos 2 e 66 do Tratado CEE, são adotadas Diretivas destinadas a facilitar a liberdade de prestação de serviços, como é o caso das segundas Diretivas em matéria de seguros de 1988 e

³⁴ Acto Único Europeu (Jornal Oficial das Comunidades Europeias [Em linha]. L:169 (29.06.1987) 1-28.)

³⁵ Sublinhando o carácter não inovador da ideia, já que o Conselho Europeu de Paris de 1972 havia previsto o alcance da União em 1980, tal como refere ZWAAN, J. W. de - The single european act: conclusion of a single document. Common Market Law Review. 23 (1986) 747.

³⁶ De 7 de fevereiro de 1992 (Jornal Oficial das Comunidades Europeias. C:191 (29.07.1992) 1-112.), que entrou em vigor em 1 de novembro de 1993. Este Tratado consagra a criação de uma moeda única e prevê o aprofundamento da democratização, eficácia e solidariedade interna e externa da união política e de superação da política marcadamente económica da Comunidade. Sobre este ponto, ALTAVA NAVALL, Manuel Guillermo - El desarrollo del derecho processal en la Union Europea, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia: los procesos comunitarios. Barcelona: Universitat, 2003, p. 303-334.

³⁷ Em derrogação ao artigo 100.º do Tratado de Roma (TR) que previa a adoção de medidas de aproximação de legislação por unanimidade.

³⁸ Da Comissão. Documento COM (85) 310 final, de 14 de junho de 1985. (COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES – L’achèvement du marché intérieur : livre blanc de la Commission à l’intention do Conseil européen (Milan, 28-29 juin 1985) [Em linha]. Bruxelles : [s.n.]. COM (85) 310 final, le 14 juin 1985.)

1990³⁹ e das “terceiras” Diretivas⁴⁰ que completaram as primeiras e que visavam cobrir riscos exclusivamente nos Estados-Membros, colmatando a falta de previsão da matéria na Convenção de Roma.⁴¹ Com a mesma norma habilitante, uma Proposta alterada de Diretiva relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços,⁴² previa que a aplicação de normas imperativas de proteção ao trabalhador em vigor no Estado-Membro no qual a prestação de trabalho é efetuada, deve ser observada qualquer que seja a lei aplicável à relação de trabalho. A Diretiva 96/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 1996, relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços,⁴³ prevê que os Estados-Membros garantam a aplicação das disposições em vigor no local da prestação de serviços (artigo 3.º).

Outras Diretivas, fundadas no novo artigo 100.º-A, como a Diretiva 93/7/CEE⁴⁴ relativa à restituição de bens culturais que tenham saído ilicitamente do território de um Estado-Membro e a Diretiva 93/13/CEE relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores,⁴⁵ preveem disposições de direito de conflitos.

A primeira continha um critério de atribuição de competência jurisdicional para conhecer de uma ação de restituição instaurada pelo Estado-Membro, do qual o bem tivesse saído ilicitamente, a favor dos tribunais do Estado-Membro no qual o bem visado fosse detetado (artigo 5.º n.º 1), contra o seu possuidor ou detentor. A propriedade do bem cultural após a restituição é regida pela legislação do Estado-Membro requerente. A segunda prevê a proibição de cláusulas abusivas independentemente da lei aplicável ao contrato (artigo 6.º).⁴⁶ Mas a adoção de atos de direito comunitário derivado, incluiu também aqueles que visam a prossecução de um objetivo da Comunidade sem que para tanto exista previsão expressa no Tratado. Ao abrigo do disposto no artigo 235.º

³⁹ Segunda Diretiva “Seguro directo não vida” 88/357/CEE, de 22 de junho de 1988 (JOCE L:172 (04.07.1988)), Segunda Diretiva “Seguro directo de vida” 90/619/CEE, de 8 de novembro de 1990 (JOCE L:330 (29.11.1990)).

⁴⁰ Terceira Diretiva “Seguro não vida” 92/49/CEE, de 18 de junho de 1992 (JOCE L:228 (11.08.1992)), Terceira Diretiva “Seguro vida” 92/96/CEE, de 10.11.1992 (entretanto revogada) (JOCE L:360 (09.12.1992)).

⁴¹ JAYME, Erik; KOHLER, Christian - L’interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des Conventions de Bruxelles et de Rome. RCDIP. 84 (1995) 5.

⁴² Proposta de Diretiva do Conselho, de 16 de dezembro de 1996, relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços, COM/91/230 FINAL (JOCE. C:225 (30.08.1991)).

⁴³ JOCE. L:18 (21.01.1997).

⁴⁴ JOCE. L:74 (27.03.1993).

⁴⁵ JOCE. L:95 (21.04.1993).

⁴⁶ Introduzida na Proposta alterada de Diretiva do Conselho relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados pelos consumidores (92 /C 73 /05), COM (92) 66 final - SYN 285 (Apresentada pela Comissão, em conformidade com o n.º 3 do artigo 149.º do Tratado CEE, em 5 de março de 1992) (JOCE N.º C 73 de 24.03.1992), art.º 7.º; e subsequentemente alterada pelo Conselho (art.º 6.º), de acordo com a posição comum do Conselho de 22 de setembro de 1992, não publicada no JOCE, mas reproduzida em ZIP, 13:2 (1992) 1593.

do Tratado de Roma, foi adotado o Regulamento (CE) n.º 40/94 do Conselho, de 29 de Dezembro de 1993, sobre a marca comunitária.⁴⁷ Este regulamento contém disposições sobre a competência jurisdicional e sobre a lei aplicável (artigo 14.º). Enquanto que os efeitos de uma marca comunitária, são regra geral, regulados exclusivamente por esse regulamento, as violações a uma marca comunitária são reguladas pelo direito nacional que se aplica às violações a uma marca nacional (artigo 14.º). A determinação da lei aplicável, quanto às questões não reguladas pelo regulamento, decorre da competência jurisdicional, uma vez que o regulamento prevê uma referência global para o direito interno do Estado-Membro em cujo território se situa o tribunal competente, determinado, regra geral,⁴⁸ de acordo com a Convenção de Execução,⁴⁹ nele se incluindo o direito internacional privado (artigo 97.º/2). Em matéria de contrafação, a lei aplicável é a do Estado-Membro no qual os atos de contrafação ou de tentativa de contrafação foram praticados (artigo 98.º/2).

Estes exemplos ilustram a dificuldade de conciliação entre disposições de conflitos e de competência jurisdicional relativamente a importantes instrumentos de direito comunitário. Muitas outras Diretivas foram aprovadas em diferentes matérias, que não suscitando dificuldades em relação ao ordenamento jurídico comunitário, comportavam dificuldades derivadas da pré-existência de regimes nacionais que consagravam distintas soluções jurídicas, levando à adoção de soluções casuísticas pelos Estados-Membros, quer adotando legislação avulsa, quer integrando o teor das Diretivas em codificação vigente. Estes fluxos e influxos legislativos provocaram, para além da criação de novos regimes jurídicos na legislação interna dos Estados, em paralelo com os vigentes, de origem interna, nem sempre convergentes em matéria de estatuição jurídica, um quadro de diminuição da coerência interna desses ordenamentos jurídicos,⁵⁰ criando o risco de se consolidar um efeito oposto ao pretendido, a desintegração.⁵¹

⁴⁷ JOCE. L:11 (14.01.1994).

⁴⁸ Derrogada pelo disposto nos artigos 91.º e 92.º.

⁴⁹ Que, nos termos do disposto no artigo 90.º do Regulamento, é a Convenção de Bruxelas de 1968 relativa à *competência judiciária* e à execução de decisões em matéria civil e comercial (Convenção de Bruxelas).

⁵⁰ KÖHLER, Christian - Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam. *RCDIP*. 88 (1999) p. 4-14. Sublinhando o efeito indesejável da margem de manobra deixada aos Estados no processo de transposição de diretivas, dado que faz surgir uma diversidade de regras de conflitos nacionais (variáveis de acordo com o critério de cada Estado) contrária ao objetivo prosseguido, como refere GAUDEMET-TALLON, Hélène - Le droit international privé des contrats dans un ensemble régional: l'exemple du droit communautaire. In Talia Einhorn; Kurt Siehr (Ed.), *Intercontinental cooperation through private international law: essays in memory of Peter E. Nygh*. Den Haag: T.M.C. Asser Press: 2004, p. 127-130.

⁵¹ Neste sentido, WILHELMSSON, Thomas - Private law in the EU: harmonised or fragmented europeanisation? *ERPL*. 10 : 1 (2002) 79, refere-se ao efeito *Jack-in-the-box* da desintegração legal; MONTEIRO, Jorge Sinde - *A europeização do direito privado e o desafio de um código civil europeu*; separata da obra ciclo de conferências em homenagem póstuma ao Prof. Doutor Manuel de Andrade.

A esta realidade acresceu a desarticulação entre as próprias iniciativas de fonte comunitária, que não obedeciam a um modelo comum,⁵² na compatibilização de regimes previstos em Diretivas⁵³ e Regulamentos⁵⁴ e Convenções consideradas fontes de direito comunitário complementar.⁵⁵ Este ambiente gerou um misto de desconfiança e perplexidade sobre as iniciativas de harmonização⁵⁶ encetadas nesta vertente supranacional⁵⁷ que quase correspondiam, na prática, a vários direitos comunitários. Este sacrifício imposto pela harmonização, num primeiro momento e atentos os circunstancialismos, pressupunha que a mesma não se traduzia numa implementação

Coimbra: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2002, p. 52, refere que o método pontual casuístico que vem sendo seguido para a uniformização europeia, ao sabor de pressões políticas, gera efeitos desintegradores da ordem jurídica.

⁵² Considerando a existência de falta de um modelo comum das diretivas quer quanto à formulação, quer quanto à técnica que tornam por vezes difícil a sua compreensão, RAMOS, Rui Moura - *La transposition des directives communautaires*. In Estudos de direito internacional privado e de direito processual civil internacional. Coimbra: Almedina, 2007, p. Vol. 2, p. 239-240. JAYME, Erik - *Kulturelle identität und internationale privatrechts*. Uhr: C.F. Müller Verlag, 2003, p. 12-14, considera que através do direito comunitário derivado, cada Estado desenvolveu a sua própria legislação europeia e que a preservação da igualdade, respeitando as diferenças consiste na missão permanente do direito internacional privado.

⁵³ Resultante da desarticulação entre o direito derivado e o direito complementar, designadamente quanto às diferenças de regime entre o artigo 5.º da Convenção de Roma e o regime de proteção aos consumidores consagrado em diferentes Diretivas, como era o caso da Diretiva 93/13/CEE e a Convenção de Roma (artigo 5.º). Para uma análise do âmbito de aplicação da Diretiva e do Regulamento e das respetivas discrepâncias de regime, JAYME, Erik; KOHLER, Christian - *L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté Européenne et des Conventions de Bruxelles et de Rome*. *RCDIP*. 84 : 1 (1995) 19-27. Quanto a dificuldades suscitadas na transposição de Diretivas para o ordenamento jurídico português, considerando que alguns problemas levaram à transposição incompleta ou incorreta de diretivas, RAMOS, Rui Moura - *La transposition des directives communautaires*. In Estudos de direito internacional privado e de direito processual civil internacional. Coimbra: Almedina, 2007, p. 239.

⁵⁴ Regulamento (CE) n.º 40/94 do Conselho, de 20 de dezembro de 1993, sobre a marca comunitária – (*JOCE*, L:11 (14.01.1994)) e a Convenção de Bruxelas. Nestes dois instrumentos, se bem que a Convenção deva prevalecer sobre o regulamento, são previstos critérios distintos quanto à competência jurisdicional, que derogam os critérios da Convenção, relativamente a contrafação e validade. No entanto e como salientam JAYME, Erik; KOHLER, Christian - *L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté Européenne et des Conventions de Bruxelles et de Rome*. *RCDIP*. 84 : 1 (1995) 9, essa derrogação tem em vista assegurar a competência jurisdicional dos Estados-Membros, nas situações em que o réu não tenha nem domicílio, nem estabelecimento no território de um deles; nesta hipótese são competentes os tribunais do Estado-Membro no qual o autor tem o seu domicílio ou, na sua falta, o seu estabelecimento. Caso estes não se localizem no território de um Estado-membro, são competentes os tribunais da sede do Instituto de Harmonização no Mercado Interno.

⁵⁵ Como é o caso, entre outros, da Convenção de Roma. Apesar de se tratar de uma convenção internacional clássica, celebrada entre Estados soberanos. Neste sentido, GAUDEMET-TALLON, Hélène - *Le droit international privé des contrats dans un ensemble régional: l'exemple du droit communautaire*. In Talia Einhorn; Siehr, Kurt (Ed.), *Intercontinental cooperation through private international law: essays in memory of Peter E. Nygh*. Den Haag: T.M.C. Asser Press: 2004, p. 123-124; STRUYCKEN, Teun - *Private law contracts to which the European Community is party*. In Talia Einhorn; Kurt Siehr (Eds.), *Intercontinental cooperation through private international law essays in memory of Peter E. Nygh*. Uhr: T.M.C. Asser Press, 2004, p. 394.

⁵⁶ Que tem por objeto “a redução das diferenças que os separam quanto a certas matérias, tendo em vista assegurar um certo grau de equivalência funcional entre as soluções neles consagradas, mas sem que seja inteiramente suprimida a diversidade das respectivas regras”, como salienta VICENTE, Dário Moura - *Perspectivas de harmonização e unificação internacional do direito privado numa época de globalização da economia*. In António Menezes Cordeiro [et al.], *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*. Coimbra: Almedina, 2008, Vol. 2, p. 1655.

⁵⁷ Considerando que através do direito comunitário derivado, cada Estado desenvolveu a sua própria legislação europeia, JAYME, Erik - *Kulturelle identität und internationale privatrecht*. Uhr: C.F. Müller Verlag, 2003, p. 12-13.

efetiva e visível da integração europeia, quer no plano material, quer no plano formal.⁵⁸ A fragmentação jurídica que provocou teria efeitos menos positivos do que negativos,⁵⁹ suscitando a necessidade de revisão de alguns atos,⁶⁰ mas mantendo-se, todavia, em aberto a possibilidade de adoção de atos pelo Conselho, embora numa perspectiva limitada.⁶¹

A instituição da UE pelo Tratado de Maastricht,⁶² fundando-se nas Comunidades e alterando a designação da CEE para CE,⁶³ introduziu elementos vocacionados para a integração política (cidadania, política externa comum e assuntos internos) e para a união económica e monetária, numa perspetiva de um futuro aprofundamento da integração, réplica de um dos três A's do tríptico da Conferência Cimeira da Haia.⁶⁴ Deste tratado decorreu a necessidade de ajustamentos aos textos constitucionais de alguns países.⁶⁵ Em matéria de direito internacional privado, a instituição de um terceiro

⁵⁸ BASEDOW, Jürgen - Vers un code européen des contrats. In Rui Moura Ramos *et al.* (Org.), Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço. Coimbra: Almedina, 2002. Vol. 1, p. 673 e ss.

⁵⁹ Sendo alguns autores bastante pessimistas relativamente a este tema, quando se reportam à Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores (publicada no JOCE n.º 95/29 de 21.04.93) e a sua relação com o regime previsto na Convenção de Roma, considerando-o como um exemplo de heterogeneidade nefasta, VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de - Un droit international privé européen? In Le droit privé européen européen: actes du colloque organisé à Reims les 30 janvier et 1^{er} février 1997. Paris: Economica, 1998, p. 145-146. Realçando as diferenças de regime previstas na mesma Diretiva e o regime da Convenção de Roma, JAYME, Erik; KOHLER, Christian - L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des Conventions de Bruxelles et de Rome. RCDIP. 84 : 1 (1995) 19-26.

⁶⁰ A necessidade de revisão, especialmente em relação a contratos concluídos com consumidores, era também salientada por VICENTE, Dário Moura - Direito internacional privado: ensaios. Coimbra: Almedina, 2005. Vol. 2, p. 187-202.

⁶¹ Esta limitação decorria do disposto no artigo 235.º do TR, que previa o procedimento a seguir por forma a permitir que o Conselho adotasse medidas que não se encontrassem previstas no Tratado e que fossem consideradas necessárias no curso do funcionamento do mercado interno, a um dos objetivos da Comunidade.

⁶² De 7 de fevereiro de 1992, publicado no JOCE. C:191 (29.07.1992), e que em conformidade com o disposto no seu artigo R, entrou em vigor em 1 de novembro de 1993.

⁶³ Nos termos do disposto no artigo G do Tratado em referência.

⁶⁴ Na qual se decidiu pelo acabamento de algumas políticas, pelo aprofundamento de outras e ainda pelo alargamento a novos Estados.

⁶⁵ Em termos nacionais, a discrepância existente entre normas constitucionais e alguns dos princípios do Tratado, conduziu à necessidade de uma revisão constitucional efetuada em 1989, que como explica RAMOS, Rui Moura - Constituição Europeia e Constituição da República Portuguesa. In Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha. Coimbra: Almedina, 2010, Vol. 1, p. 1237-1238, “no sistema até agora vigente, foi efetivamente possível a adaptação progressiva do sistema jurídico português ao direito comunitário, permitindo o desenvolvimento de um processo de construção europeia e levando a uma identificação crescente, decidida e *raisonnée* do ordenamento português com os princípios gerais de direito comunitário”, e que a revisão constitucional de 1989 “abria o nosso sistema ao diálogo com o sistema comunitário” e a introdução de um novo n.º 3 no artigo 8.º, visou garantir “a aplicabilidade directa na ordem jurídica interna portuguesa de algumas disposições de direito comunitário”. Para um aprofundamento dos termos em que a incompatibilidade se manifestava, RAMOS, Rui Moura - Da Comunidade Internacional e do seu direito. In Estudos de direito internacional público e relações internacionais. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 279 e ss.

pilar incluindo a cooperação judiciária em matéria civil (Artigo k1 n.º 6), vai impulsionar a negociação de outras convenções.⁶⁶

1.4. TRATADO DE AMSTERDÃO. CONSAGRAÇÃO DE COMPETÊNCIA COMUNITÁRIA EM MATÉRIA DE DIP.

O Tratado de Amesterdão⁶⁷ marcou decisivamente a alteração do quadro jurídico que regula a matéria da contratação internacional no espaço da UE, introduzindo um enquadramento legislativo inovador em matéria de competências no âmbito do direito internacional privado. Como efeito da comunitarização parcial do terceiro pilar, verificou-se a transferência de competências para a CE, consagradas no artigo K1 do Tratado sobre a UE, que inclui a cooperação judicial em matéria civil. Tal vicissitude permitiu a introdução de um novo título no Tratado que institui a CE. Nesse novo título (IV) intitulado “Vistos, Asilo, Imigração e Outras Políticas Relativas à Livre Circulação de Pessoas”, são elencadas as novas competências, que visam a implementação progressiva de um espaço de liberdade, de segurança e de justiça. A introdução do artigo 73.º-M (que passaria a ser o artigo 65.º do TCE), consagra uma competência específica em matéria de direito internacional privado.⁶⁸ De acordo com o disposto no artigo 61.º, alínea c) do TCE, o Conselho passa a poder adotar medidas no domínio da cooperação judiciária em matéria civil,⁶⁹ previstas no artigo 65.º do mesmo tratado. A adoção de medidas neste domínio, na medida do necessário ao bom funcionamento do mercado interno, tem por objetivo nos termos do disposto no artigo 65.º, designadamente,⁷⁰ a promoção da compatibilidade das normas aplicáveis nos Estados-

⁶⁶ Como é exemplo a Convenção relativa à citação e notificação dos atos judiciais e extrajudiciais em matérias civil e comercial nos Estados-Membros da UE, adotada pelo Conselho, em 26 de maio de 1997. Apesar de o Conselho ter recomendado a sua adoção pelos Estados-Membros, esta convenção não obteve o número necessário de ratificações, o que não permitiu a sua entrada em vigor, vindo a matéria a ser regulada posteriormente pelo Regulamento (CE) nº 1348/2000 do Conselho, de 29 de maio de 2000, relativo à citação e à notificação dos atos judiciais e extrajudiciais em matérias civil e comercial nos Estados-Membros (JOCE, L:160 (30.06.2000)), corrigido pela Retificação do Regulamento (CE) n.º 1348/2000 do Conselho, de 29 de maio de 2000, relativo à citação e à notificação dos atos judiciais e extrajudiciais em matérias civil e comercial nos Estados-Membros (JOCE, L:46 (18.02.2014)).

⁶⁷ Publicado no JO C 340 de 10 de novembro de 1997 e que entrou em vigor em 1 de maio de 1999.

⁶⁸ RAMOS, Rui Moura - Direito Internacional privado e direito comunitário: termos de uma interação. In Estudos de direito internacional privado e de direito processual civil internacional. Coimbra: Almedina, 2007, Vol. 2, p. 152.

⁶⁹ KÖHLER, Christian - Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam. RCDIP. 88 (1999) 16, considera que a consequência da comunitarização da cooperação judiciária em matéria civil é a da transformação de um domínio de cooperação horizontal de União, numa competência sectorial da Comunidade Europeia. Tal inovação podia ter implicado uma restrição ao exercício dessa competência, para além do exercício exclusivo no domínio da livre circulação de pessoas, nas situações com incidência transfronteiriça e na medida do necessário ao bom funcionamento do mercado.

⁷⁰ “a) Melhorar e simplificar: - o reconhecimento e a execução de decisões em matéria civil e comercial incluindo as decisões extrajudiciais e o sistema de citação e de notificação transfronteiriça dos atos judiciais e extrajudiciais e a cooperação em matéria de obtenção de meios de prova”.

Membros em matéria de conflitos de leis e de jurisdição.⁷¹ O aspeto inovador encontra-se na consagração de uma competência específica em matéria de conflitos de leis, ainda que na dependência da medida do necessário ao bom funcionamento do mercado interno.⁷² Tal pressuposto encontra-se já consagrado desde a versão original do tratado institutivo quanto ao direito derivado. A consagração desta competência específica foi objeto de reações diversas. Foi questionada a legitimidade da comunidade para consagrar essa competência legislativa⁷³ e o seu exercício, na perspetiva da justificação da necessidade de adoção de medidas nesse domínio tendo em conta a sua necessidade para o bom funcionamento do mercado interno,⁷⁴ considerando os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.⁷⁵ Para além de essa previsão não ser estritamente necessária, disse-se que “a atuação da comunidade nesses moldes, retira centralidade e autonomia ao desenvolvimento de uma conceção própria de direito

⁷¹ Encontra-se expressamente prevista a competência quanto à eliminação de “obstáculos à boa tramitação das ações cíveis,” devendo promover-se, se necessário, “a compatibilidade das normas de processo civil aplicáveis nos Estados-Membros.” Em face da expressa previsão de competências a favor da comunidade e apesar da manutenção do artigo 293.º (ex-artigo 220.º TR), sem o quarto parágrafo – no qual se previa “a simplificação das formalidades a que se encontram subordinados o reconhecimento e a execução recíprocos tanto das decisões judiciais como das decisões arbitrais”, e apesar de não ficar excluído o recurso a essa via de cooperação intergovernamental, sempre se pode concluir que o seu conteúdo ficou esvaziado. Neste sentido, implicitamente, KÖHLER, Christian - *Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam*. RCDIP. 88 (1999) 24 e ss.

⁷² Foi frequente a introdução de normas de conflitos de leis em atos de direito derivado, fundando-se a sua adoção na competência para adoção da medida sectorial na qual se enquadravam.

⁷³ No sentido de se tratar de uma iniciativa de última hora da presidência holandesa, PARTSCH, P. E. - Le droit international privé européen de Rome a Nice. Louvain-la-Neuve: Larcier, 2003, p. 296. Para além desse facto, acresce que a previsão desta competência não terá sido objeto de negociação com os Estados-Membros. Nesse sentido, AUDIT, Bernard; D'AVOUT, Louis - *Droit international privé*. 8ª ed. Paris: L.G.D.J., 2018, p. 60. Para uma perspetiva das críticas à consagração desta competência, LEQUETTE, Yves - *De Bruxelles à la Haye (Acte II): réflexions critiques sur la compétence communautaire en matière de droit international privé*. In Tristan Azzi [et al.], Vers des nouveaux équilibres entre ordres juridiques: liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon. Paris: Dalloz, 2008, p. 503-544, e GAUDEMET-TALLON, Hélène - *De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'Union Européenne*. In Estudos de homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço. Coimbra: Almedina, 2002, Vol 1, p. 159-164.

⁷⁴ Salientando que as dúvidas quanto ao preenchimento do requisito da sua necessidade para o bom funcionamento do mercado interno, eram também institucionais, quanto ao Regulamento Bruxelas II, e quanto à proposta de Regulamento Roma II, TENREIRO, Mário - *O espaço europeu de justiça civil*. In Luís de Lima Pinheiro (Org.), Seminário Internacional sobre a comunitarização do direito internacional privado: direito de conflitos, competência internacional e reconhecimento de decisões estrangeiras. Coimbra: Almedina, 2005, p. 40.

⁷⁵ PINHEIRO, Luís de Lima - *Federalismo e direito internacional privado: algumas reflexões sobre a comunitarização do direito internacional privado*. In Estudos de direito internacional privado: direito de conflitos, competência internacional e reconhecimento de decisões estrangeiras. Coimbra: Almedina, 2006, p. 331-341; PINHEIRO, Luís de Lima - *Circulação de decisões judiciais e integração supranacional e internacional*. In Estudos de direito internacional privado: direito de conflitos, competência internacional e reconhecimento de decisões estrangeiras. Coimbra: Almedina, 2006, p. 400, sustenta que “a uniformização do Direito Internacional Privado não é necessária para o estabelecimento de um mercado único.” Nesta medida a elaboração de legislação de direito de conflitos não devia ser unificada e o seu quadro legal devia continuar a ser organizado no âmbito da celebração de convenções internacionais, atendendo ao facto de que a unificação do direito dos conflitos não é indispensável à concretização do mercado interno, RAMOS, Rui Moura - *Direito internacional privado e direito comunitário: termos de uma interacção*. In Nos 20 anos do código das sociedades comerciais: homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, Vol. 3, 1067, realça a possibilidade de ser promovida “a compatibilidade entre legislações estaduais na matéria dos conflitos de leis e de jurisdições numa perspectiva (minimalista) de resolução de conflitos de sistemas, sem, contudo, implicar o desenvolvimento de uma competência comunitária horizontal no plano do direito internacional privado.”

internacional privado comunitário na medida em que a ação comunitária apenas parece poder exercer-se na medida do necessário ao bom funcionamento do mercado interno, devendo inserir-se na realização da livre circulação de pessoas.⁷⁶ A ponderação da necessidade de harmonização deve fazer-se em virtude da existência de falhas de mercado,⁷⁷ criando-se apenas um direito internacional privado comunitário, aplicável aos conflitos intracomunitários.⁷⁸ A previsão desta competência legislativa, mais do que tratar-se de um ato de condescendência do Conselho⁷⁹ funda-se numa opção política,⁸⁰ cujos contornos se foram desenvolvendo em face das circunstâncias.⁸¹ A incerteza quanto a esta nova competência era não só objeto de críticas, como ainda vista com muito ceticismo e sem qualquer justificação,⁸² não deixando, todavia, de contar com algum apoio.⁸³ Pela nossa parte, entendemos que a previsão da competência

⁷⁶ RAMOS, Rui Moura - Direito internacional privado e direito comunitário: termos de uma interação. In *Nos 20 anos do código das sociedades comerciais: homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, Vol. 3, p. 1066.

⁷⁷ Considerando a necessidade de harmonização apenas em face da existência de falhas de mercado, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco - Harmonisation, State of origin or State of destination: an outline of the EU legislator's dilemma from an economic standpoint. In Mathias Audit [et al.], *Conflits de lois et regulation économique*. Paris: LGDJ, 2008, p. 253-260, propõe uma análise da conveniência da diversidade de disposições nacionais ou da harmonização das regras de conflitos de leis ou do direito material, partindo do pressuposto que a lei deve ser entendida como um produto e que a opção por qualquer das soluções que enquadra no conceito de harmonização, mas que se reconduzem a unificação e a harmonização, deve ser decidida em função da verificação de falhas de mercado (informação assimétrica). Se não existirem falhas de mercado, as partes escolhem ou colocam-se sob a alçada da lei que lhes proporcione a maximização dos seus benefícios e quando existem falhas de mercado a harmonização permite, através da aplicação das regras de conflitos de leis, afastar o efeito provocado pela sua existência.

⁷⁸ No sentido da criação de um direito internacional privado comunitário, mantendo-se o direito internacional privado comum e o direito internacional privado convencional e mostrando-se favorável à consagração da competência comunitária, PATAUT, Étienne - De Bruxelles à la Haye. In *Melanges en honneur de Paul Lagarde: le droit international privé: esprit et methods*. Paris: Dalloz, 2005, p. 668. Neste último sentido também TENREIRO, Mário - La construction de l'espace de justice en matière civile et commerciale. In Leo Netten; Jean Paul Spinelli (Eds.), *La mondialisation du droit dans un nouvel espace de justice universelle*. Paris: Éditions Juridiques et Techniques, 2004, pp. 81-98.

⁷⁹ Que na perspetiva de TENREIRO, Mário - O espaço europeu de justiça civil. In Luís de Lima Pinheiro (Org.), *Seminário Internacional sobre a comunitarização do direito internacional privado: direito de conflitos, competência internacional e reconhecimento de decisões estrangeiras*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 40, terá sido aceite, devido à aceitação pelo Conselho de uma interpretação bastante lata da expressão necessidade para o bom funcionamento do mercado interno.

⁸⁰ No sentido de que a legitimidade da Comunidade dificilmente pode ser posta em causa e que a atividade da mesma consiste numa questão de opção política, BASEDOW, Jürgen - EC Conflict of laws: a matter of coordination. In Luís de Lima Pinheiro (Ed.), *Seminário Internacional sobre a comunitarização do direito internacional privado: direito de conflitos, competência internacional e reconhecimento de decisões estrangeiras*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 18.

⁸¹ Na perspetiva do conteúdo incerto do requisito da necessidade para o bom funcionamento do mercado interno, TENREIRO, Mário - O espaço europeu de justiça civil. In Luís de Lima Pinheiro (Org.), *Seminário Internacional sobre a comunitarização do direito internacional privado: direito de conflitos, competência internacional e reconhecimento de decisões estrangeiras*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 40. Sobre a matéria entende o autor que "O requisito "da necessidade para o bom funcionamento do mercado interno" levantou dúvidas, em 2000, sobre a existência de base jurídica para a adoção do Regulamento Bruxelas II em matéria familiar. As dúvidas ressurgiram a propósito da proposta de Regulamento "Roma II" e que a manter-se essa dúvida também o regulamento "Roma I" deveria deixar de fora do seu âmbito de aplicação as ligações que não teriam ligações suficientes com o mercado único."

⁸² Neste sentido, AUDIT, Bernard - Le droit international privé en quête d'universalité. *RCADI*. 305 (2003) 95, entende que "l'absence de justification des dispositions mêmes comme de leur contenu justifie les reproches d'arbitraire et de dérive bureaucratique souvent adressés aux institutions communautaires, ainsi que les observations négatives, plus feutrées, des spécialistes."

⁸³ A propósito do Regulamento Roma I, no sentido de que a unificação das normas de conflitos apresenta dois vetores favoráveis, por um lado a aplicação de uma lei a um mesmo caso, independentemente da

comunitária nesta matéria, é apta a potenciar a unificação, resultando a mesma em benefícios para o funcionamento do mercado.

1.5. CONCRETIZAÇÃO DO ÂMBITO DA COMPETÊNCIA COMUNITÁRIA CONSAGRADA: A PROPOSTA DE REGULAMENTO SOBRE A LEI APLICÁVEL ÀS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS

As alterações introduzidas pelo Tratado de Amesterdão⁸⁴ trouxeram a unificação do direito internacional privado para a ordem do dia da agenda política europeia.⁸⁵ O lapso temporal decorrido entre a elaboração da Convenção de Roma e a sua entrada em vigor, a evolução verificada ao nível do comércio internacional, a necessidade de reforçar o funcionamento do mercado interno, justificaram que se comesse a pensar na sua revisão.⁸⁶ Logo em 2003, a Comissão apresentou uma iniciativa designada “Livro Verde relativo à transformação da Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais num instrumento comunitário e sua modernização [COM (2002) 654 final]⁸⁷ (Livro Verde).

A adoção de um normativo comunitário, diretamente aplicável em todo o ordenamento jurídico comunitário, afastando grande parte das dificuldades linguísticas, limitando a

competência do tribunal, contribui para a proteção transfronteiriça da continuidade dos direitos subjectivos e desse modo para a diminuição dos custos das transações no mercado internacional; por outro, assegura a harmonia de julgados, que é essencial para o bom funcionamento do mercado interno, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. - Hermeneutic dialog between Rome I and Rome II. In HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau - A commitment to private international law: essays in honour of Hans Van Loon, Cambridge: Intersentia: 2013, p. 169-170. Tal posição parece poder ser reconduzida à defesa da previsão contida nos 1.º e 4.º parágrafos do artigo 220.º do TR e à discussão sobre saber se a Convenção de Roma é considerada uma Convenção comunitária.

⁸⁴ Que altera o Tratado da UE, os Tratados que instituem as comunidades europeias e alguns atos relativos a esses Tratados (JO C 340 de 10.11.97), em vigor desde 1 de maio de 1999.

⁸⁵ Em 22.7.2003, a Comissão apresentou a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a lei aplicável às obrigações extracontratuais (ROMA II), COM (2003) 427 final.

⁸⁶ Em 1998, a Comunidade Europeia adotou o Plano de Viena (Plano de Ação do Conselho e da Comissão sobre a melhor forma de aplicar as disposições do Tratado de Amesterdão relativas à criação de um espaço de liberdade, de segurança e de justiça - Texto aprovado pelo Conselho de Justiça e Assuntos Internos de 3 de dezembro de 1998 (JOCE. C:19, de 23.01.1999), considerando que “a harmonização das normas de conflitos de leis” era “essencial para a realização do objetivo do reconhecimento mútuo das decisões judiciais no espaço comunitário.” O Conselho Europeu, reunido em Tampere, em 15 e 16 de outubro de 1999, concluiu que “um maior reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e a necessária aproximação da legislação facilitariam a cooperação entre as autoridades e a protecção judicial dos direitos individuais”, tendo solicitado à Comissão e ao Conselho a adoção de um programa legislativo que permitisse alcançar o princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais. Em 30 de novembro de 2000, a Comissão e o Conselho adotaram o Projecto de programa de medidas destinadas a aplicar o princípio do reconhecimento mútuo das decisões em matéria civil e comercial (JOCE. C:12 (15.01.2001)), o qual expressamente refere que “a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo poderá ser facilitada pela harmonização das regras de conflitos de leis.” Em 22 de dezembro de 2000, o Conselho aprovou o Regulamento (CE) n.º 44/2001 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (JOCE. L:12 (16.01.2001), que veio comunitarizar a Convenção de Bruxelas. Estava assim aberto o caminho para a concretização de trabalhos preparatórios relativos à comunitarização da Convenção de Roma.

⁸⁷ De 14.01.2003.

possibilidade de interpretações divergentes nelas fundadas⁸⁸ e renovando a Convenção de Roma⁸⁹ foi encarada com otimismo. A perspetiva de um alargamento histórico, deixado em aberto desde a queda do muro de Berlim,⁹⁰ conferia ainda mais impacto à iniciativa, que se esperava pudesse contribuir, em larga medida, para o desejado aumento de competitividade da economia europeia.

Na sequência do Programa da Haia,⁹¹ a Comissão Europeia apresentou, em 2005, a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I).⁹²

A apresentação desta proposta vai suscitar críticas, circunscritas na sua maioria ao território francês, à consagração da competência comunitária, carecida de qualquer delimitação concreta. É assim que uma reação inédita por parte de elementos da comunidade académica francesa⁹³ chama a atenção para o assunto.⁹⁴ Duas objeções foram apontadas à proposta, centradas no âmbito das competências da CE em matéria de conflitos de leis.⁹⁵ A primeira objeção fundava-se na inexistência de competência para propor atos de direito derivado visando a unificação em matéria de conflitos de leis, não tendo, em consequência, a Comissão, legitimidade para apresentar tal proposta, mas apenas para propor medidas de compatibilização [artigo 65, al. c)].

A segunda objeção fundava-se na limitação das competências de compatibilização pela Comunidade ao espaço comunitário, resultando o âmbito de aplicação universal previsto para o ato proposto, num exorbitar dessas competências, sem se justificar como e porquê as necessidades do mercado interno implicam uma unificação das regras de

⁸⁸ Dada a sua tradução para as línguas oficiais da UE.

⁸⁹ À data da apresentação do Livro Verde, não estava ainda determinado o ato a adotar.

⁹⁰ Relativamente aos Países da Europa Central e Oriental que desde então acorreram em massa à UE solicitando a sua adesão.

⁹¹ Em que o Conselho apela à prossecução dos trabalhos respeitantes à transformação da Convenção de Roma em Regulamento sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, "ROMA I", cuja Proposta se encontra prevista no plano de ação do Conselho e da Comissão para a aplicação deste programa em 2005 (Ponto 4.3.c) das conclusões da Presidência de 5.11.2004) (JOUE. C:53 (03.03.2005)).

⁹² Documento COM (2005) 650 final, apresentado em 15.12.2005.

⁹³ A reação foi desencadeada por um grupo de professores de Direito Internacional Privado e de Direito Comunitário franceses, através da publicação numa revista jurídica generalista, de um manifesto dirigido ao Presidente da República francesa, redigido por Vicent Heuzé e intitulado "L'Union Européenne, la démocratie et l'État de droit: lettre ouverte au président de la République" em que denunciavam o que consideravam ser um abuso de poder por parte da Comissão Europeia. Este manifesto foi publicado no JCP. 586 (2006), 2313. Outro manifesto designado por LAGARDE, Paul - L'Union Européenne, la démocratie et l'État de droit: lettre ouverte au Président de la République. JCP. 18 (2007) 13, foi subscrito por outro grupo de professores.

⁹⁴ Sem quaisquer consequências práticas, e na ausência de qualquer proposta que fosse considerada globalmente mais eficiente.

⁹⁵ No sentido de que as dúvidas terão também surgido no espírito do legislador comunitário no curso do processo legislativo de algumas diplomas comunitários e também do Regulamento Roma I, TENREIRO, Mário - O espaço europeu de justiça civil. In Luís de Lima Pinheiro (Org.), Seminário internacional sobre a comunitarização do direito internacional privado: direito de conflitos, competência internacional e reconhecimento de decisões estrangeiras. Coimbra: Almedina, 2005, p. 40.

conflitos de leis, tanto nas relações contratuais comunitárias, quanto nas relações contratuais extracomunitárias.⁹⁶

A primeira questão não foi expressamente esclarecida no horizonte temporal de aprovação do regulamento, acabando por sê-lo de modo implícito. A previsão de uma competência de modo vago, determinou um processo de delimitação quanto ao seu exercício pela CE. Este processo, saía reforçado com a apresentação de propostas na quase totalidade dos casos sem qualquer oposição,⁹⁷ e subsequente aprovação⁹⁸, tornando o surgimento de qualquer contrariedade, como a reação à Proposta de Regulamento *sub iudice*, bastante improvável e cada vez menos sustentável. A assunção desta competência, na sequência da sua consagração no Tratado de Amsterdão, contou com a aceitação externa da invocação da sua existência, vindo a sua extensão e limites a ser estabelecidos em virtude das vicissitudes que se sucederam, pois ao tempo da sua consagração nem os representantes dos Estados-Membros tinham uma noção exata do seu âmbito.⁹⁹

A adesão à Conferência da Haia de Direito Internacional Privado,¹⁰⁰ instituição que pode ser sinalizada como a entidade mais relevante ao nível da unificação internacional das regras de direito internacional privado,¹⁰¹ marca definitivamente o processo de

⁹⁶ LAGARDE, Paul; TENENBAUN, Aline - De la convention de Rome au règlement Rome I. RCDIP. 97 (2008) 729.

⁹⁷ Com exceção da Proposta de Regulamento que alterava o Regulamento Bruxelas II bis.

⁹⁸ O Regulamento (CE) n.º 1346/2000 do Conselho, de 29 de maio de 2000, relativo aos processos de insolvência, o Regulamento (CE) n.º 1348/2000 do Conselho, de 29 de maio de 2000, relativo à citação e à notificação dos actos judiciais e extrajudiciais em matérias civil e comercial nos Estados-Membros, o Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, o Regulamento (CE) n.º 1206/2001 do Conselho, de 28 de maio de 2001 (JOCE. L:174 (27.06.2001)), relativo à cooperação entre os tribunais dos Estados-Membros no domínio da obtenção de provas em matéria civil ou comercial, a Diretiva 2002/8/CE [2003/8/CE] do Conselho, de 27 de janeiro de 2003, relativa à melhoria do acesso à justiça nos processos transfronteiras, através do estabelecimento de regras mínimas comuns relativas ao apoio judiciário no âmbito dos referidos processos (JOCE. L:26 (31.01.2003)); o Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental, que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000 do Conselho, de 29 de Maio de 2000, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e de regulação do poder paternal em relação a filhos comuns do casal (JOUE. L:338 (23.12.2003)); e o Regulamento (CE) n.º 805/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril de 2004, que cria o título executivo europeu para créditos não contestados (JOUE. L:143 (30.04.2004)).

⁹⁹ WAGNER, Rolf - Principles of consensus and European Union legislative competence in relation to judicial cooperation in civil matters. In HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau - A commitment to private international law: essays in honour of Hans Van Loon. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 644.

¹⁰⁰ Sobre o papel desta organização intergovernamental na codificação do direito internacional privado RAMOS, Rui Moura - A Conferência da Haia de direito internacional privado: a participação de Portugal e o papel da organização na codificação internacional do direito internacional privado. In Das Relações Privadas Internacionais: estudos de direito internacional privado. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 251-275; RAMOS, Rui Moura - The impact of the Hague Conventions in portuguese private international law. In Das Relações Privadas Internacionais: estudos de direito internacional privado. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 277-294.

¹⁰¹ Que corresponde ao objetivo dessa entidade, previsto no artigo 1.º dos estatutos.

delimitação do âmbito das competências de unificação do direito internacional privado consagradas no Tratado de Amesterdão a dois níveis. Primeiro quanto à sua extensão, incluindo-se para além da compatibilização, as medidas tendentes à unificação. Segundo quanto à sua irreversibilidade.

Na sequência da reafirmação da competência externa da comunidade pelo Tribunal de Justiça, numa réplica menos formal da jurisprudência AETR,¹⁰² foi esta entidade de Parecer¹⁰³ datado de 7 de fevereiro de 2006, que a Comunidade tinha competências externas exclusivas para celebrar a nova Convenção de Lugano,¹⁰⁴ assumindo assim a posição de parte contratante.¹⁰⁵

Após alteração dos Estatutos da Conferência da Haia¹⁰⁶ tornou-se possível a adesão de organizações regionais de integração económica, estabelecendo-se os requisitos a observar para esse efeito. A CE decidiu tornar-se membro dessa entidade em outubro de 2006.¹⁰⁷ Em termos formais, a CE estava obrigada, nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 2.º-A do estatuto da Conferência da Haia, a apresentar uma declaração de competência no âmbito dessa entidade, tendo assim adotado a “Declaração de competência da Comunidade Europeia especificando as matérias relativamente às

¹⁰² TJ 31.03.71, caso Comissão das Comunidades Europeias contra Conselho das Comunidades Europeias, proc. n.º 22/70 [CJ (1971) 72], no Processo que opõe a Comissão ao Conselho, quanto à sugestão deste último relativamente a uma concertação de posições por parte dos Estados-Membros para se tornarem membros do Acordo Europeu sobre Transportes Rodoviários. A Comissão entendeu que essa matéria se encontrava abrangida pela política de transportes, sendo a competência para a adesão a esse acordo, exclusivamente comunitária. O Tribunal reconheceu a competência externa da Comunidade, para além das competências expressamente conferidas pelo Tratado.

¹⁰³ Parecer n.º 1/03 sobre a Competência da Comunidade para celebrar a nova Convenção de Lugano relativa à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial do Tribunal de Justiça (Tribunal Pleno), emitido nos termos do disposto no n.º 6 do artigo 300.º TCE e n.º 2 do artigo 107.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça.

¹⁰⁴ A conclusão sobre a competência externa incide não só sobre anteriores atos praticados, mas também decorrente da inclusão no projeto de Convenção de uma cláusula de desconexão, sobre a qual o tribunal entendeu que podia ser uma indicação de que essas normas seriam afetadas e nessa medida a questão relativa à determinação da competência exclusiva da Comunidade tem de ser decidida antes da conclusão da convenção. Quanto aos atos praticados o tribunal aludiu em especial aos casos “Ceú Aberto” (Open Skies) (Casos C-466/98, C-467/98, C-468/98, C-469/98, C-471/98, C-472/98, C-475/98 e C-476/98, respetivamente Comissão vs Reino Unido, Dinamarca, Suécia, Finlândia, Bélgica, Luxemburgo, Áustria e Alemanha) como salienta BORRÁS, Alegria - Competence of the Community to conclude the revised Lugano Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters – Opinion C-1/03 of 7 February 2006: Comments and Immediate Consequences. YPIL. 8 (2006) 37-50.

¹⁰⁵ A fundamentação dessa competência é assegurada sobretudo em aprovação de diplomas nesse mesmo domínio (cooperação judiciária) pela Comunidade, *maxime* o Regulamento Bruxelas I que comunitarizou a Convenção de Bruxelas.

¹⁰⁶ Designadamente o n.º 3 do artigo 3.º e a introdução do art.º 2-A, alterações, entre outras, adotadas na vigésima sessão de 30 de junho de 2005 e aprovadas pelos membros em 30 de setembro de 2006. Portugal aprovou as Emendas ao Estatuto da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, adotadas na Haia, em 30 de junho de 2005 e em 22 de março de 2007 através da Resolução da Assembleia da República n.º 14-B/2007, ratificadas pelo Decreto do Presidente da República n.º 28-A/2007, de 2 de abril, ambos publicados no Diário da República I Série, N.º 65, 1º suplemento, de 2 de abril de 2007.

¹⁰⁷ Decisão do Conselho 2006/719/CE, de 5 de outubro de 2006, relativa à adesão da Comunidade Europeia à Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, publicada no JOUE L 297, de 26 de outubro de 2006, p. 1-14.

quais os seus Estados-Membros procederam a uma transferência de competências a seu favor” (Anexo II à Decisão do Conselho 2016/719/CE). Nesse documento a CE declara que “tem competência interna para adoptar medidas gerais e específicas em matéria de direito internacional privado em diversos domínios nos seus Estados-Membros. No que se refere às matérias da competência da Conferência da Haia, a Comunidade Europeia tem competência” no âmbito do disposto na alínea c) do artigo 61.º e artigo 65.º do Tratado CE. Para além de outras competências que exerce noutros domínios e das competências em matéria de mercado interno ou da defesa dos consumidores, enumera competências efetivamente exercidas ao abrigo das mencionadas disposições legais. Sem precisar, menciona que “outros atos legislativos contêm igualmente disposições de direito internacional privado, nomeadamente nos domínios da defesa dos consumidores, dos seguros, dos serviços financeiros e da propriedade intelectual.” A atuação em conformidade com o princípio da subsidiariedade é salientada (n.º 3). Neste documento a CE assume a sua competência, quer interna, quer externa, em termos exclusivos.¹⁰⁸ Fazendo menção à inexistência de qualquer previsão no direito primário, a CE extrai a competência externa do exercício da competência interna que considera, legitimamente, pertencer-lhe. O raciocínio é colmatado com a remessa para a jurisprudência AETR, que se encontra confortada no entendimento recente do Tribunal de Justiça.

A posição da CE quanto às suas competências atuais, resulta do exercício que das mesmas tem sido feito, já quanto às futuras, a declaração é esclarecedora no sentido em que nela se afirma que “o âmbito das competências que os Estados-Membros transferiram para a Comunidade Europeia, nos termos do Tratado CE, é, por natureza, susceptível de evoluir de modo contínuo.”¹⁰⁹ Este parece ser o ponto mais expressivo do entendimento da CE quanto à delimitação das suas competências. Se por um lado é no Parecer n.º 1/03 do Tribunal de Justiça¹¹⁰ que a Comunidade vai renovar as suas energias para afirmar a sua competência externa, partindo após para a enunciação da sua competência interna neste domínio, estribada no seu exercício anterior, é por outro

¹⁰⁸ No sentido de que neste documento não existe qualquer assunção de posição clara por parte da CE quanto à repartição de competências entre ela e os Estados-Membros, e em consequência, da competência externa da União em matéria de Direito Internacional Privado, WARLET, William - *La participation de l'Union Européenne à la Conférence de la Haye de droit international privé*. In Myriam Benlolo-Carabot [et al.], *Union Européenne et droit international*, en l'honneur de Patrick Daillier. Paris: Editions A. Pedone, 2012, p. 791.

¹⁰⁹ Cfr. N.º 8.

¹¹⁰ Este parecer, proferido no âmbito de outra realidade e exclusivamente em matéria de competência externa, parece ter desbravado o caminho para a assunção de uma posição de relativização da questão da competência exclusiva da Comunidade em matéria de conflitos de leis neste âmbito, que assumia uma importância fundamental no quadro da adesão da União à Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. A Comunidade socorre-se do reconhecimento de competência externa para delimitar a sua competência interna nesta matéria, em termos exclusivos, e não obstante o princípio da competência de atribuição.

lado, esse exercício anterior que parece fundamentar a sua existência em matéria de competência externa.

Esse processo de delimitação de competências internas através da sua afirmação a nível externo, afigura-se comportar duas consequências. As competências assim transferidas, não são suscetíveis de ser exercidas pelos Estados-Membros, tornando esse processo irreversível mesmo que o seu exercício se tenha verificado no âmbito do princípio da subsidiariedade.¹¹¹ A irreversibilidade do processo de delimitação de competências derroga, na perspetiva da doutrina em apreço, o princípio da subsidiariedade, sem qualquer demonstração da maior eficácia da ação da Comunidade ou da necessidade dessa ação, sempre entendido como um princípio estruturante do ordenamento jurídico comunitário.¹¹² Por outro lado, e de acordo com esse entendimento, é fornecido um quadro, puramente abstrato, de enquadramento da transmissão de competências para o futuro, que pode decorrer do seu simples exercício em qualquer ato de direito derivado, ou mediante consagração em direito originário, não se fazendo menção a qualquer limitação material.¹¹³

Para o entendimento em referência, a fórmula utilizada para a declaração de competências que haviam sido transmitidas pelos Estados-Membros, traduz-se numa conceção de delimitação de competência que permite a sua afirmação em qualquer circunstância, que o constante devir se encarregará de vaticinar, ou não.¹¹⁴

Sem dar resposta expressa às críticas da doutrina francesa, a Comunidade assumiu no âmbito de um procedimento que implicava, quer a competência externa, quer a

¹¹¹ WARLET, William - La participation de l'Union Européenne à la Conférence de la Haye de droit international privé. In Myriam Benlolo-Carabot [et al.], Union Européenne et droit international, en l'honneur de Patrick Daillier. Paris: Editions A. Pedone, 2012, p. 791.

¹¹² QUADROS, Fausto de - O princípio da subsidiariedade no direito comunitário após o Tratado da União Europeia. Coimbra: Almedina, 1995; LOUIS, Jean Victor - A ordem jurídica comunitária. 5ª ed. Bruxelas: CEEA-CE, 1993, p. 102-103; RUIZ, Nuno - O princípio da subsidiariedade e a harmonização de legislações na comunidade europeia. In A União Europeia na encruzilhada. Coimbra: Almedina, 1996, p. 129-138; MARTINS, Margarida Salema d'Oliveira - O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política. Coimbra: Coimbra Editora, 2003; DANIELI, Luigi - Diritto dell'Unione Europea: sistema istituzionale, ordinamento, tutela giurisdizionale, competenze. 3ª ed. Milano: Giuffrè Editore, 2008, p. 341-345; SARAIVA, Rute Gil - Sobre o princípio da subsidiariedade, génese, evolução e aplicação. Lisboa: AAFDL, 2001; MORAIS, Blanco de - A dimensão interna do princípio da subsidiariedade no ordenamento português. ROA. 58 (1998) 779-821; ESTELA, António - The EU principle of subsidiarity and its critique: Oxford studies in European law. Oxford: Oxford University Press, 2002; DUARTE, Maria Luísa - A aplicação jurisdicional do princípio da subsidiariedade no direito comunitário: pressupostos e limites. In Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor Lumbrales. Lisboa: FDUL, 2000, p. 779-813.

¹¹³ O centro da questão deixa de estar nas concretas competências que se afirma terem sido transmitidas e desloca-se para a vaguidão utilizada a propósito da possibilidade da sua extensão permanente. Em resultado, WARLET, William - La participation de l'Union Européenne à la Conférence de la Haye de droit international privé. In Myriam Benlolo-Carabot [et al.], Union Européenne et droit international, en l'honneur de Patrick Daillier. Paris: Editions A. Pedone, 2012, p. 791.

¹¹⁴ No sentido de se tratar de uma abordagem dissimulada da questão, LEQUETTE, Yves - De Bruxelles à la Haye: réflexions critiques sur la compétence communautaire en matière de droit international privé. In Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon. Paris: Hague Academy of International Law, 2008, p. 508.

competência interna, que os Estados-Membros lhe haviam transferido as competências em matéria de direito de conflitos. A serenidade imperou no processo de adesão à Conferência da Haia, sem qualquer oposição dos Estados-Membros. Resultava implícita a sua concordância com a declaração de competências efetuada, encerrando-se assim o dossier competência da Comunidade Europeia para propor medidas tendentes ao alcance da unificação em matéria de conflitos de leis, designadamente no âmbito da Proposta de regulamento em questão.

Quanto à segunda objeção, relativa à limitação de competências da Comunidade ao espaço comunitário, uma vez que a referência ao mercado interno, parece excluir as relações contratuais entre um Estado-Membro e um ou mais Estados terceiros, exceto se essas relações forem suscetíveis de causar impacto no mercado interno,¹¹⁵ a Comunidade não teria competência para regular essas relações.

É manifesto que um regulamento apenas pode vincular os Estados-Membros, e nessa medida, o próprio ordenamento da Comunidade, mas também é certo que um regulamento se declara aplicável numa base unilateral, não sendo exigida reciprocidade.¹¹⁶ Para além disso, é ainda de ter em consideração que apesar de não ser exigida reciprocidade, os regulamentos derogam as disposições internas dos Estados-Membros nas matérias integradas no seu âmbito de aplicação material fruto do primado que se reconhece àqueles.¹¹⁷

No entanto, a restrição do âmbito de aplicação espacial do regulamento em conformidade com essa crítica, apenas resultaria em maior quebra de unidade sistemática para o ordenamento em questão. Tal previsão, implicava a aplicação de uma dualidade de critérios, por um lado, quanto a contratos exclusivamente

¹¹⁵ Neste sentido, mas concluindo que as autoridades comunitárias estenderam as suas intervenções também a estas relações, AUDIT, Bernard; D'AVOUT, Louis - *Droit international privé*. 8ª ed. Paris: L.G.D.J., 2018, p. 63.

¹¹⁶ Neste âmbito, os exemplos relativos aos Regulamentos Roma I e Roma II que se declaram aplicáveis sem reciprocidade, AUDIT, Bernard; D'AVOUT, Louis - *Droit international privé*. 8ª ed. Paris: L.G.D.J., 2018, p. 63.

¹¹⁷ A questão é controversa. No entanto, QUEIROZ, Cristina M. M. - As relações entre o Direito da União e o Direito Constitucional Interno. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. 3 (2006) 201, defende que “não há supremacia ou superioridade de um sistema sobre o outro. Ambos os sistemas constituem ordens jurídicas distintas e parcialmente independentes, mas também parcialmente sobrepostas, que interagem reciprocamente. Nem a UE nem os Estados-Membros podem estritamente reclamar a sua supremacia perante as outras ordens jurídicas. Ao raciocinar na linha de duas ordens jurídicas independentes, ainda que sobrepostas, as relações que intercedem entre o direito interno dos Estados e o direito da União terão forçosamente de ser qualificadas de “coordenação”, mais do que de “hierarquia” no quadro do direito internacional.” A questão é equacionada numa ótica de transformação do “... Estado constitucional nacional (...) no novo contexto da UE, num Estado Constitucional cooperativo”. “Sem deixar de observar padrões básicos do Estado constitucional (soberania popular, separação de poderes, garantia dos direitos fundamentais, primazia da Constituição, etc), passou a incorporar, por intermédio de uma “cláusula de recepção” (artigo 8.º/4 da Constituição), competências normativas europeias.”

intracomunitários, regidos então pelo regulamento a aprovar, e por outro, quanto a contratos com elementos extracomunitários, suscitando-se a questão, relativamente a estes últimos, da manutenção em vigor da Convenção de Roma.¹¹⁸ Esta dispersão de regimes no espaço judiciário europeu – que vinha sendo construído a pulso no sentido da unificação – perspetivada numa competência exorbitante da comunidade, inevitavelmente estaria condenada a não proceder, silenciando a crítica em que assentava. A necessidade de adoção do regime proposto para o bom funcionamento do mercado interno, quer ao nível dos contratos comunitários, quer ao nível dos contratos extracomunitários, encontrava fundamento na necessidade de uma referência unitária na sua previsão legal, evitando decisões com soluções dispares quanto às mesmas questões jurídicas.¹¹⁹ A dualidade de regimes ia potenciar o *forum shopping*. Por outro lado, a referência ao mercado interno confirma o pendor essencialmente economicista da integração europeia.¹²⁰

O silêncio quanto às críticas, os procedimentos desenvolvidos e a aprovação do Regulamento Roma I fixaram, ainda que tacitamente, o conteúdo e alcance da expressão compatibilização para esses efeitos, não em termos que resultariam inequívocos no momento da sua consagração no Tratado. Não se respondeu à consideração de que as necessidades do mercado interno¹²¹ implicam uma unificação

¹¹⁸ Neste sentido, LAGARDE, Paul – Introduction: Considérations de méthode. In Nerina Boschiero (Ed.), La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I). Milano: Giappichelli Editore, 2009, p. 5.

¹¹⁹ LAGARDE, Paul; TENENBAUN, Aline - De la convention de Rome au règlement Rome I. RCDIP. 97 (2008) 729, que ilustam o exemplo de uma empresa americana que contrata com uma empresa alemã e outra francesa. Inexistindo unificação, ficava em aberto a possibilidade de uma sociedade estrangeira escolher o foro de acordo com os critérios de competência judiciária previstos no Regulamento Bruxelas I, podendo a mesma recair sobre tribunais de mais de um país. Nesse caso a escolha da sociedade estrangeira recairia, naturalmente, pelo tribunal do país cujas normas de conflitos indicassem a aplicação de uma lei favorável à sua pretensão. Após prolação de sentença, bastaria executá-la no Estado que mais conviesse e no qual eventualmente, devido à existência de normas de conflitos com soluções diferentes, a mesma provavelmente não teria sido proferida. Afigura-se que o problema não reside tanto nas diferentes normas de conflitos dos Estados-Membros, mas nas diversas soluções de direito substantivo relativas à determinação do lugar do cumprimento da obrigação. A revisão do regulamento mediante a introdução de critérios neste n.º 1 do artigo 5.º do Regulamento Bruxelas I e que passaram a constar do artigo 7.º do Regulamento 1215/2012, veio reduzir a margem de determinação da competência jurisdicional. No exemplo dos autores citados, haveria uma maior propensão para soluções dispares quanto aos contratos extracomunitários, em vista da possibilidade de escolha do foro, que se verifica quer quanto aos contratos comunitários, quer quanto aos contratos extracomunitários, e depois da revisão mencionada, com ainda menor probabilidade. O Regulamento Roma I, aplicável nos Estados-Membros com a exceção a que supra se alude, identifica a lei aplicável quanto à determinação do lugar do cumprimento, tendo este ato de direito da União um âmbito de aplicação universal é aplicável às duas modalidades de contratos. O problema poderá então residir na disparidade de soluções consagradas nos direitos internos competentes, e quanto a estes, quer se trate de um contrato comunitário, quer se trate de um contrato extracomunitário.

¹²⁰ Assim também MARKESINIS, Basil S. - Why a code is not the best way to advance the cause of European legal unity. ERPL. 5 : 4 (1997) 519, considera que a unidade legal europeia não se funda numa evolução assente na história, mas na sequência da união económica e da união política.

¹²¹ A proposta é muito parca quanto à justificação dessa necessidade, baseia-se na simples transcrição da disposição que a prevê, seguida de duas conclusões. A primeira quanto à existência por parte do legislador comunitário de “uma margem de apreciação para determinar se uma medida é necessária ao bom funcionamento do mercado interno” e a segunda no sentido de que “a harmonização das normas de

das regras de conflitos de leis, tanto nas relações extracomunitárias quanto nas relações intracomunitárias.¹²² Tratou-se, na perspectiva doutrinária apontada, de um processo de delimitação de competências, aparentemente com um déficit democrático,¹²³ mas que a ciência não foi capaz de contrariar,¹²⁴ quer por ter sido ultrapassada pela realidade que se encarregou de estabelecer um precedente,¹²⁵ também em matéria de conflitos de leis,¹²⁶ quer por essa realidade ter sido potenciada pela intervenção do Tribunal de

conflitos de leis em matéria de obrigações contratuais é necessária ao bom funcionamento do mercado interno”, Cfr. Proposta de Regulamento, cit., p. 3.

¹²² LAGARDE, Paul; TENENBAUN, Aline - De la convention de Rome au règlement Rome I. RCDIP. 97 (2008) 729.

¹²³ JAYME, Erik; KOHLER, Christian - Europäisches kollisionsrecht 2007: Windstille im erntefeld der integration. IPRax. (2007) 493-572; JAYME, Erik - Frankreich: professorenstreit zum europäischen IPR: eine betrachtungen. IPRax. (2008) 187.

¹²⁴ JAYME, Erik - Frankreich: professorenstreit zum europäischen IPR: eine betrachtungen. IPRax. (2008) 187. No mesmo sentido, SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A. - La política legislativa de la Unión Europea en matéria de derecho internacional privado: de la técnica del carro ante los bueyes a la estrategia del avestruz. In Carlos Esplugues Mota; Guillermo Palau Moreno (Eds.), Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues. Paris: Tiran lo Blanch, 2012, p. 136-137; LEQUETTE, Yves - De Bruxelles à la Haye (Acte II): Réflexions critiques sur la compétence communautaire en matière de droit international privé. In Tristan Azzi [et al.], Vers des nouveaux équilibres entre ordres juridiques: liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon. Paris: Dalloz, 2008, p. 503-544; AUDIT, Bernard; D'AVOUT, Louis - Droit international privé. 8^e ed. Paris: L.G.D.J., 2018, p. 58-62.

¹²⁵ Que consiste na adoção de inúmeros instrumentos unificadores, que constavam também da fundamentação da Comunidade na sua declaração de competências para efeitos de adesão Conferência da Haia, de entre os quais assume particular importância o Regulamento (CE) N.º 44/2001 do Conselho, de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (Bruxelas I) (JOCE, L 012 de 16.01.2001), com as alterações incorporadas na versão consolidada do Regulamento (UE) n.º 416/2010 da Comissão, (JOUE, L 119 de 13.5.2010, p. 7 e seguintes) que comunitarizou a Convenção de Bruxelas. Este Regulamento foi substituído, a partir de 10 de janeiro de 2015, pelo Regulamento (UE) n.º 1215/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (reformulação), (JOUE, L 351 de 20.12.2012), com as alterações introduzidas pelo Regulamento (UE) n.º 542/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, que altera o Regulamento (UE) n.º 1215/2012, no que diz respeito às regras a aplicar em relação ao Tribunal Unificado de Patentes e ao Tribunal de Justiça do Benelux (JOUE, L 163, de 29.05.2014). Para além desse ato de direito derivado, o Regulamento (CE) n.º 1346/2000 do Conselho, de 29 de maio de 2000, Relativo aos processos de insolvência, (JOCE, L 160 de 30.06.2000, p. 1 e seguintes), Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000 (JOUE, L 338 de 23.12.2003), Regulamento (CE) n.º 805/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril de 2004, que cria o título executivo europeu para créditos não contestados (JO L 143 de 30.04.2004, p. 15), Regulamento (CE) n.º 1896/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, que cria um procedimento europeu de injunção de pagamento (JO L 399 de 30/12/2006, p. 1-32), Regulamento (CE) n.º 861/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, que estabelece um processo europeu para ações de pequeno montante (JOUE L 199 de 31.07.2007, p. 1 e ss.).

¹²⁶ Regulamento (CE) N.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais (Roma II) (JOUE, L 199 de 31.07.2007), Regulamento (CE) N.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I), (JOUE, L 177 de 04.07.2008) e posteriores a este ato, o Regulamento (CE) N.º 4/2009 do Conselho, de 18 de dezembro de 2008, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares (JOUE, L 7 de 10.01.2009), corrigido pela Retificação do Regulamento (CE) n.º 4/2009 do Conselho, de 18 de dezembro de 2008, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares (JOUE, L 131, de 18.05.2011) e pelo Regulamento de Execução (UE) n.º 1142/2011 da Comissão, de 10 de novembro de 2011, que estabelece os anexos X e XI do Regulamento (CE) n.º 4/2009 do Conselho relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares (JOUE, L 293, de 11.11.2011); Regulamento (UE) N.º 1259/2010 do Conselho, de 20 de dezembro de 2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial (Roma III) (JOUE, L 343 de 29.12.2010) e Regulamento (UE) N.º 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho,

Justiça, confirmando a essencialidade dessa instituição no processo de construção deste ordenamento.¹²⁷ Nesta medida, a discussão sobre a competência da UE quanto à adoção de atos unificadores em matéria de conflitos de leis, perdeu a sua centralidade.¹²⁸

1.6. REGULAMENTO ROMA I

A comunitarização da Convenção de Roma é concretizada mediante a adoção de um ato normativo comunitário, o Regulamento (CE) N.º 593/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I).¹²⁹

O regulamento, não se aplica à Dinamarca¹³⁰ e à data da sua entrada em vigor,¹³¹ não se aplicava ao Reino Unido, situação que entretanto, foi ultrapassada, por ter esse Estado solicitado passar a estar vinculado ao Regulamento, tendo a Comissão por decisão, de 22 de dezembro de 2008, aceite o pedido mencionado.¹³²

de 4 de julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu (Roma IV) (JOUÉ, L 201 de 27.07.2012), Regulamento (UE) 2016/1103 do Conselho, de 24 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais (JOUÉ, L 183, 8.7.2016, p. 1-29), Regulamento (UE) 2016/1104 do Conselho, de 24 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de efeitos patrimoniais das parcerias registadas (JOUÉ, L 183, 8.7.2016, p. 30-56).

¹²⁷ No sentido da falta de uma estrutura democrática forte ainda quanto à CEE, salientando o papel dos Juízes do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, que neles encontrou os “*founding fathers*” possíveis ou provisórios deste ordenamento, PIRES, Lucas - Introdução ao direito constitucional europeu. Coimbra: Almedina, 1997, p. 26.

¹²⁸ Podendo não ficar excluída na sua totalidade, como resulta da sentença do Tribunal Constitucional alemão, adiante analisada.

¹²⁹ Publicado no JOUE, L 177 de 4.7.2008, p. 6-16 e retificado pela Rectificação ao Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I), publicada no JOUE, L 309 de 24.11.2009, p. 87. O Regulamento Roma I entrou em vigor em 24 de julho de 2009, nos termos do art.º 29.º, mas só é aplicável aos contratos celebrados a partir de 17 de dezembro de 2009.

¹³⁰ A Dinamarca não participou na aprovação deste instrumento, de acordo com o disposto nos artigos 1.º e 2.º do Protocolo relativo à posição da Dinamarca, anexo ao Tratado da União Europeia e ao Tratado que instituiu a Comunidade Europeia, pelo que não se encontra vinculada ao mesmo.

¹³¹ Determinada nos termos do disposto no seu artigo 29.º.

¹³² O Regulamento não se aplicava inicialmente ao Reino Unido porque “nos termos dos artigos 1.º e 2.º do Protocolo relativo à posição do Reino Unido e da Irlanda, anexo ao Tratado da União Europeia e ao Tratado que instituiu a Comunidade Europeia, e sem prejuízo do disposto no artigo 4.º desse Protocolo, o Reino Unido não” participou “na aprovação” do regulamento e não se encontrava a ele vinculado. A Irlanda participou na aprovação do presente regulamento e encontra-se ao mesmo sujeita por ter notificado por escrito a sua intenção de participar na aprovação e aplicação deste normativo, nos termos do disposto no artigo 3.º do Protocolo relativo à posição do Reino Unido e da Irlanda, anexo ao Tratado da União Europeia e ao Tratado que instituiu a Comunidade Europeia. No entanto, o Reino Unido veio formular pedido para aceitação desse regulamento, o qual obteve parecer favorável da Comissão (COM/2008/0730 final) e decisão favorável da mesma entidade, publicada no JOUE, L 10 de 15.01.2009.

A entrada em vigor deste diploma, não obstante a manutenção em vigor da Convenção de Roma na Dinamarca, constitui o segundo marco incontornável em matéria de unificação do direito internacional privado contratual europeu.

A forma escolhida não permite a existência de um relatório explicativo, em virtude da metodologia de trabalho adotada pela CE, entidade exclusivamente responsável pela redação das propostas,¹³³ mas tem virtualidades acrescidas. Para além da entrada em vigor, simultaneamente, em todos os Estados-Membros, submete a sua interpretação, em termos automáticos, ao Tribunal de Justiça, permite uma maior sintonia entre os sentidos das versões oficiais, restringindo a discricionariedade dos Estados quanto à formulação de reservas,¹³⁴ prevista no artigo 22.º da Convenção de Roma,¹³⁵ com eventuais custos para a unificação, dada a resistência inicial de três Estados-Membros, e que se saldou apenas na sua não aplicação à Dinamarca. O Regulamento introduz ainda um regime único de direito internacional privado nas relações com os Estados terceiros.¹³⁶ A inviabilização de adoção de novas regras de conflitos e de celebração de novas Convenções multilaterais com idêntico âmbito de aplicação, ficou garantida com a nova forma,¹³⁷ reforçada com a previsão constante do artigo 3.º n.º 2 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Uma relativa abertura a esse regime, decorrente também da consagração introduzida no tratado, e do qual resultaria, numa interpretação restritiva, a impossibilidade de celebração de convenções bilaterais entre os Estados-Membros,¹³⁸ foi providenciada pela adoção de regulamentos que visam a cedência de competência da UE,¹³⁹ mediante procedimentos de autorização, relativamente às

¹³³ Sobre este ponto LAGARDE, Paul; TENENBAUN, Aline - De la convention de Rome au règlement Rome I. RCDIP. 97 (2008) 729-730, esclarecem que os grupos de peritos e as comissões não elaboram um projeto de texto, como acontece na Conferência da Haia. Estes grupos discutem as orientações a seguir partindo das respostas aos livros verdes.

¹³⁴ Ôbices à unificação claramente identificados a propósito da Convenção de Roma.

¹³⁵ E a que Portugal recorreu em face do art.º 7.º n.º 2.

¹³⁶ Previsto, em especial, no n.º 4 do artigo 3.º. Assim BOSCHIERO, Nerina - Verso il rinnovamento e la trasformazione de la Convenzione di Roma: problemi generali. In Paolo Picone (Ed.), Diritto Internazionale privato e diritto comunitario. Milano: Cedam, 2004, p. 334.

¹³⁷ LAGARDE, Paul; TENENBAUN, Aline - De la convention de Rome au règlement Rome I. RCDIP. 97 (2008) 729-730. No mesmo sentido, quanto à Proposta de Regulamento sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, BOSCHIERO, Nerina - Verso il rinnovamento e la trasformazione de la Convenzione di Roma: problemi generali. In Paolo Picone (Ed.), Diritto Internazionale privato e diritto comunitario. Milano: Cedam, 2004, 335-336.

¹³⁸ SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A. - La política legislativa de la Unión Europea en matéria de derecho internacional privado: de la técnica del carro ante los bueyes a la estrategia del avestruz. In Carlos Esplugues Mota; Guillermo Palau Moreno (Eds.), Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues. Paris: Tiran lo Blanch, 2012, p. 135.

¹³⁹ No sentido de que a competência não era da UE, e que houve a necessidade de equilibrar a situação em matéria de competências exclusivas da União, que se traduziu na adoção dos regulamentos infra, SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A. - La política legislativa de la Unión Europea en matéria de derecho internacional privado: de la técnica del carro ante los bueyes a la estrategia del avestruz. In Carlos Esplugues Mota; Guillermo Palau Moreno (Eds.), Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues. Paris: Tiran lo Blanch, 2012, p. 135.

matérias dos Regulamento Bruxelas II *bis*, Regulamento Bruxelas III, Regulamento Roma I e Regulamento Roma II.¹⁴⁰

Excluída fica ainda a possibilidade de os Estados solicitarem a revisão ou a denúncia do instrumento.¹⁴¹

Existe uma continuidade quanto à consagração do primado do direito comunitário originário, sobre os direitos nacionais. Nos termos do artigo 23.º é mencionado sob a fórmula “disposições de direito comunitário”, enquanto que na convenção se encontrava previsto no artigo 20.º sob a expressão “actos emanados das instituições da Comunidades europeias.”¹⁴² Esse primado é objeto de consagração pelo Tribunal de Justiça com o acórdão *Arblade*¹⁴³ e é consagrado no regulamento no n.º 4 do artigo 3.º¹⁴⁴ Todos estes aspetos são evidências da enorme vantagem em que se traduz a unificação da regulação no espaço de uma mesma situação, de modo que a solução que à mesma é conferida é providenciada sempre pela mesma norma, garantindo de forma efetiva o princípio da harmonia internacional de julgados.¹⁴⁵

De tal modo foi inequívoca a intenção de não introduzir alterações em relação à Convenção, que o regulamento é efetivamente mais próximo da Convenção do que a proposta de regulamento apresentada.¹⁴⁶

¹⁴⁰ Regulamento (CE) N.º 662/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009 que estabelece um procedimento para a negociação e a celebração de acordos entre Estados-Membros e países terceiros relativamente a determinadas matérias referentes à lei aplicável às obrigações contratuais e extracontratuais (*JOUE*, L 200 de 31.07.2009) e Regulamento (CE) N.º 664/2009 do Conselho, de 7 de Julho de 2009 que estabelece um procedimento para a negociação e a celebração de acordos entre Estados-Membros e países terceiros relativamente à competência, ao reconhecimento e à execução de sentenças e decisões em matéria matrimonial, de responsabilidade parental e de obrigações de alimentos, bem como à lei aplicável em matéria de obrigações de alimentos (*JOUE*, L:200 de 31.07.2009).

¹⁴¹ LAGARDE, Paul; TENENBAUN, Aline - De la convention de Rome au règlement Rome I. *RCDIP*. 97 (2008) 729-730.

¹⁴² LAGARDE, Paul; TENENBAUN, Aline - De la convention de Rome au règlement Rome I. *RCDIP*. 97 (2008) 731.

¹⁴³ TJ 23.11.1999. Cujo pedido de decisão prejudicial foi apresentado pelo Tribunal correcional de Huy, Casos C-369/96 e C-376/96, que deram entrada no Tribunal em 25 e 26 de novembro de 1996, relativamente aos artigos 59.º e 60.º do TCE, que passaram, após a alteração, a ser respetivamente, 49 e 50. Neste acórdão o TJ confirma o primado do direito comunitário, fixa um conceito de *lois de police* nesse âmbito e faz uma aplicação em matéria social, do regime comunitário em matéria de controlo aos entraves às trocas, colocando em evidência o impacto que o direito comunitário pode ter sobre as regras de conflito de leis, como nota FALLON, Marc – Note sous C.J.C.E., 23 novembre 1999. *RCDIP*. 89 (2000) 728-729.

¹⁴⁴ Diferente e de forma ainda mais eminente, era a previsão da Proposta de Regulamento que no n.º 5 do mesmo artigo, que impunha a primazia do direito da União quer a contratos intracomunitários quer a extracomunitários, sob a explicação de que tal disposição visava prevenir a fraude à lei (relatório explicativo).

¹⁴⁵ Neste sentido, BOSCHIERO, Nerina - Verso il rinnovamento e la trasformazione de la Convenzione di Roma: problemi generali. In Paolo Picone (Ed.), *Diritto Internazionale privato e diritto comunitario*. Milano: Cedam, 2004, p. 335.

¹⁴⁶ O que se confirma por exemplo, na diferente redação do artigo 3.º da proposta de regulamento, face quer à Convenção de Roma, quer ao Regulamento Roma I e a que adiante fazemos referência.

1.7. PROJETO DE TRATADO CONSTITUCIONAL E TRATADO DE LISBOA

O início do século XXI, vem novamente trazer à luz do dia as aspirações quanto a uma integração mais profunda. Do ponto de vista institucional, a aprovação da Carta dos Direitos Fundamentais da UE,¹⁴⁷ que consagra os direitos fundamentais neste espaço, consagração que corresponde à primeira parte de qualquer constituição, deixa antever novos desígnios.¹⁴⁸ A concretização da constituição da União Económica e Monetária em 2003,¹⁴⁹ e o bom posicionamento dos mercados, acalentados por economias em expansão, criam aparentemente, as condições propícias para a preparação de um tratado reformador. No entanto, esse tratado estaria, supostamente, distante da conceção de uma constituição que viesse a consagrar um modelo federal.¹⁵⁰

A existência de um ambiente favorável não permitia antever o exato desfecho do processo. A aprovação de um novo Tratado que prevísse as reformas necessárias nunca foi dada por adquirida mesmo antes do início dos trabalhos pela Conferência Intergovernamental incumbida da sua elaboração.¹⁵¹ O Tratado que estabelece uma

¹⁴⁷ Proclamada em 7 de dezembro de 2000 (JOCE C 364 de 18.12.2000, p. 1-22). Cujá importância enquanto instrumento renovador da Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, na sua Resolução 217A (III), de 10 de dezembro de 1948, publicada no Diário da República, I Série A, n.º 57/78, de 9 de março de 1978, mediante aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros, e da máxima relevância para a proteção dos direitos fundamentais no ordenamento da Comunidade Europeia. Sobre esta Carta, RIQUITO, Ana Luísa [et al.] - Carta dos direitos fundamentais da União Europeia. Coimbra: Coimbra Editora, 2001; RAMOS, Rui Moura - A carta dos direitos fundamentais da União Europeia e a proteção dos direitos fundamentais. In Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. (Studia Iuridica, 61. Ad Honorem –1), Coimbra: Almedina, 2002, p. 963-989; VITORINO, António - Carta dos direitos fundamentais da União Europeia. Lisboa: Principia, 2002; MARTINS, Ana Maria Guerra - A carta dos direitos fundamentais da UE e os direitos sociais. Direito e Justiça. 15 : 2 (2001) 189-230. A carta dos direitos fundamentais da UE, foi desde logo perspectivada como o futuro capítulo I da Constituição Europeia. Esta Carta foi substituída pela Carta proclamada em 12 de dezembro de 2007, que iniciou a sua vigência na data de entrada em vigor do Tratado de Lisboa (JOUE, C 303 de 14.12.2007, 1-16).

¹⁴⁸ Ainda que com algumas reservas, CUNHA, Paulo Pitta e - A via federal: a integração europeia no dobrar do século. Coimbra: Almedina, 2003.

¹⁴⁹ Cujá implementação faseada teve início na década anterior e culminou na adoção da moeda única. Neste sentido, SANTOS, António Carlos dos [et al.] - Direito económico. 6.ª ed. Coimbra: Almedina, 2011, 93-99; MEDEIROS, Raposo de - Economia internacional. 6.ª ed. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2000, p. 691-731; MEDEIROS, Raposo de - Economia internacional comércio e finanças. 9.ª ed. Lisboa: Escolar Editora, 2013, p. 694-695; SILVA, João Calvão da - Euro e direito. Coimbra: Almedina, 1999; CUNHA, Paulo de Pitta e - De Maastricht a Amesterdão: problemas da União Económica e Monetária Europeia. Coimbra: Almedina, 1999; LARANJEIRO, Carlos - União Económica e Monetária e Euro. Coimbra: Almedina, 1999; LOBO, Carlos Baptista; TOMÁS, João Amaral - Euro: aspectos legais e questões práticas fundamentais. Lisboa: Rei dos Livros, 1998, p. 34-50; AZEVEDO, Maria Eduarda - A Europa em movimento: apostas e desafios no limiar do novo século. Lisboa: Editorial Notícias, 1997, p. 228-258; AZEVEDO, Maria Eduarda - Renovar a aposta Europeia: registos na viragem do século. Lisboa: Quetzal Editores, 1999, p. 91-152.

¹⁵⁰ Reconhecendo que os momentos altos da integração são de índole económica e assumindo que, não obstante isso estávamos ainda longe de um verdadeiro processo federal, CUNHA, Paulo Pitta e - Da moeda única em diante: as visões a longo prazo da integração. In Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles. Coimbra: Almedina, 2003, Vol. 5, p. 13.

¹⁵¹ AZEVEDO, Maria Eduarda - A Europa em movimento: apostas e desafios no limiar do novo século. Lisboa: Editorial Notícias, 1998, p. 339, considerava a hipótese de a Conferência não conseguir “alcançar um consenso sobre a profunda reforma institucional necessária para responder às exigências actuais e futuras da construção Europeia.” Em sentido convergente, RAMOS, Rui Moura - A reforma institucional e a Constituição Europeia. In Uma constituição para a Europa: colóquio internacional de Lisboa. Coimbra:

Constituição para a Europa,¹⁵² não resulta exclusivamente dos trabalhos da Convenção, mas antes de uma reformulação introduzida através do seu presidente, no sentido da apresentação de uma proposta de constituição europeia.^{153, 154} Ainda que aprovado pelo Parlamento Europeu em 2005, havia de ser submetido à difícil prova da ratificação pelos Estados-Membros,¹⁵⁵ nos termos do disposto no artigo 48.º do TCE. Este Tratado apenas foi sujeito a referendo em França e na Holanda, sendo rejeitado em ambos os referendos. A antevisão de uma resposta negativa no referendo a efetuar no Reino Unido, afastou a sua realização de um cenário prático. A legitimação da Constituição Europeia, aprovada pelo Parlamento Europeu, não se bastaria apenas com a ratificação por parte de todos os outros Estados-Membros, sendo indispensável a sua consolidação democrática no quadro de um referendo europeu e não apenas dos referendos que vieram a inviabilizar a sua adoção.¹⁵⁶ A condicionante desta vertente institucional saldou-se pela aprovação do tratado de Lisboa.

Almedina, 2004, p. 114, que embora manifestasse a incerteza do *apport* da Convenção relativamente ao resultado final a extrair pela Conferência Intergovernamental, considerava que “a metodologia de revisão utilizada como a decisão essencial e primeira que da sua utilização veio a resultar se revelarão de difícil reversibilidade no decorrer do processo comunitário”, O Projecto de Tratado que estabelece uma constituição para a Europa: breve reflexão. *Temas de Integração*. 15-16 (2003), 271-280.

¹⁵² Assinado em Roma, em 29 de outubro de 2004 (JOUE, C 310 de 16.12.2004).

¹⁵³ AZEVEDO, Maria Eduarda - A convenção: um novo instrumento de revisão dos tratados europeus? In *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*. Coimbra: Almedina, 2010, Vol. 1, p. 666. Apesar de o trabalho ter sido desenvolvido pela Conferência Intergovernamental que se reuniu entre 2002/2003, sendo composta de representantes das instituições nacionais e europeias (deputados nacionais, ministros dos negócios estrangeiros, eurodeputados e comissários), a versão final foi objeto de uma conformação a essa finalidade. No sentido de que o Conselho Europeu de Laeken não conferiu qualquer mandato expresso à Convenção para elaborar uma constituição para a Europa, MARTINS, Ana Maria Guerra - As Convenções de Filadélfia e de Bruxelas: convergências e divergências do processo de formação das constituições americana e europeia. In Jorge Miranda [et al.] - *Estudos em homenagem do Professor Doutor António Marques dos Santos*. Coimbra: Almedina, 2005. Vol. 2, p. 19.

¹⁵⁴ Sobre as posições assumidas quanto a este tratado, que se podem agrupar em dois vetores distintos, os constitucionalistas que tendem a relacionar a existência de uma constituição com um Estado e os comunitaristas que são a favor de uma primazia de um direito supranacional, sob cuja égide pode resultar uma nova constituição. Nestas perspetivas salientam-se os contributos de MIRANDA, Jorge - A constituição europeia e a ordem jurídica portuguesa. *O Direito*. 134-135 (2002-2003) 9-29; RAMOS, Rui Moura - O tratado que estabelece uma constituição para a Europa e a posição dos tribunais constitucionais dos Estados-Membros no sistema jurídico e jurisdicional da UE. In *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, Vol. 2, p. 365-395; QUADROS, Fausto de - Constituição Europeia e constituições nacionais: subsídios para a metodologia de debate em torno do Tratado Constitucional Europeu. *O Direito*. 137 : 4-5 (2005) 687-698; TRIANTAFYLLOU, Dimitris - *La constitution de L'Union Européenne selon le Traité de Rome de 2004: les choix clés de la convention et de la conférence intergouvernementale*. 2ª ed. Bruxelles: Bruylant, 2005; TELES, Miguel Galvão - Tratado que estabelece uma constituição para a Europa. *O Direito*. 137 : 3 (2005) 443-447; CUNHA, Paulo de Pitta e - O projecto de uma constituição para a Europa. *O Direito*. 137 : 4-5 (2005) 1015-1021; DANIELE, Luigi - *Diritto dell'Unione Europea: sistema istituzionali, ordenamento, tutela giurisdizionali, competenze*. Milano: Giuffrè Editore, 2008, p. 28-33.

¹⁵⁵ Relativamente ao processo já lembrava CUNHA, Paulo de Pitta e - Da moeda única em diante: as visões a longo prazo da integração. In *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*. Coimbra: Almedina, 2003, Vol. 5, p. 13-14, os tropeções na prossecução da construção europeia, a propósito do Tratado de Nice e da adoção da via da ratificação referendatária pela Irlanda. No mesmo sentido, SHAW, Jo - The Constitutional Treaty and the question of ratification: unscrambling the consequences and identifying the paradoxes. In Peter G. Xuereb (Ed.), *The constitution for Europe: an evaluation*. Msida: European Documentation and Research Centre University of Malta, 2005, p. 1-33.

¹⁵⁶ RAMOS, Rui Moura - A reforma institucional e a Constituição Europeia. In *Uma constituição para a Europa: colóquio internacional de Lisboa*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 116.

Em conformidade com os acontecimentos mencionados, a perspetiva de integração teve de recuar ao limite do aceitável, o que passou essencialmente pela retirada do termo “Constituição” e de alguns símbolos relativos à estrutura federal, que, saliente-se, em nada altera a existência de uma constituição em sentido material no interior da União.¹⁵⁷ É que ainda sem o apoio de um texto formal, foi e é possível encontrar uma base jurídica para esta inter-relação entre Estados-Membros e UE.¹⁵⁸

No essencial, o Tratado de Lisboa, reproduz o tratado constitucional,¹⁵⁹ embora fosse necessário introduzir algumas alterações.¹⁶⁰ O 50.º aniversário da assinatura do Tratado de Roma, lançou a base para a adoção do modelo consensual.¹⁶¹ A declaração sobre o 50.º aniversário,¹⁶² assinada pela Chanceler alemã, e pelos presidentes do Conselho Europeu e da Comissão, acentuando o desejo comum que aproximou os Estados em torno da ideia de uma Europa unida,¹⁶³ cuja configuração política deve decorrer da vontade dos mesmos em cada momento,¹⁶⁴ fez menção ao objetivo de, “até às eleições

¹⁵⁷ Nas palavras de RAMOS, Rui Moura - O projecto de tratado que estabelece uma constituição para a Europa. Temas de Integração. 15-16 (2003) 273. No mesmo sentido, CANOTILHO, J. J. Gomes - Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 235-236 e 1372 e seguintes; HÄBERLE, Peter - Europaprogramme neuerer verfassung und verfassungsentwürfe-der ausbau von nationalem Europa Verfassungsrecht. In Festschrift für Ulrich Everling. Seiten: Nomos, 1995, p. 355-380.

¹⁵⁸ Identificando a integração europeia como um modelo de colaboração original, BASTOS, Fernando Loureiro - A União Europeia e a União Africana: pode um puzzle de que não se conhece a imagem final servir de modelo à integração do continente africano? In Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco. Lisboa: FDUL, 2006, Vol. 1, p. 1014-1015, considerando que “os resultados alcançados pelo processo da integração europeia constituem um dos aspetos mais significativos da história europeia e mundial da segunda metade do século XX. Com efeito, lentamente, com consideráveis avanços e alguns recuos menos importantes, foi possível encontrar uma base jurídica sólida para uma colaboração original entre Estados soberanos. Ao mesmo tempo que a implantação de uma ordem jurídica compartilhada, resultado de uma criação conjunta, foi-se progressivamente consolidando.”

¹⁵⁹ Como salienta AZEVEDO, Maria Eduarda - A convenção: um novo instrumento de revisão dos tratados europeus? In Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha. Coimbra: Almedina, 2010, Vol. 1, p. 668; GAUTRON, Jean-Claude - Le Traité de Lisbonne: mort et transfiguration de la constitution européenne. In Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha. Coimbra: Almedina, 2010, p. 296. No mesmo sentido, embora numa perspetiva bastante crítica, LEQUETTE, Yves - De Bruxelles à la Haye (Acte II): réflexions critiques sur la compétence communautaire en matière de droit international privé. In Tristan Azzi [et al.], Vers des nouveaux équilibres entre ordres juridiques: liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon. Paris: Dalloz, 2008, p. 542, que considera que “la classe politique française a perpétré, à l’instigation de la nomenclatura européenne, un véritable coup d’État contre la souveraineté populaire en usant de la voie parlementaire pour opérer la modification de la Constitution que rendait nécessaire la ratification du traité de Lisbonne lequel, bien loin d’être le traité simplifié annoncé par le président de la République lors de sa campagne électorale, n’est rien d’autre que le traité constitutionnel, refusé par le peuple français, affublé d’un faux nez.”

¹⁶⁰ Embora a sua aprovação tenha sido precedida de um período de reflexão e de restabelecimento após o fracasso do projeto e do significado político que o mesmo implicava.

¹⁶¹ ARNULL, Anthony - Europe’s Nemesis? In Henning Koch [et al.], Europe: the new legal realism. Chicago: Djof Publishing, 2010, p. 22.

¹⁶² UNIÃO EUROPEIA. Parlamento ; UNIÃO EUROPEIA. Conselho ; UNIÃO EUROPEIA. Comissão - Declaração por ocasião do 50.º aniversário da assinatura dos Tratados de Roma [Em linha]. Berlim : EURO-OP, 2007.

¹⁶³ “A unificação da Europa veio dar vida a um sonho de gerações passadas. Manda a nossa História que preservemos tal fortuna para as gerações vindouras.” In UNIÃO EUROPEIA. Parlamento ; UNIÃO EUROPEIA. Conselho ; UNIÃO EUROPEIA. Comissão - Declaração por ocasião do 50.º aniversário da assinatura dos Tratados de Roma.

¹⁶⁴ “Devemos para isso moldar, a cada passo e ao ritmo dos tempos, a configuração política da Europa.” UNIÃO EUROPEIA. Parlamento ; UNIÃO EUROPEIA. Conselho ; UNIÃO EUROPEIA. Comissão - Declaração por ocasião do 50.º aniversário da assinatura dos Tratados de Roma.

para o Parlamento Europeu de 2009, dotar a UE de uma base comum e renovada.” Tal propósito veio a ser alcançado ainda em 2007, mediante a adoção do Tratado de Lisboa.¹⁶⁵ No entanto, a suposta superação dos desencontros não tinha conhecido o seu termo, sendo ainda necessário ultrapassar duas provas adicionais: o julgamento do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*) relativo à aprovação do Tratado de Lisboa, e o processo de ratificação por parte da Irlanda.

O *Bundesverfassungsgericht* (BVerfGE), na decisão sobre a aprovação do Tratado de Lisboa¹⁶⁶ e na sequência da tradição inaugurada com a verificação da constitucionalidade do Tratado de Maastricht, salienta dois aspetos centrais, um deles relativo à soberania dos Estados-Membros, e que pode funcionar como condicionante do segundo, que respeita à competência da União.

Quanto à soberania, a decisão contém em traços muito firmes a afirmação da natureza da União enquanto associação de Estados soberanos¹⁶⁷ da qual os Estados-Membros continuam a ser os anfitriões. A delimitação de competências em termos globais, não terá passado tão incólume como aparentemente resultava, em matéria de normas de conflitos, às reações às sucessivas iniciativas nesse domínio. O problema da *kompetenz-kompetenz* foi suscitado a propósito dos limites da competência legislativa da UE previstos no Tratado de Lisboa.¹⁶⁸ Diferentemente do que sucedeu no julgamento sobre o Tratado de Maastricht, em que não se verificou uma clara enunciação de

¹⁶⁵ Tratado de Lisboa, assinado em Lisboa, em 13 de dezembro de 2007, publicado no *JOUE*, C 306 de 17 de dezembro de 2007, retificado através de Ata de Retificação publicada no *JOUE*, C 290 de 30 de novembro de 2009.

¹⁶⁶ Julgamento de 30 de junho de 2009 sobre a aprovação do Tratado de Lisboa. In GERMANY. The Federal Constitutional Court - *Headnotes to the judgment of the Second Senate of 30 June 2009* [Em linha]. Karlsruhe : The Federal Constitutional Court, 2009.

¹⁶⁷ No sentido da reafirmação da soberania dos Estados-Membros, mas também de que essa reafirmação no seu sentido tradicional, constituiu o *Leitmotiv* do julgamento, afirmando-se a preservação da independência externa conjugando-a com o poder decisório interno e dessa forma se mantendo o direito à autodeterminação democrática dos cidadãos, THYM, Daniel - In the name of sovereign statehood: a critical introduction to the Lisbon judgement of the german constitutional court. *CMLR*. 46 (2009) 1795-1822.

¹⁶⁸ O problema da *Kompetenz-Kompetenz*, pode ser delimitado historicamente a partir do caso Internationale Handelsgesellschaft mbH contra Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, proc. 11-70 [CJ (1969-1970) 625], cuja decisão do BVerfGE de 29 de maio de 1974, ficou conhecida como Solange I. Nesta decisão o Tribunal Constitucional alemão vem fixar a jurisprudência no sentido de que nenhuma disposição de direito comunitário que possa ser considerada incompatível com direitos fundamentais previstos na *Grundgesetz* (GG) constituição alemã, pode ser aplicada pelos tribunais alemães. Trata-se de uma desconsideração do princípio do primado do direito comunitário a avaliar pelo próprio BVerfGE. Diferente é a posição assumida por este órgão jurisdicional em acórdão de 22 de outubro de 1986, no caso Solange II [Wünsche Handelsgesellschaft. *CMLR*. 24 (1987) 719-730]. Um potencial conflito com o Tribunal de Justiça foi evitado porque este havia já manifestado que os direitos fundamentais consagrados nas constituições nacionais dos Estados-Membros se tinham tornado parte do património legal comum da União. O BVerfGE aceitou essa posição nos factos assentes, considerando que tal garantia uma proteção adequada aos direitos em discussão, renunciando ao controlo da compatibilidade entre a legislação da comunidade em relação aos direitos fundamentais previstos na GG enquanto o TJ continuar a proteger os direitos fundamentais de forma adequada.

prerrogativas do Tribunal Constitucional Federal,¹⁶⁹ neste julgamento, o Tribunal Constitucional Federal alemão afirmou a sua jurisdição de última instância em relação a todas as questões que envolvam conflitos potenciais entre a UE e o seu direito constitucional.¹⁷⁰

Nesta matéria o princípio do primado assume uma importância fundamental para a garantia da consolidação deste ordenamento, bem como para a coesão das decisões jurisprudenciais que no seu todo são adotadas. Esse princípio, que no Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, era consagrado expressamente no texto da Constituição¹⁷¹, vem agora previsto na Declaração 17 anexada à ata final da Conferência Intergovernamental, que adotou o Tratado de Lisboa,¹⁷² sob a forma de compromisso intergovernamental. A sua existência, nos termos em que foi criado pela jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, e a supremacia dos Tratados e do direito adotado pela União Europeia com base nos Tratados relativamente ao direito interno dos Estados, são afirmadas, nas condições estabelecidas pela jurisprudência.¹⁷³ Este princípio é limitado pelos princípios da atribuição, da subsidiariedade e da proporcionalidade.¹⁷⁴ O princípio da atribuição assume uma importância determinante. O princípio da subsidiariedade será apto a determinar em caso de competências partilhadas, se deve a União Europeia avançar com qualquer iniciativa, no caso de a mesma não poder ser melhor assegurada pelos Estados-Membros. A perícia, a eficiência e a legitimidade democrática podem suscitar profundos debates devido à complexidade da governação multinível.¹⁷⁵ A Declaração 18 anexa ao Tratado prevê que as competências não atribuídas à UE pelo direito originário, se mantêm nos

¹⁶⁹ MAYER, Franz C - Kompetenzüberschreitung und letztentscheidung, das Maastricht-urteil des bundesverfassungsgerichts und die letztentscheidung über ultra vires: akte in mehrebenensystemen. eine rechtsvergleichende betrachtung von konflikten zwischen gerichten am beispiel der EU und der USA. Wien: Verlag, 2000, p. 111.

¹⁷⁰ Neste sentido, BECK, Gunnar - The Lisbon judgment of the german constitutional court, the primacy of eu law and the problem of kompetenz-kompetenz: a conflict between right and right in which there is no praetor. European Law Journal. 17 : 4 (2011) 471.

¹⁷¹ Cujo Artigo I - 6.º, sob a epígrafe "Direito da União", dispunha "a Constituição e o direito adoptado pelas instituições da União, no exercício das competências que lhe são atribuídas, primam sobre o direito dos Estados-Membros."

¹⁷² Declarações anexadas à Ata Final da Conferência Intergovernamental que adotou o Tratado de Lisboa, assinado em 13 de dezembro de 2007 (Versão consolidada in JOUE, C 83 (30.03.2010) 335-359).

¹⁷³ Neste sentido, TJ 15.06.1964, o caso Flaminio Costa contra ENEL, proc. 6-64 [CJ (1962-1964) 553], o caso Internationale Handelsgesellschaft mbH contra Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, proc. 11-70 [CJ (1969-1970) 625]; e TJ 09.03.1978, caso Administração das Finanças do Estado contra Sociedade anónima Simmenthal, proc.106/77, [CJ (1978) 243]. Estes casos estabelecem a supremacia do direito da União Europeia sobre os direitos nacionais em geral. Na verdade, o princípio do primado é abordado numa ótica de essencialidade em face da consolidação de um ordenamento em afirmação progressiva, tendo em vista garantir a aplicação uniforme da lei.

¹⁷⁴ Consagrado no Protocolo N.º 2 Anexo ao Tratado de Lisboa.

¹⁷⁵ VANDENBRUWAENE, Werner - The judicial enforcement of subsidiarity, the comparative quest for an appropriate standard. In The role of constitutional courts in multilevel governance. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 134.

Estados-Membros. Aparentemente não existiria perspectiva de qualquer litígio no horizonte que provocasse incompatibilidades com o direito constitucional alemão, ou com o direito constitucional de qualquer outro Estado-Membro. Mais do que uma posição de princípio, a decisão do tribunal marca um ponto de partida para uma abordagem crescente dos direitos fundamentais do ponto de vista das constituições dos Estados-Membros. No entanto, não existe, apesar da previsão de competências constante do Tratado, qualquer certeza de uma inviabilização de recurso às competências implícitas, ou qualquer determinação rigorosa e clara de todas as matérias suscetíveis de se integrarem nas competências expressamente atribuídas à UE. O mesmo raciocínio se aplica às competências não transmitidas e que nos termos da Declaração n.º 18 anexa ao Tratado permanecem nos Estados-Membros. A subsidiariedade, para além de poder suscitar considerável margem de incerteza na apreciação da melhor medida para resolver um problema e por quem deve ser tomada, pode ser justificada, tal como foi na Proposta de Regulamento Roma I, por uma mera referência ao princípio e a assunção da competência dos órgãos da UE para avaliarem a situação. A proporcionalidade não é definida em termos rígidos. Não é expectável que a questão da competência deixe de ser objeto de tratamento a propósito de cada iniciativa que se pretenda desenvolver. Todos estes aspetos são suscetíveis de suscitar conflitos de competência, havendo interesse de ambas as partes em desenvolver iniciativas, sobre a mesma matéria, designadamente legislativas. A existência de um conflito entre duas normas de estatuto idêntico ou indeterminado pode também suscitar um conflito de competências se a aplicação das normas em questão for suscetível de ser apreciada por dois ou mais tribunais sem qualquer dependência de um em relação ao outro.¹⁷⁶ Qualquer conflito entre as quatro liberdades fundamentais consagradas nos Tratados e um direito fundamental previsto na Carta dos Direitos Fundamentais ou de um direito fundamental consagrado na generalidade das constituições dos Estados-Membros e que possa dessa forma ser entendida como um princípio geral de direito da União Europeia pode suscitar um novo debate relativo à competência e a intervenção de mais do que um tribunal. Este problema da *Kompetenz-kompetenz*, é, por um lado, um problema de interpretação, mas sobretudo pode converter-se num problema de integração ou num problema de “delimitação”, como sucedeu quanto à previsão de competência na matéria *sub iudice* no Tratado de Amesterdão. É uma questão muito em aberto, que suscitará a máxima precaução entre as partes envolvidas no tratamento

¹⁷⁶ BECK, Gunnar - The Lisbon judgment of the german constitutional court, the primacy of eu law and the problem of kompetenz-kompetenz: a conflict between right and right in which there is no praetor. European Law Journal. 17 : 4 (2011) 483.

das questões em que se coloque,¹⁷⁷ levando a um possível condicionamento das decisões do Tribunal de Justiça, em face da posição do Tribunal Constitucional Federal alemão.

Quanto ao processo de ratificação, todos os Estados adotaram a fórmula da ratificação pelos Parlammentos dos Estados-Membros, com exceção da Irlanda que decidiu avançar com um referendo, no qual foi alcançado o resultado de 53,4% de votos contra.¹⁷⁸ O impasse gerado por este embaraço, foi desbloqueado através de um procedimento já utilizado relativamente ao Tratado de Maastricht. A adoção de uma Decisão dos Chefes de Estado e de Governo dos 27 Estados-Membros da UE, reunidos no Conselho Europeu, relativa às preocupações do povo Irlandês quanto ao Tratado de Lisboa. Essa Decisão anexa às conclusões da Presidência oferece a garantia de que as matérias objeto de preocupação pelo povo Irlandês não serão afetadas pela entrada em vigor do Tratado de Lisboa. A ideia era adotar o conteúdo da decisão num Protocolo a anexar ao Tratado. Após o referendo de 2 de outubro de 2009 e a obtenção de 67 % a favor da ratificação, a UE pôde finalmente respirar de alívio quanto ao maior obstáculo à entrada em vigor do Tratado.¹⁷⁹

As perspetivas mais críticas continuam a coabitar com outras mais recetivas,¹⁸⁰ não parecendo por hora, e no rescaldo do chumbo do Tratado Constitucional, haver enquadramento para reações mais entusiastas. No entanto, as anotações à forma como a União Europeia continua a expandir as suas influências e a aumentar as suas competências, mantêm-se, salientando a efetiva falta de consolidação e profundidade normativa deste ordenamento¹⁸¹ em contínua construção.

¹⁷⁷ Considerando que o julgamento sobre o Tratado de Lisboa, marca o ponto mais crítico das conversas judiciais entre o BverfGE e o Tribunal de Justiça, no qual o primeiro assume uma posição potencialmente mais favorecedora de desencontros, BECK, Gunnar - The Lisbon judgment of the german constitutional court, the primacy of eu law and the problem of kompetenz-kompetenz: a conflict between right and right in which there is no praetor. *European Law Journal*. 17 : 4 (2011) 486.

¹⁷⁸ De acordo com o Departamento Irlandês de assuntos estrangeiros esta posição devia-se principalmente à preocupação dos cidadãos quanto a neutralidade militar; prevenção de excessiva regulação pela UE, a perda de um Comissário Irlandês, a manutenção da competência sobre a lei do aborto, direitos dos trabalhadores, a manutenção de competência sobre o controlo dos serviços públicos e a tributação das sociedades. Assim ARNULL, Anthony - Europe's Nemesis? In Henning Koch [et al.], *Europe: the new legal realism*. Chicago: Djof Publishing, 2010, p. 27.

¹⁷⁹ Como salienta ARNULL, Anthony - Europe's Nemesis? In Henning Koch [et al.], *Europe: the new legal realism*. Chicago: Djof Publishing, 2010, p. 29.

¹⁸⁰ Nesse sentido, RINOLDI, Dino - *La giustizia e il bilanciamento fra libertà e sicurezza nello spazio costituzionale europeo*. Milano: Giuffrè Editore: 2009, p. 777, que não deixando de salientar a restrição sucessiva da soberania dos Estados, como um acto voluntário que é traduzido na expressão soberania-liberdade, é suscetível de traduzir-se actualmente numa redução da soberania-independência.

¹⁸¹ Que já em 1985 era identificada por BADIALI, Giorgio - Le droit international privé des Communautés Européennes. *RCADI*. 191 (1985) 24.

Do ponto de vista do quadro legal do procedimento legislativo, a introdução do mecanismo da cooperação reforçada pelo Tratado de Amesterdão,¹⁸² traduz a ideia do aprofundamento da integração e dando entusiasmo à ideia da unificação, constitui um mecanismo ao seu serviço, assente não na necessidade de uma Europa a duas velocidades, mas na necessidade de uma Europa dinâmica que pretende abraçar também as iniciativas legislativas, ainda que não exista um consenso quanto a todas elas.

A perspetiva da integração, longe de ser unitária e de simples compreensão, impõe a sua conciliação com os interesses nacionais, da política com o direito, dos princípios com a realidade¹⁸³.

Tal realidade justifica a adoção de medidas nem sempre em sentido convergente, sendo por vezes necessário salvaguardar posições divergentes, sem provocar soluções de rutura, tendo em consideração a necessidade de assegurar a linha de continuidade quanto ao processo de integração da UE. Esta integração tem sido construída por etapas, com diferentes metodologias de acordo com a realidade existente em cada uma delas,¹⁸⁴ reforçada com elementos recolhidos de experiências anteriores, num constante processo de adaptação com vista ao alcance do melhor resultado. Se do ponto de vista institucional a perspetiva de adesão de diversos países reforçou a expectativa de consolidação e afirmação da vertente geopolítica e económica, entre outras, do ponto de vista dos Estados-Membros, impunha-se salvaguardar uma certa margem de autonomia relativamente à construção da Europa em certos domínios. A aceitação de que alguns Estados-Membros que pretendam avançar mais rapidamente em certos domínios do que outros, favorece a integração, na medida em que a aceitação das diferenças exclui os efeitos nefastos que da erosão das mesmas possam resultar. Na perspetiva de uma adesão em massa por parte dos designados países da Europa central e oriental, o tratado de Amesterdão tentando assegurar a máxima unificação em matérias consideradas fundamentais, designadamente para o bom funcionamento do mercado interno, também teve de prever uma integração variável mediante a sua

¹⁸² Prevista quanto aos princípios comuns a ambos os pilares nos artigos 43.º a 45.º do TUE e no artigo 11.º do TCE, no que respeita às matérias do primeiro pilar. Quanto a estas a cooperação reforçada ficava excluída nos domínios da competência exclusiva da Comunidade, nem podia constituir uma discriminação ao comércio entre os Estados-Membros, nem entre os mesmos provocar qualquer distorção das condições de concorrência.

¹⁸³ REAL, Manuel Desantes - In *varietas concordia: el ayer y el hoy de la integración diferenciada como instrumento para la construcción europea*. In Carlos Esplugues Mota; Guillermo Palau Moreno (Eds.), Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues. Paris: Tiran lo Blanch, 2012, p. 80.

¹⁸⁴ Basta considerar as diferenças existentes quanto ao processo de adesão da República Portuguesa e do Reino da Espanha e a adesão dos Países da Europa Central e Oriental (PECO).

flexibilização. Sobretudo antevendo uma perspetiva de alcance de consensos após um alargamento muito significativo a países um pouco mais distantes do ordenamento jurídico da então Comunidade, mas também a viabilidade de formas de integração progressivas.¹⁸⁵ Esta flexibilização do processo de integração,¹⁸⁶ concretizada na matéria contratual na previsão ao nível dos Protocolos anexos aos tratados, quer a previsão da não participação da Dinamarca, quer a possibilidade de *opting in* de outros Estados – Reino Unido e Irlanda – é concretizada no Tratado através da previsão do mecanismo da cooperação reforçada.

A possibilidade de a unificação não ser possível em todos os domínios, atentas as diferentes sensibilidades dos Estados-Membros, justificou a introdução desse mecanismo, institucionalizando a flexibilidade.¹⁸⁷ Tal mecanismo mantém no interior da UE, iniciativas que de outro modo poderiam ser desenvolvidas fora desse âmbito, com maior prejuízo para o processo de integração. A sua previsão foi bastante prudente¹⁸⁸ já que apenas podia ser escolhida essa via com o acordo de todos os Estados. A prudência manteve-se, apesar das alterações introduzidas pelo Tratado de Nice¹⁸⁹ e foi confirmada e aprofundada no Tratado de Lisboa.¹⁹⁰ Desde a entrada em vigor deste

¹⁸⁵ Considerando que o que motivou a previsão do estudo foi a flexibilização “dos caminhos da integração sejam ou não os caminhos dos futuros Estados-Membros”, ou seja uma integração ara todos os Estados-Membros e não apenas a relativa aos PECO, PALMA, Maria João - A cooperação reforçada após o Tratado de Nice: alguns alinhavos críticos. In Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles. Coimbra: Almedina, 2003, Vol. 5, p. 21.

¹⁸⁶ Como a designou MARIÑO MENÉNDEZ, F. M. - Integración flexible en la Union Europea: el marco del tratado de Amesterdam. In MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., Acción exterior en la Union Europea y comunidad internacional. Madrid: Universidad Carlos III y BOE, 1998, p. 68-73.

¹⁸⁷ PONS RAFOLS, Xavier - Unificación, armonización y flexibilidad: algunas reflexiones en torno a la primera cooperación reforzada establecida en el marco de la Unión Europea. In Alegria Borrás [et al.], Entre Bruselas y la Haia: estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional. Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 750.

¹⁸⁸ Em face da perspetiva da construção de uma Europa à la Carte ou a duas velocidades, o que constituiria a outra face do entusiasmo integracionista e poderia gerar o risco de fragmentar o ordenamento jurídico.

¹⁸⁹ Não tendo, à data, ainda sido lançada mão desse mecanismo, reconheceu-se que o mesmo havia sido previsto em termos bastante rígidos. No âmbito das alterações ao primeiro pilar, salienta-se que neste tratado desaparece a possibilidade de os Estados se poderem opor à cooperação reforçada, mas introduz-se a limitação à sua utilização a um número mínimo de oito Estados-Membros. Para além dessa alteração passa-se a prever que a cooperação deve reforçar a integração da União e não deve prejudicar o mercado interno nem a coesão económico-social, nem constituir nenhum entrave ao comércio entre os Estados-Membros, nem provocar qualquer distorção da concorrência.

¹⁹⁰ Que manteve as disposições previstas no projeto de Tratado Constitucional, nos artigos I-44 e III-416 a III-423, JOUE C 310, de 16 de dezembro de 2004, mantendo a previsão quanto a não poderem as cooperações reforçadas prejudicar o mercado interno, nem a coesão económica, social e territorial. Tal como que não podem constituir uma restrição, nem uma discriminação ao comércio entre Estados-Membros, nem provocar distorções de concorrência entre eles (art.º 326.º). Mais se comete ao Conselho e à Comissão a garantia da coerência das ações empreendidas no âmbito de uma cooperação reforçada e ainda a coerência dessas ações com as políticas da União (art.º 334.º). Quanto à previsão de uma cláusula de solidariedade para apoio aos *outsiders*, sugerida por PALMA, Maria João – O projecto de tratado que estabelece uma constituição para a Europa. In Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha. Coimbra: Almedina, 2010, p. 682, consideramos que não devem ser os Estados-Membros que decidiram avançar com a cooperação reforçada, e que de acordo com as alterações introduzidas pelo Tratado de Nice, suportam os custos da execução da cooperação reforçada, que deverão financiar ações no sentido do alcance de um benefício que em princípio deve ser considerado comum, como seja o alcance da unificação em certa matéria.

tratado, a previsão desta figura e os princípios a que se encontra sujeita, constam do artigo 20.º, constando as disposições sobre o procedimento dos artigos 326.º a 334.º do TFUE. A cooperação reforçada estabelecida na forma de regulamento, desafia a previsão normativa deste ato no direito originário,¹⁹¹ na medida em que o mesmo não é, em tal circunstância, diretamente aplicável em todos os Estados-Membros. No entanto, a sua escassa utilização não permite uma conclusão quanto à institucionalização de uma Europa *à la carte*, mas antes de um longo caminho a percorrer quanto a algumas iniciativas, sobretudo quanto a iniciativas nas matérias em que a unanimidade continua a ser exigida, como é o caso do direito da família.¹⁹² Foi de resto nesta matéria que surgiu a primeira cooperação reforçada, concretizada na adoção do Regulamento Roma III,¹⁹³ em resultado da falta de acordo dos Estados quanto à proposta de alteração do Regulamento Bruxelas II bis,¹⁹⁴ conferindo, de alguma forma, atualidade às críticas sobre a utilidade de uma unificação do direito internacional privado da família na UE.¹⁹⁵

É previsível que a cooperação reforçada venha a ser usada numa importante previsão de direito internacional privado. Essa possibilidade decorre da necessidade de unificação dos aspetos gerais do direito internacional privado que vem sendo sustentada entre académicos¹⁹⁶ e que suscita interesse ao nível institucional, tendo o Parlamento

¹⁹¹ Contida no artigo 288.º do TFUE. Especialmente sobre a aplicabilidade direta a todos os Estados-Membros. Sobre a matéria SANTOS, Rui Teixeira - Direito da União Europeia. Lisboa: Bnomics: 2014, p. 105.

¹⁹² Sujeito à regra da unanimidade de acordo com o previsto no artigo 81.º n.º 3 do TFUE, em cuja base foi apresentada a Proposta de Regulamento do Conselho relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais, COM (2011) 126 final, de 16.03.2011 e a Proposta de Regulamento do Conselho relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria de efeitos patrimoniais das parcerias registadas, COM (2011) 127 final de 16.03.2011. Estas propostas vieram, entretanto, a ser aprovadas, correspondendo ao Regulamento (UE) 2016/1103 do Conselho, de 24 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais; e ao Regulamento (UE) 2016/1104 do Conselho, de 24 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de efeitos patrimoniais das parcerias registadas.

¹⁹³ Regulamento (UE) N.º 1259/2010 do Conselho, de 20 de dezembro de 2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial (JOUE, L 343 de 29.12.2010), a que se seguiu o Regulamento (UE) 1257/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de dezembro de 2012, que regulamenta a cooperação reforçada no domínio da criação da proteção unitária de patentes (JOUE, L 361 de 31.12.2012).

¹⁹⁴ Regulamento (CE) N.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental, aplicável às matérias civis relativas à atribuição, ao exercício, à delegação, à limitação ou à cessação da responsabilidade parental (JOCE L 338 de 23.12.2003).

¹⁹⁵ Posição assumida por GAUDEMET-TALLON, Hélène - De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'Union Européenne. In Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço. Coimbra: Almedina, 2002, p. 159 e ss. e 185, que salientando a dificuldade de distinguir o âmbito comunitário e o âmbito internacional, a ausência de qualquer ligação ao mercado interno, o princípio da subsidiariedade e a salvaguarda da identidade, conclui que "le droit international privé communautaire peut faciliter les rapports harmonieux dans l'Union européenne par le biais des conflits de juridictions, mais il serait sans doute dangereux qu'il s'aventure sur le terrain des conflits de lois en matière de droit des personnes et de la famille; en droit aussi, il y a des "jardins secrets" à préserver".

¹⁹⁶ FALLON, M. [et al.] - Quelle architecture pour un code européen de droit international privé? Bern: Peter Lang: 2011; LEIBL, Stefan; UNBERATH, Hannes (Eds.) - Brauchen wir ein Rome 0 verordnung?

Europeu solicitado a elaboração de um estudo sobre esta inovação,¹⁹⁷ um código sobre o direito internacional privado.

A codificação da parte geral desta matéria, que corresponde à ideia de um Regulamento Roma 0,¹⁹⁸ bem como a regulação de outras matérias identificadas como lacunas,¹⁹⁹ poderá contribuir para uma maior coerência e eficácia²⁰⁰ do direito internacional privado europeu existente, e ainda permitirá desenvolver princípios comuns que beneficiarão matérias que não são ainda objeto de harmonização. A apresentação de uma iniciativa neste domínio, como antecâmara da adoção no longo prazo, de futuro código de direito internacional privado²⁰¹, demonstra a persistência da comunidade académica quanto a uma ideia adiada.²⁰² A existência de um embrião da autoria de Paul Lagarde²⁰³ é acolhida como um ponto de partida para uma nova discussão,²⁰⁴ agora com um âmbito mais reduzido. A concretização desta ideia ainda geral, nas instâncias legislativas da

Überlegungen zu einem allgemeinen teil des europäischen IPR. Sippligen: Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2013; KEININGER, Eva Maria - Das Europäische IPR vor der kodifikation? In Herbert Kronke; Karsten Thorn (Eds.), Grenzen überwinden: prinzipien bewahren. Bielefeld: Giesecking Verlag, 2012, p. 187-197; CZEPELACK, M. - Would we like to have a European code of private international law? European Review of Private Law. 18 : 4 (2010) 705-728.

¹⁹⁷ Este trabalho foi elaborado por peritos do T. M. C. Asser Institute, Instituto de Direito Internacional e Universidade Erasmus de Roterdão em colaboração com um grupo de peritos da UE e sob a direção científica de X. KRAMER. (KRAMER, Xandra, dir. [et al.] - A European Framework for private international law : current gaps and future perspectives [Em linha]. Brussels : European Union, 2012).

¹⁹⁸ Esta designação assegura a continuidade relativamente a todos os regulamentos designados como Roma e a referência que pretende significar o seu âmbito de aplicação material a todos os regulamentos previamente mencionados. Neste sentido LEIBLE, Stefan; MÜLLER, Michael - A general part of European private international law? The idea of a Rome 0 regulation. YPIL. 14 (2013) 139.

¹⁹⁹ No estudo elaborado por solicitação do Parlamento Europeu, In KRAMER, Xandra, dir. [et al.] - A European Framework for private international law : current gaps and future perspectives [Em linha]. Brussels : European Union, 2012, p. 8-9, e no âmbito do Direito das obrigações, são identificadas como sendo as mais importantes, as respeitantes a: propriedade, negócios fiduciários, representação, mandato e sociedades. No domínio do Direito da família são identificadas lacunas respeitantes a: casamento, parcerias registadas e institutos semelhantes, nome das pessoas singulares, adoção, parentalidade, proteção dos adultos e estatuto e capacidade das pessoas singulares em geral.

²⁰⁰ Neste âmbito, HEISS, Helmut; KAUFMANN-MOHI, Emese - Classification: a subject mater for a Rome 0 regulation? In Stefan Leible (Ed.), General principles of European private international law. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law, 2016, p. 87, consideram que existem duplicações desnecessárias nas disposições de direito de conflitos e discrepâncias de regimes dando como exemplo o disposto no artigo 3.º do Regulamento Roma I, artigo 14.º do Regulamento Roma II, artigo 5.º do Regulamento Roma III e o artigo 22.º do Regulamento Roma IV, todos contendo disposições sobre escolha de lei, podendo essa escolha ser regulada numa única disposição do Regulamento Roma 0, contendo esses regulamentos apenas regras especiais.

²⁰¹ Como salienta KRAMER, Xandra, dir. [et al.] - A European Framework for private international law : current gaps and future perspectives [Em linha]. Brussels : European Union, 2012.

²⁰² BASEDOW, Jürgen – Berichte: Kodifizierung des Europäischen Internationalen Privatrechts? RebelsZ. 75 (2011) 671.

²⁰³ LAGARDE, Paul - Embryon de règlement portant code européen de droit international privé. RebelsZ. 75 (2011) 673-676, composto por 24 artigos, em cujos Título e capítulo I, artigo 111.º se prevê: “Le présent code régit la compétence internationale des juridictions des États membres, la détermination du droit applicable et les conditions d’efficacité dans chaque Etat membre des décisions étrangères et actes authentiques émanant d’un autre Etat [membre] ainsi que la reconnaissance des situations juridiques constituées dans un autre Etat [membre].” Este embrião foi apresentado na sequência da conferência de Toulouse, realizada em 17 e 18 de março de 2011.

²⁰⁴ BASEDOW, Jürgen – Berichte: kodifizierung des europäischen internationalen privatrechts? RebelsZ. 75 (2011) 671.

UE, pode encontrar na codificação portuguesa a sua fonte de inspiração²⁰⁵ ou pelo menos pode colher nela importantes elementos. No entanto, as dificuldades expectáveis quanto à sua adoção,²⁰⁶ deixam antever um longo percurso, sendo plausível o recurso à cooperação reforçada²⁰⁷ como forma de viabilização de uma iniciativa neste domínio e da sua implementação gradual.

Este embrião lançado recentemente, ainda no rescaldo do esforço realizado na tentativa de preparação de outra codificação europeia, na vertente material e da qual resultou a apresentação de uma proposta de Regulamento relativo a um Direito europeu comum da compra e venda,²⁰⁸ entretanto abandonada, demonstra que nada desmotiva os juristas europeus. Nem mesmo a resistência por parte de alguns deles quanto a projetos, ao seu tempo, considerados muito ou demasiado inovadores. É até nessa vertente material do direito aplicável aos contratos que se verifica a maior fratura do entendimento quanto à unificação do edifício legislativo da União, com repercussões no direito internacional privado. A persistência de alguns faz com que a cada nova ideia, a nostalgia e a prudência europeias vão retirando do baú as experiências e as discussões passadas, tentando extrair das mesmas ensinamentos e perspetivas sobre a melhor via a seguir. Em matéria de codificação, o século XIX dá-nos quer o exemplo de um código civil que influenciou grandemente a codificação posterior na Europa, quer o exemplo de uma discussão entre importantes académicos sobre a necessidade de codificação. A adoção do Código Civil francês de 1804²⁰⁹ marcou, pela sua atualidade, as iniciativas posteriores no enquadramento geográfico europeu. Na Alemanha, a adoção de um código civil em 1900,²¹⁰ foi o resultado e a conclusão prática posterior, da discussão novecentista mantida entre Anton Friedrich Justus Thibaut²¹¹ e Friederich Carl Von Savigny²¹² a propósito da elaboração de um código civil para o território da Alemanha.²¹³

²⁰⁵ Como defende PINHEIRO, Luís de Lima - The methodology and the general part of the portuguese private international law codification: a possible source of inspiration for the european legislator? YPIL. 14 (2013) 153-172.

²⁰⁶ A efetuar nos termos do disposto no art.º 81.º, n.º 2, al. c) do TFUE.

²⁰⁷ Neste sentido KRAMER, Xandra, dir. [et al.] - A European Framework for private international law : current gaps and future perspectives [Em linha]. Brussels : European Union, 2012.

²⁰⁸ Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um direito europeu comum da compra e venda, COM (2011) 635 final, de 11.10.2011.

²⁰⁹ Impregnado dos ideais da revolução francesa: liberdade, igualdade, fraternidade.

²¹⁰ Bürgerliche Gesetzbuch.

²¹¹ THIBAUT, Anton Friedrich Justus - Über die notwendigkeit eines allgemeinen burgerlichen rechts in Deutschland. Heidelberg: Heidelberg University, 1814; reimpresso HATTENHAUER, Hans von - Thibaut und Savigny: ihre programmatischen schriften. Wien: Verlag Vahlen, 1973, p. 61 e ss.

²¹² SAVIGNY, F. C - Vom beruf unserer zeit fur gesetzgebung und rechtswissenschaft. Heidelberg: Heidelberg University, 1814; reimpresso HATTENHAUER, Hans von - Thibaut und Savigny: ihre programmatischen schriften. Wien: Verlag Vahlen, 1973, p. 95 e ss.

²¹³ Enquanto Thibaut propunha a adopção de um código que substituísse o sistema vigente que combinava a aplicação do sistema geral do *ius commune* e o sistema especial do *ius proprium*, Savigny, que não se opunha frontalmente à codificação, considerava que a lei constituía, não o resultado estático de deduções

O legislador, qualquer legislador deve, em cada momento, conseguir captar a realidade que o rodeia e plasmar em normas jurídicas a regulamentação que considera mais adequada e que corresponde ao sentimento de justiça e às aspirações da sociedade a que se destinam. Num ordenamento jurídico alargado, a tarefa do legislador é sempre muito mais árdua e apesar dos procedimentos adotados em momento anterior à apresentação das propostas, a sua sorte fica sempre dependente do futuro, do devir, na medida em que existe sempre a possibilidade de negociar até ao final alguns termos ou procedimentos que não sejam do agrado de algum dos Estados. Nessa hipótese, a cooperação reforçada surge como uma medida de inclusão de todos os que não estando de acordo com o teor de certa proposta, poderem após análise dos resultados da sua implementação, vir a aderir à mesma. A previsão deste mecanismo e a sua utilização, demonstra que existem no ordenamento jurídico da UE, diferentes formas de perspetivar temas distintos e a necessidade de algum esforço para alcançar efetiva convergência de soluções legislativas.

A unificação não é uma realidade inquestionável em nenhuma organização,²¹⁴ o que inclui naturalmente a UE e demonstra a vulnerabilidade e a necessidade de soluções de compromisso neste espaço jurídico.

1.8. ATUAL ENQUADRAMENTO NORMATIVO DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO EM MATÉRIA DE DIREITO DE CONFLITOS

O quadro jurídico constante dos atos de direito originário adotados, deve ser suficientemente esclarecedor das competências para prosseguir com uma ação em certo domínio. Têm assim muita importância, as disposições consagradas às competências quer da União, quer dos Estados-Membros.²¹⁵ O TFUE consagra uma competência partilhada entre a União e os Estados-Membros, nos termos do artigo 4.º

lógicas, mas um produto da história. Nesse sentido, entendia que incumbia à jurisprudência perscrutar a lei de acordo com o “*volksgeist*” previamente à implementação de qualquer codificação.

²¹⁴ Basta atentar no projeto de Convenção da Haia sobre o reconhecimento de decisões judiciais que recentemente motivou a adoção de uma Convenção com um âmbito muito mais restrito, apenas sobre pactos de jurisdição, empurrando a matéria da escolha da lei para um instrumento autónomo, neste momento prevista em sede de princípios e exclusivamente quanto à lei escolhida pelas partes. Quanto a este projeto GODDARD, David - The fruits of the judgments project. In HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau (Ed.) - A commitment to private international law: essays in honour of Hans Van Loon. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 195-206. Recentemente, em 2 de julho (2019), foi adotada a Convenção sobre o reconhecimento e a execução de sentenças estrangeiras em matéria civil e comercial.

²¹⁵ Recordando que este era um dos aspetos fundamentais realçados na Declaração 23 anexa ao Tratado de Nice e que a convocação da Convenção obedecia ao objetivo de dar corpo ao debate mais amplo e aprofundado sobre o futuro da UE, também já anunciado na mencionada declaração, RAMOS, Rui Moura - O projecto de tratado que estabelece uma constituição para a Europa. Temas de Integração. 15-16 (2003) 272.

e do artigo 5.²¹⁶, quando os Tratados lhe atribuem competência em domínios não contemplados nos artigos 3.^o (competência exclusiva) e 6.^o (competência complementar). Encontram-se entre as primeiras, as competências relativas ao espaço de liberdade, segurança e justiça,²¹⁷ previsto no Título V. Após a entrada em vigor do Tratado de Amesterdão, entende-se que a unificação só deve proceder, se e na medida em que, os objetivos da ação a desenvolver não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-Membros, e não possam ser melhor alcançados pelos Estados-Membros. O princípio da subsidiariedade é reafirmado no Tratado²¹⁸.

A competência da UE em matéria de normas de conflitos passou a estar prevista no Título V – espaço de liberdade, de segurança e de justiça – capítulo 3, cooperação judiciária em matéria civil, artigo 81.^o do TFUE.²¹⁹ Este tratado vem alterar a previsão legal contida no artigo 65.^o do TCE, e que constitui norma habilitante do Regulamento Roma I. A atual redação dessa norma legal, consagra a previsão desta competência apartada do bom funcionamento do mercado interno.

Esta diferente previsão normativa, relativamente até à versão do projeto de Tratado que institui uma Constituição para a Europa, não parece fundar-se em desconsideração da necessidade da adoção de medidas nesse âmbito para assegurar o bom funcionamento do mercado interno, mas antes na desnecessidade da sua previsão, por se considerar que a necessidade de justificação dessa conexão se encontra ultrapassada e está adquirida.²²⁰ Não que tal omissão tenha em vista legitimar atos anteriormente

²¹⁶ Substancialmente diferente era a previsão contida na 2ª parte do número 2 do artigo 11.^o do projeto de Tratado Constitucional, nos termos da qual: “Os Estados-Membros exercem a sua competência na medida em que a União não tenha exercida a sua ou tenha decidido deixar de a exercer.” Tratava-se de um critério muito próximo ao que resultava da declaração de competências em matéria de direito internacional privado apresentada à Conferência da Haia, que não teria em consideração o princípio da subsidiariedade, mas antes uma reserva de competências a favor da União. No sentido da previsão de uma reserva de exclusividade a favor da Comunidade, que atribui a primazia de atuação à Comunidade e apenas legitimando a atuação dos Estados-Membros no caso de aquela não ter interesse em atuar, PALMA, Maria João - O projecto de tratado que estabelece uma Constituição para a Europa. In *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*. Coimbra: Almedina, 2010, Vol. 1, p. 678.

²¹⁷ SANTOS, Rui Teixeira - *Direito da União Europeia*. Lisboa: Bnomics: 2014, p. 234-235.

²¹⁸ Conforme nota supra.

²¹⁹ De acordo com a versão consolidada, publicada no JOUE, C 83, de 30 de março de 2010. Diferente era a previsão do artigo I-42.^o do projeto de Tratado Constitucional, sob a epígrafe “*Disposições específicas relativas ao espaço de liberdade, segurança e justiça*”, previa a adoção de leis e leis-quadro europeias destinadas, se necessário, a aproximar as disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros nos domínios previstos no artigo III-269, cuja alínea c) do n.º 2 previa a adoção de medidas de aproximação legislativa e regulamentar dos Estados-Membros, em matéria de conflitos de leis e de jurisdição.

²²⁰ Sendo agora necessário, dado sobretudo o papel crescente das disposições constitucionais dos Estados-Membros, retirar-lhe o enquadramento estritamente económico, e procurar o modelo para a futura concretização de novas iniciativas assentes em valores devidamente consolidados e princípios estruturantes. Isto, sem prejuízo de para a doutrina crítica das competências conferidas pelo Tratado de Amesterdão, se poder ver nessa não previsão da necessidade das medidas a adotar para o bom funcionamento do mercado interno, uma medida legislativa que configura um passo complementar no sentido da legitimação dos atos anteriores, como salienta SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A. – La política legislativa de la Unión Europea en materia de Derecho Internacional Privado: de la técnica del carro ante los buyes a la estrategia del avestruz. In Carlos Esplugues Mota; Guillermo Palau Moreno (Eds.), *Nuevas*

adotados,²²¹ mas antes considerando a necessidade de dotar essa competência comunitária de uma dimensão mais ampla do que a que resulta de uma perspectiva puramente economicista. Não se duvida das mais valias da adoção do Regulamento Roma I, tanto do ponto de vista da limitação do *forum shopping*, como numa perspectiva de certeza e de segurança jurídica deste ordenamento. A ideia da unificação, em ritmo parcimonioso, deve prosseguir na medida do necessário e conveniente à consolidação dos interesses dos países que compõem a União. Mau grado as implicações políticas que a aceitação cabal que o princípio do primado possa suscitar, esse princípio básico de um ordenamento jurídico onde se enxertou o direito internacional privado, deve permanecer intacto no interesse comum dos povos da Europa. O afastamento da instabilidade e da contradição e as controvérsias que as diferentes previsões legais das mesmas realidades jurídicas podem suscitar, em que se fundou desde tempos remotos a ideia de codificação²²² deve ser aceite sob pena de desarticulação do sistema jurídico da União.²²³

A consolidação de competências neste âmbito na União, por via de um processo gradual, é fruto de um ordenamento jurídico em construção.

O quadro jurídico constante dos atos de direito originários adotados, tem influência decisiva na aferição da competência da UE ou dos Estados-Membros quanto à adoção de legislação em certos domínios.

A competência consagrada no artigo 73.º M do Tratado de Amesterdão, passou a constar dos artigos 61.º e 65.º do TCE e consta dos atuais artigos 67.º e 81.º do TFUE.²²⁴

fronteras del derecho de la Unión Europea: liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues. Paris: Tiran lo Blanch, 2012, p. 134.

²²¹ Em sentido oposto, SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A. – La política legislativa de la Unión Europea en materia de Derecho Internacional Privado: de la técnica del carro ante los bueyes a la estrategia del avestruz. In Carlos Esplugues Mota; Guillermo Palau Moreno (Eds.), Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues. Paris: Tiran lo Blanch, 2012, p. 134.

²²² Como ensinava VILLELA, Álvaro da Costa Machado – Lições de direito internacional privado. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1905-1906, Liv. 1 p. 142, a propósito da codificação do direito internacional consuetudinário, "...a ideia da codificação nasceu da incerteza que oferecia o direito internacional consuetudinário, da instabilidade e contradição de muitos tratados e das mil controvérsias que essa incerteza, essa instabilidade e essa contradição naturalmente produziam."

²²³ Especialmente no que respeita à possibilidade de sindicância de compatibilidade entre normas de governação multinível.

²²⁴ De acordo com a versão consolidada, publicada no JOUE, C 83, de 30 de março de 2010. O artigo I-42.º do projeto de Tratado Constitucional, sob a epígrafe "Disposições específicas relativas ao espaço de liberdade, segurança e justiça", e constatando que a "União constitui um espaço de liberdade, segurança e justiça," previa a adoção de leis e leis-quadro europeias destinadas, se necessário, a aproximar as disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros nos domínios previstos no artigo III-269, cuja alínea c) do n.º 2 previa a adoção de medidas de aproximação legislativa e regulamentar dos Estados-Membros, em matéria de conflitos de leis e de jurisdição.

Apesar de se entender, após a entrada em vigor do Tratado de Amesterdão, que a unificação só deve proceder, se e na medida em que, os objetivos da ação a desenvolver não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-Membros, e não possam ser melhor alcançados pelos Estados-Membros, a atual base jurídica da matéria não prevê qualquer ligação com o objetivo de promover o bom funcionamento do mercado interno. Da alteração da previsão legal contida no anterior artigo 65.º do TCE, e que constitui norma habilitante do Regulamento Roma I, face à atual redação do artigo 81.º do TFUE, parece resultar a desvalorização do objetivo da adoção de medidas de unificação tendo em vista o bom funcionamento do mercado interno.²²⁵ No entanto, são as vicissitudes económicas que vêm potenciando o incremento de competências que permitem a expansão do direito internacional privado na UE,²²⁶ sendo de notar que o mercado interno se enquadra nas competências partilhadas²²⁷ a esse nível. No entanto, tal não significa que o Regulamento Roma I não continue a ser considerado como um instrumento de favorecimento do mercado interno, atenta a sua elevada previsibilidade.²²⁸

Atenta a hierarquia das fontes de direito internacional privado e o disposto nos números 2 e 4 do artigo 8.º da Constituição da República Portuguesa,²²⁹ o regime aplicável aos contratos comerciais internacionais, tem de ser procurado, em primeiro lugar, nos instrumentos a que aludimos supra. Na falta de previsão nesses instrumentos, trata-se de uma situação de não unificação e a solução tem de ser encontrada nas disposições nacionais de Direito internacional privado dos Estados-Membros.²³⁰

²²⁵ De todo o modo, o Tratado de Lisboa, veio inviabilizar a celebração de convenções internacionais em matéria cujas competências se encontram previstas no direito da UE originário, como é o caso do Direito de conflitos.

²²⁶ Invocando a necessidade de acabar com os obstáculos às liberdades europeias de circulação, e que tal efeito era necessário para que as autoridades europeias assumissem a competência exclusiva para elaborar normas de Direito internacional privado CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier - Derecho internacional privado. 18ª ed. Madrid: Editorial Comares, 2018, Vol. 1, p. 67.

²²⁷ Considerando que “a União dispõe de competência partilhada, segundo o artigo 4.º do TFUE, com os Estados-Membros quando os Tratados lhe atribuam competência em domínios não contemplados nos artigos 3.º (competência exclusiva) e 6.º (competência complementar) do TFUE.” e que “As competências partilhadas entre a União e os Estados-Membros aplicam-se aos domínios a seguir enunciados: a) Mercado Interno; b) Espaço de liberdade, segurança e justiça”, SANTOS, Rui Teixeira - Direito da União Europeia. Lisboa: Bnomics: 2014, p. 234-235.

²²⁸ Neste sentido, VAN CALSTER, Geert - European private international law. Oxford Hart Publishing: 2013, p. 127.

²²⁹ Sobre as fontes de Direito internacional privado português, a sua evolução posterior ao Código Civil de 1966 e o efeito de erosão do sistema de DIP no mesmo introduzido, RAMOS, Rui Moura - Linhas gerais sobre a evolução do direito internacional privado português posteriormente ao código civil de 1966. In Estudos de direito internacional privado e de direito processual civil internacional. Coimbra: Almedina, 2007, Vol. 2, p. 275 e VICENTE, Dário Moura - Direito internacional privado: ensaios. Coimbra: Almedina, 2010. Vol. 3, p. 409 e ss.

²³⁰ Em Portugal, as obrigações contratuais na perspetiva conflitual, encontram-se previstas nos artigos 41.º e 42.º do C.C..

Por esclarecer, estão ainda os potenciais efeitos do *brexít* no domínio da contratação internacional, na medida em que os regulamentos em geral, e o regulamento Roma I em particular, deixarão de ter força vinculativa no Reino Unido. Essa ocorrência, a concretizar num futuro próximo, na sequência de um procedimento interno legitimador – o referendo – pode provocar efeitos ao nível da contratação internacional.

Esses efeitos podem ser objeto de análise em duas perspetivas. A primeira, a da escolha do direito inglês,²³¹ o mais escolhido ao nível da contratação internacional, seguido do direito suíço, dos direitos americanos, do direito francês e do direito alemão.²³² A expetável diminuição da escolha do direito inglês aparece indissociavelmente ligada à restrição associada à escolha da lei de um Estado terceiro, que apenas permite a incorporação por referência de normas do direito escolhido no âmbito das disposições de direito supletivo da UE (artigo 3/4 do Regulamento Roma I).²³³ Donde, a saída do Reino Unido da UE poderá comportar uma alteração à escolha do direito vigente nesse território e não apenas nesta vertente²³⁴. A segunda ao nível da eleição de foro, o que implicará muito provavelmente uma drástica redução de procura do *forum* de Londres, nas situações em que os elementos de conexão estão situados noutros territórios. Neste caso a desvinculação pode implicar a perda de efeitos muito importantes em matéria comercial internacional, como é o *exequatur*. Uma deslocalização da procura da justiça pode operar-se em favor de outros centros geográficos fora da UE,²³⁵ ou ainda que neste espaço, em favor dos países nos quais a

²³¹ Com ampla tradição e reconhecido pragmatismo na matéria da contratação internacional, sobretudo ao nível do comércio marítimo.

²³² De acordo com os dados da Câmara de Comércio Internacional, relativamente aos anos de 2007 a 2012, como refere CUNIBERTI, Gilles - La faible attractivité internationale du droit français des contrats. In D'AVOUT, Louis [et al.], Melanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit: les relations privées internationales. Paris: LGDJ, 2014, p. 257.

²³³ A não ser que passe a aplicar-se, na matéria das obrigações contratuais, a Convenção de Roma. Neste sentido MAGNUS, Ulrich – Introduction. In MAGNUS, Ulrich, ed. ; MANKOWSKI, Peter, ed. - European Commentaries on private international law. Rome I regulation. [S.l.] : SELP, 2017. Vol. 2, p. 20.

²³⁴ Dado que e noutro ponto de vista, o fenómeno a que nos referimos, terá influência em face da elevada procura de constituição de sociedades comerciais nesse Estado, e a abertura de sucursais noutros Estados-Membros na medida em que após a saída, esta prática, que tem vindo a ser objeto de análise jurisprudencial pelo Tribunal de Justiça, deixará de poder ser enquadrada no âmbito da liberdade de estabelecimento. Assim se adensando as consequências decorrentes da constituição de uma sociedade comercial no Reino Unido e a sua submissão a um enquadramento jurídico diferente, que muito provavelmente terá como consequência a redução da procura do Reino Unido enquanto Estado da incorporação e consequente submissão à lei desse lugar.

²³⁵ Que pode ocorrer a favor de Nova Iorque e Singapura como sugere LEIN, Eva – Unchartered territory? a few thoughts on private international law post Brexit. *YPI*. 17 (2016) 33-47, sem excluir a hipótese de surgimento de outros polos de atração, designadamente asiáticos. Nesta matéria, Hong Kong surge em posição privilegiada uma vez que apesar da sua integração na República Popular da China, mantém uma extrema proximidade com a legislação do Reino Unido, sendo os princípios que regem o transporte de mercadorias por mar muito influenciados pelas decisões dos tribunais britânicos como resulta da análise de TAI, Sik Kwan; FUNG CHAN, Calvin Chu - Jurisdiction clauses in sea carriage contracts under Hong Kong law. In Yao-Ming Hsu; Yuichiro Tsuji (Eds.), International Business Law in the 21st century: challenges and issues in East Asia. Cambridge: Cambridge Independent Press, 2013, p. 161-171.

tramitação dos processos judiciais se efetue em língua inglesa, como é o caso da Holanda.

Esta agitação expetável quanto à procura da jurisdição inglesa produzirá efeitos ainda em matéria de arbitragem, prevendo-se um acentuado acréscimo do recurso a este meio alternativo de resolução de litígios, favorecido pela segurança quanto à revisão de sentenças garantida pela Convenção de Nova Iorque.

2. CARACTERÍSTICAS DA UNIFICAÇÃO

2.1. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO UNIFORME

O enquadramento anterior traça o quadro geral no qual se fundou o alcance de um regime unificado de regras de conflitos em matéria contratual. No entanto, a existência de um tal regime, não é apta por si só, a garantir a coerência do novo quadro jurídico criado quanto à sua concreta subsunção à contratação comercial internacional. Em termos gerais, é de salientar a importância da qualidade legislativa no fenómeno interpretativo, especialmente no que respeita à necessidade de, nas previsões legais, se albergarem os princípios comuns à legislação já existente nos Estados-Membros, sob pena de a sociedade a que a mesma se dirige não se identificar com as normas que têm pretensão à sua regulação.²³⁶ Este pressuposto fundamental, encontra posterior desenvolvimento na ideia de uma interpretação uniforme das disposições contidas especialmente no regulamento em análise, mas também no conjunto de disposições, quer de direito derivado, quer de direito originário, cuja interpretação e aplicação são suscetíveis de concretizar um regime unificado quanto aos contratos comerciais internacionais. O desenvolvimento posterior de novas iniciativas que possam produzir efeitos positivos nesta concreta matéria, como a alteração a introduzir a algumas disposições do Regulamento em análise, ou outras como seja, uma ideia ainda em germinação quanto à previsão legislativa da codificação de uma parte geral do direito internacional privado podem gerar efeitos importantes em matéria de determinação da lei concretamente aplicável ao contrato internacional.

Não excluindo assim que a interpretação possa vir a incidir, neste domínio, sobre outros atos de direito derivado, que se possam traduzir num aumento de precisão do quadro normativo existente, o que poderá concretizar-se num incremento de consolidação do quadro legal em vigor, importa sobretudo salientar neste momento, quer a necessidade da interpretação uniforme, quer a forma de atuação metodológica que conduz a tal resultado, mediante a concreta subsunção ao regime legal aplicável à matéria *sub iudice*.

²³⁶ Considerando que a obrigação de ter em conta os princípios comuns à legislação dos Estados-Membros não deve aplicar-se apenas ao Tribunal de Justiça, mas sobretudo, e em primeiro lugar, à legislação comunitária se se desejar evitar que essa legislação seja vista como um corpo estranho (*Fremdkörper*), VAN GERVEN, Walter - A common law for Europe: the future meeting the past? *ERPL*. 9 : 4 (2001) 490.

O alcance de tal desiderato fica dependente de uma conjugação de esforços no sentido da sua interpretação e aplicação dentro do espírito que presidiu à consagração do regime jurídico mencionado.

A unificação no âmbito da UE não se restringe à aprovação de normas, trata-se de uma unificação com particularidades que permitem tentar unificar o sentido da norma. A opção não só pela instituição de um tribunal, mas também pela consagração de um instrumento de cooperação entre a jurisdição interna e a UE, aumenta a perspetiva unificadora. O labor do tribunal acaba também por sugerir alterações legislativas^{237, 238}.

A forma como esta entidade atua, mesmo assim não afasta algumas debilidades. A não unificação dos conceitos de direito material que são suscetíveis, no domínio considerado, de gerar particulares limites à unificação, decorrentes, por um lado, da aplicação de direito estrangeiro, e as questões relativas à determinação do foro competente, por outro. Estas duas realidades sugerem a necessidade de expansão da unificação também ao nível do direito material.

Nesta perspetiva, a função jurisdicional assume um papel de extrema relevância, pois do seu exercício decorre a interpretação e aplicação do direito. A necessidade de uma aplicação rigorosa e coerente determina que um enfoque muito particular seja direcionado, em primeiro lugar, para a interpretação dos atos de direito primário e derivado nos quais as questões objeto de litígio se irão subsumir.

A fixação do exato sentido e alcance das normas em questão e a sua aplicação conforme no ordenamento jurídico da UE, constituem elementos de continuidade que revestem grande importância no alcance da ideia de unificação.

A existência de normas de conflitos unificadas, neste domínio, foi assegurada num primeiro momento pela via convencional, e num segundo momento, pela via de um regulamento comunitário. A opção pela adoção de um regulamento comunitário, para comunitarizar a Convenção de Roma, teve em consideração as necessidades

²³⁷ Das quais assume particular relevância em termos gerais a consagração do princípio do primado pelo Tratado de Lisboa, princípio já afirmado pelo Tribunal de Justiça em vários processos. O princípio do primado foi estabelecido no TJ 15.06.1964, o caso *Flaminio Costa contra ENEL*, proc. 6-64 [CJ (1962-1964) 553]; caso *Internationale Handelsgesellschaft*, proc. 11-70, [CJ (1970) 625]; e TJ 09.03.1978, caso *Administração das Finanças do Estado contra Sociedade anónima Simmenthal*, proc.106/77, [CJ (1978) 243]. Estes casos estabelecem a supremacia do direito da União sobre os direitos nacionais em geral. Na verdade, o princípio do primado é abordado numa ótica de essencialidade em face da consolidação de um ordenamento jurídico em afirmação progressiva, para garantir a aplicação uniforme da lei.

²³⁸ Neste sentido e quanto ao conceito de lugar de prestação do trabalho ZABALO ESCUDERO, Elena - *Ley aplicable al contrato internacional de trabajo en el sector transporte: la continuidad en la jurisprudencia del TJUE*. In *Alegria Borrás [et al.], Entre Bruselas y la Haia: estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional*. Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 583.

particulares de alcance de uma aplicação tão unificada quanto possível num ordenamento jurídico alargado. A existência de um ato imediata e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros e não obstante a sua tradução nas diferentes línguas oficiais, por si só, não garante a estabilidade jurídica do sistema. A unificação, com as reconhecidas vantagens que lhe são apontadas, apresenta ainda algumas dificuldades. A concreta aplicação de normas com o mesmo sentido, num horizonte judiciário tão alargado, é motivo de especiais cautelas, impondo-se a observância de princípios comuns aos ordenamentos jurídicos visados. Para além desta preocupação, é ainda de salientar que a aplicação de direito da União, suscita naturalmente questões relativas ao regime a aplicar às situações não previstas. Também neste ordenamento jurídico é impossível evitar lacunas e exceções relativas ao seu âmbito de aplicação.²³⁹

Longe das dificuldades próprias inerentes ao funcionamento do procedimento legislativo em qualquer Estado-Membro, ao nível da UE, os consensos são sempre ainda mais difíceis de alcançar, o que vem a traduzir-se em soluções legislativas que longe de apresentarem soluções muito concretas, apresentam por vezes uma vaguidão na respetiva previsão como única forma de reunir consensos.

A unificação continua altamente dependente da interpretação que dessas normas seja feita. Se os tribunais nacionais interpretarem tais disposições de acordo com os seus critérios de interpretação e por referência às suas legislações, não se alcança qualquer unificação. Esta fica dependente ainda da existência de regras comuns de interpretação que conduzam a uma aplicação muito aproximada da legislação em todo o ordenamento jurídico da UE. Nesta perspetiva, cabe salientar o papel de extrema importância que tem o juiz nacional. Tendo em vista o alcance desse resultado, o direito originário consagra a figura do reenvio prejudicial como forma de assegurar institucionalmente uma interpretação tão uniforme quanto possível das normas a que nos referimos.²⁴⁰ Apesar da tradução para as línguas oficiais, algumas divergências podem surgir quanto ao diferente sentido resultante das várias versões e ainda problemas relacionados com a aplicação dos diplomas que regem as obrigações contratuais.

Os conceitos devem ser interpretados da mesma forma em todos os atos normativos no âmbito da UE sendo objeto de uma interpretação autónoma e sistematizada.

²³⁹ BASEDOW, Jürgen - The effects of globalization on private international law. In Jürgen Basedow; Toshiyuki Kono (Eds.), Legal aspects of globalization. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law, 2000, p. 7.

²⁴⁰ Neste sentido, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. - Hermeneutic dialog between Rome I and Rome II. In HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau - A commitment to private international law: essays in honour of Hans Van Loon. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 170.

Esta interpretação unificada é garantida, em última instância, pelo Tribunal de Justiça, através do recurso ao reenvio prejudicial, entidade à qual qualquer juiz nacional pode reenviar questões prejudiciais sobre a interpretação de conceitos. No entanto, os tribunais nacionais continuam a ser os principais veículos de aplicação unificada deste direito. Neste sistema bipartido, quer o Tribunal de Justiça, quer os tribunais nacionais são formadores ativos da aplicação do direito privado europeu,²⁴¹ mas estes últimos são também formandos,²⁴² através de um esforço coletivo desenvolvido pelas instâncias supranacional e nacional.

Através das questões preliminares, o juiz nacional torna-se parte ativa do processo de boa aplicação do direito, desencadeia-o, mas recebe indicações do Tribunal de Justiça no sentido da aplicação da lei ao caso concreto.

A interpretação unificada elaborada pelo Tribunal de Justiça é importante tanto ao nível do direito derivado, quanto ao nível do direito primário. Neste domínio, a interpretação de direito primário e a sua aplicação aos conflitos de leis, assume particular relevo, sobretudo em matéria de liberdades da UE e no que respeita à liberdade de estabelecimento.²⁴³

A interpretação unificada depende da existência de regras comuns de interpretação e da garantia institucional.²⁴⁴

Os critérios de interpretação devem ser adaptados à natureza dos instrumentos relativamente aos quais se pretende delimitar o sentido de um determinado conceito. Os elementos da interpretação devem ser aplicados dentro dos mesmos parâmetros, considerando designadamente a necessidade de garantir uma interpretação unificada

²⁴¹ Assim o conjunto de estudos inseridos em DROBNIG, U. (Ed) – The use of comparative law by courts. The Hague: Kluwer Law, 1999 e MARKESINIS, B. S.; FEDTKE, J. – Judicial recourse to foreign law: a new source of inspiration? London: UCL Press, 2006.

²⁴² Conforme previsto na Resolução n.º 2008/C 299/01 do Conselho (JOUE, C 299 de 22.11.2008), sobre a formação judiciária europeia. No sentido de ter sido conferida aos Estados uma larga margem de manobra pelo normativo referido, STORSKRUBB, Eva – What changes will European harmonization bring? In Janet Walker; Oscar G. Chase (Ed.), Common law, civil law and the future of categories. Nova Iorque: Lexis Nexis, 2010, p. 411. Consideram os autoras que “the emphasis on the role of national bodies shows a further degree of regulatory decentralization that is probably occasioned by the differing national systems, sensitivity at harmonizing such a fundamental legal institution and budgetary constraints. Nevertheless, the resolution lays a formidable burden of action on the Member States.”

²⁴³ Salientando, neste contexto, a liberdade de estabelecimento, BASEDOW, Jürgen – 15 years of European international private law: achievements, conceptualization and outlook. In Alegría Borrás [et al.], Entre Bruselas y la Haia: estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional. Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 178.

²⁴⁴ Neste sentido, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. – Hermeneutic dialog between Rome I and Rome II. In HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau - A commitment to private international law: essays in honour of Hans Van Loon. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 170.

dos instrumentos, o que pressupõe a consideração da prioridade do direito da UE sobre o direito interno.

A boa aplicação do direito só é alcançada após a determinação do exato sentido e alcance dos preceitos a aplicar. No entanto, a tarefa interpretativa está, em relação a este instrumento, e aos demais regulamentos, bastante dificultada em face da inexistência de qualquer relatório explicativo,²⁴⁵ o que decorre da metodologia de trabalho adotada. Os grupos de peritos não elaboram propostas legislativas, apenas dão nota da evolução das discussões em face das soluções possíveis tendo em conta as respostas dadas aos livros verdes.²⁴⁶ A apresentação das propostas de regulamento é da responsabilidade da Comissão e a sua aprovação segue o processo de co-decisão, o que determina a existência de negociações entre o Parlamento Europeu e o Conselho. Os consensos não são fáceis de alcançar num horizonte participativo tão alargado, mas são incontornavelmente necessários e muitas vezes determinam alterações aos textos propostos.²⁴⁷

Se ao nível dos diversos direitos estaduais tal necessidade se impõe como garantia de uma correta aplicação do direito, ao nível do direito da UE, essa necessidade surge ainda com maior acuidade, dada a acrescida complexidade do procedimento legislativo.²⁴⁸ Nesse âmbito, a complexidade resulta em muitos casos da necessidade de negociar soluções de consenso entre diversas sensibilidades políticas²⁴⁹ e jurídicas.

O interesse político, pode determinar alterações de redação ou a não inclusão de certas previsões, ou ainda a manutenção de certas ambiguidades como forma de ser alcançado um consenso.²⁵⁰ A diferente sensibilidade jurídica de países com diferentes sistemas jurídicos, sistema romano-germânico e sistema anglo-americano – *civil law* e

²⁴⁵ Ao contrário do que sucede com a Convenção de Roma, com a Convenção de Bruxelas e com as Convenções da Haia. Tal deve-se ao facto de os grupos de peritos não terem a função de elaborar as propostas de regulamento, cuja apresentação é da responsabilidade da Comissão.

²⁴⁶ Assim LAGARDE, Paul; TENENBAUN, Aline – De la convention de Rome au règlement Rome I. RCDIP. 97 (2008) 729-730.

²⁴⁷ Neste contexto e no sentido de que “A necessidade de alcance de consensos, transparece nos diversos pontos do preâmbulo, bastante extenso e que tanto explica o diploma como em certas situações serve de refúgio a regras que não se pretendeu introduzir no corpo do diploma e que podem ser usadas na sua interpretação, tanto pela doutrina quanto pelos tribunais nacionais e também pelo Tribunal de Justiça.”, LAGARDE, Paul; TENENBAUN, Aline – De la convention de Rome au règlement Rome I. RCDIP. 97 (2008) 729-730.

²⁴⁸ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. - Hermeneutic dialog between Rome I and Rome II: general principles and argumentative rules. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 176.

²⁴⁹ MANKOWSKI, Peter - Interessenpolitik und europäisches kollisionsrecht. [S.l.] : Nomos: 2011.

²⁵⁰ Reportando-se ao direito internacional e às dificuldades inerentes ao processo de concertação de soluções quanto às Convenções Internacionais com vista à satisfação dos interesses de todos os intervenientes com a inerente perda de eficácia das normas respetivas e ambiguidade dos textos, SANDOZ, Yves - Rapport introductif. In Yves Sandoz (Ed.), Quel droit international pour le 21^e siècle? rapport introductif et actes du colloque international organisé avec le soutien du Département Fédéral des Affaires Étrangères. Bruxelles: Bruylant, 2007, p. 23.

common law – determinam em certas circunstâncias dificuldades na negociação de textos finais.

A estes fatores acresce, ainda, o aspeto linguístico, pois as negociações são feitas em diversas línguas. Desta ponderação de circunstâncias resultam textos com muitos pontos em aberto que se traduzem em lacunas que o tribunal tem de integrar, ou em vaguidão conceitual que o tribunal tem de precisar.

Pode resultar a necessidade de uma interpretação muito mais cautelosa relativamente aos normativos da UE, que sendo efetuada por milhares de tribunais de todos os Estados-Membros, não dão a garantia de a mesma ser feita em sentido uníssono. Se as partes requererem e o juiz assim entender, podem ser submetidas questões prejudiciais quanto à interpretação dos instrumentos. O reenvio prejudicial consiste numa garantia institucional de aplicação uniforme dos instrumentos.

O Tribunal de Justiça assumiu, desde a fundação das Comunidades, um papel de relevo na construção do ordenamento jurídico comunitário e na aplicação deste instrumento existe uma continuidade desse trabalho.

A existência de uma referência comum de interpretação contribui para a consistência do sistema jurídico no seu conjunto com efeitos não só ao nível do mercado interno, mas também ao nível da segurança jurídica do ordenamento²⁵¹.

As dificuldades sentidas no procedimento legislativo quanto ao alcance de consensos vão refletir-se ao nível interpretativo, como consequência necessária de vaguidão de previsões ou de ambiguidades existentes no instrumento a interpretar.²⁵² Tal resulta num maior esforço ao nível da aplicação do direito, dado que os órgãos encarregues dessa missão podem ser levados a interpretar os textos de modo diverso. Em todo o caso, a

²⁵¹ Neste sentido, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. - Hermeneutic dialog between Rome I and Rome II. In HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau - A commitment to private international law: essays in honour of Hans Van Loon. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 171.

²⁵² Como salienta, no âmbito do direito convencional, SANDOZ, Yves - Rapport introductif. In Yves Sandoz (Ed.), Quel droit international pour le 21^e siècle? Rapport introductif et actes du colloque international organisé avec le soutien du Département Fédéral des Affaires Étrangères. Bruxelles: Bruylant, 2007, p. 23.

interpretação dos conceitos deve ser autónoma em relação aos direitos nacionais²⁵³ e deve ter o mesmo sentido em todos os instrumentos.²⁵⁴

Por tais motivos, uma ideia tão simples como é a da necessidade de proceder a uma interpretação tão unificada quanto possível da legislação, pode, no entanto, albergar um elevado capital de complexidade, sobretudo num ordenamento tão alargado em que o principal desafio continua a ser o da preservação da igualdade com respeito pelas diferenças.²⁵⁵ A existência de culturas diversificadas com repercussões ao nível da organização jurídica das sociedades, com a consequência de existirem sistemas jurídicos distintos, dentro deste espaço de segurança e de justiça, pode aparentemente, funcionar como fator de perturbação de uma interpretação unificada das disposições legais *sub iudice*. Em todo o caso, a tendência normal de se mencionar esses sistemas como sendo bastante díspares; o sistema continental ou romano-germânico e o sistema anglo-americano, parece encontrar-se em erosão. Ainda que existam fatores de afastamento entre os dois sistemas, assentes em diferentes matrizes culturais em matéria de direito processual,²⁵⁶ cujos vestígios são ainda apreensíveis,²⁵⁷ a verdade é que a suposta vertigem que separaria os dois sistemas estará em progressiva atenuação,²⁵⁸ fruto do paradigma resultante do acréscimo de direito da UE e da sua influência nos sistemas jurídicos dos Estados-Membros, não obstará a uma interpretação unificada.²⁵⁹ A convivência que se vem desenvolvendo entre os dois

²⁵³ No sentido de que o Tribunal de Justiça não tem de garantir a coerência dos princípios gerais nos quais se funda um sistema jurídico nacional, assentando em métodos de interpretação específicos e que em resultado dessa interpretação, se produza uma jurisprudência menos previsível (Ac. Garcia Avello) e mais complexa (os famosos acórdãos Tessili e De Bloos) e sem a adesão, apesar de desejável, às doutrinas jurídicas existentes nos Estados-Membros, COURBE, Patrick - *Le juge, la jurisprudence et le droit international privé*. In Loïc Cadiet [et al.], *Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Jacques Héron*. Paris: L.G.D.J., 2008, p. 196.

²⁵⁴ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. - Hermeneutic dialog between Rome I and Rome II. In HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau - *A commitment to private international law: essays in honour of Hans Van Loon*. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 176.

²⁵⁵ Considerando que neste contexto a missão permanente do direito internacional privado continua a ser a de preservar esses valores, JAYME, Erik - *Kulturelle Identität und internationale Privatrechts*. Uhr: C.F. Müller Verlag, 2003, p. 14.

²⁵⁶ HUBER, Peter - *Kulturelle Identität von rechtssystemen: das common law und die deutsche praxis*. In Erik Jayme (Ed.), *Kulturelle Identität und internationale Privatrechts*. Uhr: C.F. Müller Verlag, 2003, p. 68.

²⁵⁷ Considerando que o sistema processual civil continental mantém vestígios de pertença a uma engrenagem de justiça hierarquizada e burocrática, enquanto o sistema da Common Law, mantém vestígios de um ambiente institucional mais igualitário e menos burocrático, mais aberto à sociedade, DAMAŠKA, Mirjan - *The common law/civil law divide: residual truth of a misleading distinction*. In Janet Walker; Oscar G. Chase (Eds.), *Common law, civil law and the future of categories*. Nova Iorque: Lexis Nexis, 2010, p. 21.

²⁵⁸ Identificando essa suposta separação de sistemas como um mito, ZIMMERMANN, Reinhard - *Romisches recht und europäische kultur*. JZ (2007) 11, entende que a Inglaterra nunca se afastou em absoluto da designada cultura jurídica continental, não existindo uma completa separação entre *common law* e *civil law*. Para uma perspetiva aprofundada dos dois sistemas, VICENTE, Dário Moura - *Direito comparado*. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2014. Vol. 1, p. 93 e ss.

²⁵⁹ Assinalando a existência de uma forte aproximação entre a Inglaterra e o continente quanto à interpretação jurídica, HUBER, Peter - *Kulturelle Identität von rechtssystemen: das common law und die deutsche praxis*. In Erik Jayme (Ed.), *Kulturelle Identität und internationale Privatrechts*. Uhr: C.F. Müller Verlag, 2003, p. 68.

ordenamentos em cada Estado-Membro é propícia à manutenção de um *ius proprium* de cada Estado-Membro e do *ius comune*²⁶⁰ e potencia o surgimento de um direito miscigenado.²⁶¹ O influxo crescente do direito da UE nos direitos nacionais conduz a uma compassada convergência entre os dois sistemas jurídicos, que encontra na *mens legislatoris* preocupações marcadamente económicas, mas também políticas, e a necessidade de consagração de previsões que abracem os sistemas visados.

2.2. DA INTERPRETAÇÃO UNIFICADA NO QUADRO DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

A coerência do ordenamento jurídico da UE não se basta com uma interpretação unificada sendo necessário assegurar também uma aplicação igualmente unificada.

A caracterização da interpretação unificada no quadro do direito da UE desenvolve-se num quadro restrito e ambicioso. Se, por um lado, se lhe pode reconhecer um carácter incompleto na medida em que a unificação se cinge, por ora, apenas a normas de direito de conflitos, por outro, a arquitetura dessa unificação é reconhecidamente ambiciosa considerando que a mesma não se queda por uma unificação dos normativos. Esta unificação não se fica pela norma, tem particularidades que permitem tentar unificar o sentido da norma. Esta metodologia, assente na opção de termos um tribunal e um instrumento que permite alcançar um patamar de unificação, que é o mecanismo do reenvio prejudicial, leva a que o tribunal seja o motor de importantes alterações legislativas.

A interpretação e aplicação de normas de direito da União é fruto de um esforço conjunto desenvolvido tanto pelos órgãos nacionais de aplicação do direito,²⁶² quanto numa perspetiva supranacional, pelo Tribunal de Justiça, mas também mediante a ação dos colaboradores da justiça das diversas profissões jurídicas.²⁶³ Só uma ação concertada de todas as entidades com competências no processo interpretativo e de aplicação

²⁶⁰ Sobre a pluralidade de tradições legais europeias cada uma delas com uma dimensão nacional e europeia, GLENN, P. - *On common law*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

²⁶¹ No sentido da criação de direitos civis miscigenados, em face desta especial relação, SMITS, Jan - *The making of european private law towards a ius commune europaeum as mixed legal system*. Cambridge: Intersentia, 2002, p. 229-244.

²⁶² Para além dos órgãos jurisdicionais, existem outras entidades que na ordem interna aplicam direito da UE. Identificando os órgãos nacionais de aplicação do direito de conflitos, no quadro da ordem jurídica portuguesa, PINHEIRO, Luís de Lima - *Direito internacional privado*. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2008. Vol. 1, p. 171, distingue entre os órgãos jurisdicionais e administrativos, incluindo-se entre os primeiros os tribunais estaduais e, eventualmente, os tribunais arbitrais regulados pela lei portuguesa da arbitragem voluntária, e entre os segundos, os conservadores dos diferentes registos: os notários, os agentes diplomáticos e consulares no exercício de funções de conservadores e notários, os comandantes de unidades militares, navios, aeronaves no exercício de funções de conservadores e notários.

²⁶³ *Maxime* dos advogados e dos solicitadores.

desse regime pode resultar no objetivo prosseguido pelo legislador.

O desenvolvimento de tais competências é concretizado numa estrutura bipartida, entre os tribunais nacionais e o Tribunal de Justiça da UE.

Ao Tribunal de Justiça foi confiada a importante missão de assegurar o respeito do direito da UE na interpretação e aplicação dos tratados e do direito derivado.

É incontornável o contributo fundamental do Tribunal de Justiça para a consolidação do ordenamento jurídico da UE, assegurado por um regime que se caracteriza essencialmente pela sua estabilidade,²⁶⁴ através dos diferentes atos que introduziram alterações aos Tratados, e em particular no que à interpretação do direito do ordenamento da UE respeita.²⁶⁵

Os Tratados reservaram-lhe desde sempre competências interpretativas, quer do direito originário, quer do direito derivado, para além do conhecimento sobre a validade de atos oriundos das instituições da UE.²⁶⁶

Para além destas competências de atribuição, exercidas dentro dos limites estabelecidos pelos Tratados,²⁶⁷ e da interpretação realizada por via dos protocolos nesse sentido estabelecidos quanto aos instrumentos de direito comunitário complementar, o controlo da aplicação do direito vigente, neste ordenamento jurídico, é cometido aos órgãos jurisdicionais nacionais. No entanto, existem outras entidades que na ordem interna aplicam direito da UE,²⁶⁸ e de cujas decisões pode, pela via

²⁶⁴ Salientando a manutenção de um regime jurídico aplicável ao Tribunal praticamente idêntico desde a sua criação até ao Ato Único Europeu, para além das alterações introduzidas pelos Tratados de Adesão, RAMOS, Rui Moura - *Contrôle juridictionnel des actes des institutions communautaires*. In Estudos de direito da União Europeia. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 13.

²⁶⁵ Matéria cuja previsão constou sucessivamente do artigo 177.º do TCEE, do artigo 234.º do TCE e atualmente do artigo 267.º do TFUE, tendo sido aditado um quarto parágrafo que prevê a pronuncia por parte do Tribunal de Justiça, com brevidade sempre que seja colocada uma questão prejudicial oriunda de um processo respeitante a uma pessoa que se encontre detida.

²⁶⁶ Aludindo ao mandato do Tribunal de Justiça no sentido de alcançar a interpretação uniforme como um exemplo de subsidiariedade judicial MAZMANYAN. Armen [et al.] - *Constitutional courts and multilevel governance in Europe*. In Patricia Popelier [et al.], The role of constitutional courts and multilevel governance in Europe. Cambridge: Intersentia: 2013, p. 9.

²⁶⁷ RAMOS, Rui Moura - Das comunidades à União Europeia: estudos de direito comunitário. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 222.

²⁶⁸ De salientar que algumas decisões dos conservadores do registo civil, são no entanto equiparadas a decisões jurisdicionais, como por exemplo, as decisões proferidas em ações de separação de pessoas e bens e em ações de divórcio, ou em ações de alimentos a filhos maiores ou emancipados, nas quais o controlo da aplicação do direito vigente na UE é cometido, não a um verdadeiro órgão jurisdicional, mas a um órgão administrativo e de cujas decisões pode, pela via consensual, ser excluída a via de recurso a uma instância jurisdicional, nos termos do disposto no artigo 632.º do Código de Processo Civil (CPC), aprovado pela Lei 41/2013, de 26 de junho, retificado pela Retificação n.º 36/2013, de 12 de Agosto. De acordo com este dispositivo “É lícito às partes renunciar ao recurso, mas a renúncia antecipada só produz efeitos se provier de ambas as partes.”. Tal possibilidade, criada num quadro de desburocratização do acesso à justiça, pode envolver uma diminuição da uniformidade de aplicação do Direito desse ordenamento jurídico.

consensual, ser excluída a via de recurso a uma instância jurisdicional. Tal implica que a unificação da interpretação e aplicação do direito de conflitos não se encontra, desde logo, sujeita a um controlo total do sistema judicial de continuidade em que se desenrola a atividade jurisdicional neste território. Nesta medida a metodologia seguida conduz a uma incompletude da unificação.

Dada a especificidade das matérias sob alçada do Tribunal de Justiça, é aos tribunais nacionais que os cidadãos recorrem para fazer valer os seus direitos fundados em legislação oriunda da UE. Nesta medida, os tribunais nacionais são os verdadeiros tribunais comuns da UE.²⁶⁹

O processo de construção da UE não logrou englobar a constituição do seu próprio sistema jurisdicional, limitando-se à adoção de um sistema de administração indireta da justiça. Em matéria interpretativa relativa a obrigações contratuais, a justiça é administrada na UE pelos órgãos jurisdicionais nacionais,²⁷⁰ atuando os juízes nacionais como juízes da UE e simultaneamente como juízes nacionais. Os tribunais dos Estados-Membros aplicam, neste contexto, dois ordenamentos jurídicos, como se de apenas um se tratasse, na medida em que também o direito da UE constitui parte desses ordenamentos, encontrando-se nos mesmos integrado.²⁷¹ Tal realidade e vicissitude complexifica a função jurisdicional, obrigando os seus atores a interpretar e aplicar cada um dos ordenamentos jurídicos de acordo com os seus princípios e regras próprios.

Tal realidade pode ter um impacto menos favorável no alcance da unificação quanto à aplicação do direito da UE considerando que os tribunais dos diferentes Estados-Membros, arreigados às suas tradições e ao seu sistema jurídico, têm de encetar esforços adicionais para decidirem com aplicação de dispositivos legais oriundos de dois ordenamentos distintos.²⁷²

²⁶⁹ RAMOS, Rui Moura - Das comunidades à União Europeia: estudos de direito comunitário. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 222.

²⁷⁰ No sentido de que a justiça é administrada de acordo com a estrutura e organização interna prevista em cada Estado-Membro, nem sempre com concretizações muito idênticas e enquadramentos muito próximos, UNION EUROPÉENNE - Structure et organisation, Luxembourg: Cour de Justice des Communautés Européennes, 2008. No mesmo sentido, CHARBONNIER, Gilles; SHEERY, Orla - Panorama of judicial systems in the European Union. Bruxelles: Bruylant, 2008.

²⁷¹ Como o TJ sublinhou no caso Flaminio Costa contra ENEL, proc. 6-64 [CJ (1962-1964) 553] e resulta das obrigações assumidas pelos Estados aderentes aos Tratados. No mesmo sentido, considerando que a lei comunitária é também a própria lei dos Estados-Membros, STRUYCKEN, Teun - Private law contracts to which the European Community is party. In Talia Einhorn; Kurt Siehr (Eds.), Intercontinental cooperation through private international law: essays in memory of Peter E. Nygh. Den Haag: T.M.C. Asser Press: 2004, p. 394.

²⁷² A ideia desta bipartição dos tribunais nacionais quanto à aplicação quer do direito nacional, quer do direito comunitário, podia constituir um óbice ao alcance da unificação da aplicação do direito da comunidade, considerando a dificuldade de aplicar esse direito dentro do espírito do respectivo sistema,

Sendo, porém, certo que apesar de este regime funcionar em termos práticos e estar instituído no Tratado, se encontra distante do estatuto dos tribunais nacionais, que não sofre qualquer influência do direito da União.²⁷³

A menos valia resultante do sistema instituído, poderia ser minorada com a introdução dos tribunais nacionais num sistema hierárquico em cujo topo se encontrassem os tribunais da UE.²⁷⁴ Tal possibilidade suscitaria enormes dificuldades resultantes da aproximação do funcionamento do sistema judicial, nesses moldes, a uma organização federal, modelo recentemente rejeitado, pois implicaria que os Estados-Membros tivessem de abdicar de um importante reduto da sua soberania, parte integrante da divisão tripartida de poderes. Mantêm-se assim os tribunais dos Estados-Membros como os tribunais comuns do sistema da União,²⁷⁵ que numa solução de consenso, com riscos evidentes para a unificação da aplicação do direito, permitiu a institucionalização de um diálogo entre as instâncias nacionais²⁷⁶ e a instância da União mediante a previsão da figura do reenvio prejudicial.

A submissão de uma questão prejudicial pelos tribunais nacionais ao Tribunal de Justiça, suspende a instância nacional até decisão proferida por aquela instância sobre o sentido com que certa disposição de direito da União deve ser interpretada, prosseguindo então o processo principal o seu curso até decisão final.

Na matéria sobre que versa o presente trabalho, a competência do Tribunal de Justiça revela-se particularmente importante, no alcance da unificação da interpretação, evitando a quebra da unidade sistemática do preceito *sub iudice*, no momento da sua aplicação.²⁷⁷

era já salientada por RAMOS, Rui Moura - Das comunidades à União Europeia: estudos de direito comunitário. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 223.

²⁷³ Neste sentido, com referência anterior ao Tratado de Lisboa, PINHEIRO, Luís de Lima - Direito internacional privado. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2008. Vol. 1, p. 108, que considera que para que essas jurisdições atuassem como órgãos comunitários, era necessário que a aplicação do direito comunitário decorresse do próprio direito comunitário e não das normas de receção da Constituição nacional. A querela é antiga, e mantém-se, já que o Tratado de Lisboa não introduz alterações significativas, aditando apenas a Declaração 17 sobre o reconhecimento do primado do direito da UE nos termos em que o mesmo foi definido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça e *pacta sunt servanda*. Em sentido oposto e salientando a amplitude da cláusula europeia do artigo 7.º n.º 6 da CRP, após a revisão constitucional de 2004, RAMOS, Rui Moura - Constituição Europeia e Constituição da República Portuguesa. In Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha. Coimbra: Almedina, 2010, p. Vol. 1, 1241.

²⁷⁴ Solução a que faz referência RAMOS, Rui Moura - Das comunidades à União Europeia: estudos de direito comunitário. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 223.

²⁷⁵ RAMOS, Rui Moura - Contrôle juridictionnel des actes des institutions communautaires. In Estudos de direito da União Europeia. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 13.

²⁷⁶ Identificadas em termos genéricos em UNION EUROPÉENNE - Structure et organisation. Luxembourg: Cour de Justice des Communautés Européennes, 2008.

²⁷⁷ Como salienta RAMOS, Rui Moura - Das comunidades à União Europeia: estudos de direito comunitário. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 225.

Para além de um papel interpretativo, em que se trata de limitar o surgimento de jurisprudência em sentidos distintos e em desconformidade com o direito interpretado²⁷⁸ e não obstante algum criticismo aglomerado na ideia da usurpação das funções jurisdicionais, mediante a prolação de acórdãos em âmbito de competência legislativa,²⁷⁹ o Tribunal de Justiça tem sido o motor da construção do ordenamento jurídico europeu. Especialmente quanto a esse particular desenvolvimento das suas atribuições, que evitando a pulverização de diferentes sentidos atribuídos ao direito da União²⁸⁰ pela via decisória, dá também um importante contributo em função da emissão de pareceres nos quais a dinamização jurídica deste espaço de liberdade, de segurança e de justiça encontra uma âncora.²⁸¹ Esse lugar de destaque é-lhe devido também em função da integração das lacunas, à semelhança da função atribuída aos tribunais nacionais em situação equivalente e pelo alinhamento de princípios que de alguma forma podem contribuir para o aprofundamento da garantia institucional deste ordenamento.

2.3. A PRÁTICA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sublinhando o importante papel desenvolvido pelo Tribunal de Justiça e pelos tribunais nacionais, importa considerar em que termos esse papel é levado à prática. Em face da previsão contida no artigo 267.º do TFUE, que prevê a obrigatoriedade de submissão de uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça, caso a mesma seja suscitada perante um órgão jurisdicional nacional, cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso (nos termos do parágrafo 3.º desse dispositivo legal), é necessário, desde logo, considerar quais os tribunais suscetíveis de se enquadrarem nesta disposição legal.

Numa perspetiva, apenas os Tribunais superiores estariam obrigados à formulação da questão prejudicial em discussão nos autos, sobre interpretação de conceitos ou

²⁷⁸ Neste sentido SERENS, M. Nogueira - A obrigação decorrente de reenvio prejudicial decorrente do art.º 234, § 3.º (Ex-art.º 177.º, § 3.º), do Tratado CE. In José Lebre de Freitas [et al.], Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida. Coimbra: Almedina, 2011, Vol. 4, p. 627.

²⁷⁹ Considerando que o Tribunal de Justiça para além da competência que lhe está cometida, respeitante à interpretação do direito primário e do direito derivado, tem em diversas situações ultrapassado o exercício desse poder, entrando verdadeiramente no domínio da função legislativa, SOBRINO, Frederic Garau - La interpretación contra legem de la normativa de derecho internacional privado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: una usurpación de la función legislativa? In Carlos Esplugues Mota [et al.], Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea, Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues. Paris: Tiran lo Blanch: 2012, p. 118.

²⁸⁰ No sentido de se evitar a pulverização de diferentes interpretações das regras comunitárias através da leitura efetuada a este direito pelo Tribunal de Justiça, que certamente ocorreria na ausência de uma instância central com poderes para assegurar a uniformidade da sua aplicação, RAMOS, Rui Moura - Das comunidades à União Europeia: estudos de direito comunitário. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 67.

²⁸¹ Como é exemplo o parecer suprarreferido a propósito das competências externas da União em matéria de direito internacional privado.

disposições constantes de direito originário ou derivado da UE. Efetivamente trata-se de entidades que decidem, por regra, sem possibilidade de recurso.²⁸² São os tribunais com maiores responsabilidades na conformação da justiça formal através das decisões judiciais. A aplicação conforme do direito, quer interno, quer da UE, quer internacional, preside à prolação de decisões, assegurando a tutela judicial efetiva dos direitos dos cidadãos.

A segurança e a certeza jurídicas continuam a ser vetores chave de qualquer ordenamento jurídico, que são assegurados nos Estados-Membros pelos tribunais superiores. Importa assim determinar, em concreto, que órgãos jurisdicionais se devem considerar neste conceito de tribunais superiores.

Atenta a diversidade de regimes a que estão sujeitos os instrumentos suscetíveis de regular os contratos comerciais internacionais ainda em aplicação, uma nota preliminar se impõe. Por um lado, do regime aplicável à Convenção de Roma plasmado nos Protocolos adicionais mencionados supra, que submetem a Convenção de Roma à interpretação do Tribunal de Justiça, resulta que os tribunais superiores suscetíveis de poderem enquadrar-se neste conceito, são em Portugal, o Supremo Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Administrativo.²⁸³ Por outro lado, o regime aplicável à interpretação do Regulamento Roma I, sujeito ao enquadramento legal do direito originário. Se quanto ao primeiro regime não devem colocar-se quaisquer questões, dada a expressa previsão no instrumento mencionado, a verdade é que a aplicação do regime do reenvio prejudicial²⁸⁴ consagrado no direito originário, é ainda passível de dúvidas por parte da doutrina.²⁸⁵

²⁸²Com exceções, como seja o recurso para uniformização de jurisprudência, previsto no n.º 1 do artigo 688.º do CPC (art.º 763.º CPC 1961), apresentado “para o pleno das secções cíveis quando o Supremo Tribunal de Justiça” proferir um acórdão que esteja em contradição com outro anteriormente proferido pelo mesmo tribunal, já transitado em julgado, no âmbito da mesma legislação e sobre a mesma questão fundamental de direito e se a orientação perfilhada no acórdão recorrido for dissonante da jurisprudência uniformizada do STJ.

²⁸³ Nos termos do disposto na alínea a) do artigo 2.º do Protocolo Adicional mencionado supra.

²⁸⁴ Aludindo à existência de fatores estruturais que influenciam o número de casos em que é solicitado um reenvio prejudicial, como sejam a população, vontade de litigar nos diferentes Estados-Membros, cumprimento do direito da UE pelo Estado-Membro, BROBERG, Morten; FENGER, Niels - Variations in member states preliminary references to the Court of Justice: are structural factors part of the explanation? *European Law Journal*. 19 : 4 (2013) 488. Consideram, ainda, os mesmos autores que se um Estado não cumpre as obrigações decorrentes do direito da União, existirá uma maior probabilidade de ser objeto de recurso aos tribunais, suscitando-se questões prejudiciais, mas que não existe uma fórmula precisa que permita estabelecer uma relação entre os três fatores, sendo apenas aspetos adicionais a considerar. No entanto, o cumprimento do direito da União pelo Estado, pode ser considerado partindo do número de processos instaurados pela Comissão por incumprimento desse Estado. Ob cit., p. 497.

²⁸⁵ Considerando que a determinação dos destinatários do reenvio prejudicial neste caso não se tem mostrado de fácil determinação, SÉRENS, M. Nogueira - A obrigação decorrente de reenvio prejudicial decorrente do art.º 234, § 3.º (Ex-art.º 177.º, § 3.º), do Tratado CE. In José Lebre de Freitas [et al.], *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*. Coimbra: Almedina, 2011, Vol. 4, p. 630.

Essas dúvidas, não incidem sobre a sujeição do Supremo Tribunal de Justiça²⁸⁶ e do Supremo Tribunal Administrativo²⁸⁷ a tal regime, mas apenas sobre a inclusão, entre estes, do Tribunal Constitucional.²⁸⁸ Apesar de a questão ser pertinente em termos globais, e sendo da solução global que se deve partir para a completa e cabal perceção da relevância da questão, não se pode olvidar a crescente subordinação do direito internacional privado aos valores constitucionais, salientada por Rui Moura Ramos.²⁸⁹ Essa tendência em expansão, relaciona-se assim, de uma forma geral, mas também concreta, com o Regulamento Roma I.²⁹⁰

A pronúncia do tribunal constitucional sobre a matéria relativa à compatibilidade entre direito português e direito da UE, não constitui entre nós qualquer novidade²⁹¹, tal como não constitui referência inovadora a formulação de pedidos de reenvio prejudicial ao mesmo órgão jurisdicional.

O Acórdão n.º 163/90, de 23 de maio,²⁹² constitui o marco histórico nesta matéria. Neste acórdão o tribunal constitucional apreciou o pedido de reenvio prejudicial formulado no recurso de constitucionalidade que se destinava a confirmar ou infirmar se o Tribunal de Justiça consagrava o princípio do duplo grau de jurisdição (após criação do Tribunal de Primeira Instância, em 1989). O Tribunal veio, no entanto, a entender que a questão de saber se esse princípio era ou não considerado um princípio geral de direito comunitário era impertinente para a decisão da causa, não se pronunciando sobre a sua sujeição ao

²⁸⁶ Que de acordo com a Lei da Organização do Sistema Judiciário (LOSJ), aprovada pela Lei n.º 62/2013, de 26 agosto, na redação que lhe foi conferida pelas sucessivas alterações, é definido como “o órgão superior da hierarquia dos tribunais judiciais, sem prejuízo da competência própria do Tribunal Constitucional.”

²⁸⁷ Nos termos do disposto no artigo 11.º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19 de fevereiro, na redação que lhe foi conferida pelas sucessivas alterações, “é o órgão superior da hierarquia dos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal.”

²⁸⁸ O artigo 30.º n.º 1 da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto, prevê que “ao Tribunal Constitucional compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional.”

²⁸⁹ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P.; GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (Coord.) - Tendencias y relaciones, derecho internacional privado americano actual: jornadas de la ASADIP 2008. Mexico: Editorial Porrúa, 2010, p. 371.

²⁹⁰ Cujas possibilidades de sujeição a confrontos de ordem constitucional foi deixada em aberto no capítulo precedente.

²⁹¹ Remonta ao Acórdão 184/89, de 1 de fevereiro, proferido no âmbito de um requerimento datado de 4 de agosto de 1986, formulado por um grupo de 27 deputados à Assembleia da República, do Grupo Parlamentar do Partido Comunista Português, ao abrigo do artigo 281.º, n.º I, alínea a), da Constituição da República Portuguesa, no qual se solicitava a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas do Regulamento da Aplicação ao Território Nacional do Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional (FEDER), anexo à Resolução do Conselho de Ministros n.º 44/86, publicada no Diário da República I série, n.º 128, de 5 de junho de 1986. Em comentário a este acórdão, RAMOS, Rui Moura - O Tribunal Constitucional português e as normas de outros ordenamentos jurídicos. In Estudos em memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 781-803, manifesta a relevância do mesmo “não só porque aprecia normas de direito comunitário estadual cuja criação se justifica precisamente para tornar possível a aplicação de direito comunitário, como pela circunstância de o Tribunal ter expressamente assumido (e deles fazendo uma correta interpretação) princípios de direito comunitário, no caso o da aplicabilidade directa dos regulamentos.”

²⁹² PORTUGAL. Tribunal Constitucional - Acórdão n.º 163/90 [Em linha]. Lisboa : Tribunal Constitucional, 1990. Processo: n.º 154/89, 2ª Secção, Relator: Conselheiro Messias Bento.

reenvio prejudicial, nem excluindo tal possibilidade, assumindo aparentemente a obrigação de reenvio prejudicial.²⁹³

Até ao momento e decorrente da interpretação das competências que lhe estão cometidas, o Tribunal Constitucional não lançou mão de qualquer reenvio prejudicial, não sendo expectável que o faça, mantendo-se a interpretação que vem fazendo dos seus poderes.²⁹⁴

No futuro, tal como sucedeu no passado, e apesar da larga tendência observada nos países europeus de os tribunais constitucionais preferirem estar fora da dinâmica das questões prejudiciais,²⁹⁵ o Tribunal Constitucional português pode entender que se justifica colocar uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça. Tal pode ocorrer quer quanto à conformidade de normas europeias,²⁹⁶ quanto às decisões do Tribunal de Justiça, ainda que em sede de reenvio prejudicial com a Constituição da República Portuguesa, quer ao nível do direito primário, quer derivado.²⁹⁷ Afigura-se assim que,

²⁹³ Neste sentido DUARTE, Maria Luísa; GOMES, Carla Amado - O Tribunal Constitucional Português e a Garantia de Aplicação do Direito da UE. In Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha. Coimbra: Almedina, 2010, Vol. 1, p. 722.

²⁹⁴ Considerando que a análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional (TC) sobre a matéria da integração europeia permite constatar que o guardião da Constituição interpreta os seus poderes de forma a restringir e mesmo a excluir a sua intervenção no processo de interpretação e de aplicação da norma comunitária, DUARTE, Maria Luísa; GOMES, Carla Amado - O Tribunal Constitucional Português e a Garantia de Aplicação do Direito da União Europeia. In Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha. Coimbra: Almedina, 2010, Vol. 1, p. 703. Em geral, a defesa da inclusão do TC no conceito de tribunal que julga sem possibilidade de recurso para os efeitos da aplicação deste regime foi assegurada em Portugal por MELO, A. Barbosa de - Notas de contencioso comunitário. Coimbra: [s.n.], 1986, p. 127 e COSTA, J. M. Cardoso da - O Tribunal Constitucional Português e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. In Antunes Varela (Orgs.), Ab uno ad omnes: 75 anos da Coimbra Editora (1920-1995). Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 1376-1377. No sentido de a sua inclusão nesse conceito ser duvidosa, SERENS, M. Nogueira - A obrigação decorrente de reenvio prejudicial decorrente do art.º 234, § 3.º (Ex-art.º 177.º, § 3.º), do Tratado CE. In José Lebre de Freitas [et al.], Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida. Coimbra: Almedina, 2011, Vol. 4, p. 630-631.

²⁹⁵ FONTANELLI, Filippo; MARTINICO, Giuseppe - Focusing on courts: the techniques of hidden dialogue in the multilevel system. In Francys Snyder; Imelda Maher (Dir.), The evolution of european courts: institutional change and continuity. Paris: Bruylant, 2009, p. 42, consideram ainda que os juizes sempre se recusaram a definir-se como tal de acordo com o direito da União.

²⁹⁶ Podendo tal suceder quanto a normas de Tratado europeu de revisão, pendente de ratificação parlamentar e ratificação e a violação da CRP por norma euro comunitária, constante dos Tratados ou de acto derivado (v.g. regulamento, directiva, decisão-quadro) na perspetiva de DUARTE, Maria Luísa; GOMES, Carla Amado - O Tribunal Constitucional Português e a Garantia de Aplicação do Direito da União Europeia. In Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha. Coimbra: Almedina, 2010, Vol. 1, 718-719.

²⁹⁷ Sobre este ponto DUARTE, Maria Luísa; GOMES, Carla Amado - O Tribunal Constitucional Português e a Garantia de Aplicação do Direito da União Europeia. In Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha. Coimbra: Almedina, 2010, Vol. 1, p. 721, consideram que a coabitação necessária entre a Constituição portuguesa e o direito da UE, tem de proporcionar uma abordagem vigilante no que toca à garantia do núcleo essencial da primeira, e subsidiária na relação com o Tribunal de Justiça, agindo este como garante do bloco de fundamentalidade da UE. A jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre questões jurídico-comunitárias é relativamente escassa. Para uma perspetiva recente, DUARTE, Maria Luísa; GOMES, Carla Amado - O Tribunal Constitucional Português e a Garantia de Aplicação do Direito da União Europeia. In Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha. Coimbra: Almedina, 2010, Vol. 1, p. 700-718; RAMOS, Rui Moura - O Tribunal Constitucional português e as normas de outros ordenamentos jurídicos. In Estudos em memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 781 e ss. e p. 803 e ss. e ARAÚJO, A. [et al.] - As relações entre os tribunais constitucionais e outras jurisdições nacionais, incluindo a interferência, nesta matéria, das jurisdições

quanto à interpretação do Regulamento Roma I, a possível intervenção do Tribunal Constitucional português, parece não suscitar dúvidas particulares, estando apenas a aguardar a oportunidade que esse órgão jurisdicional entenda avisada.

A tensão que levava a que os tribunais constitucionais se reservassem ao diálogo com o Tribunal de Justiça, que encontra no seu distanciamento a discrição necessária à defesa da sua independência e soberania²⁹⁸ tende a diminuir. Essa postura, para além de uma forma de defesa, adequada a uma eventual necessidade de uma intervenção vigorosa²⁹⁹ corresponde também a um sinal de tolerância constitucional,³⁰⁰ que é correspondido na postura do Tribunal de Justiça por uma tentativa de acompanhar, em cada momento, as aspirações legítimas dos povos da UE.³⁰¹

No entanto, a oscilação da jurisprudência, embora seja sensível aos momentos menos entusiastas, não pode contentar todas as aspirações, sob pena de diluição desta instituição. As reservas dos tribunais constitucionais quanto à submissão à jurisdição da União, aparentemente encontraram eco em jurisprudência do Tribunal Constitucional da República Checa.³⁰² A diminuição desta tendência de os tribunais constitucionais nacionais não se submeterem à jurisdição do Tribunal de Justiça, que pode, no limite, significar uma submissão – menos apetecível – à jurisdição de outro tribunal, vem ganhando significado³⁰³ ao nível da instalação parcimoniosa do diálogo sobre os direitos fundamentais entre estas instâncias.

europeias. In Estudos de homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 203 e ss. e p. 260 e ss.

²⁹⁸ Como entendem SMULDERS, Ben; EISELE, Katharina - Reflections on institutional balance after Lisbon. YearBook of European Law. 31 (2012) 123.

²⁹⁹ Na senda da tradição iniciada pelo Bundesverfassungsgericht na decisão sobre o Tratado de Maastricht e recentemente reafirmada pelo mesmo tribunal na decisão sobre o Tratado de Lisboa (BverfGE 123, 267 de 30 de junho de 2009).

³⁰⁰ No sentido de que o segredo das Comunidades Europeias reside na tolerância constitucional e a consequência dessa particularidade reside na impossibilidade de resolver as antinomias em termos de invalidade, como os tribunais constitucionais defenderam durante muito anos, FONTANELLI, Filippo; MARTINICO, Giuseppe - Focusing on courts: the techniques of hidden dialogue in the multilevel system. In Francys Snyder; Imelda Maher (Dir.), The evolution of european courts: institutional change and continuity. Paris: Bruylant: 2009, p. 49.

³⁰¹ Considerando que o Tribunal de Justiça alterou a sua posição através dos tempos mostrando um comportamento oscilante entre a constitucionalização acelerada e a contenção, sempre tendo em conta os efeitos possíveis das suas decisões nas ordens jurídicas nacionais, FONTANELLI, Filippo; MARTINICO, Giuseppe - Focusing on courts: the techniques of hidden dialogue in the multilevel system. In Francys Snyder; Imelda Maher (Dir.), The evolution of european courts: institutional change and continuity. Paris: Bruylant: 2009, p. 47.

³⁰² Acórdão do Tribunal Constitucional da República Checa de 14/02/2012, no Processo 5/12, que declarou uma decisão do Tribunal de Justiça inaplicável na República Checa, e que esteve disponível em www.usoud.cz e que foi, entretanto, retirado do *site*.

³⁰³ Assim o exemplo do reenvio prejudicial submetido ao Tribunal de Justiça, pelo tribunal constitucional espanhol. A decisão do pleno deste tribunal – n.º 86/2011, de 9 de junho de 2011 –, determinou a submissão de duas questões prejudiciais ao primeiro, e, em conformidade, a suspensão do *recurso de amparo* aí pendente com o n.º 6922/2008 (ESPAÑA. Tribunal Constitucional - AUTO 86/2011, de 9 de junio : ECLI:ES:TC:2011:86A [Em linha]. Madrid : Tribunal Constitucional.). Este reenvio prejudicial foi, no entanto, focado em questões de natureza penal, mais propriamente sobre a execução do mandado de detenção

A admissibilidade de recurso para instâncias superiores é determinada de acordo com os critérios de direito adjetivo de cada Estado-Membro. No caso português, quer a alçada, quer a sucumbência,³⁰⁴ funcionam entre outros especialmente previstos,³⁰⁵ como critérios limitativos dessa possibilidade. Sendo as decisões proferidas por estes órgãos de soberania – acórdãos –, insuscetíveis de recurso, por via de regra, a questão está em saber se apenas estes tribunais se encontram obrigados a colocar uma questão prejudicial.

Para além destas decisões, muitas outras são tomadas por tribunais inferiores da organização judiciária portuguesa que são insuscetíveis de recurso, quer por tribunais de segunda instância, quer por tribunais de primeira instância.

A impossibilidade de recurso que decorre do direito processual interno, parece poder determinar, neste circunstancialismo, a fundamentação da sujeição desses tribunais ao preenchimento dos requisitos de aplicação do citado parágrafo 3.º do artigo 267.º do TFUE.³⁰⁶ No entanto, também esta disposição legal suscitou dúvidas interpretativas, e foi objeto de decisões jurisprudenciais proferidas pelo Tribunal de Justiça no sentido de inexistência de uma obrigação automática de reenvio prejudicial, mas tão só de uma faculdade.³⁰⁷

européu. O pedido recaía sobre “a interpretação e [...] a validade do artigo 4.º - A, n.º1, da Decisão-Quadro 2002/584/JAI do Conselho, de 13 de junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros,”(n.º 1) na versão que lhe foi conferida pela Decisão-Quadro 2009/299/JAI do Conselho, de 26 de fevereiro de 2009 (publicadas respetivamente nos JO L 190, p. 1 e JO L 81, p. 24). É ainda solicitada pronúncia sobre “a questão de saber se um Estado-Membro pode recusar executar um mandado de detenção europeu, com fundamento no artigo 53.º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE, por violação dos direitos fundamentais da pessoa em causa, garantidos pela Constituição nacional.” Estas questões prejudiciais foram objeto do Acórdão do TJ 26.02.2013, caso Stefano Melloni contra Ministerio Fiscal, proc. C-399/11 [CJ (2013)].

³⁰⁴ De acordo com o disposto no artigo 629.º do Código de Processo Civil.

³⁰⁵ Designadamente os previstos no artigo 70.º da Lei do Tribunal Constitucional (Lei n.º 28/82, de 15 de novembro, na redação que lhe foi conferida pelas sucessivas alterações).

³⁰⁶ Neste sentido, QUADROS, Fausto de; MARTINS, Ana Maria Guerra - Contencioso da União Europeia. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 90.

³⁰⁷ Considerando que os tribunais inferiores dos Estados-Membros não têm a obrigação, mas tão só a possibilidade de desencadear o mecanismo do reenvio prejudicial, RAMOS, Rui Moura - Das comunidades à União Europeia: estudos de direito comunitário. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 9-102 e BROBERG, Morten; FENGER, Niels - Finding light in the darkness: on the actual application of the acte clair doctrine. European Law Journal. 30 : 1 (2011) 181. As mesmas dúvidas, suscitaram-se a propósito da introdução do mecanismo relativamente aos vistos, asilo e outras políticas relativas à livre circulação de pessoas, matérias do terceiro pilar comunitarizadas em parte pelo Tratado de Amesterdão (Título III A), no qual não se preveem as condições de aplicação das competências do Tribunal relativamente às novas competências previstas nos artigos 73.º I a 73.º Q, de acordo com o disposto no artigo L alínea a). O artigo 73.º P exclui as questões prejudiciais sobre essas matérias relativamente às decisões suscetíveis de recurso no direito interno. Sendo objeto de reflexão a natureza obrigatória ou facultativa do reenvio nessas matérias, que GIALDINO, Carlo Curti - Schengen et le troisième pilier: le contrôle juridictionnel organisé par le traité d'Amsterdam. Révue du Marché Unique Européen. 2 (1998) 106, que defendendo que o artigo 73.º P está alinhado com o art.º 177.º do Tratado CE, conclui que se trata de um reenvio facultativo.

No acórdão Costa/ENEL,³⁰⁸ em face da alegação de que com o reenvio prejudicial (artigo 177.º do TCEE, artigo 234.º do TCE e artigo 267.º do TFUE) se pretendia obter uma decisão do tribunal relativa à conformidade de uma lei nacional com o Tratado, o tribunal considerou que “... os órgãos jurisdicionais nacionais cujas decisões são, como no caso *sub judice*, irrecorríveis, devem submeter ao Tribunal uma questão a título prejudicial sobre «a interpretação do Tratado», quando essa questão for suscitada perante eles.” Neste processo o tribunal *a quo*, era a primeira e única instância do processo em função do valor da causa.

No entanto, em jurisprudência posterior, o tribunal considerou que “A obrigação de os órgãos nacionais cujas decisões não são suscetíveis de recurso submeterem uma decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça insere-se no âmbito da colaboração entre os órgãos jurisdicionais nacionais, na sua qualidade de juízes incumbidos da aplicação do direito comunitário, e o Tribunal de Justiça, instituída com o objetivo de garantir a correta aplicação e a interpretação uniforme do direito comunitário em todos os Estados-Membros. Esta obrigação tem como finalidade, nomeadamente, evitar que se estabeleça, num Estado-Membro, uma jurisprudência nacional em desacordo com as regras de direito comunitário [...]. Este objetivo é alcançado quando são sujeitos a esta obrigação de reenvio, sob reserva dos limites admitidos pelo Tribunal de Justiça [...] os Supremos Tribunais [...], bem como qualquer órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso [...]”.³⁰⁹

Neste acórdão, o Tribunal de Justiça considerou que nas situações em que a instauração de recurso está dependente de uma declaração prévia sobre a sua admissibilidade pelo tribunal *ad quem*, o tribunal *a quo* não decide em última instância. Tal conclusão resulta do entendimento relativo à necessidade de uma declaração prévia de admissibilidade que “não tem por efeito privar as partes da via de recurso.”³¹⁰

O Tribunal não restringiu o âmbito da sua jurisprudência anterior, ou seja, não considerou a segunda instância, nesses casos, como a última instância, sob a qual impende a obrigação de recurso prejudicial, mas também não deixou de aceitar o recurso, assegurando a sua jurisdição absoluta.³¹¹ Deste ponto de vista, o Tribunal

³⁰⁸ TJ 15.06.1964, o caso Flaminio Costa contra ENEL, proc. 6-64 [CJ (1962-1964) 554]

³⁰⁹ TJ 04.06.2002, caso Lyckeskog, proc. C-99/00, [CJ (2002) I-4885], n. 14 e 15.

³¹⁰ TJ 04.06.2002, caso Lyckeskog, proc. C-99/00 [CJ (2002) I-4885], n. 16.

³¹¹ CHALMERS, Damian [*et al.*]. European Union law: text and materials. 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 187.

continuou a considerar que a utilização deste meio processual nos termos a que ao mesmo se recorreu nos autos principais, continua a ser entendida como facultativa.

Mais cuidou o tribunal de esclarecer que, em última análise, a interpretação do direito aplicável e naquele caso também do direito comunitário, pode determinar a intervenção do tribunal superior, desde que se verifiquem os demais requisitos adjetivos aplicáveis *in casu*.

Decorre da relação entre o segundo e o terceiro parágrafos do artigo 267.º do TFUE (ex-artigo 177.º TCEE e 234.º do TCE) que os órgãos jurisdicionais a que se refere o número 3.º têm o mesmo poder de apreciação que qualquer outro órgão jurisdicional nacional para determinar se uma decisão sobre uma questão de direito da UE é necessária à sua decisão.³¹² Assim sendo, os órgãos jurisdicionais não são obrigados a submeter ao Tribunal de Justiça uma questão relativa à interpretação do direito da UE que perante eles tenha sido suscitada se esta questão não é relevante, isto é, se a resposta a essa questão, qualquer que ela seja, não tem qualquer relevância para a decisão do processo.³¹³ O tribunal que não é a última instância tem assim a faculdade de submeter uma questão de interpretação ao Tribunal, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa. A consideração quanto à necessidade fica obviamente na esfera de apreciação do juiz nacional, tanto da última instância, quanto das instâncias inferiores, que pode considerar que uma decisão sobre a matéria em questão, não é absolutamente indispensável à decisão da causa. Esta conclusão pode resultar do facto de a “questão suscitada ser materialmente idêntica a outra questão suscitada em processo análogo e já decidida a título prejudicial.”³¹⁴ A existência de jurisprudência anterior sobre a questão formulada, não afasta a possibilidade da sua apresentação segundo o prudente arbítrio do Tribunal nacional.³¹⁵

³¹² Nesse sentido e a título exemplificativo do acolhimento no ordenamento jurídico português, os Acórdãos do STJ, 03.03.2005, processo n.º 05B316. Relator Salvador da Costa. “Naturalmente só se justifica que os órgãos jurisdicionais de algum Estado-Membro implementem o referido reenvio quando isso se revelar necessário ao julgamento da causa.” e STJ, 03.10.2007, proc. N.º 07S922, Relator Maria Laura Leonardo, No sentido de que “só se justifica que os órgãos jurisdicionais de algum Estado-Membro implementem o referido reenvio quando isso se revelar necessário ao julgamento da causa.”

³¹³ EC 06.10.1982, caso Cilfit, proc. 283/81 [ECR (1982) 3428-3429], n.ºs 9 e 10.

³¹⁴ Neste sentido TJ 27.03.1963, caso Da Costa en Schaake, proc. 28-30/62 [CJ (1962-1964) 237]. “Se o artigo 177.º, último parágrafo, obriga, sem exceção, os órgãos jurisdicionais nacionais — como a Tariefcommissie — cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso jurisdicional no direito interno a submeter ao Tribunal de Justiça qualquer questão de interpretação suscitada perante eles, pode, porém, acontecer que, por força da interpretação dada pelo Tribunal ao abrigo do artigo 177.º, essa obrigação perca a sua razão de ser e fique destituída de conteúdo. Isto acontece, designadamente, quando a questão suscitada é materialmente idêntica a uma questão que foi já objeto de uma decisão a título prejudicial num processo análogo.”

³¹⁵ TJ 27.03.1963, caso Da Costa en Schaake, proc. 28-30/62 [CJ (1962-1964) 237] “Mas não é menos verdade que o artigo 177.º permite sempre a um órgão jurisdicional nacional, se o considerar oportuno, apresentar de novo ao Tribunal questões de interpretação.”

A identidade material da questão, foi novamente confirmada em jurisprudência posterior³¹⁶ que partindo do pressuposto de desnecessidade de reenvio prejudicial, quanto a uma questão materialmente idêntica, considerou que essa desnecessidade pode resultar de jurisprudência que resolve a questão jurídica de interpretação em questão. Esta resolução de uma questão jurídica é considerada qualquer que seja a natureza do procedimento que tenha dado lugar a essa jurisprudência, mesmo que não exista uma identidade total das questões em litígio.³¹⁷

Para além desta abertura significativa, o Tribunal de Justiça veio ainda manifestar o entendimento de que “a correta aplicação do direito comunitário pode impor-se com tal evidência que não dê lugar a qualquer dúvida razoável quanto à solução a dar à questão suscitada.”³¹⁸ Nesta previsão do acórdão é consagrada pelo Tribunal de Justiça a teoria do ato claro,³¹⁹ importante contributo para a clarificação do regime do instituto em análise, quer para a uniformização da aplicação do direito da União, quer para a igualdade de tratamento dos cidadãos, computando-se num ganho de eficácia do

³¹⁶ EC 06.10.1982, caso Cilfit, proc. 283/81 [ECR (1982) 3417].

³¹⁷ EC 06.10.1982, caso Cilfit, proc. 283/81 [ECR (1982) 3429], n.º 14. Em sentido próximo EC 09.11.1983, caso Stato, proc. 199/82, [ECR (1983) 3611] n.º 8, que prevê que independentemente da fase judicial em que se encontre e independentemente da natureza da decisão a proferir, que segue a jurisprudência do caso Politi Sas V Ministério das Finanças da República Italiana, proc. 43/71 [CJ (1971) 422].

³¹⁸ Acórdão citado, n.º 16. No mesmo sentido em jurisprudência mais recente TJ 01.10.2015, Caso Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA), Ministero della Salute Contra Doc Generici Srl, proc. C-452/14 [CJ (2015)] n.º 43, decidindo que: “...um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial no direito interno é obrigado a cumprir o seu dever de reenvio, sempre que uma questão de direito da União nele seja suscitada, a menos que conclua que a questão suscitada não é pertinente, que a disposição do direito da União em causa foi já objecto de interpretação por parte do Tribunal de Justiça ou que a correcta aplicação do direito da União se impõe com uma evidência tal que não há lugar a nenhuma dúvida razoável ...” Ainda sobre a obrigação de reenvio prejudicial por parte do órgão jurisdicional que julga sem admissibilidade de recurso em caso de existência de correntes jurisprudenciais contraditórias quanto à interpretação de um conceito, “a fim de afastar o risco de interpretação errada do direito da União”, TJ 09.09.2015, caso João Filipe Ferreira da Silva e Brito e o. contra Estado português, proc. C-160/14 [CJ (2015)] n.º 44; assim como no caso existirem dúvidas de interpretação do direito da União Europeia “...mesmo se, no âmbito do mesmo processo nacional, o Tribunal Constitucional do Estado-Membro em causa tiver apreciado a constitucionalidade das regras nacionais à luz de normas de referência com um conteúdo análogo às do direito da União.” TJ 20.12.2017, caso Global Starnet Ltd contra Ministero dell'Economia e delle Finanze, Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato, proc. C-322/16 [CJ (2017)] n.º 26.

³¹⁹ Sendo essa consagração adotada pela nossa jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Neste sentido, Acórdão STJ 10.07.2008, proc. 07B2944, Relator Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, nos termos do qual se considerou que: “a verdade, todavia, é que o Tribunal de Justiça afastou aquela obrigatoriedade, ainda que se trate de uma questão pertinente para a resolução do litígio e que o tribunal onde o mesmo se encontra pendente deve ser considerado um tribunal do qual, na ordem interna, não cabe recurso, quando (1) houver jurisprudência suficiente sobre a interpretação da norma do Tratado em causa, quer porque se trata de “questão materialmente idêntica a uma outra já decidida a título prejudicial num caso análogo” pelo Tribunal, quer porque “a questão de direito em causa [...] tenha sido resolvida por uma jurisprudência estável”, formada por qualquer via processual, ou quando (2) a norma a interpretar for absolutamente clara. Em tais situações, cessa a obrigação de suscitar a apreciação da questão, a título prejudicial, ao Tribunal de Justiça; o Tribunal nacional, no entanto, pode suscitá-la, se o entender”; *Idem* Acórdão STJ 04.07.2013, processo n.º 2079/09.0TTPNF.P1.S1 : 4ª Secção. Relator Isabel São Marcos. “Disto decorre, então, que a obrigação de reenvio cessa, designadamente, quando a questão colocada seja materialmente idêntica a uma que já tenha sido objeto de decisão, a título prejudicial, pelo TJUE, um caso análogo ou quando esteja em causa uma questão de interpretação óbvia para o juiz nacional, se este considerar que também ela assim se revela para as jurisdições de outros Estados-Membros e bem assim para o TJUE.”

sistema³²⁰ que em muito beneficia com a desburocratização da administração da justiça, sobretudo num horizonte alargado.³²¹ Também neste aresto se esclarece que o recurso à figura do reenvio prejudicial não fica dependente da vontade das partes, nem da sua invocação pelas partes, sendo decidido pelo juiz.³²² Não deve ainda recorrer-se ao reenvio prejudicial se há convergência quanto à aplicação do direito da União,³²³ não sendo relevada qualquer particular questão de interpretação.

É importante sublinhar que em nenhum caso o Tribunal afasta a possibilidade de conhecer do reenvio ou limita objetivamente a interposição de um reenvio prejudicial. Apesar de estabelecer diretrizes que se destinam a facilitar a interpretação do direito da UE e a enunciar situações em que uma questão prejudicial pode ficar esvaziada de sentido, compete ao juiz nacional, em última instância, e qualquer que seja o tribunal concreto perante o qual a questão é suscitada, decidir sobre a apresentação da mesma ao Tribunal de Justiça.³²⁴ No entanto, o Tribunal apenas é, em princípio, obrigado a pronunciar-se, se as questões colocadas se encontrarem no âmbito da interpretação do direito da União,³²⁵ mas mantém-se a obrigação de reenvio por parte dos tribunais nacionais. O Tribunal não se vincula a uma resposta se o pedido de interpretação formulado for desligado quer da realidade, quer do litígio nos autos principais, sendo o problema sobre que recai o pedido de interpretação hipotético, ou que o Tribunal não disponha de um conhecimento das questões suscitadas nos autos principais, quer de facto quer de direito, que lhe permitam dar uma resposta útil às questões preliminares submetidas.³²⁶ Mas ainda que se vislumbre a possibilidade de prolação de uma decisão no sentido da recusa de pronúncia com os fundamentos que o tribunal considerou, tal

³²⁰ Diminuindo significativamente o número de pendências nessa instância relativamente àquelas que existiriam na falta de isenção de obrigação de reenvio, concedida por via jurisprudencial.

³²¹ Afastando qualquer sugestão relativa à limitação do reenvio prejudicial às instâncias superiores, que necessariamente teria um efeito nocivo ao nível de aumento de pendências nos tribunais nacionais, especialmente na eternização dos conflitos, por forma a que as questões prejudiciais nos mesmos suscitadas, pudessem ser submetidas, uma vez na última instância nacional, ao Tribunal de Justiça.

³²² Também neste segmento a jurisprudência portuguesa tem seguido de perto a jurisprudência comunitária. Assim, Acórdão STJ 10.07.2008, proc. 07B2944, Relator Maria dos Prazeres Pizarro Beleza. "Tenha-se ainda em conta que, conforme também se esclareceu no acórdão Cilfit, o regime que prevê a intervenção do Tribunal CE para apreciar a questão prejudicial não significa a atribuição às partes de um *direito de recurso*; estas têm, naturalmente, o direito de o requerer, mas é ao Tribunal da causa que compete decidir sobre a sua utilização."

³²³ Acórdão STJ 20.01.2009, proc. 08B2777, Relator Garcia Calejo, no qual se decidiu que "o reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias [...] não será de ordenar no caso, visto que a aplicação das normas de direito comunitário em questão não se afigura controversa."

³²⁴ Neste sentido TJ 14.03.2013, Caso Česká Spořitelna, proc. C-419/11 [CJ (2013) 4-5] n.º 20. "De igual modo, compete exclusivamente ao tribunal nacional, a quem foi submetido o litígio e que deve assumir a responsabilidade pela decisão jurisdicional a tomar, apreciar, tendo em conta as especificidades do processo, tanto a necessidade como a pertinência das questões que coloca ao Tribunal de Justiça."

³²⁵ TJ 12.04.2005, Caso Keller, proc. C-145/03 [CJ (2005) I-2563] n.º 33; TJ 11.09.2008, Caso Eckelkamp, proc. C-11/07 [CJ (2008)] n.ºs 27 e 32; TJ 25.10.2012, Caso Rintisch, proc. C-553/11 [CJ (2012) 4-5] n.º 15.

³²⁶ Como julgou o TJ 14.03.2013, Caso Česká Spořitelna, proc. C-419/11, [CJ (2013) 5] n.º 21 (designadamente TJ 14.06.2012, Banco Español de Crédito, proc. C-618/10, [CJ (2012) 14] n.º 77, e acórdão Rintisch, já referido, n.º 16, p. 5).

não exclui uma eventual obrigação de reenvio por parte das instâncias nacionais. A jurisprudência neste domínio, tem sido no sentido de clarificar as situações em que não há obrigatoriedade, nem necessidade de recurso ao reenvio prejudicial, o que contribui para uma maior eficácia dos meios disponíveis. A construção do modelo de eficácia possível, em face das restrições sobejamente conhecidas, é feita mediante decisões do Tribunal, as quais em matéria de interpretação, deixam notas claras em algumas questões, mas menos evidentes noutras, cometendo sobretudo ao juiz nacional a decisão sobre a formulação ou não do reenvio prejudicial e reservando-se o poder de responder ou não. Tal obrigatoriedade do juiz nacional quanto à formulação do pedido resulta clara da Jurisprudência Köbler,³²⁷ mas resulta ao mesmo tempo dessa jurisprudência que outras iniciativas no sentido de favorecer uma maior agilidade no funcionamento do mecanismo que não sejam as decisórias, podem ser aptas a gerar mais insegurança jurídica³²⁸ do que eficácia do sistema.³²⁹

Nesse acórdão, o Tribunal considerou que o órgão jurisdicional nacional não podia ter retirado o reenvio prejudicial que havia apresentado.

³²⁷ TJ 30.09.2003, caso Köbler, proc. C-224/01 [CJ (2003)].

³²⁸ Neste sentido o TJ 30.09.2003, caso Köbler, proc. C-224/01 [CJ (2003) I-10326] n.º 109. Em anterior ação G. Köbler solicitou a atribuição de um subsídio especial de antiguidade para os professores universitários, nos termos do disposto no § 50a da Constituição austríaca, invocando que “embora, na verdade, não tivesse quinze anos de antiguidade como professor em universidades austríacas, tinha” essa antiguidade se fossem computados os anos de serviço prestado nessas funções noutras universidades de outros Estados-Membros da Comunidade. A pretensão do autor tinha ainda por fundamento que não sendo considerados os anos de trabalho noutras universidades de Estados-Membros, tal constituía uma discriminação indireta injustificada em direito comunitário. Na ação que corria seus termos no Supremo Tribunal Administrativo (Verwaltungsgerichtshof) austríaco, foi decidido efetuar um reenvio prejudicial ao Tribunal de Justiça, ao qual foi atribuído o número de processo C-382/97. Em março do ano seguinte, o secretário do Tribunal de Justiça encetou uma diligência extrajudicial, perguntando ao Verwaltungsgerichtshof se entendia que era “necessário manter o procedimento remetido tedno em conta a decisão proferida no acórdão de 15 de janeiro de 1998, Schöning-Kougebetopoulou,” TJ 15.01.1998, caso Schöning-Kougebetopoulou, proc. C-15/96 [CJ (1998) I-60]. De tal diligência resultou que o “Verwaltungsgerichtshof convidou as partes no litígio submetido à sua apreciação a pronunciarem-se sobre o pedido do secretário do Tribunal de Justiça, observando, a título provisório, que a questão de direito objeto do processo prejudicial em causa tinha sido decidida” a favor de G. Köbler. Em junho de mesmo ano, o Verwaltungsgerichtshof retirou o seu pedido prejudicial e, decidiu julgar improcedente o recurso de G. Köbler, fundamentando a sua decisão no entendimento sustentado pela Ré nesses autos, considerando o subsídio especial de antiguidade um prémio de fidelidade que “justificava objetivamente uma derrogação às disposições do direito comunitário relativas à livre circulação de trabalhadores.” Na sequência dessa decisão G. Köbler instaura uma ação de indemnização contra a República da Áustria, com fundamento em o órgão jurisdicional identificado, violou uma disposição de direito comunitário na decisão que proferiu. No âmbito dessa ação, o Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, suscita várias questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça, o qual no acórdão nesses autos proferido, vem considerar que o tribunal visado, não podia retirar o pedido de reenvio prejudicial.

³²⁹ WATTEL, Peter J. - Köbler, CILFIT and Welthgrove: we can't go on meeting like this. CMLR. 41 (2004) 177-190.

A flexibilização do recurso ao reenvio prejudicial apresenta-se assim em certa medida comprometida, em função de uma perspectiva de responsabilização dos Estados-Membros cujos tribunais proferem as decisões, ainda em construção.³³⁰

Mesmo a existência de uma interpretação clara quanto à questão em discussão num certo litígio, pode conter elementos subjetivos que levem a um diverso entendimento, pois só após se interpretar se pode estabelecer o exato sentido e alcance de uma disposição.

O recurso ao reenvio prejudicial pode ser visto como atrativo ou uma saída airosa para passar o odioso da decisão a uma instância diversa.

Naturalmente que o aumento do lapso temporal necessário para a prolação de uma decisão é superior quando haja recurso ao reenvio prejudicial, devendo o tribunal nacional ter em consideração o designado efeito torpedo que pode decorrer da formulação de um reenvio prejudicial.³³¹

A questão central no acórdão não consiste em determinar qual o último grau de jurisdição nacional para certos efeitos, mas antes assegurar uma aplicação uniforme do direito comunitário.

O mesmo preceito prevê, no parágrafo segundo, que sempre que uma questão relacionada com a interpretação dos tratados ou da validade de atos, seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode submeter essa questão ao Tribunal de Justiça, se considerar que uma decisão nesse âmbito é necessária ao julgamento da causa. De acordo com a jurisprudência Cilfit,³³²

³³⁰ Dada a imprecisão conceitual utilizada pelo acórdão, por um lado, e a inexistência de um regime único de responsabilidade dos Estados-Membros por erros judiciais, bem como de previsões ao nível constitucional que garantam a proteção concreta dos direitos dos cidadãos, que viabiliza com maior amplitude a ação por incumprimento.

³³¹ Embora seja um efeito mais conhecido a propósito da seleção da jurisdição competente em função da morosidade do respetivo sistema judicial, também a formulação de um reenvio prejudicial pode funcionar como facto de ampliação do prazo normal de prolação de decisão num processo, o que em última análise tem sido alvo de preocupação pelo legislador em termos genéricos, tentando limitar a iniciativa das partes quanto a diligências posteriores à entrada da petição inicial e demais articulados admissíveis, designadamente também quanto ao momento processual de apresentação dos meios de prova, junto com os respetivos articulados iniciais e na limitação do regime dos recursos.

³³² Esta jurisprudência é objeto de consagração pelo STJ 04-02-2016, Processo n.º 536/14.6TVLSB.L1.S1, 7.ª Secção, Relator Lopes do Rego, cujo acórdão foi proferido por unanimidade, com o seguinte entendimento: (1) “de acordo com a doutrina contida no Acórdão Cilfit de 6/10/82, considera-se dispensável a suscitação, em reenvio prejudicial, da questão interpretativa quanto à norma do art. 23º do Regulamento 44/2001, uma vez que: (2) a questão de interpretação normativa que seria pertinente formular (saber se o pacto de jurisdição não constitui, só por si, elemento de estraneidade susceptível de despoletar a aplicação da disciplina contida no Regulamento) não é necessária nem pertinente para o julgamento do litígio principal, já que a matéria a este subjacente revela de forma evidente outros elementos de internacionalidade; (3) ponderada a jurisprudência reiterada do TJ e a funcionalidade e teleologia das normas comunitárias que prevêm a relevância da autonomia da vontade das partes na estipulação da competência internacional, não subsiste qualquer dúvida razoável quanto à suficiência dos referidos

³³³, não basta que as partes tenham suscitado uma questão relativa à interpretação do direito comunitário, para que o tribunal se considere vinculado a esse entendimento. A utilização deste expediente processual não fica na livre disponibilidade das partes, que apenas podem suscitar uma questão prejudicial. Por outro lado, o tribunal pode decidir por sua própria iniciativa, suscitar uma questão prejudicial perante a instância competente. O órgão jurisdicional pode não entender que uma decisão sobre a questão prejudicial seja necessária à decisão da causa. Se quanto aos primeiros casos, a adoção de um regulamento teve a virtualidade de, de forma automática e no respetivo âmbito de aplicação temporal, subtrair a determinação do regime jurídico aplicável aos contratos comerciais internacionais a tais pressupostos, sempre se manteve sujeito a uma restrição de base, num âmbito muito genérico e que fica em exclusivo dependente da interpretação que o juiz nacional faça da necessidade de submissão de uma questão interpretativa ao Tribunal de Justiça. Esta previsão que permite às instâncias nacionais uma livre tomada de posição sobre a necessidade de auscultação deste órgão, permite restringir (e até arredar em absoluto) a audição de uma entidade cujo contributo pode ser em primeira linha esclarecedor para uma correta aplicação da justiça. Fica deste modo o recurso ao reenvio prejudicial totalmente dependente das instâncias nacionais, o que considerando os imperativos de interpretação unificada, se traduz numa restrição às necessidades do ordenamento jurídico.³³⁴ Tal conclusão fica patente no Acórdão Koelzch³³⁵ proferido no âmbito de um reenvio prejudicial apresentado pela *Cour d'Appel du Luxembourg*. Resulta dos precedentes invocados pelo interessado que em ação

elementos de estraneidade da relação, considerando-se, por isso, claro e evidente que uma relação contratual com tal configuração não pode perspectivar-se como constituindo uma relação puramente interna, susceptível de afastar a aplicabilidade da norma contida no citado art. 23º do Regulamento 44; (4) perante o regime do Regulamento n.º 44/2001, para que a escolha do tribunal seja válida é desnecessário que exista qualquer conexão entre o objecto do litígio e o tribunal designado, não sendo valoráveis, designadamente, os hipotéticos inconvenientes, para uma das partes, da localização do foro convencionado a que o direito interno confira relevo; (5) a validade do pacto de jurisdição, constante de uma cláusula contratual integrada num contrato de *swap* celebrado entre uma empresa pública regional e determinado banco, em que foi aquela a propor ao banco as cláusulas que integram os contratos em litígio, objecto, aliás, de um específico procedimento negocial, em que a dita empresa foi coadjuvada por outra entidade bancária, é analisada, exclusivamente segundo o disposto no art. 23º do Regulamento n.º 44/2001, sendo inaplicável o regime jurídico interno das cláusulas contratuais gerais.”

³³³ EC 06.10.1982, caso Cilfit, proc. 283/81 [ECR (1982) 3428-3429], n.ºs 9 e 10.

³³⁴ Neste sentido, RAMOS, Rui Moura - Lugar da prestação habitual do trabalho e direito internacional privado da União Europeia. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. 142 : 3981 (2013) 396-397.

³³⁵ Acórdão TJ 15.03.2011, caso Heiko Koelzsch contra État du Grão-Ducado do Luxemburgo, proc. C-29/10 [CJ (2011) I-1634]. Trata este acórdão do sentido em que a expressão lugar da prestação do trabalho, usada no n.º 2 do artigo 6º da Convenção de Roma deve ser interpretado. O litígio no processo principal versa sobre o despedimento alegadamente ilícito de um trabalhador com domicílio na Alemanha, que foi contratado pela Gasa, filial da sociedade de direito dinamarquês Gasa Odense Blomster amba, por contrato assinado no Luxemburgo e que contém uma cláusula que remete para a lei luxemburguesa e uma cláusula atributiva de jurisdição aos tribunais luxemburgueses. A Gasa dedica-se ao transporte de flores desde a Dinamarca para Alemanha, mas também outros países. Tanto os camiões da empresa, como os trabalhadores da empresa estão registados nas competentes entidades, de registo e de segurança social, no Luxemburgo, não tendo a empresa nem sede, nem escritórios na Alemanha. Sobre este acórdão, RAMOS, Rui Moura - Lugar da prestação habitual do trabalho e direito internacional privado da União Europeia. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. 142 : 3981 (2013) 400.

instaurada contra a empresa não chegou a ser apresentado o pedido de decisão prejudicial e que apenas em ação de responsabilização do Estado luxemburguês com fundamento em violação da Convenção de Roma é que, em recurso, foi solicitada a pronúncia desta entidade.

A restrição apontada deveria merecer, em matérias particularmente sensíveis em relação às quais os imperativos de uniformização justificam a assunção da competência legiferante por parte da União, um regime mais cauteloso e rigoroso quanto à necessidade de recurso ao Tribunal de Justiça enquanto garantia jurisdicional acrescida do sistema, que do nosso ponto de vista é alcançada pela via da responsabilização dos Estados-Membros por prejuízos resultantes de decisões violadoras desse ordenamento, embora seja uma solução imperfeita. Outra via não seria possível, sob pena de se sobrecarregar excessivamente o Tribunal de Justiça.

A esta restrição quanto ao regime vigente, acrescem outras limitações relativas ao facto de se entender como absolutamente estanques as fases em que o juiz decide a questão controvertida que lhe é submetida e uma fase prévia em que é confrontado com a necessidade de determinar o concreto sentido e alcance das expressões insertas quer em direito originário, quer em direito derivado, quer em direito complementar.³³⁶

O artigo 68.º do TCE limitava ainda aos Tribunais supremos a faculdade de solicitar a interpretação prejudicial ao Tribunal de Justiça, nas matérias respeitantes ao espaço de liberdade e de justiça. Essa restrição desapareceu com o Tratado de Lisboa, cujo artigo 267.º, prevê um recurso generalizado por qualquer tribunal dos Estados-Membros ao Tribunal de Justiça.³³⁷

A diferente previsão dos Tratados no que ao recurso ao reenvio prejudicial respeita, tem traçado um percurso de favorecimento da unificação baseado na perspetiva de uma previsão de um recurso mais amplo a esse órgão jurisdicional. No entanto, o recurso a essa via unificadora é ainda bastante reduzido, sobretudo no que respeita ao Regulamento Roma I.³³⁸

Mesmo na circunstância de o Tribunal superior entender que o caso *sub iudice* não é regulado por direito comunitário, donde resulte, na sua perspetiva, infundado um reenvio

³³⁶ Que no caso vertente remontam às disposições constantes das als. a) e b) do artigo 177.º do TCEE e aos Protocolos supramencionados.

³³⁷ Como anteviam LAGARDE, Paul; TENENBAUN, Aline - De la convention de Rome au règlement Rome I. *RCDIP*. 97 (2008) 731.

³³⁸ A primeira decisão prejudicial que recaiu sobre a interpretação dos n.ºs 4 e 5 do art.º 4.º da Convenção de Roma, solicitada pelo Haage Raad, Holanda (TJ 06.09.2009, caso Intercontainer Interfrigo, Processo C-133/08 [CJ (2009)]).

prejudicial,³³⁹ acrescidas cautelas lhe são impostas, na senda da jurisprudência Köbler, *Traguetti dei mediterraneo*³⁴⁰ e Comissão/República Italiana,³⁴¹ apesar das suas limitações práticas. O mesmo não acontece sendo aceite pelas partes que uma determinada disposição do direito nacional é nula por violação de normas de direito da União.³⁴²

A jurisprudência Köbler, veio acrescentar ao enquadramento do reenvio prejudicial um aspeto importante.³⁴³ Neste aresto, o Tribunal de Justiça considerou que “o princípio segundo o qual os Estados-Membros são obrigados a ressarcir os danos causados aos particulares pelas violações do direito comunitário que lhes são imputáveis é igualmente aplicável quando a violação em causa resulte de uma decisão de um órgão jurisdicional decidindo em última instância.”³⁴⁴ Após estabelecer este princípio geral, o tribunal deu por assente que “aquele órgão jurisdicional não podia considerar que a resolução da questão de direito em causa resultava de uma jurisprudência assente pelo Tribunal de Justiça ou não deixava margem para qualquer dúvida razoável.”³⁴⁵

³³⁹ Assim, STJ 20.06.2013, Processo n.º 178/07.2TVPR.T.P1.S1, 2.ª Secção, Relator Serra Baptista, no sentido de que “Se o Tribunal nacional considera que o litígio deve ser decidido só em conformidade com o direito interno, não fica obrigado, nos termos do Tratado, a utilizar o reenvio prejudicial dirigido ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, solicitando-lhe interpretação de norma comunitária que, em seu entender, se não aplica ao caso vertente. Idem, Ac. STJ, 04-06-2008, Processo n.º 08S1035, Relator Bravo Serra: “Ora, tendo já sido assinalado que se não insere na competência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias saber se determinado normativo de direito comunitário é, ou não, aplicável (ainda que não directamente) a uma dada situação sobre a qual se debruçam os tribunais nacionais dos vários Estados-Membros, é patente o infundado da pretensão do recorrente (mesmo perspectivada esta como uma forma de chamada de «atenção» deste Supremo para, oficiosamente, suscitar o «reenvio prejudicial»).”

³⁴⁰ TJ 13.06.2006, caso *Traghetti del Mediterraneo SpA contra República Italiana*, proc. C-173/03 [CJ (2006) I-5204].

³⁴¹ TJ 24.11.2011, caso Comissão/Itália, proc. C-379/10 [CJ (2011) I-180]. Sobre esta jurisprudência e a efetividade da sua aplicação, LOCK, Tobias - Is private enforcement of EU law through state liability a myth? An assessment 20 years after Francovich. *CMLR*. 49 (2012) 1675-1702; SEMMELMANN, Constanze - General principles of the EU law between a compensatory role and an intrinsic value. *European Law Journal*. 19 : 4 (2013) 457-487.

³⁴² Acórdão STJ, 05.02.2013, Processo 3371/08.7TVLSB.L1.S1, 6.ª Secção. Relator Salreta Pereira: “VIII - O reenvio consiste na colocação de uma questão relativa à interpretação ou à apreciação de validade de um acto de direito comunitário ao TJUE; se as partes e as instâncias concordam na interpretação do Tratado e dos Regulamentos, aceitando a nulidade da cláusula proibitiva de concorrência, face à amplitude territorial, não há litígio quanto à interpretação das normas (do Tratado e dos Regulamentos), pelo que seria inútil a consulta ao TJUE.”

³⁴³ Trata-se de um reenvio prejudicial efetuado pelo Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, suscitando nos termos do artigo 234.º CE, cinco questões prejudiciais relativas à interpretação, por um lado, do artigo 48.º do Tratado CE e outras relativas a anterior jurisprudência do Tribunal de Justiça. Estas questões foram suscitadas no âmbito de uma ação de indemnização intentada por G. Köbler contra a República da Áustria, “por violação de uma disposição do direito comunitário por um acórdão do Verwaltungsgerichtshof, órgão jurisdicional administrativo supremo” dessa República. No seu pedido, “o Verwaltungsgerichtshof expõe nomeadamente que, para decidir o litígio nele pendente, «tem uma importância decisiva saber se é contrário ao direito comunitário e, em particular, ao artigo 48.º do Tratado [...], que o legislador austríaco sujeite a concessão do 'subsídio especial de antiguidade para os professores universitários', que não reveste o carácter de um prémio de fidelidade nem de uma gratificação, mas sim que constitui uma parte integrante da remuneração no quadro do sistema de promoção, ao requisito de terem desempenhado funções durante quinze anos numa universidade austríaca”», cfr. n.º 106 do Acórdão.

³⁴⁴ TJ 30.09.2003, caso Köbler, proc. C-224/01 [CJ (2003), I-10306] n.º 33.

³⁴⁵ TJ 30.09.2003, caso Köbler, proc. C-224/01 [CJ (2003) I-10328] n.º 118, 1.ª parte.

Concluindo que, “por força do artigo 177.º, § 3 do Tratado, tinha a obrigação de manter o seu pedido prejudicial”.³⁴⁶

O tribunal considerou, no entanto, que essa violação tem de ter um carácter manifesto “para que haja, por força do direito comunitário, responsabilidade de um Estado-Membro por uma decisão de um dos seus órgãos jurisdicionais decidindo em última instância”.³⁴⁷

O Tribunal enuncia a responsabilidade dos Estados pelas práticas dos seus órgãos jurisdicionais, mas não estabelece um regime subsequente e consequente de aplicação desse princípio geral.³⁴⁸

No entanto, esta decisão, acaba por não ter um alcance efetivo em matéria de proteção dos direitos dos cidadãos, funcionando sobretudo como orientação para mais um passo na construção do ordenamento jurídico da União. Na verdade, trata-se mais de uma coação institucional, do ponto de vista da proteção dos direitos dos cidadãos europeus, do que de uma medida de reconhecimento de direitos que não haviam sido conferidos³⁴⁹ e de reconstituição *in natura*. A inoperatividade dessa inovação judicial resulta, como é manifesto, de vários fatores. O primeiro dos quais deriva de qualquer impossibilidade de revisão da sentença dos tribunais nacionais em função da decisão do Tribunal de Justiça. Os direitos processuais civis e constitucionais dos Estados-Membros não estão ainda preparados e vocacionados para um tal fenómeno.³⁵⁰ Pelo que o recurso às vias internas para reposição dos direitos do cidadão, normalmente falece sem resultados. Após prolação de uma decisão insuscetível de recurso, sem a questão prejudicial suscitada ter sido remetida ao Tribunal de Justiça, apenas se reconhece ao interessado a possibilidade de demandar o Estado e nessa via tentar novamente que a questão

³⁴⁶ N.º 118. “Com efeito, aquele órgão jurisdicional não podia considerar que a resolução da questão de direito em causa resultava de uma jurisprudência assente do Tribunal de Justiça ou não deixava margem para qualquer dúvida razoável.”

³⁴⁷ N.º 126. “Uma violação do direito comunitário como a resultante, nas circunstâncias do caso no processo principal, do acórdão do Verwaltungsgerichtshof de 24 de junho de 1998 não tem o carácter manifesto exigido para que haja, por força do direito comunitário, responsabilidade de um Estado-Membro por uma decisão de um dos seus órgãos jurisdicionais decidindo em última instância.”

³⁴⁸ Talvez houvesse alguma limitação resultante do facto de ter sido o secretário do Tribunal de Justiça a remeter ao tribunal que havia apresentado o pedido de reenvio, da decisão proferida em 15.01.1998 - proc. C-15/96 Schöningh-Kougebetopoulou [CJ (1998) I-68], em que o tribunal já havia decidido que uma situação idêntica de discriminação laboral, violava o artigo 48.º do Tratado e de nessa sequência se ter verificado a retirada do pedido de reenvio pelo Tribunal então *a quo*, e ter indeferido a pretensão de Köbler. No fundo não seria expectável que o Verwaltungsgerichtshof adotasse esse procedimento, mas supostamente o oposto. Incluindo-se a iniciativa do secretário do tribunal num enquadramento de desburocratização do recurso ao Tribunal e dentro do princípio a que as suas decisões vêm sendo sujeitas, no sentido da criação de um verdadeiro precedente judicial.

³⁴⁹ Na medida em que na maioria dos Estados-Membros não será apta a impor o seu respeito.

³⁵⁰ Constituem exceção as recentes sentenças do tribunal constitucional alemão. Há que referir também as recentes sentenças proferidas pelo Tribunal Internacional de Justiça.

prejudicial seja suscitada perante aquele órgão jurisdicional³⁵¹. No final do processo e caso o mesmo reconheça razão ao interessado, na ótica da violação do Direito da União Europeia por parte de um órgão jurisdicional nacional, deve condenar o infrator ao pagamento de um valor que seja suficiente para o compensar dos prejuízos sofridos.³⁵²

Não fica, porém, excluída a possibilidade de o reenvio prejudicial, neste caso, incidir também sobre questões relativas à compatibilidade da própria legislação dos Estados-Membros que regula o regime de acesso à indemnização, com o direito da União Europeia.³⁵³

A aplicação do reenvio prejudicial aos processos de natureza urgente reveste-se de algumas especificidades. Em princípio e incumbindo às partes em autos com essa natureza cautelar, invocar a aparência de um bom direito e o *periculum in mora* decorrente do lapso normal de tramitação de uma ação não faria sentido defender a aplicação de tal procedimento em matéria de decisões provisórias, às quais se segue o respetivo processo de jurisdição contenciosa, sendo assim normal que a garantia da uniformidade de aplicação do direito da UE, seja executada na respetiva ação definitiva.

No entanto, a introdução de um parágrafo quarto ao regime do artigo 267.º em processos considerados urgentes, como são aqueles em que existam arguidos presos,

³⁵¹ O incumprimento das obrigações resultantes do disposto no artigo 267.º 3.º § do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia pode, também, ser declarado pelo Tribunal de Justiça no âmbito de uma ação de incumprimento instaurada pela Comissão Europeia. Neste sentido acórdão TJ 04.10.2018, proc. C-416/17, Comissão Europeia contra República Francesa [CJ (2018)] n.ºs 113 e 114.

³⁵² Cujos “critérios de determinação da responsabilidade dos Estados-Membros “pelos danos causados aos particulares por violações do direito comunitário, deve, em princípio, ser feita pelos órgãos jurisdicionais nacionais” como o Tribunal de Justiça já havia decidido nos Acórdãos *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, entre outros. Neste sentido TJ 30.09.2003, caso *Köbler*, proc. C-224/01 [CJ (2003), I-10324] n.º 100.

³⁵³ Assim TJ 09.09.2015, caso *João Filipe Ferreira da Silva e Brito e o. contra o Estado português*, proc. C-160/14 [CJ (2015)] n.º 46-60, proferido na sequência de um pedido de decisão prejudicial apresentado pelas Varas Cíveis de Lisboa, por decisão de 31 de outubro de 2013. Este pedido de decisão prejudicial tinha como questão prejudicial, entre outras, a questão de saber se «...O Direito [da União] [...] e, em especial, os princípios formulados pelo Tribunal de Justiça [...] no acórdão *Köbler* [C-224/01, EU:C:2003:513] sobre a responsabilidade do Estado por danos causados aos particulares em virtude de uma violação do Direito [da União] cometida por um órgão jurisdicional nacional que decide em última instância, obsta à aplicação de uma norma nacional que exige como fundamento do pedido de indemnização contra o Estado a prévia revogação da decisão danosa?». Vide Acórdão citado, n.º 22. Esta questão prejudicial deve-se ao disposto no artigo 13.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro de 2007, que aprova o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 31/2008, de 17 de julho de 2008, que prevê: “1. Sem prejuízo do regime especial aplicável aos casos de sentença penal condenatória injusta e de privação injustificada de liberdade, o Estado é civilmente responsável pelos danos decorrentes de decisões jurisdicionais manifestamente inconstitucionais ou ilegais ou injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respetivos pressupostos de facto. 2. O pedido de indemnização deve ser fundado na prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente.” Neste âmbito, decidiu o Tribunal de Justiça que “...o direito da União e, em especial, os princípios formulados pelo Tribunal de Justiça em matéria de responsabilidade do Estado por danos causados aos particulares em virtude de uma violação do direito da União cometida por um órgão jurisdicional que decide em última instância devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação nacional que exige como condição prévia a revogação da decisão danosa proferida por esse órgão jurisdicional, quando essa revogação, está, na prática, excluída.”. Ver acórdão mencionado, n.º 60.

parece por um lado, abrir a porta a uma nova perspectiva de enquadramento da matéria ao nível do direito originário. Por outro lado, as especificidades dos próprios ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros podem militar no sentido da defesa cabal da sujeição de processos de natureza urgente ao regime do reenvio prejudicial. O novo regime processual civil introduz a aplicação desse mecanismo para processos urgentes de certa natureza, o que não exclui a sua aplicação aos demais. Afigura-se assim que aos processos cautelares se pode aplicar tal mecanismo na medida em que essa possibilidade não é excluída pelo regime legal aplicável, antes pelo contrário, a introdução de um número 4 ao artigo 267.º do TFUE, com a menção específica à celeridade da diligência quando existam arguidos presos, não deixa de testemunhar em abono da possibilidade de aplicação a outros procedimentos de natureza urgente. A privação da liberdade consiste na pena mais grave prevista no ordenamento jurídico dos Estados-Membros. Sendo a aplicabilidade a processos urgentes prevista com menção a essa situação específica e à necessidade de evitar prejuízos resultantes dessa restrição à liberdade individual – pressupostos –, não há qualquer indício, como qualquer óbice à aplicação do mesmo procedimento a outros processos urgentes, em que seja necessário providenciar por uma aplicação unificada da lei, desde que os mesmos digam respeito a matérias relativas ao espaço de liberdade, segurança e justiça. Sempre que tal aconteça o reenvio passa a ser tramitado como processo urgente, nos termos do disposto no artigo 107.º do Regulamento do Processo do Tribunal de Justiça.³⁵⁴

Noutra perspectiva é importante atentar às necessidades específicas de cada caso, que apesar de dever ser decidido com urgência, não exclui por si só tal possibilidade, havendo que considerar o decretamento de providências sem audição prévia do Requerido, que permite também um enquadramento temporal suficiente para a sujeição de uma dúvida de interpretação a esclarecer até à prolação da decisão final, sem qualquer inconveniente para os objetivos de celeridade processual que se visa alcançar.

As concretas previsões legais em vigor em cada Estado-Membro, devem também merecer a atenção do juiz, nacional ou estrangeiro, sob pena de alheamento dos cidadãos em relação aos resultados da aplicação da justiça. A tentativa e a necessidade de desburocratizar a ação da justiça permite, face ao atual processo civil em vigor no

³⁵⁴ Neste sentido TJ 17.10.2018, proc. C-393/18 PPU, caso UD contra XB [CJ (2018)]. Neste acórdão decide-se o pedido de decisão prejudicial que tem por objecto a interpretação do conceito de residência habitual da criança, consagrado no artigo 8.º do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000. Tendo em conta a invocação do superior interesse da criança, o Tribunal de Justiça decidiu submeter o reenvio prejudicial à tramitação prejudicial urgente.

nosso ordenamento jurídico, aproveitar uma ação instaurada com natureza urgente e provisória, para nela proferir uma sentença definitiva. O novo código de processo civil, vem prever inovatoriamente uma realidade que designou como inversão do contencioso. Na decisão que decreta a providência, o juiz pode dispensar o requerente da propositura da ação principal se, ao invés de uma *fumus bonus iuris* (a aparência de um bom direito), o tribunal tiver alcançado uma convicção segura acerca do direito acautelado; e desde que “a natureza da providência decretada for adequada a realizar a composição definitiva do litígio” (artigo 369.º do CPC).³⁵⁵ Considerando que o tribunal só poderá estar habilitado a providenciar por tal dispensa, após aquisição do conhecimento dos factos e do direito aplicável, a negação de utilidade ao reenvio prejudicial neste âmbito, poderia equivaler à ineficácia da previsão da inversão do contencioso, esvaziando-a. Na verdade, sendo intuito do legislador simplificar o processo judicial, mediante a dispensa de repetição de duas ações com o mesmo objetivo (em termos abstratos e não considerando os pressupostos específicos relativos à providência cautelar – o *periculum in mora* e a *fumus bonus iuris* – o pedido e causa de pedir), a retirada de tais procedimentos da alçada do reenvio prejudicial, contribuindo para a desburocratização do funcionamento do tribunal de justiça, não alcança a *mens legislatoris* do preceito em causa.³⁵⁶

Donde se verifique que a unificação da interpretação não é absoluta. Não só porque apenas incide sobre o direito de conflitos, mas também porque os tribunais inferiores dos Estados-Membros não estão obrigados a desencadear o reenvio prejudicial, apesar de em certas situações a questão poder ser corrigida através da interposição de recurso das decisões desses órgãos;³⁵⁷ e, por outro lado, é manifesto que, sob pena de esmagar o tribunal com o peso dos recursos prejudiciais, os Tratados não poderiam ter ido mais longe nesta via.³⁵⁸

³⁵⁵ Acompanhando a proposta apresentada pela Comissão revisora, manifestando o entendimento de que muitas vezes o Requerido se conformaria com a providência decretada sem que o requerido tivesse de instaurar a ação principal para cumprir o ónus legal a que está sujeito, LYNCE, Rita - *Apreciação da Proposta de Inversão do contencioso cautelar apresentada pela Comissão de reforma do Código de Processo Civil*. In Armando Marques Guedes [et al.], *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Lebre de Freitas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. Vol. 1, p. 1140.

³⁵⁶ No sentido de que o reenvio prejudicial não é de aplicar-se aos processos urgentes, como seja uma providência cautelar, considerando-se que o interesse na aplicação uniforme do direito da União fica devidamente salvaguardado quando sucessivamente a processo dessa natureza, há que instaurar o processo principal, TJ 04.06.2002, caso Lyckeskog, proc. C-99/00, [CJ (2002) I- 4890], n.º 34. No mesmo sentido, já em 1977, o Acórdão do TJ de 24.05.1977, caso Hoffmann-La Roche, proc. n.º 107/76. Neste sentido, também SERENS, M. Nogueira - *A obrigação decorrente de reenvio prejudicial decorrente do art.º 234, § 3.º (Ex-art.º 177.º, § 3.º), do Tratado CE*. In José Lebre de Freitas [et al.], *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*. Coimbra: Almedina, 2011. Vol. 4, p. 635.

³⁵⁷ RAMOS, Rui Moura - *Das comunidades à União Europeia: estudos de direito comunitário*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 67.

³⁵⁸ RAMOS, Rui Moura - *Das comunidades à União Europeia: estudos de direito comunitário*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 68.

A garantia institucional da interpretação conforme, apesar de manter o seu regime jurídico de base, encontra ainda na alteração ao regime da ação por incumprimento, um reforço reflexo substancial,³⁵⁹ quer ao nível do incumprimento em primeiro grau,³⁶⁰ quer ao nível do incumprimento em segundo grau,³⁶¹ permite assegurar com maior eficiência a continuidade dos conceitos relativa ao ordenamento jurídico da UE.

2.4. LINHAS GERAIS SOBRE A INTERPRETAÇÃO DA NORMA DE DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

Enquanto critério de interpretação, assume particular relevo o princípio segundo o qual se deve efetuar uma interpretação sistemática e teleológica. As normas de direito da União devem ser interpretadas de acordo com a sua *ratio legis* e com a sua finalidade considerada em termos globais e não apenas nos concretos termos do diploma em que se encontram consagradas, garantindo o efeito útil e a plena eficácia.³⁶²

³⁵⁹ Salientando o carácter inovatório e significativo das alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa em matéria de incumprimento, decorrentes do artigo 2.º B e alíneas a) e b) do artigo 212.º, MESQUITA, Maria José Rangel de - Incumprimento estadual e poder sancionatório no Tratado de Lisboa. In Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha. Coimbra: Almedina, 2010. Vol. 1, p. 690, considera que “as alterações ao TCE se reportam ao seu artigo 228.º e que disciplina por um lado, a obrigação de execução do acórdão do Tribunal de Justiça proferido num processo por incumprimento comum em primeiro grau e, por outro, ao processo por incumprimento em segundo grau, ou seja, por incumprimento da obrigação de execução de um acórdão por incumprimento do Tribunal de Justiça.”

³⁶⁰ Assim, MESQUITA, Maria José Rangel de - Incumprimento estadual e poder sancionatório no Tratado de Lisboa. In Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha. Coimbra: Almedina, 2010. Vol. 1, p. 691, que manifesta o seu entendimento da forma que segue: “quanto ao processo por incumprimento em primeiro grau, consagra-se com carácter inovatório – no novo n.º 3 do artigo 260.º TFUE – que, no caso de incumprimento da obrigação de comunicação de medidas de transposição de uma directiva (aprovada de acordo com o processo legislativo previsto no Tratado): (1) a Comissão pode, quando intentar uma acção de incumprimento (em primeiro grau) no TJ, se o considerar adequado, indicar o montante da quantia fixa ou da sanção pecuniária compulsória a pagar pelo Estado infractor, que considere adequado às circunstâncias; (2) o TJ, se declarar o incumprimento, pode condenar o Estado.”

³⁶¹ Que se concretiza na redução da fase pré-contenciosa relativa à segunda ação por incumprimento, decorrente da alteração do número 2, mediante a substituição dos parágrafos 1 e 2, por um único parágrafo com nova previsão, prevendo-se agora que a Comissão pode instaurar uma segunda ação por incumprimento desde que tenha dado ao Estado infrator a possibilidade de apresentar as suas observações. A eliminação da referência ao parecer fundamentado que especificasse os concretos pontos em relação aos quais o Estado infrator não havia dado cumprimento ao acórdão do Tribunal de Justiça, que aparentemente suprime esta diligência pode não se traduzir, na prática, num ganho de eficiência do sistema, tudo dependendo do ritmo do andamento burocrático. Neste sentido, MESQUITA, Maria José Rangel de - Incumprimento estadual e poder sancionatório no Tratado de Lisboa. In Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha. Coimbra: Almedina, 2010. Vol. 1, p. 690, pois “...esta inovação não está isenta de críticas [e] não é por si só uma garantia de celeridade processual e de encurtamento do período temporal que decorre entre o primeiro e o segundo acórdão por incumprimento.”

³⁶² BERTOLI, Paolo - Il ruolo de la corte de giustizia e l'interpretazione del futuro regolamento Roma I. In Pietro Franzina (Org.), La lege applicabile ai contratti nella proposta de regolamento Roma I. Milano: Cedam, 2006, p. 14. Neste sentido, veja-se TJ 16.02.2006, caso Verdoliva proc. C-3/05 [CJ (2006) I-1604 e ss] n.ºs 25 e ss.; TJ 09.02.2006, caso Plumex, proc. C-473/04 [CJ (2006) I-1435 - I-1436] n.º 21 e TJ 20.01.2005, caso Gruber, proc. C- 464/01 [CJ (2005) I-471] n.º 31.

O Regulamento Roma I, tem de ser interpretado dentro do espírito do sistema do direito da UE e de acordo com as finalidades pelo mesmo prosseguidas, o que inclui quer o direito originário, quer o direito derivado.

A jurisprudência Cilfit³⁶³ contém uma abordagem teleológica quanto à interpretação a realizar das normas do direito da UE. Cada disposição do direito comunitário deve ser considerada no contexto em que se insere e interpretada de acordo com as disposições de direito comunitário no seu conjunto, considerando a sua finalidade e o sentido da mesma no momento da sua aplicação.³⁶⁴ Para além de um critério literal³⁶⁵, que impõe a comparação das diversas versões linguísticas, resulta deste acórdão a previsão do elemento sistemático, da necessidade de consideração do normativo em questão, no cômputo geral do ordenamento jurídico no qual se insere, apreendendo o sentido das normas no seu contexto global.³⁶⁶ O elemento teleológico é expressamente considerado nesta jurisprudência. A finalidade da norma interpretanda não pode ser descurada.³⁶⁷ O sentido com que a norma deve ser interpretada obriga à consideração do seu conteúdo e alcance no momento em que foi elaborada³⁶⁸ e à atualização dos mesmos ao momento da sua aplicação.³⁶⁹

Quanto ao direito originário, salienta-se a importância das decisões relativas à interpretação de direito originário com impacto no direito internacional privado,³⁷⁰ sobretudo no que ao mercado interno e às liberdades de circulação diz respeito e principalmente quanto à prestação de serviços.³⁷¹ O princípio básico em matéria de livre

³⁶³ EC 06.10.1982, caso Cilfit, proc. 283/81 [ECR (1982) 3417].

³⁶⁴ EC 06.10.1982, caso Cilfit, proc. 283/81 [ECR (1982) 3430] n.º 20.

³⁶⁵ Que constitui sempre o ponto de partida da interpretação, como MAGNUS, Ulrich, ed. ; MANKOWSKI, Peter, ed. - European Commentaries on private international law. Rome I regulation. [S.l.] : SELP, 2017. Vol. 2, p. 37.

³⁶⁶ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier - Derecho internacional privado. 16ª ed. Madrid: Editorial Comares, 2016, Vol. 1, p. 122, consideram que o elemento sistemático impõe a consideração dos princípios inspiradores do DIP da UE, para se poder alcançar o sentido das normas umas em função das outras, todas relacionadas entre si, assim como alcançar uma interpretação coerente e com efeito útil das normas europeias de Direito internacional privado.

³⁶⁷ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier - Derecho internacional privado. 16ª ed. Madrid: Editorial Comares, 2016, Vol. 1, p. 106.

³⁶⁸ Tendo em conta os elementos considerados no momento da sua elaboração, CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier - Derecho internacional privado. 16ª ed. Madrid: Editorial Comares, 2016, Vol. 1, p. 106.

³⁶⁹ Que corresponde a uma interpretação atualista ou objetivista da norma jurídica, por contraposição a uma interpretação subjetivista.

³⁷⁰ E sobretudo no desenvolvimento do direito aplicável aos contratos.

³⁷¹ Continuam a subsistir obstáculos discriminatórios em matéria de liberdade de estabelecimento e de livre prestação de serviços. Não obstante a previsão do direito originário, quer quanto à liberdade de estabelecimento, quer quanto à liberdade de prestação de serviços, quanto à eliminação de obstáculos discriminatórios, os mesmos continuam a existir, essencialmente fruto das diferenças entre as legislações internas de cada Estado-Membro. Se um agente pretende instalar-se ou prestar serviços noutro Estado diferente do seu Estado de origem, encontrando no segundo regras diferentes de acesso ou de exercício da sua atividade, pode ficar condicionada a sua instalação ou prestação de serviços. Para obstar a tais dificuldades e partindo de um ponto de vista puramente económico e ideal de concretização do mercado interno, a jurisprudência do TJ, partindo do TJ 20.02.1979, caso Rewe-Zentral, proc. 120/78 [CJ (1979)

circulação de mercadorias é o de que as disposições de direito nacional não podem constituir barreiras à livre circulação de mercadorias. Caso as disposições constituam obstáculos só podem ser aceites se forem justificadas. Se não forem justificadas não podem ser aplicadas. O Tribunal nunca distinguiu entre a natureza pública ou privada das disposições de direito interno que podem constituir obstáculos, o que é relevante é o seu efeito e, portanto, a potencialidade e efetividade de constituírem entraves à livre circulação de mercadorias. Se constituírem um entrave, o Tribunal de Justiça impede a sua aplicação, alcançando desta forma uma harmonização negativa,³⁷² que tem em vista a redução e eventual eliminação de barreiras à livre circulação de mercadorias, pessoas e serviços (e estabelecimento) e ao bom funcionamento do mercado interno. O Tribunal de Justiça tem, por via indireta, a possibilidade de controlar as práticas contratuais dos Estados que sejam contrárias a tal objetivo.³⁷³ Neste âmbito os princípios interpretativos relacionados com o mercado interno, não modificaram a aplicação do sistema de conflitos de acordo com o qual continua a ser determinada a lei aplicável, no entanto eles podem exercer uma influência sobre essas regras, tanto ao nível da determinação da lei aplicável, quanto à limitação à invocação de princípios de ordem pública internacional e interna, e ainda das normas de aplicação imediata.³⁷⁴

329], em matéria de circulação de mercadorias, veio decidir que os serviços comercializados pelo prestador de acordo com a lei do seu país de origem e em conformidade a essa lei, não devem estar sujeitos à lei do Estado para o qual são exportados. O Tribunal formulou princípios mais amplos do que aqueles cujo alcance poderia resultar do tratado – que apenas previa a harmonização enquanto forma de atenuar as divergências de legislação nacionais (art.º 57.º 1 e 2), ou mesmo decorrentes das limitações (imposições previstas no Tratado que em 1993 eram artigos 55 e 56). O Tribunal proibiu a aplicação pelos Estados-Membros das suas leis nacionais, ainda que não discriminatórias, aos prestadores de serviços estabelecidos noutros Estados-Membros, desde que essa aplicação resulte na prática num obstáculo à prestação de serviços nesse Estado, salvo se essas leis se destinem a salvaguardar exigências de interesse geral e se as restrições que delas resultem sejam indispensáveis e proporcionais ao fim perseguido pela norma e não dupliquem as obrigações a que o prestador já está sujeito no seu país de origem. No mesmo sentido, os três acórdãos guias turísticas (TJ 26.02.1991, caso Comissão das Comunidades Europeias contra República Francesa, proc. C-154/89 [CJ (1991) I-682]; TJ 26.02.1991, caso Comissão das Comunidades Europeias contra República Italiana, proc. C-180/89 [CJ (1991) I-718] e TJ 26.02.1991, caso Comissão das Comunidades Europeias contra República Helénica, proc. C-198/89 [CJ (1991) I-735], e também dois acórdãos de 25 de julho de 1991 (Comissão das Comunidades Europeias contra Reino dos Países Baixos, C-353/89 [CJ (1991) I-4088] e Manfred Säger, C-76/90 [CJ (1991) I-4239]. Destacando a importância atribuída ao país de origem em matéria de interpretação BROZOLO, *Radicati di - L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation*. *RCDIP*. 3 (1993) 401-472.

³⁷² Neste sentido, MILLER, Lucinda - *The emergence of EU Contract law: exploring europeanization*. Oxford: Oxford University Press: 2011, p. 34-35.

³⁷³ Assim MILLER, Lucinda - *The emergence of EU Contract law: exploring europeanization*. Oxford: Oxford University Press: 2011, pp. 34-35.

³⁷⁴ BROZOLO, *Radicati di - L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation*. *RCDIP*. 3 (1993) 410. Embora alguma doutrina seja contrária a esta posição, defendendo que as liberdades não devem ter qualquer influência direta na determinação da lei aplicável (incidência interpretativa), mas apenas impondo um controlo de compatibilidade entre tal liberdade e o direito aplicável. Neste sentido, BOSCHIERO, Nerina - Verso il rinnovamento e la trasformazione de la Convenzione di Roma: problemi generali. In Paolo Picone (Ed.), *Diritto Internazionali privato e diritto comunitario*. Milano: Cedam, 2004, p. 328 e ss. e BERTOLI, Paolo - Il ruolo de la corte de giustizia e l'interpretazione del futuro regolamento Roma I. In Pietro Franzina (Org.), *La lege applicabile ai contratti nella proposta de regolamento Roma I*. Milano: Cedam, 2006, p. 16.

A interpretação do direito derivado tem de considerar o direito primário. Nesse caso e quanto à interpretação do artigo 4.º do Regulamento pode resultar alguma incompatibilidade entre o direito primário que admite a constituição de uma sociedade, sucursal, ou outra figura jurídica, em qualquer Estado, sendo-lhe aplicável a lei desse Estado, como *lex societatis*³⁷⁵ e o critério de determinação da lei aplicável na falta de escolha, que nos termos do artigo 4.º do Regulamento recai sobre a residência habitual do prestador característico.

A lei do Estado-Membro no qual se adquiriu a personalidade jurídica e que explica a *lex societatis* ou pelo menos explica um relevo significativo na vida do ente, tem uma incidência ainda sobre a interpretação do critério de conexão da residência habitual das pessoas jurídicas.³⁷⁶

Por outro lado, a consolidação da interpretação dos atos de direito da UE impõe uma homogeneidade de interpretação quanto a todos os normativos, uma expressão não pode ter um significado num ato, e outro diferente noutro, os mesmos conceitos usados nos diferentes instrumentos, devem ser interpretados no mesmo sentido.³⁷⁷ Essa ideia é expressamente prevista no considerando 17 do Regulamento Roma I quanto a prestação de serviços e venda de bens.³⁷⁸ A coerência do ordenamento jurídico impõe a continuidade dos conceitos.

Outro princípio assente é o da interpretação autónoma em relação ao direito interno de cada Estado-Membro.

O Tribunal de Justiça não pode interpretar nem aplicar direito interno dos Estados-Membros. A subsunção dos factos ao direito é efetuada pelo juiz da causa, o juiz nacional, incumbindo ao Tribunal de Justiça, apenas, a interpretação de Direito da União, de forma autónoma relativamente aos direitos internos dos Estados-Membros. Tal questão foi objeto de decisão do Tribunal no Acórdão Costa/ENEL³⁷⁹ de acordo com

³⁷⁵ TJ 09.03.1999, caso Centros Ltd contra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, proc. C- 212/97, [CJ (1999) I-1484 ss]; TJ 05.11.2002, caso Überseering BV, proc. C-208/00 [CJ (2002) I-9943 e ss]; e TJ 30.09.2003, caso Inspire Art, proc. C-167/01 [CJ (2003) I-10195 e ss], entre outros.

³⁷⁶ Assim BERTOLI, Paolo - Il ruolo de la corte de giustizia e l'interpretazione del futuro regolamento Roma I. In Pietro Franzina (Org.), La lege applicabile ai contratti nella proposta de regolamento Roma I. Milano: Cedam, 2006, p. 17-18.

³⁷⁷ Neste sentido, PINHEIRO, Luís de Lima - Direito internacional privado. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2008. Vol. 1, p. 305; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. - Hermeneutic dialog between Rome I and Rome II. In HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau - A commitment to private international law: essays in honour of Hans Van Loon. Cambridge: Intersentia: 2013, p. 174.

³⁷⁸ Neste sentido TJ 23.04.2009, caso Falco Privatstiftung e Thomas Rabitsch, proc. C-533/07 [CJ (2009)]; TJ 25.02.2010, caso Car Trim GmbH, proc. C-381/08 [CJ (2010)]; TJ 11.03.2010, caso Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH, proc. C-19/09 [CJ (2010) I-2161].

³⁷⁹ TJ 15.06.1964, o caso Flaminio Costa contra ENEL, proc. 6-64 [CJ (1962-1964) 554]. Neste acórdão, a jurisprudência europeia pronuncia-se quanto ao primado do direito comunitário relativamente ao direito

o qual "...o Tribunal não pode aplicar o Tratado a uma situação determinada, nem decidir sobre a validade de uma medida de direito interno face ao disposto no Tratado, como lhe é possível fazer no âmbito do artigo 169."³⁸⁰ Esta linha jurisprudencial mantém-se e foi reafirmada ainda recentemente no Acórdão Česká Spořitelna.³⁸¹ De igual modo, é jurisprudência constante que apenas o Tribunal de Justiça pode pronunciar-se sobre a invalidade do direito da União,^{382, 383} sendo neste caso o reenvio prejudicial obrigatório para qualquer instância.

A pronúncia do tribunal, quanto à aplicação de atos de direito primário ou derivado a um Estado-Membro, fica limitada ao momento a partir do qual esses Estados-Membros passam a estar vinculados ao Direito da UE, que pode coincidir com a sua adesão, ou estar dependente da verificação de um regime transitório quanto a certas matérias. Por tais motivos, a interpretação de normativos desse direito encontra-se temporalmente limitada à interpretação de Diretivas e regulamentos ocorrida em momento posterior à adesão de um determinado Estado³⁸⁴ e à sua efetiva vinculação aos normativos cuja interpretação se solicita ao Tribunal de Justiça.

O acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça no processo que ficou conhecido como Solange I,³⁸⁵ reveste-se de importância também ao nível dos princípios que orientam o funcionamento do sistema judiciário europeu. Neste aresto, o Tribunal considerou que o objetivo da previsão contida no artigo 267.º do TFUE (ex-artigo 177.º TCEE), consiste em assegurar a aplicação uniforme do direito comunitário em todos os Estados-Membros através da cooperação entre os tribunais nacionais e o Tribunal de Justiça.³⁸⁶ A resposta a uma questão prejudicial quanto à interpretação de uma norma comunitária ou quanto à revisão da validade de um ato da UE é obrigatória para o Tribunal que a

nacional, na senda do pressuposto implícito constante do Ac. Van geend en Loos. Considerando que o princípio do primado, provocou uma revolução jurídica, MADURO, Miguel Poiares; AZOULAI, Loïc (Eds.) - *The past and future of EU law: the classics of EU law revisited on the 50th anniversary of the Rome Treaty*. Oxford: Hart Publishing, 2010, p. 69-85.

³⁸⁰ Assim, Acórdão STJ 27.02.2008, Processo n.º 08S3900, Relator Bravo Serra. Após articular que não é invocada qualquer dúvida interpretativa sobre um preceito oriundo do direito comunitário, este órgão jurisdicional conclui "o que se deseja é que o Tribunal de Justiça das Comunidades emita veredicto sobre o caso em apreço."

³⁸¹ TJ 14/03/2013; caso Česká Spořitelna, proc. C-419/11, [CJ (2013) 4-5] n.º 20: "há que recordar que, por força de jurisprudência assente, no âmbito do processo referido no artigo 267.º TFUE, baseado numa nítida separação de funções entre os órgãos jurisdicionais nacionais e o Tribunal de Justiça, o tribunal nacional é o único competente para declarar e apreciar os factos do litígio no processo principal assim como para interpretar e aplicar o direito nacional."

³⁸² TJ 22.10.1987, caso Foto-Frost, proc. 314/85 [CJ (1987) 4225].

³⁸³ Sem prejuízo do primado do Direito da União face aos direitos dos Estados-Membros.

³⁸⁴ Neste sentido, TJ 15.06.1999, caso Ulla-Brith Andersson e Susanne Wåkerås-Andersson, proc. C-321/97 [CJ (1999) I-3592] n.º 31; TJ 10.01.2006, caso Ynos kft, proc. C-302/04 [CJ (2006) p. I- 401] n.º 37.

³⁸⁵ TJ 05.03.1986, caso Wunsche Handelsgesellschaft GmbH & Co. contra República Federal da Alemanha, proc. 69/85, [CJ (1986) 947].

³⁸⁶ N.º 12, p. 952.

coloca.³⁸⁷ Esta força vinculativa não exclui a possibilidade de, em circunstâncias específicas, ser colocada uma nova questão prejudicial pelo mesmo tribunal antes da decisão final. Essas circunstâncias específicas são reconduzidas a dificuldades de compreensão ou de aplicação da questão prejudicial previamente colocada, submissão de novas questões jurídicas, ou novos aspetos relativos ao processo principal que possam alterar o sentido da resposta dada em primeiro lugar.³⁸⁸ Essa nova questão prejudicial não pode incidir sobre a validade da anterior decisão prejudicial.

Fora destas especificidades, o Tribunal considerou de rejeitar a segunda questão prejudicial, formulada pelo mesmo órgão jurisdicional interno, que invocava a invalidade do ato praticado pelo Tribunal na primeira decisão prejudicial. A questão principal suscitada quanto ao segundo reenvio prejudicial formulado no âmbito desse mesmo processo, era a de saber se uma decisão prejudicial constitui um ato no sentido do artigo 177.º do Tratado. O Tribunal recusou a segunda questão prejudicial invocando falta de jurisdição. Face à invocação do Requerente de violação de princípios fundamentais pela primeira decisão, o Tribunal podia ter optado por não aceitar a segunda questão prejudicial, considerando a primeira decisão como definitiva, ou aceitar a segunda questão prejudicial que se destinava a rever a validade da primeira, com apertados fundamentos, tais como a invocada violação de princípios gerais de direito. O Tribunal optou pela primeira solução.³⁸⁹

No que respeita à retroatividade das decisões judiciais, trata-se de uma questão que não tem expressão ao nível da interpretação de preceitos de direito da União, pois a questão interpretativa coloca-se em momento anterior à decisão nos autos principais, não havendo produção de efeitos autónomos quanto a essa intervenção do Tribunal de Justiça.³⁹⁰

Enunciado o quadro geral pelo qual se orienta a prática do Tribunal de Justiça, verificamos que as decisões deste órgão constituem um precedente, à semelhança do que sucede e com o mesmo significado da *precedent law*, do sistema anglo-americano,

³⁸⁷ N.º 13, p. 952.

³⁸⁸ N.º 15, p. 953.

³⁸⁹ No sentido de que o Tribunal de Justiça não se pronunciou sobre a natureza da questão preliminar, limitando-se a recusá-la e dessa forma não tendo conhecido das deficiências da decisão proferida na questão preliminar anterior, nem de exigências fundamentais em matéria de processo. BEBR, Gerard – Case 69/85, Wünsche Handelsgesellschaft v. Federal Republic of Germany, Order under Article 177 (EEC) of the Court of Justice of 5 March 1986. *CMLR*. 24:4 (1987) 725.

³⁹⁰ Esta questão coloca-se em particular quanto à invalidade dos atos da União. No sentido da existência de um problema de retroatividade das decisões judiciais em sentido rigoroso relativamente aos seus efeitos *erga omnes* (quer os pressupostos sejam de direito ou de facto) e não quanto aos efeitos inter partes, WALDHOFF, Christian – Recent developments relating to the retroactive effect of decisions of the ECJ. *CMLR*. 46 (2009) 177.

embora, em nossa perspectiva, tal não implique a desromanização do sistema romano-germânico. No entanto, o próprio tribunal, apesar de invocar as decisões anteriores em certo sentido, numa tentativa de esclarecimento do sentido das decisões adotadas, só se pronunciou quanto à vinculatividade das mesmas relativamente aos tribunais nacionais que suscitem questões prejudiciais. Fica assim garantida a margem de apreciação judicial necessária à alteração do sentido decisório anterior.

Para além do carácter vinculativo das decisões tomadas em sede de reenvio prejudicial, não fica afastada a admissibilidade de uma nova questão prejudicial nos mesmos autos, desde que verse sobre matéria diversa relativamente à questão suscitada anteriormente, ou versando sobre questão congénere, a instância nacional disponha agora de novos elementos, suscetíveis de ponderação quanto à decisão anteriormente tomada.

A interpretação do direito da União não é garantida de forma absoluta, na medida em que os tribunais inferiores não estão vinculados à formulação do reenvio prejudicial, antes lhes sendo reconhecida essa faculdade.

A obrigação de reenvio a que se encontram sujeitos os tribunais superiores é temperada pela doutrina do ato claro, mas limitada pelo reconhecimento da responsabilidade dos Estados por prejuízos decorrentes para os particulares de decisões judiciais das quais decorra o incumprimento do direito da União, e neste caso, em particular da inobservância da obrigação de sujeição de uma questão prejudicial.

Mas, nos casos em que não se tenha lançado mão de tal recurso, por não terem as partes suscitado tal questão, a aplicação de um regime que se pretende uniforme fica confiado ao prudente arbítrio do órgão aplicador do direito nacional, que funciona assim como guardião da garantia institucional desse ordenamento.

O estabelecimento de importantes princípios em matéria de interpretação, como sejam o princípio da interpretação autónoma e a continuidade dos conceitos e também a vinculatividade das decisões do Tribunal de Justiça, não pode deixar de ser salientado, enquanto garantia institucional da uniformidade da aplicação do direito na UE.

Para além de questões de mera interpretação na aplicação deste direito, também outras questões como a relativa à aplicação da lei estrangeira competente, se traduzem ainda em défices de funcionamento do sistema judiciário europeu, na estrutura bipartida em que assenta, dado serem insuscetíveis de controlo ao nível supranacional.

2.5. A INTERPRETAÇÃO DO REGULAMENTO ROMA I E DA CONVENÇÃO DE ROMA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diferentemente do que sucedia com os atos de direito comunitário complementar, a sujeição dos regulamentos à interpretação pelo Tribunal de Justiça, sempre esteve consagrada nos Tratados.³⁹¹ Dessa forma o Regulamento Roma I encontra-se submetido à interpretação do Tribunal de Justiça, através da figura do reenvio prejudicial. Apesar da vigência do Regulamento Roma I não ser recente, a base das interpretações desse órgão jurisdicional, recentemente proferidas em matéria de contratos internacionais, é ainda sobre a Convenção de Roma e sobre a Convenção de Bruxelas.

A sujeição da Convenção de Roma à interpretação do Tribunal de Justiça, foi formalizada através da celebração de dois Protocolos.³⁹² Também quanto a esta matéria³⁹³ a questão da previsão de norma habilitante – o artigo 220.º do TR –, não faria qualquer diferença quanto à sua sujeição à interpretação pelo Tribunal de Justiça,³⁹⁴

³⁹¹ Encontrando-se atualmente prevista nos artigos 19.º, 1, 263.º, 1 e 267.º do TFUE.

³⁹² Tendo sido concretizada em 19 de dezembro de 1988, com a assinatura de dois protocolos adicionais à Convenção, um respeitante à interpretação pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, da Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (89/128/CEE, publicado no JOCE L 48, de 20.02.1989), e outro que atribui ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias certas competências em matéria de interpretação da Convenção (89/129/CEE, publicado no JOCE L 48, de 20.02.1989). Que foram aprovados para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 3/94, de 4 de novembro de 1993, e que foram ratificados pelo Decreto do Presidente da República n.º 1/94, publicado no DR n.º 28/94, de 3 de fevereiro. Desta forma, este último protocolo atribuía aos órgãos jurisdicionais dos Estados nele identificados, a faculdade de solicitarem ao Tribunal de Justiça a apreciação e decisão a título prejudicial sobre “uma questão suscitada em processo pendente” e que incidisse “sobre a interpretação das disposições contidas” quer na Convenção de Roma, quer nas respetivas Convenções de adesão, quer no protocolo que atribuía competências para interpretação ao Tribunal mencionado. Em Portugal esses órgãos são o STJ e STA, nos termos da al. a) do artigo 2.º. O primeiro Protocolo, prevê no seu artigo 1.º que “o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias é competente para decidir sobre a interpretação: a) Da Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais [...], b) Das Convenções relativas à adesão à Convenção de Roma pelos Estados que se tornaram membros das Comunidades Europeias após a data da abertura a assinatura da referida Convenção; c) Do presente Protocolo.” A submissão de uma questão prejudicial está limitada aos tribunais que decidam em recurso, e é facultativa, o reenvio prejudicial só é acionado se o tribunal entender que uma decisão sobre a questão é necessária ao julgamento da causa. O segundo Protocolo, instituiu as novas competências do TJCE em matéria de interpretação da Convenção de Roma. Este segundo protocolo, previa a necessidade da sua ratificação por todos os Estados originariamente signatários da Convenção, nos termos do seu artigo O segundo protocolo apenas entrou em vigor em 01/08/2004. Sobre as questões suscitadas a propósito da respetiva adoção, designadamente das condições de reenvio por parte dos órgãos jurisdicionais de recurso e dos órgãos jurisdicionais de última instância, TIZZANO, António – Relatório sobre os protocolos relativos à interpretação pelo Tribunal de Justiça da Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (JOCE C219 de 03.09.1990), p. 10 e ss ; RAMOS, Rui Moura - Das comunidades à União Europeia: estudos de direito comunitário. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999 ; ALMEIDA, Moitinho de - O reenvio prejudicial perante o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Coimbra: Coimbra Editora, 1992; BARATA, Roberto - Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti. Milano: Giuffrè Editore: 1991, pp. 47-49; ANDRADE, Miguel Almeida - Guia prático do reenvio prejudicial. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado, 1991.

³⁹³ BERTOLI, Paolo - Il ruolo de la corte de giustizia e l'interpretazione del futuro regolamento Roma I. In Pietro Franzina (Org.), La lege applicabile ai contratti nella proposta de regolamento Roma I. Milano: Cedam, 2006, p. 13.

³⁹⁴ Tal possibilidade foi prevista na declaração comum, anexa à Convenção, e subscrita pelos representantes dos Governos dos futuros Estados signatários, na qual as Altas Partes Contratantes

especto que foi objeto de ponderação por parte da Comissão ainda antes da sua assinatura³⁹⁵ tal como sucedeu com a Convenção de Bruxelas.³⁹⁶ A necessidade de garantir a aplicação uniforme das regras contidas na Convenção de Roma, encontrava expressão legal no artigo 18.º desse instrumento.³⁹⁷ A adoção de Protocolos nesta matéria tornou-se uma prática corrente, quer os instrumentos convencionais cuja interpretação fosse regulada tivessem como norma habilitante o artigo 220.º do Tratado de Roma, quer lhe fossem alheios, como sucedia com a Convenção a que nos reportamos.³⁹⁸ Tal prática resultou do facto de as Convenções cuja interpretação se pretendia submeter ao Tribunal de Justiça, serem atos de direito comunitário complementar.³⁹⁹

manifestavam a preocupação de “garantir uma aplicação tão uniforme e eficaz quanto possível” da Convenção, estando “preocupadas em evitar que eventuais divergências prejudiquem o seu caráter unitário” e declarando a sua intenção de atribuir competências de interpretação ao Tribunal de Justiça. Tendo em vista esse objetivo, foi instituído um grupo *ad hoc*, constituído no seio do Conselho, com a obrigação de apresentar um relatório antes de 30 de junho de 1981.

³⁹⁵ Tendo a Comissão sugerido a introdução de uma disposição de teor idêntico ao previsto no artigo 177.º do Tratado de Roma, sugestão que não foi viabilizada em função de a delegação Irlandesa ter manifestado a desconformidade da mesma com o seu texto constitucional (artigo 34.º n.º1) que não permitia a atribuição de competências a outros órgãos jurisdicionais que não fossem os irlandeses, motivo pelo qual apenas foi possível a concretização de uma declaração comum e num formato inovador, que não instituiu as competências de interpretação, mas apenas previu a sua atribuição no futuro.

³⁹⁶ A atribuição de competências ao TJCE, foi precedida de auscultação desse órgão que manifestou a aceitação de um protocolo semelhante ao celebrado quanto à interpretação da Convenção de Bruxelas em 1971, Protocolo do Luxemburgo de 1971. Sobre este Protocolo e a interpretação da Convenção de Bruxelas, VICENTE, Dário Moura - Cooperação Judiciária em matéria Civil na Comunidade Europeia. In *Direito internacional privado: ensaios*. Coimbra: Almedina, 2005. Vol. 2, p. 236-258; ELST, Vander R.; WESER, Martha – *Droit international privé belge et droit conventionnel international: conflits de jurisdictions*. Bruxelles: Bruylant, 1985, T. 2, p. 225 e ss.

³⁹⁷ Que dispunha da forma seguinte: “na aplicação e interpretação das regras uniformes que antecedem, deve ser tido em conta o caráter internacional e a conveniência de serem interpretadas e aplicadas de modo uniforme.”

³⁹⁸ De tal forma que se pensou em defender a competência interpretativa em termos gerais e para todas as convenções internacionais concluídas entre os Estados-Membros da CEE, tendo a mesma ideia sido acolhida pelo Conselho Europeu de Estugarda (que se realizou em junho de 1983), que a consagrou na Declaração Solene sobre a UE. A matéria foi objeto do ponto 2.5, nos seguintes termos: “tendo em conta as disposições constitucionais dos respetivos Estados, os Chefes de Estado ou de Governo acordam em prever, caso a caso, a eventual introdução nas convenções internacionais entre os Estados-Membros de uma cláusula que atribua ao Tribunal de Justiça uma competência adequada em matéria de interpretação de textos.” Por seu lado, o Comité *ad hoc* para os problemas institucionais, chegou a propor a elaboração de uma cláusula modelo, cuja finalidade seria a respetiva introdução em todos os acordos comunitários e não comunitários, mas que contribuissem para a assunção dos fins dos Tratados, ideia que voltou a ser abordada durante a Conferência intergovernamental responsável pelo projeto do Ato Único Europeu, sem que tenha logrado alcançar, em qualquer das oportunidades, qualquer consagração. TIZZANO, António - Relatório sobre os protocolos relativos à interpretação pelo Tribunal de Justiça da Convenção de Roma de 19 de junho de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais. JOCE. C219 (1990) 6 e ss.

³⁹⁹ Previsão que consta dos sucessivas convenções de adesão de Estados-Membros, salientando-se entre eles o Ato relativo às condições de adesão da República Checa, da República da Estónia, da República de Chipre, da República da Letónia, da República da Lituânia, da República da Hungria, da República de Malta, da República da Polónia, da República da Eslovénia e da República Eslovaca e às adaptações dos Tratados em que se funda a UE, em cujo artigo 5.º, n.º 2, consta o compromisso de “os novos Estados-Membros aderirem às convenções previstas no artigo 293.º do Tratado CE e às que são indissociáveis da realização dos objetivos do Tratado CE, bem como aos protocolos relativos à interpretação destas convenções pelo Tribunal de Justiça, assinados pelos Estados-Membros atuais, e a iniciar, para o efeito, negociações com os Estados-Membros atuais, a fim de lhes serem introduzidas as adaptações necessárias” (JOUE, L236 (23.09.2003) 33-49). Este ato foi invocado na Convenção de adesão dos mesmos países à Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, aberta à assinatura em Roma em 19 de Junho de 1980,

Dessa forma, a atribuição de competência de interpretação a um órgão comunitário, à margem do Tratado, *maxime* do disposto no artigo 177.º, não resultava diretamente do teor do direito comunitário.⁴⁰⁰ Traduziu-se na solução possível e adequada ao alcance de consensos, própria de um ordenamento jurídico em construção, ou na expressão de António Tizzano, em dar expressão formal e conteúdo real à conexão comunitária das Convenções.⁴⁰¹

O recorte do reenvio prejudicial aplicável ao direito comunitário complementar era diverso daquele que se encontrava previsto no direito originário. Após a comunitarização da Convenção de Roma, com a entrada em vigor do Regulamento Roma I, que encontrava na submissão do futuro instrumento à interpretação do Tribunal de Justiça, uma das suas principais motivações,⁴⁰² desaparecem duas restrições importantes à utilização do mecanismo, constantes do Primeiro Protocolo relativo à interpretação da Convenção de Roma. Este mecanismo passa agora a poder ser ativado perante tribunais de primeira instância e a ter de ser ativado pelos tribunais de última instância, dado o carácter facultativo do reenvio prejudicial no âmbito do primeiro protocolo.⁴⁰³ As

bem como ao Primeiro e ao Segundo Protocolos relativos à sua interpretação pelo tribunal de justiça das comunidades europeias, na qual se recorda “que, ao tornarem-se membros da UE, os novos Estados membros se comprometeram a aderir à Convenção sobre a Lei aplicável às Obrigações Contratuais, aberta à assinatura em Roma em 19 de junho de 1980, bem como ao Primeiro e Segundo Protocolos relativos à sua interpretação pelo Tribunal de Justiça, com as alterações que lhe foram introduzidas pela Convenção assinada no Luxemburgo em 10 de abril de 1984, relativa à adesão da República Helénica, pela Convenção assinada no Funchal em 18 de maio de 1992, relativa à adesão do Reino de Espanha e da República Portuguesa, pela Convenção assinada em Bruxelas em 29 de novembro de 1992, relativa à adesão da República da Áustria, da República da Finlândia e do Reino da Suécia.” Convenção aprovada, para ratificação, pela Resolução da Assembleia da República n.º 67/2006, em 4 de outubro de 2006, e ratificada por Decreto do Presidente da República n.º 123/2006, ambos publicados no Diário da República I série, N.º 236 (11.12.2006).

⁴⁰⁰ Na verdade, o TR não continha qualquer disposição que previsse ou permitisse a adoção dos protocolos em questão, resultando de uma análise ao disposto no artigo 177.º, a limitação da interpretação do TJCE, relativamente a atos que não os de direito originário, e à competência para decidir a título prejudicial “sobre a validade e interpretação dos atos adotados pelas instituições comunitárias (...)” - o que não sucedeu *in casu*. Não se desconhece que a ampliação das atribuições do Tribunal de Justiça, carecia de uma revisão ao tratado institutivo com todas as dificuldades que tal ato implicava. Apesar das dificuldades formais, a consagração do reenvio prejudicial funcionou como pilar da aplicação do corpo legislativo, sendo o primeiro Acórdão datado de 6 de outubro de 2009, o caso Intercontainer Interfrigo SC (ICF) contra Balkenende Oosthuizen BV e MIC Operations BV, proc. C-133/08 [CJ (2009)].

⁴⁰¹ TIZZANO, António - Relatório sobre os protocolos relativos à interpretação pelo Tribunal de Justiça da Convenção de Roma de 19 de junho de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais. JOCE. C219 (1990) 6.

⁴⁰² Como consta do Livro Verde [COM (2002) 654 final], 2.3. e foi também objecto de menção pelo MAX-PLANCK INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT - Comments on the European Commission's Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization. RabelZ. 68 (2004) 1-118. Sobre a necessidade de interpretação do futuro regulamento pelo Tribunal de Justiça, como forma de uniformizar a interpretação dos preceitos da proposta de regulamento BASEDÖW, J.; WURMNEST, W. (Coord.) - 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). RabelZ. 71 (2007) 258.

⁴⁰³ Neste sentido, BERTOLI, Paolo - Il ruolo della corte di giustizia e l'interpretazione del regolamento. In La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento Roma I: atti della giornata di studi. Pádua: CEDAM: 2006, p. 10; BASEDÖW, J.; WURMNEST, W. (Coord.) - 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). RabelZ. 71 (2007) 256-259; RAMOS, Rui Moura - Lugar da prestação habitual do

limitações ao recurso ao reenvio prejudicial quanto à Convenção de Roma resultam do disposto na al. b) do artigo 2.º do Primeiro Protocolo. Este regime restritivo, não é privativo deste instrumento de direito comunitário complementar. Quer o Tratado de Maastricht quer o Tratado de Amesterdão consagram soluções de recurso a este mecanismo, com diminuto grau de contributo para a interpretação uniforme relativamente, no primeiro caso, às matérias constantes dos pilares de natureza intergovernamental, e no segundo caso com a extensão da competência ao terceiro pilar.⁴⁰⁴ Quanto ao primeiro caso enunciado, porque deixava à inteira disponibilidade dos Estados-Membros, a sujeição das convenções entre os mesmos celebradas à interpretação desta instância.⁴⁰⁵ No segundo caso, porque a interpretação pelo Tribunal de Justiça cujo regime viria a ser alterado, no âmbito enunciado, ficava dependente de uma declaração de aceitação pelos Estados-Membros, da competência desse órgão para decidir a título prejudicial.⁴⁰⁶

O reenvio era então sempre facultativo na medida em que ficava sujeito à ponderação da sua necessidade para o bom julgamento da causa [alíneas a) e b) do número 3 do artigo 35.º]. O mesmo carácter facultativo existia quanto às matérias comunitarizadas, por via da sua consagração no Título IV da Parte III do TCE, dado que o artigo 68.º TCE, limitava o recurso a este expediente aos órgãos cujas decisões não seriam passíveis de recurso e ao entendimento de que uma decisão sobre a questão suscitada era necessária ao julgamento da causa.⁴⁰⁷

Assim se postergando o efeito útil reconhecido à intervenção deste órgão jurisdicional⁴⁰⁸ em relação ao ordenamento jurídico da UE.

O Tratado de Lisboa, acaba não só com o regime especial aplicável à jurisdição do Tribunal de Justiça sobre o terceiro pilar, mas também com o regime distinto relativo à jurisdição do Tribunal de Justiça quanto aos vistos, asilo e imigração e outras políticas relativas à livre circulação de pessoas (Título IV do Tratado CE). Esse título prevê regras idênticas às regras instituídas pelo TCE, com exceção da limitação relativa à jurisdição

trabalho e direito internacional privado da União Europeia. Revista de Legislação e de Jurisprudência. 142:3891 (2013) 378-400.

⁴⁰⁴ Introduzida pelo artigo 35.º do Tratado da União.

⁴⁰⁵ No sentido de que o exercício da competência interpretativa do Tribunal de Justiça era assim puramente eventual, RAMOS, Rui Moura - Lugar da prestação habitual do trabalho e direito internacional privado da União Europeia. Revista de Legislação e de Jurisprudência. 142:3891 (2013) 394.

⁴⁰⁶ Nos termos do disposto no número 2 do artigo supramencionado.

⁴⁰⁷ Assim RAMOS, Rui Moura - Lugar da prestação habitual do trabalho e direito internacional privado da União Europeia. Revista de Legislação e de Jurisprudência. 142:3891 (2013) 394.

⁴⁰⁸ Sobre este princípio, VILAÇA, José Luis da Cruz - Le principe de l'effet utile du droit de l'Union dans la jurisprudence de la Cour. In The Justice and the construction of Europe: analyses and perspectives on sixty years of case law. Den Haag: T.M.C. Asser Press, 2013, p. 279-306.

quanto a assuntos específicos sobre controlo de fronteiras, e o Tribunal tem uma jurisdição especial para receber pedidos de interpretação fundados no Título IV ou nas medidas previstas nesse Título, expedidos pela Comissão, pelo Conselho ou pelos Estados-Membros. A eliminação deste regime especial é bem acolhida uma vez que põe termo às severas restrições a que esta jurisdição estava sujeita.⁴⁰⁹ Alguma coerência resulta ainda a favor da unificação da interpretação e aplicação da lei, resultante, quanto ao incumprimento, apenas da supressão do incumprimento qualificado.⁴¹⁰

2.6. A INTER-RELAÇÃO ENTRE A COMPETÊNCIA INTERNACIONAL E A LEI APLICÁVEL

A harmonia internacional de julgados consiste num dos desígnios mais importantes prosseguido pelo direito internacional privado. A aplicação da mesma lei a um mesmo caso, independentemente do tribunal em que o mesmo seja apreciado, traduz-se numa garantia de segurança jurídica para os cidadãos. A distinção entre o conflito de leis e a competência internacional é essencial no direito internacional privado, sobretudo nos países do sistema romano germânico.⁴¹¹ Nos países que aplicam o sistema anglo-americano, a competência internacional prevalece sobre o conflito de leis já que em grande número de situações, reconhecendo-se o tribunal como competente, se aplica a lei do foro.⁴¹² Isso não significa que a distinção seja desconhecida⁴¹³ ou que não seja aplicada, sobretudo em matérias enquadradas em instrumentos que vinculam esses países, como é o caso dos regulamentos da UE⁴¹⁴, de cuja aplicação tanto pode resultar quer a competência jurisdicional, quer a aplicação da lei nacional, quer a aplicação da

⁴⁰⁹ PEERS, S. - Finally fit for purpose? *Yearbook of European Law*, 27 (2008) 48-49.

⁴¹⁰ No sentido de que “a unificação da estrutura jurídica da União com a supressão formal da estrutura de pilares não teve tradução ao nível da unificação dos processos por incumprimento, com excepção do caso por incumprimento qualificado”, MESQUITA, Maria José Rangel de - Incumprimento estadual e poder sancionatório no Tratado de Lisboa. In *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*. Coimbra: Almedina, 2010, Vol. 1, p. 691.

⁴¹¹ GAUDEMET-TALLON, Hélène - La clause attributive de jurisdiction et les lois de police. In Talia Einhorn Boele-Woelki, *Convergence and divergence in private international law*. The Hague: Eleven International Publishing, 2010, p. 709.

⁴¹² Neste sentido, RAMOS, Rui Moura - *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 188 e ss. e MORSE, C. G. J. - *Morris, Dicey, & Collins on the conflict of laws*. Londres: Sweet & Maxwell, 2014, Vol. 2, p. 4.

⁴¹³ MORSE, C. G. J. - *Morris, Dicey, & Collins on the conflict of laws*. Londres: Sweet & Maxwell: 2014. Vol. 2, p. 1-4. Estes autores expressam-se da seguinte forma: “The questions that arise in conflict of laws cases are of two main types: first, as the English court jurisdiction to determine this case? And secondly, if so, what law should it apply?”.

⁴¹⁴ MORSE, C. G. J. - *Morris, Dicey, & Collins on the conflict of laws*. Londres: Sweet & Maxwell: 2014, Vol. 2, p. 3.

lei estrangeira.⁴¹⁵ Não obstante a sua total distinção no âmbito da legislação da UE,⁴¹⁶ como no âmbito de outras entidades relevantes em matéria de unificação do direito internacional privado,⁴¹⁷ a verdade é que a unificação das regras da competência internacional teve em vista evitar que a escolha do *forum* pudesse indiretamente significar uma escolha de lei. A inter-relação entre a competência internacional e a lei aplicável torna-se bastante visível, embora as normas de competência internacional e as normas de conflitos de leis persigam objetivos distintos. As primeiras visam garantir e facilitar o acesso das partes à justiça, considerando a proximidade do tribunal e as legítimas expectativas das partes, quer quanto ao direito processual aplicável, como quanto aos custos inerentes e à delonga.⁴¹⁸ Este princípio da proximidade⁴¹⁹ do tribunal, concretiza-se quer no que respeita às partes, o que justifica a utilização da conexão residência habitual das pessoas singulares e a sede, a administração ou o estabelecimento de uma pessoa coletiva, em virtude de tais conexões garantirem um acesso fácil ao tribunal pelo menos a uma das partes. Por outro lado, este princípio atua também ao nível das provas, tornando mais fácil a respetiva recolha e produção. Outro princípio prosseguido pelo Direito da competência internacional é o da eficácia prática da decisão,⁴²⁰ que determina a preferência pela concretização dessa competência ao foro da residência habitual, da sede, da administração ou do estabelecimento do devedor, como forma de garantir uma eventual futura execução daquela. Para além dos princípios anteriormente referidos cumpre ainda mencionar o princípio da distribuição

⁴¹⁵ Com as acrescidas dificuldades resultantes das diferentes regras de interpretação existentes entre os dois sistemas jurídicos em geral. MORSE, C. G. J. - Morris, Dicey, & Collins on the conflict of laws. Londres: Sweet & Maxwell, 2012, p. 15-16.

⁴¹⁶ Alguns regulamentos versam apenas sobre competência judiciária, reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras, como é o caso dos Regulamentos Bruxelas I bis e Bruxelas II bis, outros contêm normas quer de competência judiciária, quer de reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras, quer de determinação da lei aplicável ao conflito de leis, como é o caso dos regulamentos (CE) N.º 1346/2000 do Conselho, de 29 de maio de 2000, relativo aos processos de insolvência (artigo 3.º) (CE) N.º 4/2009 do Conselho, de 18 de dezembro de 2008, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares (artigo 3.º e ss.); (UE) N.º 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu (artigo 4.º e seguintes); (UE) 2016/1103 do Conselho, de 24 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais (artigo 4.º e seguintes); (UE) 2016/1104 do Conselho, de 24 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de efeitos patrimoniais das parcerias registadas (artigo 4.º e seguintes).

⁴¹⁷ Como é exemplo a Conferência da Haia do Direito Internacional Privado

⁴¹⁸ GAUDEMET-TALLON, Hélène - La clause attributive de jurisdiction et les lois de police. In Talia Einhorn Boele-Woelki, Convergence and divergence in private international law. The Hague: Eleven International Publishing, 2010, p. 710.

⁴¹⁹ A que alude PINHEIRO, Luís de Lima - Direito internacional privado. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2012. Vol. 3, p. 27.

⁴²⁰ Considerando que este princípio pode não traduzir qualquer laço significativo entre a relação controvertida e o Estado do foro, PINHEIRO, Luís de Lima - Direito internacional privado. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2012. Vol. 3, p. 27-28.

harmoniosa de competência entre as jurisdições estaduais, o qual deve atenuar os efeitos do *forum shopping* e a incerteza sobre a competência internacional.⁴²¹

As partes podem, considerando todos estes aspetos, eleger o tribunal competente para julgar eventuais diferendos,⁴²² mediante a previsão de um pacto de jurisdição.⁴²³ O princípio da autonomia da vontade permite acionar os valores da certeza e da segurança jurídicas.⁴²⁴

Constitui também objetivo do direito da competência internacional o alcance de uma boa administração da justiça, para tal se requerendo uma ligação estreita entre o tribunal e a ação⁴²⁵ e a resolução de eventuais conflitos processuais, mediante recurso às exceções da litispendência e da conexão de processos.

As regras de conflitos de leis, visam garantir a previsibilidade quanto ao regime de direito material aplicável a uma determinada relação jurídica. Impõe-se que antes de qualquer compromisso efetivo, as partes saibam a que lei ficará submetida a sua relação transnacional.⁴²⁶

Apesar da unificação das regras sobre a competência internacional no ordenamento jurídico da UE, em diversos domínios, a mesma só vem sendo plenamente alcançada devido a uma coerente aplicação dos dispositivos constantes dos atos que a preveem. Só é possível alcançar harmonia de julgados se as regras de competência internacional, apesar de unificadas, forem interpretadas dentro desse espírito,⁴²⁷ afastando a possibilidade de aplicação de uma lei diferente consoante o tribunal competente. O alcance desse objetivo não depende exclusivamente da existência de regras de conflitos unificadas, mas está em larga medida potenciado pela sua existência.

A unificação das normas de conflitos contribui para o aumento da segurança jurídica e nessa medida para o alcance da harmonia internacional de julgados. Um dos principais

⁴²¹ No sentido de que este princípio se opõe à concorrência de competências, PINHEIRO, Luís de Lima - Direito internacional privado. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2012. Vol. 3, p. 28.

⁴²² Sobre a matéria, HENRIQUES, Sofia - Os pactos de jurisdição no Regulamento (CE) N.º 44/2001. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

⁴²³ Nos termos do artigo 25.º do Regulamento Bruxelas I bis (ex-artigo 23.º do Regulamento Bruxelas I).

⁴²⁴ Para além de justificarem “que a determinação da competência internacional resulte de regras precisas e seja evitado o recurso a conceitos indeterminados e a cláusulas gerais para o estabelecimento da competência internacional”, como salienta PINHEIRO, Luís de Lima - Direito internacional privado. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2012. Vol. 3, p. 28.

⁴²⁵ Neste sentido, Regulamento Bruxelas I, considerando 12.

⁴²⁶ GAUDEMET-TALLON, Hélène - La clause attributive de jurisdiction et les lois de police. In Talia Einhorn Boele-Woelki - Convergence and divergence in private international law. The Hague: Eleven International Publishing, 2010, p. 710.

⁴²⁷ As regras de competência jurisdicional consideram o *forum* melhor colocado para julgar a questão jurídica concreta, cujos pressupostos são previstos com base na facilidade de obtenção de provas.

objetivos do DIP consiste na aplicação da mesma lei a um mesmo caso, independentemente do tribunal em que o mesmo seja apreciado. Nessa medida, a inter-relação entre a competência internacional e a lei aplicável reveste-se de grande aplicação prática. Para além da interpretação e aplicação unificada das regras de competência internacional, determinando a competência dos tribunais com base nos mesmos critérios, é importante a existência de normas de conflitos unificadas, mas interpretadas e aplicadas nesse âmbito. Qualquer que seja o tribunal a que o litígio seja submetido, a decisão deve ser no mesmo sentido, mediante aplicação da mesma lei. As normas de conflitos unificadas visam o objetivo da determinação da mesma lei como competente para dirimir um mesmo litígio. Tal propósito, no entanto, não fica apenas dependente da existência de normas de conflitos unificadas, o resultado prático que determinou a sua elaboração e aprovação fica dependente ainda de outros fatores.

É incontornável a extrema importância do designado momento jurisdicional para o alcance da unificação. As dificuldades suscitadas pela aplicação dos instrumentos no ordenamento jurídico português levaram à prolação de sentenças e acórdãos que nem sempre encontraram na fundamentação jurídica aplicada a sua exata fundamentação.⁴²⁸

A inter-relação entre a jurisdição e a lei aplicável é um vetor que pode contribuir para o aprofundamento da unificação da aplicação da lei. Normalmente a relação existente entre a competência internacional e a escolha de lei é identificada, em matéria de unificação, com referência à necessidade de limitar o fenómeno comumente designado como *forum shopping*. Tal preocupação tem em vista impedir que através da escolha do foro as partes possam indiretamente escolher o direito aplicável à sua contenda. Essa apresentação da situação corresponde a um *forum shopping* considerado ilegítimo e é essa modalidade que é visada pelo objetivo de unificação das regras de competência internacional.

Esta inter-relação desejável não afasta a possibilidade de eleição do foro competente, enquanto manifestação legítima da autonomia da vontade das partes, que permite a escolha de um critério diferente de determinação da jurisdição relativamente à regra geral da residência habitual.⁴²⁹ Essa possibilidade, para além de expressamente consagrada, é também objeto de referência no considerando 11.º do Regulamento

⁴²⁸ RAMOS, Rui Moura - Competência Internacional em matéria contratual. Revista de Legislação e de Jurisprudência. 130:3879 (2002) 174-187, também publicado em RAMOS, Rui Moura - Estudos de direito internacional privado e de direito processual civil internacional. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, 359-363.

⁴²⁹ BARIATTI, Stefania - Forum shopping, abus de droit et droit international privé européen: quelques reflexions. In J. Forner Delagüa [et al.] - Entre Bruselas y la Haia: estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado: Liber Amicorum Alegría Borrás. Paris: Marcial Pons, 2013, p. 167.

mentionado. Os pactos de jurisdição são objeto de previsão no artigo 25.º do Regulamento Bruxelas I reformulado,⁴³⁰ não constituindo um abuso a escolha do foro de acordo com essa previsão, como o Tribunal de Justiça teve já ocasião de decidir⁴³¹ mesmo que tenha efeitos evidentes na determinação da lei aplicável.⁴³² A diminuição do risco do *forum shopping* ilegítimo, foi um dos principais objetivos da comunitarização da Convenção de Bruxelas,⁴³³ e continua a ser uma preocupação do legislador deste ordenamento jurídico.

Na falta de eleição pelas partes, a determinação do tribunal competente depende de uma ligação estreita entre o contrato e o tribunal,⁴³⁴ como também decidiu o Tribunal de Justiça.⁴³⁵

Na maioria das situações a determinação da competência do tribunal é aferida pelos critérios do regulamento citado.

Este regulamento⁴³⁶ consagrou uma competência especial em matéria contratual. Também o conceito de matéria contratual, usado no artigo 5.º número 1 (da Convenção de Bruxelas) deve ser interpretado de forma autónoma.⁴³⁷ O âmbito do conceito mencionado foi objeto de apreciação pelo Tribunal de Justiça no Caso Effer c. Kantner,⁴³⁸ o qual determinou que naquela matéria contratual se inclui a apreciação de

⁴³⁰ Quanto a esta disposição, discute-se sobre a necessidade de existência de outro elemento de internacionalidade para que o seu regime seja aplicável e em geral que o seja o regulamento, questões que após o acórdão do TJ de 17.11.2011, proferido no Caso Lindner, proc. C-327/10 [CJ (2011) I-11582], ficaram sustentadas na ideia de que a internacionalidade pode ser conferida pela nacionalidade do réu, desde que diferente do país do foro onde todos os elementos do caso se localizam e ainda que seja apenas presumida.

⁴³¹ EC 17.01.1980, caso Siegfried Zelger, proc. n.º 56/79 [ECR (1980) 90].

⁴³² Assim TJ 16.03.1999, caso Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA, proc. c-159/97, [CJ (1999) I-1636].

⁴³³ Salientando o sacrifício para a unificação que representa a vigência da Convenção de Bruxelas na Dinamarca, SCHÜTZE, Rolf A. - *Einheit und Vielfalt des Rechts: Festschrift für Reinhold Geimer zum 65.* München: Verlag C. H. Beck, 2002, p. 468.

⁴³⁴ ASENSIO, Pedro Alberto de Miguel - El lugar de ejecución de los contratos de prestación de servicios como critério atributivo de competencia. In J. Forner Delaguya [et al.] - *Entre Bruselas y la Haia: estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado: Liber Amicorum Alegría Borrás.* Paris: Marcial Pons, 2013, p. 292.

⁴³⁵ TJ 03.05.2007, caso Color Drack, proc. C-386/05 [CJ (2007) I-3735] n.º 22.

⁴³⁶ Na redação que lhe foi conferida pelo Regulamento (UE) N.º 156/2012 da Comissão, de 22 de fevereiro de 2012, que altera os anexos I a IV do Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (JO L 50 de 23.02.2012) e que é substituído pelo Regulamento (UE) N.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (reformulação), que entrou em vigor nos termos do disposto no artigo 66.º, no dia 10 de janeiro de 2015 (JO L 351 de 20.12.2012).

⁴³⁷ Neste sentido, EC 22.03.1983, caso Martin Peters Bauunternehmung GmbH v Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging, proc. 34/82, [ECR (1983) 988], a matéria contractual referida no art.º 5.º n.º 1 deve ser considerada uma noção autónoma e interpretada com referência ao sistema e ao escopo de eficácia plena dessa Convenção [identicamente TJ 08.03.1988, caso SPRL Arcado contra SA Haviland, proc. 9/87, [CJ (1988) 1551]].

⁴³⁸ EC 04.03.1982, caso Effer SpA v Hans-Joachim Kantner, proc. 38/81, [ECR (1982) 825].

questões relativas à existência dos elementos constitutivos do próprio contrato. No caso *De Bloos c. Bouyer*⁴³⁹ o âmbito desta disposição foi ampliado à indemnização do dano resultante da resolução do contrato com fundamento no seu incumprimento pela contraparte.⁴⁴⁰

Esta competência é consagrada nas situações em que exista uma conexão apropriada ou na expressão mais recente do Tribunal de Justiça, numa ligação estreita⁴⁴¹ entre os factos que servem de fundamento à ação e o Estado em que se localiza o tribunal.⁴⁴²

O critério especial de determinação de competência internacional que se afasta da regra geral da competência do tribunal do Estado-Membro do domicílio do requerido⁴⁴³ – prevista nos artigos 4.^o⁴⁴⁴ e seguintes –, é consagrado no artigo 5.^o do Regulamento Bruxelas I⁴⁴⁵ e no artigo 7.^o⁴⁴⁶ do Regulamento Bruxelas I reformulado, resultando o seu conteúdo de uma aplicação genérica do princípio da proximidade.⁴⁴⁷

Este normativo prevê a competência a favor do “tribunal do lugar onde foi ou deva ser cumprida a obrigação em questão.” O *forum contractus* visa aproximar o tribunal do conhecimento dos factos relevantes, estabelecendo a competência a favor do tribunal do lugar do cumprimento da obrigação. Da teoria da obrigação característica do

⁴³⁹ TJ 06.10.1976, *A. De Bloos, SPRL contra Société en commandite par actions Bouyer*, proc. 14/76, [CJ (1976) 607].

⁴⁴⁰ SOUSA, Miguel Teixeira de; VICENTE, Dário Moura - Comentário à Convenção de Bruxelas. Lisboa: Lex, 1994, p. 30.

⁴⁴¹ TJ 03.05.2007, caso *Color Drack*, proc. C-386/05 [CJ (2007) I-3735].

⁴⁴² Neste sentido, CALSTER, Geert Van - European private international law. New Delhi: Hart Publishing, 2016, p. 136.

⁴⁴³ Determinada nos termos do disposto nos artigos 62.^o e 63.^o do mesmo normativo. Nos termos dessas disposições, a verificação do domicílio do requerido no território no qual a ação é instaurada é feita mediante aplicação da lei desse Estado, ou caso o Requerido não tenha domicílio no Estado-Membro em cujo território a ação foi proposta, o juiz, para concluir sobre o domicílio dessa parte noutro Estado-Membro, aplica a lei interna desse outro Estado-Membro. Quanto às “sociedades ou outras pessoas coletivas ou associações de pessoas singulares ou coletivas,” o seu domicílio é “no lugar em que tiver: a) a sua sede social, b) a sua administração central, c) o seu estabelecimento principal.”, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 63.^o. O Regulamento prevê ainda expressamente no n.º 2 do mesmo artigo que “No que respeita à Irlanda, ao Chipre e ao Reino Unido, “sede social” significa *registered office*” ou, se este não existir, *place of incorporation* (lugar de constituição) ou, se este não existir, o lugar sob cuja lei ocorreu a *formation* (formação).” A determinação do domicílio do *trust* é efetuada de acordo com as normas do direito internacional privado do Estado em cujos tribunais a ação tenha sido proposta.

⁴⁴⁴ Artigos 2.^o e ss. da versão inicial do Regulamento Bruxelas I.

⁴⁴⁵ A redação do artigo 5, n.º 1, 1.^a parte, foi alterada com a Convenção de Adesão de 1978, na sequência do TJ 06.10.1976, *A. De Bloos, SPRL contra Société en commandite par actions Bouyer*, proc. 14/76, [CJ (1976) 607]. Neste acórdão, o Tribunal decidiu que a obrigação contratual é a que «serve de base à acção judicial». Em conformidade, a redação passou a ser a atual, já que quanto a este especto se mantém inalterada a previsão do Regulamento Bruxelas I.

⁴⁴⁶ Artigo 5.^o da versão inicial do Regulamento Bruxelas I.

⁴⁴⁷ Neste sentido, reportando-se ao artigo 5.^o do Regulamento Bruxelas I, SOUSA, Miguel Teixeira de; VICENTE, Dário Moura - Comentário à Convenção de Bruxelas. Lisboa: Lex: 1994, p. 30; FALLON, Marc - Le principe de proximité dans le droit de l'Union européenne. In Melanges en l'honneur de Paul Lagarde: Le droit international privé: esprit et méthodes. Paris: Dalloz, 2005, p. 243-244.

contrato,⁴⁴⁸ que se consolida a propósito de um contrato de representação que liga um trabalhador dependente a uma empresa, considera-se que resulta “a obrigação a ter em conta para a aplicação do artigo 5.º n.º 1 em caso de ações fundadas em diferentes obrigações resultantes de um contrato de representação que liga um trabalhador dependente a uma empresa, é a que caracteriza este contrato.”⁴⁴⁹ Neste caso, o lugar da prestação do trabalho.⁴⁵⁰

Esta doutrina já havia constado das conclusões apresentadas pelo advogado geral do processo Tessili/Dunlop,⁴⁵¹ mas só viria a ter acolhimento em 1982.⁴⁵²

Em matéria de determinação da competência jurisdicional, o Acórdão Tessili determina a aplicação das regras de conflitos do foro para determinar o lugar do cumprimento, o qual por sua vez determina o foro competente. A aplicação desta jurisprudência terá conduzido a demasiada diversidade de soluções no que respeita à determinação da competência jurisdicional fundada na aplicação de normas de Direito internacional privado. Donde se deva entender que a fixação da competência jurisdicional no âmbito do artigo 7.º, n.º 1, b) deve ser autónoma, efectuada sem recurso às regras de Direito internacional privado.⁴⁵³

A aplicação da mesma regra às obrigações negativas não se apresenta muito complicada na medida em que também nestas há um lugar associado ao cumprimento do dever que é invocado para se impor uma omissão. Diferente se apresenta a situação se a obrigação contratual é de *non facere*, não se encontrando geograficamente limitada, sendo vários os lugares onde foi ou devia ter sido cumprida e nesse caso a competência só pode ser determinada de acordo com o critério geral consagrado no artigo 2.º, n.º 1⁴⁵⁴ do Regulamento Bruxelas I, atual artigo 4.º do Regulamento Bruxelas Ibis.

O lugar do cumprimento dificilmente coincidirá com o lugar onde se situa a sede da parte que é responsável pela prestação característica, dificilmente o tribunal irá aplicar a sua própria lei. O Regulamento Roma I, na sequência da Convenção de Roma, prevê regras

⁴⁴⁸ Consagrada no EC 26.05.1982, caso Roger Ivenel v Helmut Schwab, proc. 133/81 [ECR (1982) 1901] n.º 20.

⁴⁴⁹ Vide nota anterior.

⁴⁵⁰ SANTOS, Eduardo dos - Convenção de Bruxelas de 1968, relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial. Lisboa: Rei dos Livros, 1992, p. 58.

⁴⁵¹ Apresentadas em 15 de setembro de 1976, por Henri Mayras.

⁴⁵² E sendo as conclusões do advogado geral dos autos que as acolhem, Gerard Reishel, em sentido contrário.

⁴⁵³ MANKOWSKI, Peter - Jurisdiction. In MAGNUS, Ulrich ; MANKOWSKI, Peter (Eds.), Brussels Ibis regulation: European commentaries on private international law. München: Ottoschmidt, 2016, p. 208-209.

⁴⁵⁴ Neste sentido, PINHEIRO, Luís de Lima - Direito internacional privado. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2012. Vol. 3, p. 108.

uniformes para contratos, diminuindo a possibilidade de obtenção de resultados divergentes. No entanto, essa possibilidade não fica, obviamente, excluída.

A execução de decisões só pode ter lugar e ser suscitada perante os tribunais do Estado-Membro do lugar no qual as mesmas podem ser executadas.

Antes de determinar a competência, o tribunal tem de aplicar o seu direito interno, ou o direito interno de outro Estado-Membro, para determinar o domicílio do Requerido, em seguida tem de aplicar a lei considerada competente, de acordo com o Regulamento Roma I,⁴⁵⁵ ou fora do seu âmbito de aplicação por outras fontes de direito internacional privado supra nacionais, ou pelas disposições do seu direito nacional, para determinar o lugar do cumprimento da obrigação e consequentemente aferir da competência internacional e local.⁴⁵⁶ Mas aqui chegados, é necessário ainda determinar qual a obrigação relevante, questão que fica resolvida em face de um negócio jurídico unilateral, mas pode não ficar resolvida em face de um contrato.

O Tribunal de Justiça entende, a este propósito, que a obrigação relevante é aquela que corresponde ao direito contratual que serve de base à ação.⁴⁵⁷ Tal significa que a identificação do lugar do cumprimento da obrigação, e logo a determinação do foro competente, é determinada mediante a aplicação do direito de conflitos do foro e concretizada de acordo com os critérios disparens consagrados nos diferentes direitos materiais dos Estados-Membros.

Vários problemas podem ser identificados na ótica do cumprimento da obrigação, como seja o de a entrega dos bens se fazer num lugar diferente daquele que havia sido convencionado, ou resulta da aplicação da *lex fori* como sendo o lugar do cumprimento. A aceitação de uma competência especial neste caso parece legitimar expectativas

⁴⁵⁵ Em sentido diverso, VAN CALSTER, Geert - *European private international law*. Oxford: Oxford Hart Publishing, 2013, p. 139-140, considera que a determinação para cada obrigação específica do tribunal no qual a ação é instaurada, estabelece o lugar do cumprimento e dessa forma a competência jurisdicional de acordo com o seu próprio Direito internacional privado, recorre às suas próprias normas de conflitos para determinar a lei aplicável ao contrato e depois aplica essa lei para determinar o lugar do cumprimento. No mesmo sentido a jurisprudência Tessili, parágrafo 15 “nestas circunstâncias, a referência feita pela convenção ao lugar do cumprimento das obrigações contratuais só pode ser entendida como um reenvio para o direito material aplicável por força das normas de conflitos a que está sujeito o juiz a quem a questão foi submetida.” À data da prolação do acórdão, os juizes nacionais, na falta de qualquer uniformização de normas de conflitos em matéria de obrigações contratuais, estavam vinculados às suas disposições internas, o que manifestamente não sucede na atualidade.

⁴⁵⁶ GRAZIANO, Thomas Kadner - Jurisdiction at the place of performance under article 7 no. 1 of Brussels I: Disconnecting the procedural place of performance from its counterpart in substantive law: an analysis of the case law of the ECJ and proposals de lege data and de lege ferenda. *YPIL*, 16 (2014/2015) 173.

⁴⁵⁷ TJ 06.10.1976, caso A. De Bloos, SPRL contra Société en commandite par actions Bouyer, proc. 14/76, [CJ (1976) 607], n.º 14. “Nos casos em que o autor invoca o seu direito ao pagamento de uma indemnização ou invoca a resolução do contrato imputando a responsabilidade à outra parte, a obrigação a que o n.º 1 do artigo 5.º se refere é sempre a que decorre do contrato e cujo incumprimento é invocado para justificar tais pedidos.”

infundadas, exceto se o cumprimento no lugar convencionado for de todo impossível (guerra ou catástrofe). Aceita-se assim a sobreposição do critério vertido no n.º 1 do artigo 7.º sobre circunstâncias que permitiriam enquadrar a questão no n.º 3 do mesmo artigo.⁴⁵⁸ Se existir mais do que um lugar de entrega dos bens ou de prestação dos serviços,⁴⁵⁹ mesmo que situado em diferentes Estados-Membros, há que determinar o lugar do cumprimento de cada obrigação concreta.⁴⁶⁰ Se existirem várias obrigações, há que determinar a obrigação principal.⁴⁶¹

Se não for possível distinguir as obrigações por serem equivalentes atenta a economia do contrato e, de acordo com o direito de conflitos do Estado do foro, uma delas dever ser cumprida nesse Estado e outra em outro Estado, o tribunal do primeiro Estado só terá competência para conhecer da parte do litígio que respeite à execução da prestação que deveria ter ocorrido ou que tenha ocorrido nesse país.⁴⁶² Se se verificar que existe uma multiplicidade de lugares de cumprimento da obrigação contratual é necessário determinar o lugar de execução que apresenta uma conexão mais estreita entre o litígio e o tribunal competente.⁴⁶³ Tal significa que apesar da diminuição do risco de *forum shopping*, por via da uniformização do regime de determinação da competência do tribunal, a interdependência entre o *forum* e a lei aplicável continua a ser muito estreita.

Se o objeto principal da ação consistir na apreciação da existência ou da validade do contrato, tendo em conta que nesse caso o pedido não se funda numa obrigação, não parece viável aplicar o critério do cumprimento da obrigação, sendo aceitável a solução de considerar competente o tribunal do lugar onde a prestação característica do contrato deveria ser cumprida, caso o contrato fosse válido.⁴⁶⁴

Outras situações especiais são, ainda, passíveis de soluções particulares. Se o pedido formulado na ação incidir sobre a apreciação da rescisão ou da denúncia do contrato, a apreciação da competência internacional deve fazer-se por recurso ao critério especial, considerando-se competente o tribunal do lugar em que a obrigação deveria ter sido cumprida e cujo incumprimento se invoca como fundamento para a rescisão ou o

⁴⁵⁸ Neste sentido, CALSTER, Geert Van - European private international law. New Delhi: Hart Publishing, 2016, p. 91 e 140-141.

⁴⁵⁹ Questão que foi objeto de pronúncia no Acórdão Color Drack, TJ 03.05.2007, caso Color Drack, proc. C-386/05 [CJ (2007) I-3734] n.º 16.

⁴⁶⁰ Assim julgou o TJ 06.10.1976, A. De Bloos, SPRL contra Société en commandite par actions Bouyer, proc. 14/76, [CJ (1976) 610].

⁴⁶¹ TJ 15.01.1987, caso H. Shenavai contra K. Kreischer [CJ (1987) 256] n.º 19. No mesmo sentido, CALSTER, Geert Van - European private international law. New Delhi: Hart Publishing, 2016, p. 140-141.

⁴⁶² TJ 05.10.1999, caso Leathertex Divisione Sintetici SpA contra Bodetex BVBA [CJ. (1999) I-6792] n.º 42.

⁴⁶³ TJ 19.02.2002, caso Besix SA contra Wasserreinigungsbau Alfred Kretzschmar GmbH & Co. KG [CJ (2002) I-1728] n.º 32.

⁴⁶⁴ PINHEIRO, Luís de Lima - Direito internacional privado. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2012. Vol. 3, p. 108.

tribunal do lugar em que a obrigação deveria ter sido cumprida pela parte que denuncia o contrato.⁴⁶⁵

Tratando-se de uma obrigação já cumprida, deve ser considerado competente o tribunal do lugar do cumprimento efetivo, mesmo que não corresponda ao lugar onde o mesmo deveria ter sido efetuado, desde que o credor tenha aceitado a prestação nesse lugar sem formular reservas.⁴⁶⁶

Quanto ao critério lugar da execução da prestação, há primeiro que determinar qual a lei competente para regular o contrato. As diferentes leis em vigor preveem diferentes soluções, donde, em princípio, só após a concretização do direito substantivo que em rigor é competente para regular o contrato, se possa aferir da competência internacional e determinar o tribunal competente.⁴⁶⁷ Fica assim afastado, neste caso concreto, o procedimento normal de determinação da competência jurisdicional internacional e interna, nos termos do qual a determinação da primeira é prévia à determinação do direito aplicável e prévia à determinação da competência interna de um determinado órgão jurisdicional.⁴⁶⁸

Esta disposição confere competência jurisdicional a tribunais que não os do Estado do domicílio do réu. Neste caso, a autonomia da vontade foi introduzida para permitir uma aproximação entre a situação e o tribunal melhor colocado para a conhecer e julgar.⁴⁶⁹ É pressuposta uma estreita ligação⁴⁷⁰.

Duas linhas de apreciação pela jurisprudência do Tribunal de Justiça consistiam em saber se se deveria limitar o lugar do cumprimento à concreta questão suscitada no

⁴⁶⁵ PINHEIRO, Luís de Lima - Direito internacional privado. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2012. Vol. 3, p. 108.

⁴⁶⁶ PINHEIRO, Luís de Lima - Direito internacional privado. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2012. Vol. 3, p. 108.

⁴⁶⁷ GRAZIANO, Thomas Kadner - Jurisdiction at the place of performance under article 7 no. 1 of Brussels I: Disconnecting the procedural place of performance from its counterpart in substantive law: an analysis of the case law of the ECJ and proposals de lege data and de lege ferenda. YPIL. 16 (2014/2015) 167-217; ASENSIO, Pedro Alberto de Miguel - El lugar de ejecución de los contratos de prestación de servicios como critério atributivo de competencia. In J. Forner Delaguna [*et al.*], Entre Bruselas y la Haia: estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado: Liber Amicorum Alegría Borrás. Paris: Marcial Pons, 2013, p. 292.

⁴⁶⁸ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier - Derecho internacional privado. 18.^a ed. Madrid: Editorial Comares, 2018. Vol. 1, p. 108.

⁴⁶⁹ EC 17.01.1980, caso Siegfried Zelger v Sebastiano Salinitri, proc. n.º 56/79 [ECR (1980) 96] n. 3; TJ 09.12.1987, caso SAR Schotte GmbH contra Parfums Rothschild SARL, proc. 218/86 [CJ (1987) 4919], n.º 9; TJ 29.06.1994, caso Custom Made Commercial Ltd contra Stawa Metallbau GmbH, proc. C-288/92 [CJ (1994) I-2955] n.º 12.

⁴⁷⁰ Relatório Jenard, p. 22; TJ 06.04.1995, caso Lloyd's Register of Shipping contra Société Campeonon Bernard, proc. C-439/93 [CJ (1995) I-981] n.º 21. MANKOWSKI, Peter - Interessenpolitik und europäisches kollisionsrecht. [S.l.]: Nomos, 2011, p. 105.

reenvio prejudicial e se se deveria utilizar direito substantivo via direito internacional privado do *forum*.⁴⁷¹

Assim, em matéria contratual, é competente o tribunal do lugar onde a obrigação foi ou deve ser cumprida,⁴⁷² devendo recorrer-se, para determinação desse lugar, às normas de conflitos do Estado do foro – e não ao direito material desse Estado⁴⁷³, uma vez que “...a referência feita pela convenção ao lugar do cumprimento das obrigações contratuais só pode ser entendida como um reenvio para o direito material aplicável por força das normas de conflitos a que está sujeito o juiz a quem a questão foi submetida.”⁴⁷⁴. Não ficando, todavia, excluída a utilização, para essa mesma determinação, de uma convenção validamente celebrada entre as partes.⁴⁷⁵

O Tribunal de Justiça deparou-se com uma disparidade de soluções quanto ao lugar de cumprimento previsto nas legislações nacionais.

A determinação do lugar do cumprimento da obrigação, quanto à al. a) deve ser efetuada de acordo com os critérios do Regulamento Roma I⁴⁷⁶ e em consequência, o regime aplicável não tem de ser estadual.

Os diferentes critérios seguidos pelas leis nacionais quanto ao lugar do cumprimento, dificultam a concretização do princípio da proximidade que preside à previsão de uma solução segura, que aproxime os factos importantes do centro decisório. Este elemento apto a gerar uma certa dispersão de soluções atua no sentido oposto do esforço de unificação, sugerindo a necessidade desta última, devendo constituir também ele um fator de ponderação sobre a utilidade de tal realidade.

A inviabilização de consagração de um conceito europeu de lugar de cumprimento da obrigação foi constatada pelo Tribunal de Justiça,⁴⁷⁷ mas minorada com a introdução de uma alteração ao Regulamento Bruxelas I, relativamente quer à versão inicial da Convenção de Bruxelas,⁴⁷⁸ quer à versão resultante da Convenção de adesão de

⁴⁷¹ MANKOWSKI, Peter - Jurisdiction. In MAGNUS, Ulrich ; MANKOWSKI, Peter (Eds.), *Brussels Ibis regulation: European commentaries on private international law*. München: Ottoschmidt, 2016, p. 146-147.

⁴⁷² Conforme artigo 7.º, n.º 1, al. a) do Regulamento Bruxelas I bis.

⁴⁷³ TJ 06.10.1976, caso *Industrie Tessili Italiana Como* contra *Dunlop AG*, proc. 12/76 [CJ (1976) 592] n.º 13-15.

⁴⁷⁴ TJ 06.10.1976, caso *Industrie Tessili Italiana Como* contra *Dunlop AG*, proc. 12/76 [CJ (1976) 587]. N.º 15.

⁴⁷⁵ EC 17.01.1980, caso *Siegfried Zelger*, proc. n.º 56/79 [ECR (1980) 90] n.º 6.

⁴⁷⁶ Neste sentido, embora ainda quanto à Convenção de Roma, SOUSA, Miguel Teixeira de; VICENTE, Dário Moura - *Comentário à Convenção de Bruxelas*. Lisboa: Lex: 1994, p. 30.

⁴⁷⁷ TJ 06.10.1976, caso *Industrie Tessili Italiana Como* contra *Dunlop AG*, proc. 12/76 [CJ (1976) 592] n.º 14.

⁴⁷⁸ Que previa “o lugar onde a obrigação foi ou deve ser cumprida.”

1978.⁴⁷⁹ O legislador decidiu identificar critérios aptos a determinar, de um modo uniforme, o lugar do cumprimento da obrigação, ainda que apenas para dois tipos contratuais, procedendo assim a uma desconexão relativamente ao problema central identificado quanto a esta disposição, a identificação do lugar do cumprimento da obrigação com recurso aos critérios previstos para o direito substantivo.⁴⁸⁰ Passou então a prever, o citado dispositivo, que o lugar do cumprimento da obrigação é, quanto aos contratos de compra e venda, “o lugar num Estado-Membro onde, nos termos do contrato, os bens foram ou devam ser entregues,” e no caso da prestação de serviços, “o lugar num Estado-Membro onde, nos termos do contrato, os serviços foram ou devam ser prestados.” Se a situação não se enquadrar no âmbito de aplicação desta última previsão, aplica-se o critério relativo aos contratos de compra e venda.

De todo o modo, mantém-se em vigor o critério inicial previsto na al. a) do artigo *sub iudice*, quanto aos demais contratos.⁴⁸¹

A reformulação do regulamento manteve a sua versão quanto a esta previsão, apesar da existência de argumentos no sentido de uma alteração. A manutenção desta previsão, deve-se, aparentemente, à forte contestação de que o seu conteúdo tinha sido alvo aquando da negociação do Regulamento.⁴⁸² O *forum solutionis* é necessário para encontrar um equilíbrio entre os interesses dos demandantes, afastando o *forum actor sequitur rei*, que se tornaria excessivamente rígido.⁴⁸³ Trata-se de uma previsão que permite alguma flexibilidade, mas também um certo grau de incerteza que aconselharia a abolição deste critério de fixação de competência jurisdicional, em prol de outros critérios objetivos prevendo soluções próprias para cada tipo contratual.⁴⁸⁴

⁴⁷⁹ Convenção Relativa à Adesão do Reino da Dinamarca, da Irlanda e do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte à Convenção Relativa à Competência Judiciária e à Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial, bem como o Protocolo Relativo à sua Interpretação pelo Tribunal de Justiça (78/888/CEE), publicada no JO N.º L 304, 30/10/1978, P. 0001 – 0102, cujo texto do n.º 1 do artigoº 5 passou a ser: “em matéria contratual, perante o tribunal do lugar do cumprimento da obrigação em questão.”

⁴⁸⁰ GRAZIANO, Thomas Kadner - Jurisdiction at the place of performance under article 7 no. 1 of Brussels I: Disconnecting the procedural place of performance from its counterpart in substantive law: an analysis of the case law of the ECJ and proposals de lege data and de lege ferenda. *YPIL*. 16 (2014/2015) 171.

⁴⁸¹ TJ 23.04.2009, caso Falco Privatstiftung e Thomas Rabitsch, proc. C-533/07 [CJ (2009)] n.ºs 48-50.

⁴⁸² MANKOWSKI, Peter - Jurisdiction. In MAGNUS, Ulrich ; MANKOWSKI, Peter (Eds.), *Brussels Ibis regulation: European commentaries on private international law*. München: Ottoschmidt, 2016, p. 148.

⁴⁸³ MANKOWSKI, Peter - Jurisdiction. In MAGNUS, Ulrich ; MANKOWSKI, Peter (Eds.), *Brussels Ibis regulation: European commentaries on private international law*. München: Ottoschmidt, 2016, p. 148.

⁴⁸⁴ Propondo critérios relativos a conflitos respeitantes à propriedade de bens imóveis, conflitos respeitantes a vendas em leilão e contratos financeiros concluídos num sistema multilateral e a outros litígios de natureza contratual, sugerindo no primeiro caso a sua submissão aos tribunais da *lex rei sitae*, no segundo caso ao *forum* da realização do leilão, e os demais ao local da residência habitual do réu no momento da conclusão do contrato. MÜLLER, Michael - Objektive Anknüpfungsmoment für Schuldverhältnisse im europäischen IPR und IZVR – Die Behandlung vertraglicher Sachverhalte. In Herausgegeben von Jan Von Hein; Giesela Rühl (Eds.), *Kohärenz im internationalen privat und verfahrensrecht der Europäischen Union*. Heidelberg: Mohr Siebeck, 2016, p. 244-278. Defendendo a aplicação da al. b) do n.º 1 do artigo 5.º do Regulamento

2.7. A APLICAÇÃO DA LEI ESTRANGEIRA

Na sua caminhada no sentido da unificação, a UE tem aprovado os diversos regulamentos Roma, criando normas de conflitos iguais para todos os Estados-Membros, possibilitando a identificação da lei nacional competente para a regulação de um litígio. No entanto, após identificação dessa lei nacional como lei competente para dirimir o litígio, que em número elevado de situações, não é a *lex fori*, surgem outros obstáculos à unificação, designadamente, os resultantes do seu carácter incompleto, dado apenas incidir sobre a determinação da lei aplicável.

As dificuldades suscitadas pela aplicação da lei estrangeira relacionam-se quer com a determinação do seu conteúdo, quer com a sua interpretação e aplicação.

A determinação do conteúdo dessa lei é, na UE, uma questão de natureza processual civil que apresenta nos Estados-Membros um tratamento muito heterogéneo.⁴⁸⁵

A determinação da lei aplicável é antecedida da caracterização da situação como internacional.⁴⁸⁶ Quanto a esta primeira etapa que é de extrema importância para a questão em análise, diremos apenas, por ora, que não existe também aqui, uniformidade de critérios quanto à consideração do elemento de estraneidade. Nos Estados-Membros existem diferentes critérios relativamente a essa matéria, em alguns é reconhecida a autonomia das partes quanto à valoração da estraneidade da situação, noutros a aferição da internacionalidade da situação é deixada à ponderação dos órgãos aplicadores da lei e noutros ainda tal aferição é feita com recurso a critérios mistos, dependendo da matéria da situação respetiva.⁴⁸⁷ Tal realidade é suscetível de produzir um impacto negativo no âmbito da aplicação do Regulamento Roma I, sendo, no

Bruxelas I, e atual artigo 7.º do Regulamento Bruxelas I bis aos contratos de distribuição, apesar da sua natureza híbrida dado que nele coexistem aspetos mais relacionados com contratos de venda de bens e outros aspetos mais ligados aos contratos para a prestação de serviços e ainda considerando que a coordenação próxima entre (Regulamento Roma I e Regulamento Bruxelas I) ambos os instrumentos é determinada pelo considerando 17 Regulamento Roma I, no qual “os contratos de distribuição são caracterizados como contratos de prestação de serviços, e a necessidade de consistência entre os dois regulamentos requerida pelo considerando 7 do Regulamento Roma I vai no sentido da interpretação exposta.” VILÀ COSTA, Blanca - How to apply Art 5 (1) and 5 (3) of the Brussels I regulation to private enforcement of competition law: a coherent approach. In Jürgen Basedow [et al.] - *International antritrust litigation: conflicts of laws and coordination*. Oxford: Hart Publishing, 2012, p. 25.

⁴⁸⁵ Neste sentido, SWISS INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW - *The application of foreign law in civil matters in the EU member states and its perspectives for the future: synthesis report 2011*, p. 5.

⁴⁸⁶ Que para LIEBLE, Stefan; MÜLLER, Michael - The idea of a “Rome 0 Regulation”, YPIL, 16 (2012/2013) 149, se trata de uma questão processual interna. Não concordamos com esta posição na medida em que, sendo embora o órgão aplicador do Direito, em caso de conflito, o primeiro a pronunciar-se sobre a existência ou relevância de um elemento de estraneidade, a questão não é puramente interna, mas antes reveste uma natureza supranacional, intimamente relacionada com o âmbito de aplicação material de normas de direito da UE, designadamente, no que ao âmbito da presente investigação respeita, as contidas nos Regulamentos Bruxelas I e Roma I.

⁴⁸⁷ Neste sentido, SWISS INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW - *The application of foreign law in civil matters in the EU member states and its perspectives for the future: synthesis report 2011*, p. 5.

entanto, de salientar que a questão não foi, até ao momento, objeto de apreciação pelo Tribunal de Justiça, nem quanto a esse regulamento nem quanto à Convenção de Roma.

Se a situação for considerada internacional, a indagação seguinte consiste em saber qual a lei aplicável. As disposições do regulamento são imediata e diretamente aplicáveis em todos os Estados-Membros, exceto na Dinamarca. A determinação da lei aplicável, pode ficar condicionada às limitações eventualmente impostas pela *lex fori*⁴⁸⁸ ou por normas imperativas de outros Estados. Determinada a lei aplicável *in casu*, e se não for a própria *lex fori*, importa delimitar o conteúdo dessa lei estrangeira.⁴⁸⁹ A determinação do conteúdo da lei estrangeira, pode incumbir à parte que a invoca ou ao órgão aplicador do direito. A perspetiva da tradição do sistema da *Common Law* consiste em remeter tal obrigação para a parte, incumbindo-lhe fazer essa prova. Noutros países,⁴⁹⁰ é o juiz que determina *ex officio* o conteúdo da lei estrangeira. Para além destes dois sistemas que são os aplicáveis no maior número de Estados-Membros, existem outros métodos que consistem ou na adaptação de dois sistemas de acordo com o tipo de norma de conflitos aplicável, ou estabelecendo o ónus da prova recorrendo a uma conceção casuística.⁴⁹¹

Acresce ainda que alguns países mais arreigados à tradição romanista, classificam a lei estrangeira como uma lei, enquanto que as jurisdições da *Common Law* a qualificam como um facto, sem prejuízo de a Espanha acompanhar esta última posição e de outros países adotarem soluções mistas.⁴⁹²

O direito português tem várias disposições quanto a esta matéria, a mais importante das quais é o artigo 23.º do C.C.⁴⁹³ de acordo com o qual a lei estrangeira é interpretada de acordo com as regras interpretativas, jurisprudência e doutrina do país de origem. No

⁴⁸⁸ LIEBLE, Stefan; MÜLLER, Michael - The idea of a "Rome 0 Regulation". *YPIL*. 16 (2012/2013) 149.

⁴⁸⁹ LIEBLE, Stefan; MÜLLER, Michael - The idea of a "Rome 0 Regulation". *YPIL*. 16 (2012/2013) 149. Ver também, KIENINGER, E. M. - *Ermittlung und anwendung ausländischen rechts. In Brauchen wir eine Rome 0-Verordnung?*. München: Sellier European Law Publishers, 2013, p. 479 e p. 482 e ss.

⁴⁹⁰ Como a Áustria, Bulgária, Alemanha, Estónia, França, Itália, Holanda, Polónia, Roménia, Eslovénia, Espanha.

⁴⁹¹ SWISS INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW - *The application of foreign law in civil matters in the EU member states and its perspectives for the future: synthesis report 2011*, p. 5.

⁴⁹² Como as qualificam GRUBER, Peter; BACH, Ivo - The application of foreign law: a report on a new European project. *YPIL*. 11 (2009) 161-162.

⁴⁹³ De entre elas a constante do n.º 2 do artigo 85.º do Código de Notariado, dispondo, a propósito de realização de escritura de habilitação de herdeiros, que no caso de a lei que rege a sucessão não seja a portuguesa, compete ao interessado fazer prova do conteúdo da lei estrangeira, através de documento idóneo, mas apenas na hipótese de o notário não conhecer essa lei.

entanto a prova do conteúdo e da vigência da lei estrangeira é ainda entre nós bastante difícil.⁴⁹⁴

Caso a determinação do conteúdo da lei estrangeira seja impossível, a situação transnacional não pode ficar sem regulação, neste caso a solução mais desejável, porque corresponde pelo menos à proximidade entre os factos e o *forum* é a da aplicação da *lex fori*.⁴⁹⁵

No entanto, na generalidade dos casos, a lei estrangeira será em concreto determinada, mas não se devem olvidar as dificuldades inerentes quer à interpretação e averiguação, quer à aplicação de uma lei estrangeira. Nem os juízes, nem outros órgãos aplicadores da justiça, nem os advogados, estão preparados para aplicar a lei estrangeira com a mesma rapidez e com a mesma facilidade, como aplicam e dão conselhos quanto à sua própria lei.⁴⁹⁶ Essa lei tem de ser aplicada no tribunal competente, como seria no Estado no qual foi aprovada,⁴⁹⁷ o que significa o recurso aos critérios hermenêuticos e heurísticos próprios do ordenamento jurídico de origem.⁴⁹⁸ Apesar de os juízes estarem em geral cada vez mais treinados na aplicação de direito comparado,⁴⁹⁹ apesar das

⁴⁹⁴ A certificação da vigência e do conteúdo de uma lei estrangeira pelos Consulados dos países que a aprovam é tarefa bastante complicada, talvez por falta de meios humanos e técnicos necessários para dar resposta a esse tipo de solicitações. O código do notariado permite a invocação de lei estrangeira, artigo 85/2, quando a lei que rege a sucessão não for a portuguesa, e o notário a não conhecer, a escritura deve ser instruída com documento idóneo comprovativo da referida lei.

⁴⁹⁵ SWISS INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW - *The application of foreign law in civil matters in the EU member states and its perspectives for the future: synthesis report 2011*, p. 5.

⁴⁹⁶ Salientando que “O interprete encontra-se menos familiarizado com o Direito estrangeiro e, por isso, deve atuar com especial prudência.”, PINHEIRO, Luís de Lima – Direito Internacional Privado (artigos 14.º a 24.º do Código Civil), *Revista de Direito Civil*, 2:3 (2017) p. 593.

⁴⁹⁷ LIEBLE, Stefan; MÜLLER, Michael - The idea of a “Rome 0 Regulation”. *YPIL*, 16 (2012/2013) 137-152 e WILKE, Felix M.; ARBOR, Ann - Brauchen wir eine Rome 0-Verordnung? Eine Skizze anlässlich einer Bayreuther Tagung, *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, *GPR*, 6 (2012) 334-341.

⁴⁹⁸ Neste sentido o acórdão da nossa jurisdição suprema, STJ 26-02-2015, processo n.º 693/10.0TVPRT.C1.P1.S1, 7.ª Secção, Relatora Fernanda Isabel Pereira, em cujo sumário se pode ler: “I - Resultando da aplicação do disposto no n.º 1 do art. 4.º do Regulamento (CE) n.º 593/2008, de 04-07, do Parlamento e do Conselho ser aplicável uma lei estrangeira, o juiz do foro, em consonância com o disposto no n.º 1 do artigo 23.º do CC, deve efectuar a respectiva interpretação no contexto do sistema a que pertence e de acordo com as regras interpretativas nele estabelecidas, o que impõe que se faça apelo à jurisprudência e doutrina dominantes no país de origem, que se tenha, como ponto de partida, a correcção da interpretação usual no Estado estrangeiro e que se actue com sensatez e prudência, de modo a colmatar a inerente menor familiarização com a lei estrangeira, só devendo tal interpretação ser afastada quando puder ser tida como inexacta. II - Sendo aplicável à apreciação da questão da caducidade o Código Civil Espanhol e enquadrando-se duas das pretensões formuladas pela autora na previsão do artigo 1486.º do mesmo diploma, há que considerar o prazo a que alude o artigo 1490.º daquele diploma como sendo de caducidade, como uniformemente tido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Espanhol e por grande parte da doutrina. III - Resultando da facticidade provada que os vícios que afectam a máquina vendida pela recorrente impede o seu uso na actividade comercial da recorrida, há que considerar, em face da jurisprudência do Supremo Tribunal Espanhol, que estamos perante o incumprimento da obrigação de entrega e não de meros vícios redibitórios que apenas desencadeiam as acções a que alude o artigo 1486.º do Código Civil Espanhol.”

⁴⁹⁹ ANTONIOLLI, Luisa; FLORENTINI, Francesca - From the europeanisation of private law to the project of a European common frame of reference. In Luisa Antonioli; Francesca Fiorentini (Eds), *A factual assessment of the draft common frame of reference*. München: Sellier European Law Publishers, 2011, p. 1.

diferentes metodologias adotadas na sua formação,⁵⁰⁰ a própria possibilidade de aplicação massiva da lei estrangeira, comporta riscos não menosprezáveis quanto ao funcionamento do sistema judicial,⁵⁰¹ decorrente sobretudo da inexistência de um conjunto de regras comuns relativas à sua aplicação.⁵⁰²

A dificuldade relacionada com a aplicação da lei estrangeira poderá estar na base de uma aplicação muito pronunciada da *lex fori*, no âmbito da Convenção de Roma, mediante recurso a uma cláusula que sendo de exceção, contida no número 5 do artigo 4.º, foi usada com imensa amplitude desvirtuando a *mens legislatoris* e conduzindo às interpretações mais diversas por parte dos tribunais nacionais.⁵⁰³ Tal constatação, derivada de a determinação do regime aplicável ao contrato poder depender do recurso a conceitos indeterminados, como o de centro de gravidade ou de conexão mais estreita, pode levar a que a sua concreta determinação encubra para além de uma enorme margem de incerteza, uma manipulação judicial da aplicação de preceitos,⁵⁰⁴ que será responsável, no caso concreto por uma aplicação privilegiada da *lex fori*.⁵⁰⁵

⁵⁰⁰ Dando conta da existência de três modelos de formação de juízes na Europa, o modelo de estágio profissional, o modelo de formação inicial em escola de magistratura, e o modelo misto de formação com cursos teórico-práticos e estágios, SANTOS, Boaventura de Sousa (Coord.) - O recrutamento e a formação de magistrados: análise comparada de sistemas em países da União Europeia. Coimbra: Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2006, p. 79-114.

⁵⁰¹ Considerando que uma aplicação massiva da lei estrangeira pode eventualmente ameaçar o funcionamento do sistema judicial, BASEDOW, Jürgen - The effects of globalization on private international law. In Jürgen Basedow; Toshiyuki Kono (Eds.), Legal aspects of globalization. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law, 2000, p. 6. Por outro lado, existe a possibilidade de o conteúdo da lei estrangeira consagrar soluções muito dispares quando confrontadas com as soluções previstas no Direito Europeu. Tal é o caso das medidas extremas aplicáveis em alguns países árabes do médio oriente, que quando um litígio transnacional lhe é submetido, tendem a não atribuir relevância a cláusulas de escolha de lei e de foro, sendo os princípios Shari'a aplicados pelos tribunais, Shari'a, que em certas situações consideram a sua jurisdição imperativa. Assim, e salientando ainda, que para evitar essas soluções, não seria apenas necessário um melhor conhecimento dos princípios da lei estrangeira, mas também das diversas interpretações possíveis dependendo das diversas culturas em contato, ALJAZY, Omar - Jurisdiction of arbitral tribunals in islamic law (Shari'a). In M. Á. Fernández-Ballesteros; David Arias (Eds.), Liber Amicorum Bernardo Cremades. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2010, p. 66.

⁵⁰² Os problemas suscitados pela aplicação do direito estrangeiro também são objeto de estudo pela Conferência da Haia do Direito Internacional Privado, que na Conferência conjunta de 2012, reconheceu os princípios gerais relativos a este problema desenvolvido na reunião de peritos da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado realizada em 2008, e que estabeleceu os Princípios Orientadores a Considerar no Desenvolvimento de um Futuro Instrumento. Sobre este ponto, LORTIE, Philippe; GROFF, Maja - The Missing Link Between determining the law applicable and the application of foreign law. In HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau - A commitment to private international law: essays in honour of Hans Van Loon. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 327-330.

⁵⁰³ No sentido da existência de diversas interpretações efetuadas pelos tribunais nacionais a propósito do n.º 5 do artigo 4.º da Convenção de Roma, BASEDOW, J.; WURMNEST, W. (Coord.) - 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). RabelZ. 71 (2007) 258.

⁵⁰⁴ Aludindo neste contexto a uma "*judicial chauvinistic manipulation*", NYGH, Peter - Autonomy in international contracts. Gloucestershire: Clarendon Press, 1999, p. 3.

⁵⁰⁵ Salientando a aplicação da *lex fori* e invocando a comodidade judicial dessa opção, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier - La cláusula de excepción y los contratos internacionales. In Carlos Esplugues Mota [et al.], Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea, Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues. Paris: Tiran lo Blanch, 2012, p. 464.

Embora a aplicação da lei estrangeira seja passível de controlo judicial, sempre que exista fundamento de recurso previsto na legislação processual interna, a reapreciação aumentando a garantia institucional da aplicação do direito, não afasta definitivamente as apontadas dificuldades.⁵⁰⁶ Tais vicissitudes motivaram a iniciativa da Universidade Valência, da Universidade de Génova e do Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, no sentido de compilar relatórios comparativos e de fornecer propostas de medidas técnicas e legislativas à Comissão Europeia.⁵⁰⁷

Os relatórios foram apresentados, precedendo colaboração de outras entidades institucionais e académicas, tendo as propostas de medidas técnicas e legislativas sido apresentadas na conferencia de Madrid, daí tendo resultado os princípios de Madrid.⁵⁰⁸

A instauração de mais procedimentos de controlo de aplicação de lei estrangeira, enquanto garantia genérica de acesso ao direito e à justiça, sendo suscetível de ponderação,⁵⁰⁹ não afasta, contudo, outras perspetivas possíveis em face de uma ideia de aprofundamento das relações internormativas entre Estados-Membros. O aumento do controlo judicial, fortalecendo o recurso à sua intervenção ao nível da fixação do exato sentido e alcance da lei estrangeira, encontra na enorme vontade dos Estados quanto à manutenção das competências dos seus órgãos jurisdicionais e por inerência manutenção dos direitos processuais internos, um obstáculo que se reconduz a um importante reduto de soberania de que não pretendem abdicar. A imposição de um

⁵⁰⁶ Defendendo que a correta aplicação da lei estrangeira deve ser sujeita a controlo pelos tribunais superiores, LIEBLE, Stefan; MÜLLER, Michael - The idea of a "Rome 0 Regulation". *YPIL*, 16 (2012/2013) 149. No entanto, afigura-se que a excessiva burocratização do controlo judicial a este nível parece desproporcionada, a interpretação e aplicação de uma lei são questões de direito que se encontram sujeitas aos limites previstos nos direitos internos, quanto à admissibilidade de recurso, não é pensável a previsão de um fundamento de recurso autónomo, pois mais controlo não imporá necessariamente maior eficiência. Acresce que em cada Estado-Membro está em vigor quer o Regulamento pelo qual o tribunal afere a sua competência ou incompetência, e paralelamente, a respetiva legislação processual civil. A sindicância sobre a boa aplicação da lei estrangeira, fica totalmente a coberto da legislação processual interna dos Estados-Membros, quer na ótica da prova da sua existência, quer na ótica da verificação da correta aplicação pelas instâncias superiores, em sede de recurso. É o direito interno de cada Estado-Membro que fixa as espécies de recursos e as condições da sua admissibilidade. Um tribunal superior irá conhecer das questões que lhe sejam levadas ao conhecimento nessa sede (Princípio do inquisitório), apreciando os argumentos expendidos, quer de direito, quer de facto. As instâncias de recurso podem assim pronunciar-se sobre a boa aplicação das normas estrangeiras, prevalecendo sobre estas questões, a determinação da lei competente a efetuar de acordo com o direito aplicável, Regulamento Roma I ou outra fonte de DIP.

⁵⁰⁷ GRUBER, Peter; BACH, Ivo - The application of foreign law: a report on a new European project. *YPIL*, 11 (2009) 160.

⁵⁰⁸ Sobre a questão enunciada, ESPLUGUES MOTA, Carlos - Harmonization of Private International Law in Europe and Application of Foreign Law: The "Madrid Principles" of 2010. *YPIL*, 11 (2011) 273-298 e LALANI, Shaheez - A proposed model to facilitate access to foreign law. *YPIL*, 11 (2011) 299-314.

⁵⁰⁹ Considerando que existe um *standard* unitário quanto à própria garantia/direito de acesso à via judiciária no sistema multinível que engloba o nível nacional, o nível da UE e o nível da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, mas admitindo que a efetiva aplicação do direito possa justificar a introdução de especificidades processuais em qualquer desses níveis, estando sempre as dimensões básicas da jurisdicionalidade informadas pelo princípio da juridicidade (princípio do Estado de Direito) e pelo princípio da jusfundamentalidade (princípio do primado de direitos fundamentais), CANOTILHO, J. J. Gomes - Estado de Direito e Internormatividade. In Alessandra Silveira (Coord.) - Direito da União Europeia e Transnacionalidade. Lisboa: Quid Juris, 2010, pp. 182-183.

procedimento específico, para além das instâncias já previstas em direito adjetivo, que tenha em vista o controlo de aplicação de um direito estrangeiro, impõe uma desresponsabilização das primeiras instâncias, sem a consequente garantia de maior eficácia e só será pensável num horizonte de previsão conjunta com os demais requisitos de admissibilidade dos recursos, sob pena de se instaurar uma burocracia sem precedentes.

Qualquer solução que tenha em vista a simplificação da solução, não sobrecarregando o sistema judicial,⁵¹⁰ terá de merecer um tratamento privilegiado, na medida em que se pretende que a mesma causa, independentemente do lugar onde seja julgada, tenha a mesma decisão. Após um percurso maioritariamente tranquilo quanto ao desenvolvimento de iniciativas de unificação ao nível do DIP, o objetivo da unificação do direito material aplicável aos contratos,⁵¹¹ sobretudo atentas as dificuldades que essa concretização foi encontrando e a sua manifesta redução em relação ao âmbito inicialmente aventado, não pode deixar de estar num horizonte de longo prazo, sem perder, no entanto, a sua importância.⁵¹²

A alteração de disposições de direito derivado, com conteúdo menos determinado, como sucedeu em concreto com a alteração da previsão do artigo 4.º do Regulamento Roma I, afastando uma certa margem de amplitude quanto à fundamentação respeitante à lei aplicável, não afasta as dificuldades relativas à aplicação da lei estrangeira.

Esta crítica levou à alteração da previsão do artigo 4.º do Regulamento Roma I.

Às dificuldades de aplicação da lei estrangeira, juntam-se aos anticorpos à unificação, engrossando o caudal de esforço a desenvolver no sentido da coerência e sustentabilidade jurídica de um dos maiores ordenamentos jurídicos do mundo.

Dificuldades, todas elas, que a crescente aproximação dos direitos nacionais e crescente confluência supranacional, tende a esbater.

⁵¹⁰ Que se encontra tremendamente sobrecarregado e se centra no alcance de soluções alternativas de acesso à justiça. No sentido da existência de uma explosão de litigiosidade que conduz a médio prazo a uma implosão do sistema judicial e põe em causa o princípio fundamental de acesso à justiça, ESPLUGUES MOTA, Carlos - Hacia una nueva noción de «acceso a la justicia» en la Unión Europea a través del fomento del recurso a los mecanismos de adr: la directiva 2008/52/CE y su transposición en los diversos Estados miembro. In J. Forner Delaigüa [et al.], *Entre Bruselas y la Haia: estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado: Liber Amicorum Alegría Borrás*. Paris: Marcial Pons, 2013, p. 352. Sobre o recurso aos meios alternativos de resolução de litígios ver também JOLOWICZ, J. Antony - ADR and the role of civil litigation. In *Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Jacques Héron*. Paris: L.G.D.J., 2008, pp. 271-280.

⁵¹¹ Documento COM (2011) 635 final, apresentado pela Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu em 11.10.2011.

⁵¹² Ver Capítulo III da presente parte.

As dificuldades resultantes da falta de unificação sugerem a sua necessidade, também no âmbito do direito material.

3. A RECENTE INICIATIVA DE UNIFICAÇÃO DE DIREITO MATERIAL: DO DIREITO EUROPEU COMUM DA COMPRA E VENDA⁵¹³

3.1. INTRODUÇÃO

As dificuldades apontadas, anteriormente, no que respeita à regulação das obrigações contratuais e à determinação da competência jurisdicional internacional, sugerem que um aprofundamento da unificação do quadro legal às mesmas aplicável pode militar em favor do alcance da harmonia internacional de julgados. Esta perspetiva, fundada em razões de variada natureza, mas de pendor economicista, conduziu ao desenvolvimento recente de uma iniciativa no âmbito do direito material, corporizada na apresentação da Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um Direito europeu comum da compra e venda⁵¹⁴ (Direito europeu comum da compra e venda). Esta iniciativa visava a unificação do direito material dos Estados-Membros da UE relativamente às matérias contidas no respetivo âmbito de aplicação material.

Vicissitudes de várias ordens determinaram o abandono da iniciativa, que não logrou, assim, alcançar aprovação.

O soçobrar de iniciativas como aquela a que fazemos referência deixa a descoberto a dificuldade crescente na obtenção de consensos ao nível supranacional. Trata-se de um efeito colateral da globalização que propicia um aumento correspondente de instrumentos integrados ou a integrar no direito autónomo do comércio internacional. Nessa medida, a globalização importa uma certa erosão da ideia de soberania dos Estados, que se traduz na perda de controlo dos processos legislativos em matérias importantes para a sua economia, como é o caso da contratação internacional. Mas a globalização em si impõe a necessidade de maior certeza e segurança jurídicas nas relações transnacionais que se reconduzem, em termos abstratos, ao bem fundado da ideia de unificação, a qual tanto pode ser alcançada através dos direitos materiais, como pelas normas de conflitos.

⁵¹³ As reflexões seguintes já foram objeto de publicação em GOMES, Ana Sofia - The proposal for a regulation on a common european sales law (CESL): an introduction. In PLAZA PENADÉS ; Javier, ed. ; MARTINEZ VELENCOSO, Luz M., ed. - European Perspectives on the Common European Sales Law. Cham: Springer, 2015, p. 1-15 e GOMES, Ana Sofia – La compraventa on-line de bienes de consumo en Europa: las propuestas de directiva sobre compraventa en línea y suministro de contenidos digitales. In Nuevos Retos Jurídicos de la Sociedad Digital (Monografía Revista de Dº y Nuevas Tecnologías). Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi, 2017, p. 74-108.

⁵¹⁴ Documento COM (2011) 635 final, de 11.10.2011.

3.2. ANTECEDENTES

As virtualidades apontadas em geral à unificação da legislação em certos domínios na CE e depois UE, conduziram na década de 80, em primeiro lugar sob a iniciativa de académicos⁵¹⁵ e depois em virtude de um impulso político,⁵¹⁶ ao desenvolvimento de certos projetos que tinham em vista um aperfeiçoamento dos sistemas jurídico-privados europeus. Alguns dos académicos envolvidos no projeto UNIDROIT,⁵¹⁷ liderados por Ole Lando, constituíram a Comissão do Direito Europeu dos Contratos,⁵¹⁸ e deram início em 1982 a um novo projeto; a elaboração dos Princípios do Direito Europeu dos Contratos, concluídos em 2003.⁵¹⁹ Paralelamente, a Academia de Jusprivatistas Europeus, sediada em Pavia e coordenada por Giuseppe Gandolfi, foi responsável pela preparação do anteprojeto de um Código Europeu dos Contratos.⁵²⁰ Em 1998, Von Bar assume a direção de outro importante projeto desenvolvido pelo Grupo de Estudos sobre um Código Civil Europeu, que tinha como objetivo a preparação de um projeto de Código Civil Europeu.⁵²¹

⁵¹⁵ HEISS, Helmut - *Europäisches Vertragsrecht in statu nascendi?* *ZfRV*. 36 (1995) 54-61; BASEDOW, Jürgen - *A common contract law for the Common Market*. *CMLR*. 33 (1996) 1169-1195.

⁵¹⁶ Que pode ser identificado na Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre o direito contratual europeu (COM (2001) 398 final), de 11.07.2001, p. 16, na qual, entre outros aspetos, a Comissão identificava eventuais soluções a consagrar neste domínio, sendo uma das opções a adoção de novas medidas legislativas. Relativamente ao teor desta Resolução, e manifestando a opinião de ser incerto e pouco provável que a Comissão Europeia adotasse um conjunto de normas de direito contratual na União Europeia, BASEDOW, Jürgen - *The gradual emergence of european private law*. In Talia Einhorn; Siehr, Kurt (Ed.), *Intercontinental cooperation trough private internacional law: essays in memory of Peter E. Nygh*. Den Haag: T.M.C. Asser Press, 2004, p. 17. Assumem particular relevância as Resoluções do Parlamento Europeu, de 15 de novembro de 2001: Resolução sobre a aproximação do direito civil e comercial dos Estados-Membros, mas que teve como precursora a Resolução do Parlamento Europeu, de 26 de maio de 1989: Resolução sobre um esforço de harmonização do direito privado dos Estados-Membros, publicadas no JO C n.º 158, de 26 de junho de 1989, p. 400-401. A mesma ideia é veiculada na Resolução do Parlamento Europeu, de 6 de maio de 1994, Resolução sobre a harmonização de certos sectores do direito privado dos Estados-Membros, JO C 205, de 25 de julho de 1994, p. 518-519.

⁵¹⁷ Cujos princípios foram publicados em 1994.

⁵¹⁸ Sobre o percurso da Comissão Lando, LANDO, Ole - *The European principles in an integrated world*. *ERCL*. 1 : 1 (2005) 3-18.

⁵¹⁹ LANDO, Ole; BEALE, Hugu (Eds.) - *Principles of European contract law: parts I and II*. The Hague: Kluwer, 2000; LANDO, Ole [et al.] - *Principles of European Contract Law: part III*. The Hague: Kluwer, 2003.

⁵²⁰ GANDOLFI, Giuseppe (Coord.) - *Code européen des contrats: avant-projet: livre premier*. 3ª ed. Milan: Giuffrè, 2002; GANDOLFI, Giuseppe (Coord.) - *Code européen des contrats: avant-projet: livre deuxième*. Milan: Giuffrè, 2007; VARELA, João Antunes - *Code européen des contrats: avant-projet*. *Stvdia Iuridica*. 64 (2002) 47 e ss.; GARCIA CANTERO, Gabriel - *Estudios sobre el proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavia*. Madrid: Editorial Réus, 2003. Vol. 1.

⁵²¹ VON BAR, Christian - *Le groupe d'Études sur un Code Civil Européen*. *Revue Internationale de Droit Comparé*. 53 : 1 (2001) 127-139; VON BAR, Christian - *The Study Group on a European Civil Code*. In *Um Código Civil para a Europa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 65 e ss.; VON BAR, Christian - *Die Resolution des Europäischen Parlaments vom 15. November 2001 zur Annäherung des Zivil und Handelsrechts der Mitgliedstaaten*. *ZEuP*. 15 (2002) 629 e ss.; VON BAR, Christian - *Vom Europäischen Vertragsrecht zum Europäischen Vermögensrecht*. Köln: Bundesanzeiger, 2002, p. 263-269.

Em 2002, foi ainda constituído um grupo de pesquisa sobre o direito privado europeu existente (*Acquis Group*), sob a direção de Ole Lando, responsável pela elaboração *Princípios de Direito Europeu dos Contratos*.

A ideia de um Código Civil Europeu suscitava diversas questões,⁵²² de entre elas a da competência da UE para desenvolver uma iniciativa nesse âmbito, dado tratar-se de uma unificação, não do direito internacional privado dos Estados-Membros,⁵²³ mas do seu direito civil, que não encontra consagração no direito primário.⁵²⁴ Para além dessa questão de fundo, discutia-se ainda se o código civil europeu derogaria todos os códigos civis dos Estados-Membros ou se se manteriam em vigência simultânea,⁵²⁵ para além de questões de identidade cultural e da sua oportunidade.⁵²⁶

⁵²² Sobre a discussão em torno desta ideia, o conjunto de estudos incluídos em *ERPL*. 5 : 4 (1997), dedicada ao Código Civil Europeu, em especial os artigos de HONDIUS, E. - Towards a European Civil Code: the debate has started. *ERPL*. 5 : 4 (1997) 445 e ss.; VAN GERVEN, Walter - Coherence of community and national laws: is there a legal basis for a European Civil Code? *ERPL*. 5 : 4 (1997) 465 e ss.; TILMANN, Winfried - The legal basis for a European Civil Code. *ERPL*. 5 : 4 (1997) 471 e ss.; SNIJDERS, W. - The organization of the drafting of an European Civil Code: a walk in imaginary gardens. *ERPL*. 5 : 4 (1997) 483 e ss.; DROBNIG, Ulrich - Scope and general rules of a European Civil Code. *ERPL*. 5 : 4 (1997) 489 e ss.

⁵²³ Cuja competência havia sido consagrada no Tratado de Amesterdão.

⁵²⁴ No sentido da inexistência de competência da UE para tal projeto, MONTEIRO, Jorge Sinde - A europeização do direito privado e o desafio de um código civil europeu: separata da obra ciclo de conferências em homenagem póstuma ao Prof. Doutor Manuel de Andrade. Coimbra: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2002, p. 51, entende que a questão só pode ser colocada no plano científico. No mesmo sentido, Rui Moura Ramos identifica a inexistência de competência da UE para tal empreendimento, aludindo quer ao disposto no artigo 65.º do tratado de Amesterdão, quer aos artigos 94.º e 95.º do mesmo instrumento, nos termos seguintes: "...não cremos que, todavia, se possa ver na presente redação do artigo 65.º, alínea b), que apenas respeita a medidas de cooperação judiciária transnacional em matéria civil e que persigam o referido objetivo, integrando-se ademais no sector das políticas relativas à livre circulação de pessoas, a base jurídica para a elaboração de um Código Civil Europeu. Como também não nos parece que tal objetivo se possa ancorar nas disposições dos artigos 94.º e 95.º do mesmo Tratado que apenas preveem a adoção de diretivas para a aproximação das disposições legislativas, regulamentares ou administrativas que tenham incidência direta no estabelecimento ou no funcionamento do mercado interno, respetivamente." RAMOS, Rui Moura - Conclusões. In Um Código Civil para a Europa. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 308. Em face do que, conclui este autor "...claramente, pela falta de uma base jurídica que na atual versão do direito primário, permita a elaboração de um Código Civil Europeu." Ob. cit., p. 310. No sentido da competência da UE após tratado de Amesterdão, LANDO, Ole - Optional or Mandatory Europeanisation of Contract Law. *ERPL*. 8 (2000) 60. Considerando que não obstante o sentido literal do artigo 65.º b) do Tratado de Amesterdão parecer dirigido apenas ao Direito Internacional Privado e ao direito processual civil internacional, essa disposição, numa interpretação em sentido lato, sobretudo depois do Conselho Europeu de Tampere, incluiria nessas competências o direito civil e comercial substantivo, DROBNIG, Ulrich - Property law in a future european civil code. *Studia Iuridica*. 64 (2002) 103-146.

⁵²⁵ Manifestando-se contrário à ideia de que um código civil para a Europa significa automaticamente a extinção dos códigos nacionais dado que neste caso unidade não significa exclusividade, CASTRONOVO, Carlo - Savigni i Moderni e la Codificazione Europea. In Rui Moura Ramos *et al.* (Org.), Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço. Coimbra: Almedina, 2002. Vol. 1, p. 709. Numa perspetiva de unificação, questionando a utilidade de um Código Civil Europeu poder ser aplicado em simultâneo com os códigos civis nacionais, BANAKAS, Stathis - European Tort Law: is it Possible? *ERPL*. 10 : 3 (2002) 363.

⁵²⁶ CORDEIRO, António Menezes - A boa fé nos finais do Século XX. *ROA*. 56 (1996) 910-911, manifesta-se contra um código civil europeu, por não ver "...qualquer utilidade ou mérito no estabelecimento de códigos privados europeus", salientando que "...não há necessidades económicas que o exijam." e que o mesmo importaria uma "inconcebível perda cultural". Ainda CORDEIRO, António Menezes - Tratado de direito civil português. Coimbra: Almedina, 2002. Vol. 1, t. 2, p. 249, afirma que falta um mínimo de densidade comunitária que permita lançar as bases do Direito civil europeu, cuja fragmentação seria muito

Para além das críticas e dos apoios⁵²⁷ doutriniais quanto ao desenvolvimento de tal ideia, a mesma ia ganhando corpo ao nível institucional.

3.2.1. ENQUADRAMENTO INSTITUCIONAL

Sublinha-se, neste plano, o papel de relevo desempenhado pelo Conselho Europeu, reunido em Tampere, em 15 e 16 de outubro de 1999, na medida em que considerou ser necessário “alcançar um grau mais elevado de compatibilidade e de convergência

maior. Comparando a discussão sobre o código civil europeu com a discussão entre Savigny e Thibaut sobre a codificação na Alemanha oitocentista, precisando embora que, na sua ótica, Savigny não se opunha à codificação como modelo, mas à codificação como projeto a realizar em certo momento histórico, distingue entre a questão histórica da necessidade da codificação em relação à questão da adequação cultural, considerando que a resposta eventualmente negativa quanto a esta última não pode reputar-se como decisiva em relação à primeira, CASTRONOVO, Carlo - Savigni i Moderni e la Codificazione Europea. In Rui Moura Ramos *et al.*(Org.), Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço. Coimbra: Almedina, 2002. Vol. 1, p. 709. Aludindo à fragmentação e à desintegração jurídica como produto da codificação, WEATHERILL, Stephen - Why object to the Harmonisation of Private Law by the EC? ERPL. 12 : 5 (2004) 633-660. Entendendo que a uniformização do direito material não é necessária para o bom funcionamento do mercado interno, VICENTE, Dário Moura - um código civil para a Europa? Algumas reflexões. In António Menezes Cordeiro [et al.], Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles. Coimbra: Almedina, 2002. Vol. 1, p. 49-51. Por seu turno, ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo - The European Civil Code: European legal traditions and neo-positivism. ERPL. 6 : 4 (1998) 349-362, analisa os três argumentos contra a codificação, que identifica como a harmonização burocrática; a natureza cultural dos sistemas jurídicos e a codificação enquanto vestígio do passado e sinal de algum autoritarismo. É invocada a discussão entre Savigny e Thibaud, repetindo-se os argumentos então utilizados, aplicando-os à situação concreta. As diferenças entre os sistemas anglo-americano e romano-germânico são consideradas, sobretudo no prisma da fundamentação jurídica, concluindo-se pela mais valia do pluralismo jurídico enquanto valor em si mesmo. O pluralismo jurídico não é afetado pela codificação. Considera que a codificação de oitocentos, assente na ideia da onipotência do legislador e do positivismo legal, não encontra eco na atualidade, sendo contrariada pela ideia leibniziana de acordo com a qual um código não envolve qualquer ideia pré-concebida, nem autoritária nem liberal ou democrática.

⁵²⁷ Defendendo a ideia, LANDO, Ole - Optional or Mandatory Europeanisation of Contract Law. ERPL. 8 (2000) 59-69, considera a sua oportunidade na medida em que “...a variedade de direito dos contratos existente na Europa pode ser considerada como uma barreira não alfandegaria para o comércio”. No mesmo sentido, mas considerando que a codificação deve ser levada a efeito em três etapas, BASEDOW, Jürgen - Codification of Private Law in the European Union: the making of a Hybrid. ERPL. 9 : 1, (2001) 48-49. Na perspetiva deste autor e num primeiro momento, uma comissão de peritos seria encarregue de elaborar um projeto com os princípios gerais já existentes, que seria objeto de aprovação pelas instituições comunitárias. Num segundo momento dever-se-ia adaptar as legislações nacionais e introduzir o ensino sobre o novo Código civil europeu. Só após esses passos se iria avaliar as dificuldades quanto à introdução do novo código. Também em sentido favorável, PEREIRA, Teresa Silva - Proposta de reflexão sobre um Código Civil Europeu. ROA. 64 (2004) 497-668, preconiza um Código Civil europeu, facultativo numa fase inicial, passando apenas a ser obrigatório se se revelar justo e eficaz. As dúvidas quanto à aplicação do Código ficariam a cargo de uma entidade administrativa a constituir. Tal ponto de vista suscita-nos alguns comentários. Não sendo impossível concluir se o Código se poderia considerar justo e eficaz, parte dessa análise ficaria fortemente prejudicada considerando a sua natureza facultativa. A criação de uma entidade administrativa para resolver problemas de interpretação do Código, compreendendo-se embora que tal empreendimento seja de molde a que a sua implementação seja rodeada dos maiores cuidados, não justifica um acréscimo burocrático, considerando sobretudo a existência de uma estrutura jurisdicional supranacional, à qual se encontra cometida tal responsabilidade, o Tribunal de Justiça. A adoção de um código civil europeu, sempre poderia suscitar dúvidas quanto à sua natureza, tal como sucede com a proposta de regulamento relativo a um Direito europeu comum da compra e venda e dificuldades de aplicação e de interpretação, atenta a ausência de precedentes e a diversidade jurídica e cultural europeia, mas sempre seria de concluir pela sua interpretação uniforme, sob os auspícios do tribunal de Justiça, mediante aplicação do mecanismo do reenvio prejudicial.

entre os sistemas jurídicos dos Estados-membros”,⁵²⁸ tendo incumbido o Conselho da UE de realizar até 2001, “um estudo global sobre a necessidade de aproximar as legislações dos Estados-Membros em matéria civil, por forma a eliminar os entraves ao bom funcionamento dos processos civis”.

Constituem elementos desse processo de corporização da ideia, os trabalhos que foram desenvolvidos ao nível do direito europeu dos contratos, dos quais se destacam:

- a) A Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de março de 2000⁵²⁹, na qual aquela instituição considerou que “uma maior harmonização no domínio do direito civil se tornou essencial no domínio do mercado interno.”
- b) A Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre o direito europeu dos contratos,⁵³⁰ de 11 de julho de 2001, na qual essa instituição transmitia que pretendia “...averiguar se (e, em caso afirmativo, até que ponto) a coexistência de disposições nacionais relativas ao direito dos contratos obsta, direta ou indiretamente, ao funcionamento do mercado interno.”⁵³¹ ⁵³² Tendo salientado que, caso se confirmasse a existência de entraves e que os mesmos não pudessem ser resolvidos através de uma abordagem casuística, poderia equacionar-se “a adoção a um nível comunitário de uma medida horizontal que previsse a harmonização completa das disposições do direito dos contratos.”⁵³³

⁵²⁸ Conclusão n.º 39 das conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Tampere. In UNIÃO EUROPEIA - Conclusões da Presidência : Conselho Europeu de Tampere : 15 e 16 de outubro de 1999 [Em linha]. [Bruxelas : s.n.], 1999, p. 7.

⁵²⁹ Resolução sobre o programa legislativo anual da Comissão para 2000, publicado no JO C 377, de 29 de dezembro de 2000, p. 323 e ss., p. 326.

⁵³⁰ Documento COM (2001) 398 final. Publicada no JO C 255 de 13/09/2001, p 1-44.

⁵³¹ Parágrafo n.º 32.

⁵³² Essa averiguação tinha em consideração a existência de potenciais impedimentos às transações transfronteiriças, fundados na disparidade de legislações vigentes nos Estados-Membros. Tais obstáculos podiam consistir na existência de conflito entre disposições de carácter obrigatório de dois ou mais Estados-Membros, questão que a autonomia da vontade seria incapaz de ultrapassar, ou na existência de cláusulas que resultassem de práticas correntes dos Estados-Membros, sobretudo se formalizadas em contratos-tipo. Outros fatores, como o desconhecimento, pelos agentes económicos, da diversidade de regimes jurídicos vigentes e os custos implícitos, podem limitar a celebração de contratos transfronteiriços. Tal oneração resulta da necessidade de obtenção de aconselhamento jurídico quer quanto à necessidade de informação prévia à contratação, como na sua execução e eventual acompanhamento contencioso, o que pode consistir numa desvantagem concorrencial “...numa situação em que o fornecedor estrangeiro concorre com o fornecedor estabelecido no mesmo país que o potencial cliente...”, como expressamente previsto no parágrafo 32.º da comunicação.

⁵³³ A Comissão reconhece neste documento (parágrafo n.º 42), a existência de limites à capacidade de intervenção da Comunidade pois “Todas as medidas devem estar em conformidade com os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, tal como estão previstos no artigo 5.º do Tratado e com o Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.”

- c) A Resolução do Parlamento Europeu sobre a aproximação do direito civil e comercial dos Estados-Membros,⁵³⁴ de 15 de novembro de 2001, na qual solicita à Comissão a elaboração de um plano de ação nesse âmbito, acompanhado de medidas a adotar.
- d) Também o Conselho Europeu tomou posição sobre a matéria, tendo aprovado um relatório⁵³⁵ sobre a necessidade de aproximar a legislação dos Estados-Membros em matéria civil, no qual convidava a Comissão a apresentar todas as observações e considerações consideradas adequadas neste âmbito.
- e) Plano de Ação que a Comissão apresentou a seguir à sua comunicação ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre “maior coerência do direito europeu dos contratos”,⁵³⁶ no qual esta instituição “resume os problemas identificados no processo de consulta, que dizem respeito à necessidade de uma aplicação uniforme do direito europeu dos contratos e ao bom funcionamento do mercado interno.” Propõe a Comissão, a adoção de medidas setoriais específicas e ainda de medidas regulamentares e não regulamentares para resolver os problemas suscitados pela existência de diferentes legislações sobre contratos. De entre estas medidas destaca-se a intenção de “melhorar a coerência do acervo comunitário no âmbito do direito dos contratos,”⁵³⁷ lançando dois vetores de ação: melhorar a qualidade da legislação existente⁵³⁸ e elaborar um quadro comum de referência⁵³⁹ com o objetivo de criar um padrão comum em matéria contratual, composto por princípios comuns em matéria de contratos, que pudessem servir de base no futuro a uma reflexão sobre um instrumento no âmbito do direito europeu dos contratos. De resto, considerou a Comissão que “A criação de um quadro comum de referência constitui uma etapa intercalar para melhorar a qualidade do acervo comunitário no âmbito do direito dos contratos...”⁵⁴⁰ e que “...um acervo comunitário melhorado promoveria a

⁵³⁴ Resolução do Parlamento Europeu sobre a aproximação do direito civil e comercial dos Estados-membros (COM(2001) 398 : C5-0471/2001 : 2001/2187(COS)), publicado no JO C 140E, de 13 de junho de 2002.

⁵³⁵ Datado de 16 de novembro de 2001.

⁵³⁶ Publicada no JO C 63 de 15.03.2003, p. 1-44.

⁵³⁷ Por forma a evitar as soluções divergentes ao nível do direito derivado.

⁵³⁸ Aplicando o Plano de Ação da Comissão “Simplificar e melhorar o ambiente regulador”, documento COM (2002) 278 final, apresentado em Comunicação de 5.6.2002, que identifica vários instrumentos que podem permitir cumprir os objetivos dos Tratados, com aumento de simplificação da legislação, que são a co-regulação, autorregulação, acordos voluntários sectoriais, método aberto de coordenação, intervenções financeiras e campanhas de informação.

⁵³⁹ Que deveria apresentar propostas quanto a terminologia e regras comuns, tais como as respeitantes a conceitos fundamentais como o de contrato, mas também quanto a outros conceitos como o de dano e a identificação do elenco de regras a aplicar em caso de incumprimento contratual.

⁵⁴⁰ Parágrafo n.º 53, UNIÃO EUROPEIA. Comissão - Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho maior coerência no direito europeu dos contratos plano de acção (2003/C 63/01).

aplicação uniforme do direito comunitário e facilitaria o bom funcionamento das transações transfronteiriças e, por este motivo, a realização do mercado interno.”⁵⁴¹

- f) Comunicação sobre o direito europeu dos contratos e a revisão do acervo: caminho a seguir,⁵⁴² reiterando-se os desígnios de desenvolver os Princípios do Direito Europeu dos Contratos e de melhorar a qualidade da legislação em vigor. A Comissão considera que o Quadro Comum de Referência possibilita a revisão do *acquis communautaire* e a elaboração de novos projetos legislativos com coerência.
- g) A Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu – Programa da Haia: dez prioridades para os próximos cinco anos – parceria para a renovação europeia no domínio da liberdade, segurança e justiça,⁵⁴³ na qual a Comissão prevê que relativamente “às normas materiais em matéria de contratos da UE, será adotado, o mais tardar em 2009, um quadro comum de referência que será utilizado como instrumento para melhorar a coerência e a qualidade da legislação” da UE.
- h) Primeiro Relatório anual sobre os progressos obtidos em matéria de direito europeu dos contratos e revisão do acervo,⁵⁴⁴ a Comissão anuncia a elaboração de um projeto de Quadro Comum de Referência (QCR) até ao final de 2007 e refere o início do funcionamento da rede QCR. A adoção de um regime opcional em matéria de direito europeu dos contratos é comentada do ponto de vista da sua oportunidade.

Neste sentido, na sequência de um convite à manifestação de interesse, foi criada uma rede QCR composta por especialistas, uns que integravam o Grupo de estudo para um código civil europeu e outros que integraram o novo grupo europeu de pesquisa sobre o direito privado europeu existente ou *Acquis Group*,⁵⁴⁵ da preparação do projeto de QCR, e da apresentação de uma proposta até final de 2007. Uma versão provisória foi concluída nesse lapso temporal e publicada em 2008, tendo a versão definitiva do projeto de QCR sido publicada em 2009.⁵⁴⁶

⁵⁴¹ Parágrafo n.º 57, UNIÃO EUROPEIA. Comissão - Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho maior coerência no direito europeu dos contratos plano de acção (2003/C 63/01).

⁵⁴² COM (2004) 651 final, de 11.10.2004.

⁵⁴³ COM (2005) 184 final, de 10.05.2005.

⁵⁴⁴ COM (2005) 456 final, de 23.09.2005.

⁵⁴⁵ Com o suporte do sexto programa quadro de investigação e desenvolvimento tecnológico.

⁵⁴⁶ Tendo a versão final sido publicada em VON BAR, Christian - Principles, definitions and model rules of European private law. München: Sellier European Law Publishers, 2009.

No entanto, e apesar de ter sido antecipada a adoção desse instrumento até 2009, o mesmo não chegou a ser adotado,⁵⁴⁷ tendo a Comissão optado pela elaboração de um Livro Verde sobre as opções estratégicas para avançar no sentido de um direito europeu dos contratos para os consumidores e as empresas⁵⁴⁸. Neste documento a Comissão realça a importância do suprimento de lacunas do direito dos contratos, adotando instrumentos aptos à remoção das disparidades entre legislações nacionais, para o aproveitamento do potencial do mercado interno e para o cumprimento dos objetivos económicos traçados pela UE, e a recuperação da crise económica.⁵⁴⁹

O principal objetivo do Livro Verde consiste em expor e receber comentários sobre “as opções ponderadas para reforçar o mercado interno avançando no domínio do direito europeu dos contratos.”

Não obstante fundar a legitimidade da sua ação no Programa de Estocolmo (2010-2014),⁵⁵⁰ no qual o Conselho “convida a Comissão a apresentar uma proposta relativa ao QCR e a prosseguir a análise da questão do direito dos contratos,” não deixa a mesma de reconhecer que podem colocar-se questões sensíveis de subsidiariedade e de proporcionalidade neste âmbito.⁵⁵¹ Esta instituição lança uma consulta no sentido de colher sensibilidades sobre as opções estratégicas a seguir, identificando, quanto à natureza jurídica do instrumento de direito europeu dos contratos a adotar sete possibilidades. De entre as mesmas encontram-se iniciativas quer da designada *soft law*, quer da designada *hard law* nas quais se incluem a harmonização, a unificação *stricto sensu* e a unificação.

A publicação das conclusões do grupo de peritos, “a criação de uma “caixa de ferramentas” oficial para o legislador,” a adoção de uma recomendação da Comissão sobre o direito europeu dos contratos, enquadram-se no conjunto de medidas não obrigatórias e por esse motivo de eficácia reduzida para os objetivos assinalados no documento. Como medida harmonizadora, encontra-se prevista a opção da adoção de

⁵⁴⁷ Salientando que o acervo comunitário no domínio do Direito privado até este momento, não logrou eliminar as divergências entre os sistemas jurídicos nacionais quanto às matérias por ele abrangidas, fazendo especial referência às incoerências que afetam designadamente o regime dos deveres pré-contratuais de informação, dos prazos de retratação pelo consumidor e da responsabilidade contractual do fornecedor de bens ou serviços, VICENTE, Dário Moura - Perspectivas de harmonização e unificação internacional do direito privado numa época de globalização da economia. In António Menezes Cordeiro [*et al.*], Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão. Coimbra: Almedina, 2008. Vol. 2, p. 1663-1665.

⁵⁴⁸ Documento COM (2010) 348 final, de 1.07.2010.

⁵⁴⁹ Documento COM (2010) 348 final, p. 4. Ao mesmo tempo que transmite que “quer que os cidadãos beneficiem plenamente das vantagens do mercado interno” (p. 1).

⁵⁵⁰ Ato do Conselho de 2 de dezembro de 2009, n.º 17024/09.

⁵⁵¹ Identificando a questão na perspetiva da adoção de um regulamento que institua um direito europeu dos contratos.

uma Diretiva sobre o direito europeu dos contratos. Como medidas unificadoras prevê-se a opção de adoção de um regulamento que consagre um instrumento opcional – medida unificadora *strictu sensu* – e a opção pela adoção de um regulamento que consagre um direito europeu dos contratos, ou de um regulamento que aprove um Código Civil Europeu – medidas uniformizadoras.

No parecer emitido pelo Comité Económico e Social Europeu (CESE) sobre o Livro Verde,⁵⁵² esta instituição vem defender a adoção da “caixa de ferramentas” e de um regime regulamentar opcional prevendo bases mais favoráveis para as partes e em alternativa às disposições nacionais, desde que qualquer destas opções esteja disponível em todas as línguas da UE.

Para preparação de uma proposta de um quadro comum de referência no domínio do direito europeu dos contratos, a Comissão constituiu um grupo de peritos no domínio do direito civil e em especial, do direito dos contratos.⁵⁵³

A inexistência de acordo quanto a um instrumento que instituísse um regime obrigatório determinou que o grau de concretização da grandiosa ideia inicial fosse bastante diminuto, restringindo-se a um regime opcional e confinando-se ao direito das obrigações, e neste âmbito, apenas a certos contratos de compra e venda.

3.2.2. PROPOSTA DE REGULAMENTO DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO RELATIVO A UM DIREITO EUROPEU COMUM DA COMPRA E VENDA

Este consenso possível viabilizou a apresentação pela Comissão, em 2011, da Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a Direito europeu comum da compra e venda.⁵⁵⁴ Trata-se de uma proposta que tem por objeto a aproximação das legislações, sendo a sua norma habilitante o artigo 114.º do TFUE.⁵⁵⁵

A sua finalidade surge identificada no primeiro dispositivo do corpo da proposta reconduzindo-se a “...melhorar as condições de estabelecimento e de funcionamento do mercado interno, estabelecendo um conjunto uniforme de normas de direito dos

⁵⁵² Publicado no JO C 84, de 17.03.2011, PEZZINI, Antonello - Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre o «Livro Verde da Comissão sobre as opções estratégicas para avançar no sentido de um direito europeu dos contratos para os consumidores e as empresas» [COM (2010) 348 final] (2011/C 84/01).

⁵⁵³ Decisão da Comissão, de 26.04.2010, que cria um grupo de peritos para um quadro comum de referência (2010/233/UE), publicada no JO L 105, de 27.04.2010.

⁵⁵⁴ Documento COM (2011) 635 final, de 11.10.2011.

⁵⁵⁵ Embora se considere, com Rui Moura Ramos, apesar de a posição expedida pelo autor versar sobre o projeto de um código civil para a Europa, a inexistência de competência específica da UE para abraçar esta iniciativa.

contratos [que] podem ser aplicadas nas transações transfronteiriças de compra e venda de bens, de fornecimento de conteúdos digitais ou de serviços conexos sempre que as partes no contrato assim o acordarem.” Paralelamente assinala-se que o recurso pelos profissionais “a um conjunto de normas comuns” e a utilização das “mesmas cláusulas contratuais em todas as suas transações transfronteiriças”, apresenta uma dupla virtualidade, reduz “custos desnecessários” e proporciona “um elevado nível de segurança jurídica.”

3.2.2.1. ÂMBITO TERRITORIAL DE APLICAÇÃO

As partes podem submeter o seu contrato transfronteiriço sobre a venda de bens ao regime da mesma constante.

Os contratos celebrados entre profissionais, consideram-se transfronteiriços se as partes tiverem a sua residência habitual em Estados diferentes sendo um deles um Estado-Membro (artigo 4.º/2). A proposta considera como “residência habitual de sociedades e de outras entidades, dotadas ou não de personalidade jurídica,” o lugar em que se situa a sua administração central (artigo 4.º/4). Tratando-se de um profissional que seja uma pessoa singular, a residência habitual deste é no lugar em que tenha o seu estabelecimento principal (artigo 4.º/4). “Se o contrato for celebrado através de uma sucursal, agência ou qualquer outro estabelecimento do profissional considera-se que o lugar em que se encontra essa sucursal, agência ou outro estabelecimento é o lugar de residência habitual do profissional em causa” (artigo 4.º/5).

3.2.2.2. ÂMBITO MATERIAL DE APLICAÇÃO

A proposta prevê a aplicação do regime nela incorporado a: “a) contratos de compra e venda; b) contratos de fornecimento de conteúdos digitais, fornecidos ou não em suporte material, que possam ser armazenados, tratados ou acedidos e reutilizados pelo consumidor, independentemente de serem ou não fornecidos em contrapartida do pagamento de um preço; c) contratos de prestação de serviços conexos, independentemente de ter sido acordado um preço separado para tais serviços” (artigo 5.º).

A proposta de Regulamento prevê a sua aplicação enquanto regime opcional,⁵⁵⁶ também identificado como um 28.º regime,⁵⁵⁷ consagrando regras substantivas especiais para contratos transfronteiriços, no seu Anexo I.⁵⁵⁸

O exercício da opção por este regime,⁵⁵⁹ suscita a questão de saber se se trata de uma escolha de lei na aceção do direito internacional privado ou uma mera referência material.

Por um lado, há que ter em consideração a subordinação deste instrumento opcional ao direito internacional privado, consagrada no preâmbulo da proposta,⁵⁶⁰ trata-se de um instrumento uniformizador de direito material dos Estados-Membros.⁵⁶¹

Por outro lado, apesar de na proposta de regulamento sobre a lei aplicável às obrigações contratuais constar a possibilidade de as partes escolherem princípios de direito europeu dos contratos, a versão final não a consagrou. O considerando 13 admite a possibilidade de “(...) as partes incluírem, por referência, no seu contrato, um corpo legislativo não estatal ou uma convenção internacional.” O Considerando 14 prevê expressamente a possibilidade de adoção de um regime como o da proposta em análise⁵⁶² e nesse caso a possibilidade da escolha desse mesmo regime.

O regime da escolha da lei aplicável aos contratos comerciais está limitado apenas ao disposto no artigo 3.º do Regulamento Roma I. Apesar da amplitude desta disposição quanto à consagração da autonomia da vontade, apenas é consagrada a possibilidade de escolha de uma lei estatal, sem prejuízo da incorporação por referência de outros instrumentos de direito autónomo do comércio internacional. Ainda que a proposta venha, no futuro, a ser objeto de aprovação, e do seu valor tal qual existe,⁵⁶³ o seu

⁵⁵⁶ Nos termos do disposto no artigo 3.º da proposta, “que se enquadrem no âmbito territorial, material e pessoal fixado nos artigos 4.º a 7.º.”

⁵⁵⁷ Identificando a proposta de QCR como um 28.º regime opcional, PALAO MORENO, Guillermo - El Marco Común de Referencia como Sistema Opcional 28.º algunas reflexiones desde el Derecho internacional privado. In F. Blasco [et al.], Estudios en homenaje a Vicente L. Montés Penadés. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. Vol. 2, pp. 1905-1922.

⁵⁵⁸ MANKOWSKI, Peter - Der Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (CESL) und das International Privatrecht. Recht des Internationalen Wirtschaft. 3 (2012) 97-105.

⁵⁵⁹ A efetuar por acordo das partes (artigo 8.º) que no âmbito do presente trabalho pode constar do próprio contrato, não se exigindo que o acordo conste de documento autónomo. Esta previsão quanto aos contratos celebrados com consumidores visa garantir ao consumidor um maior nível de proteção por ser a parte mais fraca nessa relação jurídica. Nas relações entre comerciantes, em que um deles tem de ser uma pequena ou média empresa, apesar de uma das partes poder apresentar uma certa dependência em relação à outra, não se encontra justificação para tal exigência. A validade e a existência desse acordo são aferidas nos termos do próprio instrumento.

⁵⁶⁰ Considerando n.º 10 da proposta.

⁵⁶¹ No entanto essa uniformização é prevista com um âmbito material restrito, conforme nota supra.

⁵⁶² O considerando prevê que “caso a Comunidade venha a aprovar num instrumento jurídico adequado regras de direito material dos contratos, incluindo termos e condições normalizados, esse instrumento poderá prever a possibilidade de as partes optarem por aplicar essas regras.”

⁵⁶³ Enquanto regra não estatal.

reduzido âmbito de aplicação material faz supor que não poderá ser entendida a escolha do seu regime como uma escolha de lei estatal. No entanto, a equação dessa possível solução implicará que a mesma deva ser formulada em termos seguros mediante a introdução de uma referência nesse sentido, numa versão final desse documento.⁵⁶⁴ Mas ainda que pudesse ser entendida como tal, haveria sempre que salvaguardar a escolha de lei quanto a todas as matérias não incluídas no seu âmbito de aplicação material.⁵⁶⁵ Na nossa perspetiva, este regime de direito material, deve ser entendido como um segundo regime de direito nacional⁵⁶⁶ aplicável por acordo das partes, o qual não configura uma escolha de lei estatal, pelo menos no sentido que comumente lhe é atribuído em direito internacional privado.⁵⁶⁷ Trata-se de uma incorporação por referência, até pela circunstância de o mesmo instrumento, não tendo logrado aprovação não constituir um normativo europeu, embora se enquadre no acervo da UE⁵⁶⁸.

Quanto a um contrato interno, a possibilidade de opção por este regime fica dependente do teor das disposições do direito interno correspondentemente aplicáveis, tal como quanto a um contrato celebrado entre partes não estabelecidas na UE ou quanto a um

⁵⁶⁴ Neste sentido, LAGARDE, Paul - Instrument optionel international et droit international privé: subordination ou independence? In HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau (Ed.) - A commitment to private international law: essays in honour of Hans Van Loon. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 296.

⁵⁶⁵ Considerando n.º 27 da proposta de regulamento.

⁵⁶⁶ Identificando a proposta não como um 28.º modelo, mas como um segundo modelo, BASEDOW, Jürgen - Das Fakultative Unionsprivatrecht und das internationale Privatrecht. In Herbert Kronke; Karsten Thorn (Eds.), Grenzen überwinden: prinzipien bewahren. Bielefeld: Giesecking Verlag, 2012, p. 56. No mesmo sentido, considerando que as normas do Direito europeu comum da compra e venda são normas de direito material, aplicáveis em segundo escalão, SANCHEZ LORENZO, Sixto A. - De Bruselas a la Haya, passando por Roma y Viena: la normativa común de compraventa europea. In Alegría Borrás [et al.], Entre Bruselas y la Haia: estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional. Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 824.

⁵⁶⁷ Neste sentido, PINHEIRO, Luís de Lima - Direito internacional privado. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2008. Vol. 1, p. 98.

⁵⁶⁸ Assim, defendendo que a Proposta de Regulamento relativo a um Direito europeu comum da compra e venda faz parte do acervo comunitário, SANCHEZ LORENZO, Sixto A. - De Bruselas a la Haya, passando por Roma y Viena: la normativa común de compraventa europea. In Alegría Borrás [et al.], Entre Bruselas y la Haia: estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional. Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 826. Neste sentido, também, SCHMIDT-KESSEL, M. - Anwendungsbereich, ausgestaltung der option und andere fragen zur verordnung: ein einheitliches europäisches kaufrecht? Munich: Sellier European Law Publishers, 2012, p. 39. O problema consiste na falta de conexão desse diploma, tanto em matéria de proteção de consumidores, quanto à relação entre comerciantes, com o direito comunitário derivado, por forma a possibilitar a sua interpretação por essa via, como salienta SANCHEZ LORENZO, Sixto A. - De Bruselas a la Haya, passando por Roma y Viena: la normativa común de compraventa europea. In Alegría Borrás [et al.], Entre Bruselas y la Haia: estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional. Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 826.

contrato regulado por uma lei de um Estado terceiro.⁵⁶⁹ Nestes casos a escolha deste regime também é configurada como uma referência material.⁵⁷⁰

A limitação material da proposta impõe que a todas as matérias não abrangidas pelo seu âmbito de aplicação material seja aplicável a lei escolhida pelas partes – tratando-se apenas, neste caso, de uma escolha de direito internacional privado em sentido próprio –, ou na ausência de escolha, da determinação da lei competente de acordo com o Regulamento Roma I.⁵⁷¹

A escolha deste regime de direito material permitida apenas nas condições estabelecidas na proposta,⁵⁷² não pode equivaler a uma escolha do direito estatal, não apenas por não ser essa a sua fonte, mas por não poder ser encarada como uma alternativa a uma lei estatal, mas estar destinada a ser regulada pela mesma em todos os aspetos não contemplados no regime proposto. Na medida em que a opção por tal regime carece de ser complementada por um direito estatal para a resolução integral de questões, essa escolha não só não pode equivaler a uma escolha de lei no sentido que lhe é atribuído pelo direito internacional privado, como deve essa opção ser acompanhada da escolha de uma lei estatal da UE.⁵⁷³ Isto porque, a admissibilidade da aplicação de tal regime só é garantida na perspetiva da sua futura aprovação na UE ou como um instrumento complementar de direito autónomo do comércio internacional. Em face da sua inclusão atual no acervo da União e naquele direito, a sua admissibilidade depende da posição da lei que seja aplicável ao caso concreto. Neste último caso dos critérios consagrados na lei competente.⁵⁷⁴ Recorrendo as partes à arbitragem do

⁵⁶⁹ Quanto aos contratos celebrados entre partes não estabelecidas na UE, ou relativamente aos quais não seja aplicável a lei de um Estado-Membro, no mesmo sentido, LAGARDE, Paul - *Instrument optionel international et droit international privé: subordination ou independence?* In HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau (Ed.) - A commitment to private international law: essays in honour of Hans Van Loon. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 296.

⁵⁷⁰ Nessa circunstância a opção não está sujeita à restrição constante do n.º 3 do artigo 8.º. As partes podem incorporar no seu contrato as disposições deste regime que entenderem convenientes à regulação dos seus interesses. No mesmo sentido, embora em face da previsão genérica de não verificação dos requisitos do artigo 4.º da proposta, HARTLEY, Trevor C. - *Conflict of laws and the common european sales law*. In Alegría Borrás [et al.], Entre Bruselas y la Haia: estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional. Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 527.

⁵⁷¹ HARTLEY, Trevor C. - *Conflict of laws and the common European sales law*. In Alegría Borrás [et al.], Entre Bruselas y la Haia: estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional. Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 527.

⁵⁷² Nos termos do disposto no artigo 3.º.

⁵⁷³ Neste sentido, considerando que a escolha deste regime não dispensa a escolha de uma lei estatal para que a opção possa produzir um efeito pleno, LAGARDE, Paul - *Instrument optionel international et droit international privé: subordination ou independence?* In HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau (Ed.), A commitment to private international law: essays in honor of Hans Van Loon. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 291.

⁵⁷⁴ Quanto à sua obrigatoriedade fora do espaço judiciário europeu questionando se a lei aplicável for a lei de um terceiro Estado, se pode um tribunal nos Estados Unidos aplicar o Direito europeu comum da compra e venda como norma internacionalmente imperativa ao abrigo do disposto no n.º 2 do artigo 9.º do Regulamento Roma I e dado que este regime só é aplicável se as partes o escolherem, concluindo que a sua aplicação não pode ser considerada essencial para a salvaguarda do interesse público de um Estado

comércio internacional, a opção pelo regime em análise é admitida. Donde seja nosso entendimento que esta escolha se reconduz a uma referência material,⁵⁷⁵ a uma integração do conteúdo do regime da proposta no teor do contrato. Na falta de escolha, importa determinar qual o direito dos Estados-Membros que vai reger o contrato nos aspetos não contemplados pelo Direito europeu comum da compra e venda, mediante o recurso a normas de direito internacional privado concretamente aplicáveis, neste caso as normas previstas no Regulamento Roma I.

Apesar desse carácter facultativo a sua previsível adoção sob a forma de regulamento visava imprimir força normativa ao documento na perspectiva de uma prossecução do processo de unificação do direito material.⁵⁷⁶

3.2.2.3. ÂMBITO PESSOAL DE APLICAÇÃO

Apesar de a proposta prever a sua aplicação a contratos celebrados entre profissionais e consumidores, dado o âmbito do presente trabalho vamos considerar apenas a sua aplicação entre profissionais. Nesta vertente, a proposta limita a sua aplicação ao facto de o vendedor dos bens ou o fornecedor dos serviços, a que se aplica, ser um profissional, acrescentando outro limite à sua aplicação, no caso de contratos transfronteiriços celebrados entre profissionais, pois, neste caso, a sua aplicação só é possível tratando-se de uma relação em que pelo menos um dos intervenientes seja uma pequena ou média empresa na aceção do artigo 7.º, n.º 2 al. a) e b). A proposta consagra um conceito de PME, como consistindo no profissional que “a) emprega menos de 250 pessoas; e b) tem um volume de negócios anual que não excede 50 milhões de euros ou um balanço anual total que não excede 43 milhões de euros ou, no caso das PME com residência habitual num Estado-Membro cuja moeda não é o euro ou num país terceiro, o montante equivalente na moeda desse Estado-Membro ou país terceiro.”

Membro, HARTLEY, Trevor C. - Conflict of laws and the common european sales law. In Alegría Borrás [*et al.*], Entre Bruselas y la Haia: estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional (pp. 528-529). Barcelona: Marcial Pons, 2013.

⁵⁷⁵ Neste sentido, PALAO MORENO, Guillermo - El Marco Común de Referencia como Sistema Opcional 28.º algunas reflexiones desde el Derecho internacional privado. In F. Blasco [*et al.*], Estudios en homenaje a Vicente L. Montés Penadés. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. Vol. 2, p. 24-28.

⁵⁷⁶ Em sentido próximo, KESSEDJIAN, Catherine - Les instruments optionnels en droit privé international. In Vincent Heuzé [*et al.*], Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer. Paris: LGDJ, 2015, p. 367, considera que “Ao escolher um instrumento opcional, relativamente ao qual a escolha das suas disposições é deixada à liberdade de escolha das partes, a Comissão tinha consciência de que este instrumento não entraria na nomenclatura oficial dos atos da União tal como prevista no artigo 288.º do Tratado sobre o funcionamento da UE. Foi por isso que ela escolheu incluir este instrumento num ato clássico de direito europeu, o regulamento, que é obrigatório para os Estados-Membros, não apenas porque eles não podem escolher inclui-lo ou não na sua ordem jurídica, mas também porque não podem introduzir-lhe alterações de conteúdo ao contrário do que poderia acontecer com uma lei modelo.” Tradução nossa.

A proposta prevê que os Estados-Membros possam tomar posição quanto à aplicação do seu regime nas relações *business to business* (B2B) (considerando n.º 21). O Parlamento Europeu sugeriu uma ampliação do âmbito de aplicação pessoal da proposta para B2B na sua resolução legislativa de 26 de fevereiro de 2014, sobre a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um Direito europeu comum da compra e venda (COM (2011) 0635).⁵⁷⁷

3.2.2.4. AMPLITUDE DO REGIME DE DIREITO MATERIAL PREVISTO

O regime de direito material proposto⁵⁷⁸ encontra-se previsto no anexo I à proposta,⁵⁷⁹ a qual se encontra organizada em partes, capítulos e secções. A Parte I é dedicada às “Disposições introdutórias” e abarca o Capítulo 1 relativo aos “Princípios gerais e aplicação” e está organizado em duas secções.⁵⁸⁰ A Parte II dedicada à “Celebração de um contrato vinculativo” é composta por 4 capítulos: Capítulo 2 relativo às “Informações pré-contratuais,” composto de cinco secções;⁵⁸¹ Capítulo 3 com o título “Celebração do contrato”; Capítulo 4 dedicado ao “Direito de retratação nos contratos celebrados à distância ou fora do estabelecimento comercial entre profissionais e consumidores”; e Capítulo 5 que versa sobre os “Vícios da vontade”. A Parte III sobre a “Avaliação do conteúdo do contrato”, é composta de três capítulos: o Capítulo 6 com o título “Interpretação”; o Capítulo 7 com o título “Conteúdo e efeitos”; e o Capítulo 8 com o título “Cláusulas contratuais abusivas”, o qual por sua vez está organizado em três secções⁵⁸². A Parte IV versa sobre “Obrigações e meios de defesa das partes num contrato de compra e venda ou num contrato de fornecimento de conteúdos digitais,” contendo o Capítulo 9 com o título “Disposições gerais;” Capítulo 10 sobre “Obrigações do vendedor,” composto por três secções; ⁵⁸³ Capítulo 11 sobre “Meios de defesa do

⁵⁷⁷ UNIÃO EUROPEIA. Parlamento - Resolução legislativa do Parlamento Europeu, de 26 de fevereiro de 2014, sobre a proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um direito europeu comum da compra e venda (COM (2011) 0635) - C7-0329/2011 — 2011/0284(COD)). Publicada no JO C 285 de 29 de agosto de 2017.

⁵⁷⁸ Que não constitui objeto do presente trabalho e que aqui se deixa identificado para melhor compreensão do significado do Direito europeu comum da compra e venda.

⁵⁷⁹ Que para além desse Anexo I, contém um Apêndice 1 (Modelo de instruções relativas à retractação), um Apêndice 2 (Modelo de formulário de retractação) e um Anexo II Ficha Informativa.

⁵⁸⁰ A secção 1 relativa aos “Princípios gerais” e a Secção 2 sobre “Aplicação”.

⁵⁸¹ Cuja Secção 1 prevê as “Informações pré-contratuais a fornecer pelo profissional ao consumidor;” a Secção 2, as “Informações pré-contratuais a fornecer pelo profissional a outro profissional;” a secção 3, dedicada aos “Contratos a celebrar por via eletrónica;” o “Dever de assegurar a correção das informações fornecidas” é objeto da Secção 4; e os “Meios de defesa em caso de violação do dever de informação” são tratados na Secção 5.

⁵⁸² Secção 1: “Disposições gerais,” Secção 2: “Cláusulas contratuais abusivas nos contratos entre um profissional e um consumidor,” Secção 3: “Cláusulas contratuais abusivas nos contratos entre profissionais”.

⁵⁸³ A primeira sobre “Disposições gerais”, a segunda sobre “Entrega” e a terceira sobre a “Conformidade dos bens e dos conteúdos digitais”.

comprador,” composto por sete secções;⁵⁸⁴ Capítulo 12 sobre “Obrigações do comprador,” composto por três secções;⁵⁸⁵ Capítulo 13 sobre “Meios de defesa do vendedor,” com quatro secções;⁵⁸⁶ e Capítulo 14 sobre “Transferência do risco,” com três secções⁵⁸⁷. A Parte V com o título “Obrigações e meios de defesa das partes nos contratos de serviços conexos,” com um Capítulo 15 com o título “Obrigações e meios de defesa das partes,” composto por quatro secções (Secção 1: “Aplicação de determinadas disposições gerais relativas aos contratos de compra e venda;” Secção 2: “Obrigações do prestador de serviços;” Secção 3: “Obrigações do cliente;” e Secção 4: “Meios de defesa”). A Parte VI sobre “Indemnização e juros,” composto por um Capítulo 16 com o mesmo título e três secções.⁵⁸⁸ A Parte VII sobre “Restituição,” com o Capítulo 17 com o mesmo título. A Parte VIII sobre “Prescrição,” com o Capítulo 18 com o mesmo título “Prescrição,” com seis secções.⁵⁸⁹

3.2.2.5. VICISSITUDES DA PROPOSTA

Após as críticas formuladas pelo comité de mercado interno e proteção do consumidor⁵⁹⁰ e pelo comité de assuntos económicos e monetários,⁵⁹¹ o projeto foi objeto de parecer favorável do comité de assuntos jurídicos,⁵⁹² embora com significativas sugestões de alteração ao projeto. A proposta de Regulamento foi incluída na agenda de trabalho da Comissão Europeia para 2015,⁵⁹³ entre as propostas sujeitas a alterações.⁵⁹⁴ Onde seja com desalento,⁵⁹⁵ que se toma conhecimento da apresentação de duas propostas

⁵⁸⁴ Secção 1: “Disposições gerais”, Secção 2: “Sanação pelo vendedor”, Secção 3: “Exigência do cumprimento”, Secção 4: “Suspensão do cumprimento das obrigações do comprador”, Secção 5: “Resolução”, Secção 6: “Redução do preço”, Secção 7: “Obrigação de notificação nos contratos entre profissionais”.

⁵⁸⁵ Secção 1: “Disposições gerais”, Secção 2: “Pagamento do preço” e Secção 3: “Aceitação da entrega”.

⁵⁸⁶ Secção 1: “Disposições gerais”, Secção 2: “Exigência do cumprimento”, Secção 3: “Suspensão do cumprimento das obrigações do vendedor” e Secção 4: “Resolução”.

⁵⁸⁷ Secção 1: “Disposições gerais”, Secção 2: “Transferência do risco nos contratos de consumo”, Secção 3: “Transferência do risco nos contratos entre profissionais”.

⁵⁸⁸ Secção 1: “Indemnização”, Secção 2: “Juros de mora: disposições gerais”, Secção 3: “Mora dos profissionais”.

⁵⁸⁹ Secção 1: “Disposição geral”, Secção 2: “Prazos de prescrição e seu início”, Secção 3: “Prorrogação dos prazos de prescrição”, Secção 4: “Renovação dos prazos de prescrição”, Secção 5: “Efeitos da prescrição”, Secção 6: “Alteração por acordo”.

⁵⁹⁰ De 24.09.2012, relatores Evelyn Gebhardt e Hans-Peter Mayer, Doc. PE 505.986v01-00, disponível em <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/imco/draft-opinions.html#menuzone>.

⁵⁹¹ De 09.10.2012, relator Marianne Thyssen, Doc. PE 491.011v02-00, disponível em <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/econ/opinions.html#menuzone>.

⁵⁹² De 02.2013, projeto de relatório, relatores Klaus-Heiner Lehne e Luigi Berlinguer, Doc. PE 505.998v02-00, disponível em <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/juri/draft-reports.html#menuzone>.

⁵⁹³ COM (2014) 910 final, UNIÃO EUROPEIA. Comissão - Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões Programa de trabalho da Comissão para 2015 : um novo começo. Estrasburgo : Comissão Europeia, 2014.

⁵⁹⁴ Anexo n.º I, n.º 60.

⁵⁹⁵ Não obstante o teor da Estratégia para o mercado único digital para a Europa, apresentada anteriormente [COM (2015) 192 final] na qual se identifica a necessidade de atuar ao nível da UE no sentido de harmonizar as normas sobre a compra em linha de conteúdos digitais e bens materiais e que permita aproveitar todas as potencialidades do mercado único digital.

de diretivas, a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais⁵⁹⁶ e a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspetos que dizem respeito a contratos de vendas em linha de bens e outras vendas à distância de bens.⁵⁹⁷

Em outubro de 2017, foi apresentada a proposta alterada de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspetos dos contratos de compra e venda de bens e que altera o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho e a Diretiva n.º 2009/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho [COM (2017) 637 final, 31.10.2017], passando a prever a sua aplicação genérica aos contratos de compra e venda de bens, sejam eles celebrados em linha ou presencialmente.

Tais propostas surgem como a sequência do projeto, mas nada têm a ver com a proposta de regulamento, nem com as sugestões formuladas pelo Parlamento Europeu e pelo mesmo aprovadas. Da apresentação dessas propostas resultou a aprovação das seguintes diretivas: Diretiva (UE) 2019/770 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de maio de 2019 sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais e a Diretiva (UE) 2019/771 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de maio de 2019 relativa a certos aspetos dos contratos de compra e venda de bens que altera o Regulamento (UE) 2017/2394 e a Diretiva 2009/22/CE e

⁵⁹⁶ COM (2015) 634 final, de 9.12.2015. Esta proposta de Diretiva prevê as seguintes matérias: para além do seu objeto, o seu âmbito de aplicação, nível de harmonização, fornecimento de conteúdos digitais, conformidade dos conteúdos digitais com o contrato, integração dos conteúdos digitais, direitos de terceiros, ónus da prova, responsabilidade do fornecedor, meios de compensação em caso de não fornecimento, meios de compensação em caso de falta de conformidade com o contrato, rescisão, direito a indemnização, alteração dos conteúdos digitais, direito de rescisão dos contratos a longo prazo, direito de regresso, carácter imperativo, e alterações da Diretiva 1999/44/CE, do Regulamento (CE) n.º 2006/2004 e da Diretiva 2009/22/CE. Sobre esta proposta de Diretiva, MANKO, Rafal – Contracts for supply of digital content: a legal analysis of the Commission's proposal for a new directive. Brussels: European Union, 2016; MAK, Vanessa - The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content. Brussels: European Union, 2016.

⁵⁹⁷ COM (2015) 635 final, de 9 de dezembro de 2015. Esta proposta de Diretiva regula as seguintes matérias: “Objeto e âmbito de aplicação, Nível de harmonização, Conformidade com o contrato, Requisitos de conformidade dos bens, Instalação incorreta, Direitos ou pretensões de terceiros, Momento relevante para determinar a conformidade com o contrato, Meios de compensação do consumidor para a falta de conformidade com o contrato, Substituição dos bens, Escolha do consumidor entre a reparação e a substituição, Redução do preço, Direito do consumidor a rescindir o contrato, Prazos, Garantias comerciais, Direito de regresso, Aplicação, Carácter imperativo e Alterações à Diretiva 1999/44/CE, ao Regulamento (CE) n.º 2006/2004 e à Diretiva 2009/22/CE.” Do elenco de matérias previstas em ambas as propostas antecedentemente mencionadas resulta um distanciamento muito significativo da proposta de regulamento relativo a um Direito europeu comum da compra e venda. Sobre as propostas de Diretivas ver MILÁ RAFEL, Rosa - Intercambios digitales en Europa: las propuestas de directiva sobre compraventa en línea y suministro de contenidos digitales. Revista CESCO de Derecho de Consumo. 17 (2016) 11-44; BEALE, Hugh - Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment. Brussels: European Union, 2015; TABERNERO DE PAZ, José María Gómez-Riesco - Early notes on the 9 december 2015 European Commission's Proposals on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods; and on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content; HACKER, Philip - One size fits all? Heterogeneity and the Enforcement of Consumer Rights in the EU after Faber. European Revue of Contract Law. 12 : 2 (2016) 167-177.

que revoga a Diretiva 1999/44/CE⁵⁹⁸. Estas diretivas comportam certos traços de novidade ao nível da regulamentação de certos aspetos ainda não previstos no direito derivado e respeitantes à relação de consumo e à proteção do consumidor na UE.⁵⁹⁹

Não chegou ainda o momento de se avançar com o empreendimento legislativo anteriormente identificado. Apesar das virtualidades apontadas à unificação do direito em geral ao nível da UE, não se pode deixar de ter em conta as consequências do influxo desse direito nos direitos nacionais. Num sistema romano-germânico não é de somenos importância a desromanização do direito civil e a sua concessão a um direito com acentuada influência política e pendor economicista, a diminuição do seu nível histórico-cultural e a criação de direitos civis miscigenados.⁶⁰⁰ O paradigma resultante do acréscimo de direito da UE e a sua influência nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros conduz ainda a uma atenuação de diferenças entre os sistemas romano-germânico e o anglo-americano, também designados, respetivamente, de *civil law* e *common law*.⁶⁰¹ De todo o modo, a perspetiva de consumação do *brexit* pode potenciar uma redução de entraves à unificação, sendo ponderável no quadro de um rearranjo institucional da UE, e prosseguindo uma intensificação da integração económica, o retomar de uma iniciativa congénere. O abandono momentâneo do projeto não fica, assim, a dever-se a falta de maturidade jurídica⁶⁰² – embora as críticas ao mesmo tenham sido as mais variadas e oriundas de diversas latitudes⁶⁰³, mas a circunstâncias mais centralizadas na soberania dos Estados e numa perspetiva de

⁵⁹⁸ Ambas publicadas no JO L 136 de 22.05.2019.

⁵⁹⁹ Saindo assim do objeto da contratação comercial internacional.

⁶⁰⁰ SMITS, Jan - The making of European private law towards a ius commune europaeum as mixed legal system. Cambridge: Intersentia, 2002, p. 229-244.

⁶⁰¹ Embora ZIMMERMANN, Reinhard - *Römisches Recht und europäische Kultur*. JZ. 62 : 1 (2007) 11, entenda que a Inglaterra nunca se afastou em absoluto da designada cultura jurídica continental, não existindo uma completa separação entre common law e civil law.

⁶⁰² Como refere CORDEIRO, António Menezes - Tratado de direito civil português. Coimbra: Almedina, 2002. Vol. 1, t. 2, p. 67, a codificação é “produto de um estado de maturidade do trabalho científico-jurídico, postulando um desenvolvimento intensivo e extensivo do sistema externo com reduções dogmáticas e sínteses normativas, que reformulam os institutos jurídicos de forma a criar novos modelos de solução para casos concretos”.

⁶⁰³ Como se apreende na posição de CARUSO, Daniela - *The baby and the bath water: the american critique of european contract law*. *AM. J. COMP. L.* 61 (2013) 482, que, numa perspetiva muito crítica reconduz a três pontos a discordância quanto ao projeto: (i) Previsibilidade: os académicos americanos concluem que a proposta interfere excessivamente com a autonomia privada, que as suas disposições de proteção ao consumidor são obsoletas, que conduz a resultados ineficientes e que nem sequer promove a equidade; (ii) Um ponto de desacordo entre os académicos da UE consiste na dúvida sobre a existência de um espírito coletivo e coerente no centro do projeto de Mercado interno; (iii) um terceiro tipo de críticas - partilha o ceticismo de Bernstein e segue a metodologia comportamental da Law and Economics. É notável que, neste aspeto, a proposta de regulamento não agrada nem aos académicos da Law and Economics tradicionalmente avessos à regulação do mercado, nem a académicos que promoveram ativamente agendas reguladoras em resposta à recente crise financeira.

resistência à mudança⁶⁰⁴, que se reconduzem à inexistência de maturidade global.⁶⁰⁵ O adiamento da integração europeia, em face do chumbo do Tratado Constitucional, veio arrefecer os intuitos unificadores a este nível e também a ideia quanto a imediatas codificações. Confirmando-se a perspetiva da maior facilidade de unificação internacional do direito comercial pela via da unificação das regras de conflitos.⁶⁰⁶

⁶⁰⁴ Nesta perspetiva, a crítica formulada por LANDO, Ole - European contract law and the lex mercatoria. Jürgen Basedow [et al.], Private law in the international arena: from national conflicts rules towards harmonization and unification: Liber Amicorum Kurt Siehr. Den Haag: T.M.C. Asser Press, 2000, p. 395, responsabilizando os advogados europeus pelo bloqueio do projeto considerando que muitos, se não a maioria dos advogados europeus não deseja a europeização do direito dos contratos. Alguns continuam a perfilhar as ideias do grande escritor alemão Friederich Karl von Savigny que considerou a lei nacional como uma parte da herança cultural da nação, que reflete o espírito do povo (volksgeist). A lei de uma nação baseia-se no seu passado (Tradução nossa).

⁶⁰⁵ Referindo-se à posição de Savigny quanto à codificação e constatando que a mesma foi cabalmente desmentida pela história, entende que uma atualização dessa posição se traduz sempre na questão de saber se um novo código tem sentido ou não, e numa recomendação de prudência que impõe a investigação sobre os prós e os contra, só devendo concluir-se em sentido favorável depois de ter sido fornecida uma espécie de prova contrária a uma presunção da sua inoportunidade ou de não maturidade dos tempos, CASTRONOO, Carlo - Savigni i Moderni e la Codificazione Europea. In Rui Moura Ramos *et al.* (Org.), Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço. Coimbra: Almedina, 2002. Vol. 1, p. 690.

⁶⁰⁶ Perspetivando o alcance dessa, uniformiza por duas vias: a primeira a da unificação do direito substantivo e a segunda menos ambiciosa e mais facilmente alcançável a da uniformização das regras de conflitos, fica confirmada, neste caso concreto, a dificuldade quanto à uniformização pela via dos direitos nacionais, GOODE, Roy - The Cape Town convention and protocols and the conflict of laws. In HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau (Ed.), A commitment to private international law: essays in honor of Hans Van Loon. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 222.

PARTE II – O CONTRATO COMERCIAL INTERNACIONAL

1. INTRODUÇÃO

A consagração de uma competência comunitária na perspectiva conflitual, vem fundar o enquadramento jurídico do direito internacional privado no ordenamento jurídico comunitário e atualmente ordenamento jurídico da UE. Essa nova competência possibilitou a adoção de vários normativos que têm um propósito unificador, em vários domínios.⁶⁰⁷ Na vertente contratual foi adotado um regulamento que constitui um importante instrumento de regulação das obrigações contratuais na UE.⁶⁰⁸

⁶⁰⁷ Como é o caso, designadamente, dos seguintes normativos: Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais ("Roma II"), Regulamento (CE) n.º 4/2009 do Conselho, de 18 de dezembro de 2008, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares; Regulamento (UE) n.º 1259/2010 do Conselho, de 20 de dezembro de 2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial; Regulamento (UE) n.º 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu e Regulamento (UE) N.º 2016/1103, do Conselho relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais; Regulamento (UE) N.º 2016/1104, do Conselho relativa à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução de decisões sobre os efeitos patrimoniais das parcerias registadas.

⁶⁰⁸ No sentido da especial importância assumida pelo Regulamento Roma I enquanto fonte comunitária de Direito privado aplicável aos contratos internacionais, PINHEIRO, Luis de Lima - Direito comercial internacional. Coimbra: Almedina, 2005, p. 53.

2. ÂMBITO DE APLICAÇÃO MATERIAL DO REGULAMENTO ROMA I

O Regulamento Roma I⁶⁰⁹ aplica-se às obrigações contratuais em matéria civil e comercial nas situações que comportem um conflito de leis (artigo 1º/1). A Convenção de Roma não continha qualquer referência à matéria civil e comercial. A introdução da especificação quanto a obrigações civis e comerciais no Regulamento Roma I, foi determinada pela necessidade de alinhar o âmbito de aplicação do Regulamento Roma I pelo âmbito de aplicação material dos Regulamentos Bruxelas I e Roma II.⁶¹⁰ Por outro lado, a referência a matérias civis e comerciais pode ser entendida como significando matérias de direito privado.⁶¹¹ Este instrumento exclui do seu âmbito de aplicação, em especial, as matérias fiscais, aduaneiras e administrativas.⁶¹² Para além destas, o regulamento também não se aplica às seguintes matérias:

- a) “O estado e a capacidade das pessoas singulares⁶¹³ sem prejuízo do artigo 13.º;⁶¹⁴
- 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

⁶⁰⁹ Regulamento (CE) N.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I), publicado no JO L 177, p. 6, de 4 de julho de 2008. Embora com conteúdo muito próximo do instrumento homólogo, a Convenção de Roma, como consta do preâmbulo do regulamento, não existe intenção de alterar significativamente aquele instrumento.

⁶¹⁰ Como resulta da Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I), COM (2005) 650 final, p. 5.

⁶¹¹ CALVO CARAVACA, Alfonso Luís ; CARRASCOSA GONZALÉZ, Javier - Scope. In MAGNUS, Ulrich, ed. ; MANKOWSKI, Peter, ed. - European Commentaries on private international law. Rome I regulation. [S.l.] : SELP, 2017. Vol. 2, p. 61.

⁶¹² A Convenção não limitava a sua aplicação às matérias administrativas. Nesse sentido é defendida a sua aplicação a contratos de Estado, que não estejam submetidos a Direito Internacional de Conflitos. Assim PINHEIRO Luís de Lima - Direito internacional privado. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. Vol. 2, p. 319. A aplicação da Convenção de Roma a contratos internacionais de direito privado celebrados por Estados é defendida, designadamente, por VICENTE, Dário Moura - Direito internacional privado: ensaios. Coimbra: Almedina, 2010. Vol. 3, p. 184. Considerando que a internacionalidade do contrato público deriva do facto de este possuir elementos que o liguem a duas ou mais ordens jurídicas nacionais, *maxime* pela circunstância de o co-contratante do Estado ou outro ente público que dele é parte ser um nacional de outro Estado, e, portanto, ser um contrato em que concorrem elementos de estraneidade, VICENTE, Dário Moura - Direito internacional privado: ensaios. Coimbra: Almedina, 2005. Vol. 2, p. 172. A introdução, face à Convenção de Roma, de um parágrafo no qual se prevê a exclusão da aplicação do regulamento, em especial, quanto às matérias fiscais, aduaneiras e administrativas, suscita, na perspetiva do mesmo autor, a dúvida quanto a “saber se deverá continuar a aplicar-se a estes contratos a Convenção de Roma, se será de aplicar analogicamente o regime do Regulamento Roma I, ou se deverá recorrer-se ao Direito de Conflitos de fonte interna que, no nosso caso, consta dos arts. 41.º e 42.º CC”. Considerando a limitação ao âmbito do direito privado do mecanismo da escolha de lei aplicável, RAMOS, Rui Moura - Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional. Coimbra: Almedina, 1991, p. 264 e ss. Esta solução foi apresentada na proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a lei aplicável às obrigações contratuais [COM (2005) 650 final], de 15 de dezembro de 2005. No entanto, a não aplicação do instrumento aos contratos públicos não significa a não aplicação do DIP aos Estados, pois, “...os sujeitos das relações jurídicas são sempre os indivíduos, ou as nações individualizadas, agindo como indivíduos.”, como já defendia JITTA, D. Josephus - La méthode du droit international privé. Paris: Belinfante Frères, 1890, p. 37. Sob o ponto de vista formal, essa referência deveria ter sido inserida no número 2 do preceito em análise, juntamente com as demais exclusões previstas nesse número.

⁶¹³ O conteúdo desta alínea corresponde à alínea a) da Convenção de Roma.

⁶¹⁴ A remissão efetuada na Convenção de Roma é para o artigo 11.º que prevê a mesma matéria.

obrigações de alimentos;⁶¹⁵

- 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;⁶¹⁶
- d) As 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;⁶¹⁷
- e) As convenções de arbitragem e de eleição do foro;⁶¹⁸
- f) As questões reguladas pelo direito das sociedades e pelo direito aplicável a outras entidades dotadas ou não de personalidade jurídica, 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;⁶¹⁹
- g) 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;⁶²⁰

⁶¹⁵ A previsão desta alínea corresponde embora em termos não completamente idênticos à alínea b) da Convenção de Roma. Na versão da proposta de regulamento [COM (2005) 650 final], previa a Comissão a não aplicação às “obrigações que decorrem de relações de família ou de relações que, de acordo com a lei que lhes é aplicável, produzem efeitos análogos, incluindo as obrigações alimentares.” A redacção final, manteve o mesmo sentido, uma vez que apenas substituiu a expressão “análogos” por “equiparados” e “obrigações alimentares” por “obrigações de alimentos”.

⁶¹⁶ A Convenção de Roma apenas prevê na alínea b) do n.º 2 a exclusão da sua aplicação às obrigações contratuais relativas a regimes de bens no matrimónio e a testamentos e a sucessões por morte. Quanto ao teor desta alínea alcançou o regulamento o ensejo de explicar, com o devido enquadramento, a ideia do legislador da Convenção de Roma, atualizando naturalmente o seu conteúdo às relações que produzam efeitos equiparados ao casamento e que em Portugal se designam por união de facto. A proposta da Comissão, tal como a Convenção de Roma, autonomizava a figura jurídica dos testamentos, prevendo ainda a Convenção de Roma a não aplicação às sucessões por morte, identificação redundante que não constava do texto da proposta de regulamento nem passou à redacção final.

⁶¹⁷ O teor desta alínea corresponde integralmente à alínea c) da Convenção de Roma.

⁶¹⁸ Corresponde à alínea d) da Convenção de Roma.

⁶¹⁹ Esta alínea tem uma redacção semelhante à redacção da alínea e) da Convenção de Roma e da alínea f) da proposta de regulamento, embora a redacção final não tenha mantido a terminologia dos dois documentos mencionados e que se referiam a sociedade, associação ou pessoa coletiva, tendo o legislador optado por referir apenas sociedade ou entidade.

⁶²⁰ A previsão desta alínea corresponde grosso modo à alínea f) da Convenção de Roma, no entanto, tal matéria não era excluída na proposta de regulamento, que até previa em artigo autónomo (7.º) os contratos celebrados por intermediário, sujeitando os contratos celebrados entre o representado e o intermediário, na falta de escolha, à lei do país da residência habitual do último.

- h) A constituição de *trusts* e as relações que criam entre os constituintes, os *trustees* e os beneficiários;⁶²¹
- i) As obrigações decorrentes de negociações realizadas antes da celebração do contrato;⁶²²
- j) Os contratos de seguro decorrentes de atividades levadas a efeito por organismos que não as empresas referidas no artigo 2.º da Directiva 2002/83/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Novembro de 2002, relativa aos seguros de vida (1) cujo objetivo 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 atividades, em caso de doença profissional ou de acidente de trabalho.”⁶²³

À semelhança da previsão constante do instrumento homólogo, o Regulamento Roma I, salvaguardando o disposto no seu artigo 18.º, exclui a sua aplicação à prova e ao processo.⁶²⁴

O diploma prevê ainda a aceção de “Estado-Membro enquanto Estados-Membros aos quais o mesmo se aplica, especificando que no número 4 do artigo 3.º e no artigo 7.º este termo se refere a todos os Estados-Membros.”⁶²⁵

O âmbito de aplicação material do regulamento, previsto no artigo 1, tem uma importância decisiva para a determinação da aplicabilidade deste instrumento, apesar de outras disposições poderem ser também consideradas para esse efeito.⁶²⁶

⁶²¹ Corresponde à alínea h) da Convenção de Roma e alínea g) da proposta de regulamento.

⁶²² Tal matéria não vem prevista na Convenção de Roma, não se encontra excluída do seu âmbito de aplicação, no entanto esta alínea corresponde com ligeiras alterações ao disposto na alínea i) da proposta que excluía a aplicação do regulamento “às obrigações que decorrem de uma relação pré-contratual.”

⁶²³ O número 3 da Convenção de Roma contém uma exclusão genérica dos contratos de seguro que cubram riscos situados nos territórios dos Estados-Membros do território da Comunidade Económica Europeia. A proposta de regulamento não previa qualquer exclusão quanto a contratos de seguro.

⁶²⁴ O número 3 do artigo 1.º, corresponde à alínea h) do n.º 2 da Convenção de Roma e à mesma alínea e número da proposta de regulamento.

⁶²⁵ Outra era a noção de Estado-Membro constante da proposta de regulamento apresentada com o seguinte teor: “Para efeitos do presente regulamento, entende-se por Estado-Membro, todos os Estados-Membros à excepção da Dinamarca [da Irlanda e do Reino Unido]”. A solução consagrada é uma solução mais correcta na medida em que permite quer a vinculação de alguns destes Estados ao regulamento, como foi o caso, sem necessidade de alteração do seu texto, e ainda a sua desvinculação, expectável.

⁶²⁶ Como é o caso do disposto nos n.ºs 3 e 4 do Regulamento Roma I..

Apresenta-se assim como relevante, em primeira linha, determinar o alcance da expressão obrigações contratuais, não sem antes considerarmos os parâmetros a que deve obedecer a interpretação a efetuar.

No ordenamento jurídico da UE, a interpretação de normativos quer de direito originário, quer de direito derivado, encontra-se confiada ao Tribunal de Justiça. Até ao momento, esse órgão jurisdicional não procedeu à interpretação do Regulamento *sub iudice* quanto a esta matéria; o mesmo sucedeu quanto à Convenção de Roma, cuja interpretação foi cometida ao mesmo órgão jurisdicional, a partir de 1 de agosto de 2004.

Ao Tribunal de Justiça foi conferida a responsabilidade pela interpretação das convenções de direito comunitário complementar; essa atividade é desenvolvida tendo em vista a harmonia e a consistência deste ordenamento jurídico e a continuidade de conceitos utilizados em diversos instrumentos jurídicos⁶²⁷ que a certeza nesse ordenamento jurídico implica.⁶²⁸

2.1. MATÉRIAS CONTRATUAIS

O Tribunal de Justiça não se pronunciou, até ao momento, sobre o exato sentido e alcance da disposição constante do artigo 1.º da Convenção de Roma, tal como não se pronunciou ainda nesse âmbito quanto ao Regulamento Roma I. No entanto, procedeu à interpretação de conceito similar constante da Convenção de Bruxelas⁶²⁹ e na mesma perspetiva, quanto ao Regulamento Bruxelas I, e ainda, atualmente, quanto ao Regulamento Bruxelas I bis.⁶³⁰ É importante considerar que o Tribunal de Justiça

⁶²⁷ Neste sentido, PINHEIRO Luís de Lima - *Direito internacional privado*. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. Vol. 2, p. 315. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. - Hermeneutic dialog between Rome I and Rome II. In HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau - *A commitment to private international law: essays in honour of Hans Van Loon*. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 174, considera que os mesmos conceitos usados nos diferentes instrumentos, devem ser interpretados com o mesmo sentido. Essa ideia é expressamente prevista no considerando 17 do Regulamento Roma I quanto a prestação de serviços e a venda de bens.

⁶²⁸ Por esse motivo e reportando-se à necessidade de interpretar autonomamente a Convenção de Bruxelas, considerando que essa interpretação não se encontra apenas limitada ao corpo da Convenção, mas parece estender-se para além dele, por referência ao denominador comum de Sistema processual europeu, identificando as linhas de convergência entre regras de processo nos diferentes sistemas europeus, KERAMEUS, Konstantinos D. - International procedural harmonization and autonomous interpretation. In Talia Einhorn; Siehr, Kurt (Ed.), *Intercontinental cooperation trough private international law: essays in memory of Peter E. Nygh*. Den Haag: T.M.C. Asser Press, 2004, p. 179.

⁶²⁹ De acordo com o Aviso nº 95/92 do Ministério dos Negócios Estrangeiros (publicado no DR, I Série-A, nº 157, de 10 de julho de 1992), a Convenção de Bruxelas, com as adaptações introduzidas pelas Convenções de 1978, 1982 (Luxemburgo) e 1989 (San Sebastião), entrou em vigor para Portugal em 1 de julho de 1992. Sobre a posição da Dinamarca relativamente a esta Convenção, KÖLHER, Christian - *Vom EuGVÜ zur EuGVVO: grenzen und konsequenzen der vergemeinschaftung*. München: Verlag C. H. Beck, 2002, p. 461-484. A Convenção continua a aplicar-se aos territórios dos Estados-Membros no seu âmbito territorial de aplicação, que não se encontrem vinculados pelo Regulamento Bruxelas I de acordo com o artigo 299.º do Tratado.

⁶³⁰ Regulamento 1215/2012.

entende que, sendo as disposições desses diplomas consideradas equivalentes, se aplica ao Regulamento a interpretação das disposições dessa Convenção pelo mesmo efetuada.⁶³¹

Esta Convenção continha uma disposição idêntica à do artigo 1.º da Convenção de Roma, mas previa a sua “aplicabilidade em matéria civil e comercial e independentemente da natureza da jurisdição”.

No caso Eurocontrol⁶³² o Tribunal de Justiça entendeu que essa disposição “deve considerar-se como uma noção autónoma que é preciso interpretar fazendo referência, por um lado, aos objetivos e ao sistema da convenção, e por outro, aos princípios gerais emanantes do conjunto dos ordenamentos jurídicos nacionais”. No âmbito de aplicação temporal do Regulamento Bruxelas I, o Tribunal de Justiça mantém a mesma linha jurisprudencial.⁶³³

O Regulamento reproduz esta previsão, que já constava da Convenção de Roma no seu artigo 1.º. Esta Convenção não consagra um conceito de obrigação contratual,

⁶³¹ Neste sentido entre outros, TJ 14.03.2013, caso *Česká Spořitelna*, proc. C-419/11 [CJ (2013)] n.º 27, no qual o tribunal entendeu que: “na medida em que o Regulamento n. 44/2001 substitui, nas relações entre os Estados-Membros, a Convenção de Bruxelas (JO 1972, L 299, p. 186), conforme alterada pelas sucessivas convenções relativas à adesão de novos Estados-Membros a essa Convenção (a seguir “Convenção de Bruxelas”), a interpretação das disposições dessa Convenção fornecida pelo Tribunal de Justiça é válida igualmente para as do referido regulamento, quando as disposições desses instrumentos possam ser qualificadas de equivalentes” (TJ 25.10.2012, caso *Folien Fischer AG e Fofitec AG contra Ritrama SpA*, proc. C-133/11, n. 31, e TJ 07.02.2013, caso *Refcomp SpA contra Axa Corporate Solutions Assurance SA*, proc. C-543/10, n. 18). Apesar de tal pronúncia ter sido efetuada a propósito do artigo 13.º da Convenção de Roma e artigo 15.º do Regulamento Bruxelas I, é de entender que o mesmo princípio se aplique a todas as demais matérias, desde que seja observado o requisito da equivalência das disposições jurídicas entre os dois diplomas, o que se afigura ser o caso nas matérias aqui tratadas.

⁶³² Cfr. TJ 14.10.1976, caso *LTU Lufttransportunternehmen GmbH & Co. KG contra Eurocontrol*, proc. 29-76 [CJ (1976) p. 639]; no mesmo sentido os seguintes acórdãos TJ 30.11.76, caso *Handelskwekerij G. J. Bier BV contra Mines de potasse d'Alsace SA*, proc. 21/76 [CJ (1976) 678]; TJ 21.06.1978, caso *Bertrand contra Paul Ott KG*, proc. 150/77 [CJ (1978) 490-491] n.ºs 14 a 16; EC de 22.03.1983, caso *Martin Peters Bauunternehmung GmbH v Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*, proc. 34/82, [ECR (1983) 988]; TJ 08-03-1988, caso *SPRL Arcado contra SA Haviland*, proc. 9/87 [CJ (1988) 1551]; TJ 17.06.1992, caso *Jakob Handte & Co. GmbH contra Traitements mécano-chimiques des surfaces SA*, proc. C-26/91 [CJ (1992) I-3993] n. 10; TJ 27.10.1998, caso *Réunion européenne SA e o. contra Spliethoff's Bevrachtungskantoor BV e Capitão que comanda o navio "Alblasgracht V002"*, proc. C-51/97 [CJ (1998) I-6541] n.º 15; TJ 19.01.1993, no caso *Shearson Lehmann Hutton Inc. contra TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH*, proc. C-89/91 [CJ (1993) I-186] n.º 13; TJ 03.07.1997, no caso *Francesco Benincasa contra Dentalkit Srl*, proc. C-269/95 [CJ (1997) I-3794] n.º 12; TJ 27.04.1999, no caso *Hans-Hermann Mietz contra Intership Yachting Sneek BV*, proc. C-99/96 [CJ (1999) I-2310] n.º 26; TJ 11.07.2002, no caso *Rudolf Gabriel*, proc. C-96/00 [CJ (2002) I-6384]; TJ 01.10.2002, no caso *Verein für Konsumenteninformation contra Karl Heinz Henkel*, proc. C 167/00 [CJ (2002) I-8139] n.º 35; TJ 05.02.2004, no caso *Frahuil SA contra Assitalia SpA*, proc. C-265/02 [CJ (2004) I-1554] n.º 22; TJ 20.01.2005, caso *Petra Engler contra Janus Versand GmbH*, proc. C-27/02 [CJ (2005) I-499].

⁶³³ Cfr. TJ 06.09.2012, no caso *Daniela Mühleitner contra Ahmad Yusufi e Wadat Yusufi*, proc. C-190/11 [CJ (2012)] n. 28: “Em seguida, há que recordar que os conceitos utilizados pelo Regulamento Bruxelas I – e, nomeadamente, os constantes do artigo 15.º, n. 1, alínea c), deste regulamento – devem ser interpretados de forma autónoma, fazendo principalmente referência ao sistema e aos objetivos do referido regulamento, para assegurar a sua aplicação uniforme em todos os Estados-Membros” (TJ 20.01.2005, caso *Petra Engler contra Janus Versand GmbH*, proc. C-27/02 [CJ (2005) I-513] n. 33; TJ 07.12.2010, caso *Peter Pammer contra Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG*, proc. C-585/08 [CJ (2010) I-12591] n. 55; TJ 07.12.2010, caso *Hotel Alpenhof GesmbH contra Oliver Heller*, proc. C-144/09 [CJ (2010) I-12591].

suscitando-se assim a necessidade de determinação do conteúdo e alcance dessa previsão, considerando o disposto no artigo 18.º do texto convencional, que prevê que “na aplicação e interpretação das regras uniformes que antecedem, deve ser tido em conta o carácter internacional e a conveniência de serem interpretadas e aplicadas de modo uniforme.” Resulta desta disposição a necessidade de se proceder à interpretação das disposições da Convenção de Roma no seu âmbito de aplicação, tendo em conta os fins do DIP unificado e os fins do DIP consagrados nos Estados contratantes, afastando-se o recurso a qualquer noção prevista na legislação interna dos mesmos.⁶³⁴

O Regulamento Roma I não contém qualquer noção do que se deva entender por obrigação contratual.⁶³⁵ A natureza supranacional desta fonte de DIP, indica que a sua interpretação não pode ser restringida aos princípios e aos conceitos adotados em cada Estado-Membro; a tanto obstaria a necessidade da sua aplicação unificada. A determinação do sentido e alcance da expressão só pode assim ser efetuada de modo totalmente independente⁶³⁶ dos conceitos consagrados por cada ordenamento jurídico dos Estados-Membros, correspondendo apenas ao sentido a atribuir à expressão do que o legislador supranacional tenha pretendido consagrar. A interpretação autónoma

⁶³⁴ Assim MOSCONI, Franco; CAMPIGLIO, Cristina - Diritto internazionale privato e processuale: parte generale e contrati. 4ª ed. Milan: UTET Giuridica, 2008, p. 24-25 e o n.º 2 do artigo 2.º da Lei Italiana n.º 218/1995 com redação próxima do artigo 18.º da Convenção de Roma, inspirado sobre o artigo 7.º da Convenção sobre a compra e venda internacional de mercadorias e ainda os artigos 31.º a 33.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, assinada em 23 de maio de 1969 (a que Portugal aderiu através da Resolução da Assembleia da República n.º 67/2003, de 7 de agosto), particularmente o n.º 1 do artigo 31.º que prevê que “Um tratado deve ser interpretado de boa fé, de acordo com o sentido comum a atribuir aos termos do tratado no seu contexto e à luz dos respectivos objecto e fim.”

⁶³⁵ Tão pouco contém qualquer preceito semelhante ao artigo 18.º da Convenção de Roma, o que se justifica dado ser um instrumento comunitário que está sujeito à interpretação de acordo com os princípios desse ordenamento, sendo a sua concretização da responsabilidade das instâncias judiciais e em última análise do Tribunal de Justiça, em sede de reenvio prejudicial. Resulta dos termos da Proposta de Regulamento, (p. 3), que não houve por parte do legislador a intenção de introduzir alterações de fundo ao texto da Convenção de Roma.

⁶³⁶ Neste sentido e concluindo que da autonomia dos direitos nacionais face ao direito da União, resultante dos seus diferentes modos de formação, resulta a necessidade de interpretação autónoma deste último, sendo essa autonomia estendida ao domínio da sua aplicação, RAMOS, Rui Moura - Das comunidades à União Europeia: estudos de direito comunitário. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999 ; PINHEIRO Luís de Lima - Direito internacional privado. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. Vol. 2, p. 316; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. - Hermeneutic dialog between Rome I and Rome II. In HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau - A commitment to private international law: essays in honour of Hans Van Loon. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 169-180; POILLON-PERUZZETTO, Sylvaine; LAWNICKA, Dominika - Relevance of the distinction between the contractual and non-contractual spheres (jurisdiction and applicable law). In Jürgen Basedow [et al.], International antitrust litigation: conflict of laws and coordination. Oxford: Hart Publishing, 2012, p. 132.

vem sendo objeto de jurisprudência constante do Tribunal de Justiça,⁶³⁷ aplicando-se a todos os conceitos inclusos nos normativos oriundos da UE.⁶³⁸

Estabelecido este ponto de partida quanto à interpretação a efetuar relativamente aos conceitos utilizados nos instrumentos supranacionais de origem na UE, cumpre, em seguida, precisar o conceito de matérias contratuais.⁶³⁹ A distinção entre matérias contratuais e não contratuais, foi formalmente introduzida no ordenamento jurídico da CEE por um ato de direito comunitário complementar, a Convenção de Bruxelas.⁶⁴⁰ É uma matéria que, pela sua importância, já foi objeto de vários acórdãos do Tribunal de Justiça, embora esta instituição se tenha pronunciado sobre a interpretação da expressão matéria contratual contida no n.º 1 do artigo 5.º da Convenção de Bruxelas (atual artigo 7.º, n.º 1 do Regulamento Bruxelas I bis e ex-artigo 5.º do Regulamento Bruxelas I), decidindo que “o conceito de matéria contratual, na aceção da referida disposição, não pode ser entendido como abrangendo uma situação em que não existe nenhum compromisso livremente assumido por uma parte perante a outra.”⁶⁴¹ No entanto, em jurisprudência posterior, o Tribunal de Justiça veio esclarecer essa redação (quanto à utilização de duas negações na mesma frase),⁶⁴² decidindo que “a aplicação da regra de competência especial prevista em matéria contratual no referido artigo 5.º,

⁶³⁷ Afastando o Tribunal de Justiça a interpretação do conceito de matéria contratual de acordo com o direito interno dos Estados-Membros, posição que mantém desde o primeiro acórdão proferido sobre matérias contratuais (Peters), EC de 22.03.1983, caso Martin Peters Bauunternehmung GmbH v Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging, proc. 34/82, [ECR (1983) 988] n.º 9. No mesmo sentido, TJ 14.10.1976, caso LTU Lufttransportunternehmen GmbH & Co. KG contra Eurocontrol, proc. 29-76 [CJ (1976) 630], na qual se afirmava a interpretação autónoma a realizar quanto aos normativos europeus, afastando o recurso à interpretação de acordo com as disposições dos Estados-Membros.

⁶³⁸ Neste sentido e em jurisprudência mais recente, incidindo ainda sobre a Convenção de Roma, TJ 30.04.2014, caso Árpád Kásler e Hajnalka Káslerné Rábai contra OTP Jelzálogbank Zrt, proc. C-26/13 [CJ (2014)] n. 37; TJ 17.10.2013, caso United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV contra Navigation Maritime Bulgare, proc. C-184/12 [CJ (2013)] em especial n.º 31 relativo à necessidade de interpretação uniforme de disposições ou conceitos oriundos do Direito da UE.

⁶³⁹ Uma vez que apesar da terminologia utilizada nos dois instrumentos, o acento é colocado no negócio como salienta PINHEIRO, Luís de Lima - Direito internacional privado. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. Vol. 2, p. 316.

⁶⁴⁰ De acordo com o Aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros nº 95/92 (publicado no DR, I Série-A, nº 157, de 10 de julho de 1992), a Convenção de Bruxelas, com as alterações introduzidas pelas Convenções de 1978, 1982 e 1989, entrou em vigor para Portugal em 1 de julho de 1992.

⁶⁴¹ Cfr. TJ 17.06.1992, caso Jakob Handte & Co. GmbH contra Traitements mécano-chimiques des surfaces SA, proc. C-26/91 [CJ (1992) I-3990] n.º 15. No mesmo acórdão, n.º 20, o Tribunal também entendeu que “para além de não existir qualquer relação contratual entre o fabricante e o subadquirente e de aquele não assumir qualquer obrigação de natureza contratual relativamente a este comprador, verifica-se que, na maior parte dos Estados contratantes, a responsabilidade do fabricante perante o subadquirente pelos vícios da coisa vendida é considerado como não sendo de natureza contratual.” Esta jurisprudência foi seguida nos seguintes acórdãos: TJ 27.10.1998, caso Réunion européenne SA e o. contra Spliethoff's Bevrachtungskantoor BV e Capitão que comanda o navio "Alblasgracht V002", proc. C-51/97 [CJ (1998) I-6534]; TJ 17.09.2002, caso Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA contra Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS), proc. C-334/00 [CJ (2002) p. I-7393] n.º 22; TJ 05.02.2004, no caso Frahuil SA contra Assitalia SpA, proc. C-265/02 [CJ (2004) I-1546].

⁶⁴² Que havia suscitado alguma controvérsia, veja-se neste sentido e entendendo que tal decisão não significa o mesmo que considerar que tem de haver uma obrigação assumida livremente para o artigo 5.º, n.º 1 ser aplicado, CALSTER, Geert Van - European private international law. New Delhi: Hart Publishing, 2016, p. 87.

n.º 1, pressupõe a determinação de uma obrigação jurídica livremente assumida por uma pessoa para com outra e que está na origem da ação do demandante”.⁶⁴³

Por outro lado, a aplicação dessa disposição legal não está dependente da celebração de um contrato.⁶⁴⁴ O mencionado tribunal considera que, independentemente da celebração ou não de “um contrato, é, contudo, indispensável a identificação de uma obrigação para a aplicação dessa disposição, enquanto critério de determinação da competência jurisdicional, podendo a mesma ser unilateral, como decorre do Caso Engler,⁶⁴⁵ no qual o Tribunal de Justiça considerou que a ação destinada a exigir o pagamento de prémio prometido a um cidadão tem natureza contratual na aceção do n.º 1 do artigo 5.º da Convenção de Bruxelas.

Assim, a expressão “obrigações contratuais” deve ser interpretada em sentido lato, incluindo qualquer obrigação, quer resultante de um contrato, quer de um negócio

⁶⁴³ TJ 20.01.2005, caso Petra Engler contra Janus Versand GmbH, proc. C-27/02 [CJ (2005) I-518] n.º 51 jurisprudência confirmada recentemente, TJ 14.03.2013, caso Česká Spořitelna, proc. C-419/11 [CJ (2013)] n.º 27. Ficam em qualquer caso excluídas as ações instauradas por entidades que não sejam partes da relação contratual (quer se trate de um ente público que age no exercício do seu poder de autoridade, quer se trate de uma pessoa coletiva que intervém enquanto “cessionário dos direitos de um consumidor final privado”). Acórdão do TJ 01.10.2002, no caso Verein für Konsumenteninformation contra Karl Heinz Henkel, proc. C 167/00 [CJ (2002) I-8138 – I-8140] n.ºs 33 e 39; e relativamente à intervenção de um ente público no exercício do seu poder de autoridade (à *contrario sensu*), TJ 15.05.2003, caso Préservatrice Foncière TIARD SA contra Staat der Nederlanden, processo C-266/01 [CJ (2003) I-4893 – I-4894] n.º 36, ainda que em ação destinada a obter uma indemnização decorrente de uma relação contratual, TJ 15.02.2007, caso Eirini Lechouritou e outros contra Dimosio tis Omospondiakis Dimokratias tis Germanias, proc. C-292/05 [CJ (2007) I-1555] n.º 38. No mesmo sentido, relativamente ao exercício do direito de regresso quanto a um contrato de fiança celebrado sem conhecimento do devedor principal, TJ 05.02.2004, no caso Frahuil SA contra Assitalia SpA, proc. C-265/02 [CJ (2004) I-1555] n.º 26.

⁶⁴⁴ TJ 17.09.2002, caso Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA contra Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS), proc. C-334/00 [CJ (2002) p. I-7393] n.º 22. Neste processo o TCE pronuncia-se no âmbito de uma ação de indemnização instaurada pela Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA, sociedade regida pelo direito italiano, com sede em Perugia (Itália), e a Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH, sociedade regida pelo direito alemão, com sede na República Federal da Alemanha, na qual a primeira pretende ser indemnizada em sede de responsabilidade pré-contratual com fundamento na violação por parte da segunda, “dos deveres de lealdade e de boa fé durante as negociações para a formação de um contrato.”

⁶⁴⁵ Cfr. TJ 20.01.2005, caso Petra Engler contra Janus Versand GmbH, proc. C-27/02 [CJ (2005) I-520] que decidiu da seguinte forma: “a acção judicial através da qual um consumidor pretende obter a condenação, ao abrigo da legislação do Estado contratante em cujo território reside, de uma sociedade de vendas por correspondência, cuja sede se situa noutro Estado contratante, na entrega de um prémio que aparentemente ganhou tem natureza contratual, na aceção do artigo 5.º, ponto 1, da referida Convenção, desde que, por um lado, essa sociedade, com o objectivo de incitar o consumidor a contratar, tenha nominativamente endereçado a este último uma carta susceptível de dar a impressão de que lhe será atribuído um prémio quando o vale de pagamento incluído nessa carta seja devolvido pelo interessado e que, por outro, o referido consumidor aceite as condições estipuladas pelo vendedor e reclame efectivamente o pagamento do prémio prometido; em contrapartida, embora a referida carta inclua também um catálogo publicitário de produtos da mesma sociedade, acompanhado de um impresso de encomenda-teste não obrigatória, a dupla circunstância de a atribuição do prémio não depender da encomenda de mercadorias e de o consumidor não ter, efectivamente, feito essa encomenda é irrelevante para a referida interpretação.”

jurídico unilateral, e a existência de matéria contratual depende da assunção livre dessas obrigações entre as partes ou por uma parte em relação à outra.⁶⁴⁶

Tal posição jurisprudencial corresponde ao entendimento da doutrina majoritária quanto à interpretação da expressão “obrigações contratuais”, como sendo as que derivam de um contrato,⁶⁴⁷ cumulada com uma posição inicialmente minoritária que defendia que a Convenção de Roma se aplicava também aos negócios jurídicos unilaterais.⁶⁴⁸

Resulta da posição vertida pelo Tribunal de Justiça que o conceito de matéria contratual abrange quer os negócios jurídicos bilaterais, quer os negócios jurídicos unilaterais, em certas condições, acrescentando ainda a identificação de uma obrigação, e a assunção livre desta pelas partes ou parte, consoante o negócio jurídico subjacente seja bilateral ou unilateral.

Tal jurisprudência, acompanhada pela doutrina, tem a consequência de afastar o exclusivo âmbito de aplicação do Regulamento a contratos.

2.2. MATÉRIAS CIVIS E COMERCIAIS

O Regulamento Roma I, vem aditar à expressão “obrigações contratuais”, a distinção entre matérias civis e comerciais.⁶⁴⁹ Esta dicotomia tem por efeito distinguir com maior clareza o âmbito de aplicação do regulamento face à Convenção de Roma.⁶⁵⁰

⁶⁴⁶ VILÀ COSTA, Blanca - How to apply Art 5 (1) and 5 (3) of the Brussels I regulation to private enforcement of competition law: a coherent approach. In Jürgen Basedow [et al.], International antitrust litigation: conflicts of laws and coordination. Oxford: Hart Publishing, 2012, p. 23-24.

⁶⁴⁷ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier - Curso de contratación internacional. 2ª ed. Madrid: Colex, 2006, p. 86; ESPLUGUES MOTA, Carlos (Coord.) - Contratación internacional. 2ª ed. Valência: Tirant lo Blanch, 1999, p. 62; PINHEIRO, Luís de Lima - Direito internacional privado. Coimbra: Almedina, 2002, Vol. 2, p. 181; PINHEIRO, Luís de Lima - Direito internacional privado. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. Vol. 2, p. 316; VICENTE, Dário Moura - Direito internacional privado: ensaios. Coimbra: Almedina, 2001, p. 423, considera que “a conclusão de que o núcleo essencial do conceito de obrigação contratual, para efeitos da Convenção de Roma, apenas compreende o dever de prestar e o correlativo poder de exigir a prestação, emergentes do contrato, que vinculem pessoas determinadas ou determináveis, bem como o dever de indemnizar consequente ao seu incumprimento – pois que só na relação creditícia assim constituída se podem considerar predominantes os interesses e valores que justificam as conexões adoptadas pela Convenção.”

⁶⁴⁸ Neste sentido BORTOLOTTI, Fabio - Diritto dei contratti internazionali: manuale di diritto commerciale internazionale. Milano: CEDAM, 1997, p. 187. E em sentido contrário, VICENTE, Dário Moura - Direito internacional privado: ensaios. Coimbra: Almedina, 2005. Vol. 2, p. 126.

⁶⁴⁹ A introdução da especificação quanto à aplicação do regulamento a obrigações contratuais em matéria civil e comercial, foi determinada pela necessidade de alinhar o âmbito de aplicação do Regulamento Roma I com os Regulamentos Bruxelas I e Roma II, como resulta da proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I). Documento COM (2005) 650 final, p. 5.

⁶⁵⁰ O escopo desta introdução parece ficar confinado à expressa exclusão de outro tipo de obrigações, designadamente, as resultantes de matérias administrativas. A jurisprudência do Tribunal de Justiça afasta, após afirmar o princípio da interpretação autónoma do conceito de “matéria civil e comercial” nos casos relativos a litígios entre uma entidade pública e uma entidade privada, se aquela atuar no exercício da sua autoridade pública. Neste sentido, TJ 28.04.2009, caso Meletis Apostolides contra David Charles Orms e

Esta distinção, como veremos, não possibilita a formulação de conclusões quanto à sujeição dos atos, do ponto de vista do direito interno vigente nos Estados-Membros, ou em Estados terceiros, ao direito civil ou ao direito comercial, dado que o caráter civil ou comercial da obrigação só pode ser apurado em função da lei cuja competência seja determinada para regulação da mesma.⁶⁵¹ Dada a diversidade de soluções adotadas pelos diferentes legisladores quanto à caracterização dos atos como integrando matérias civis ou comerciais, por um lado, e à caracterização das operações mediante a caracterização das atividades desenvolvidas pelos agentes económicos, a comercialidade relevante para o direito de conflitos segue critérios autónomos.

2.2.1. A COMERCIALIDADE RELEVANTE

A expansão da atividade comercial, sobretudo após o início da segunda metade da idade média, e grandemente impulsionada com o mercantilismo, motivou o interesse pelo comércio internacional antes mesmo de este se manifestar quanto ao comércio interno.⁶⁵² A movimentação de mercadorias, de serviços e de capitais, a que nas últimas décadas se juntou a circulação de pessoas, criam uma intensa teia de relações transnacionais. E de acordo com Isabel de Magalhães Collaço⁶⁵³ “é a esta rede de interesses criados por sobre as fronteiras dos Estados, que constitui a vida privada internacional, que alguns denominam também o comércio internacional, tomada a expressão no seu mais amplo sentido”. A preocupação das empresas quanto ao escoamento das suas produções, traduzido na procura e conquista de novos mercados, aliada às facilidades de deslocação de mercadorias e de deslocalização de produções, assim como às liberdades de prestação de serviços, de estabelecimento, de circulação de pessoas e de circulação de capitais, ao nível da UE, conduzem a uma intensificação das relações comerciais além-fronteiras. O surgimento de novas tecnologias de comunicação à distância vem contribuir para um desenvolvimento exponencial do comércio internacional, passando os meios eletrónicos a assumir um papel relevante neste âmbito, suscitando crescentemente o interesse dos comerciantes e o desenvolvimento de novas estratégias com o objetivo de reforçar a conquista de mercados por essa via.⁶⁵⁴

Linda Elizabeth Orams, proc. C-420/07 [CJ (2009)] n.ºs 42 e 43.

⁶⁵¹ Neste sentido, JITTA, D. Josephus - *La substance des obligations dans le droit international privé*. Paris: Librairie Belifante Frères: 1906, t. 1, p. 30.

⁶⁵² SZRAMKIEWICZ, R. - *Histoire du droit des affaires*. Paris: Montchrestien, 1999, p. 31.

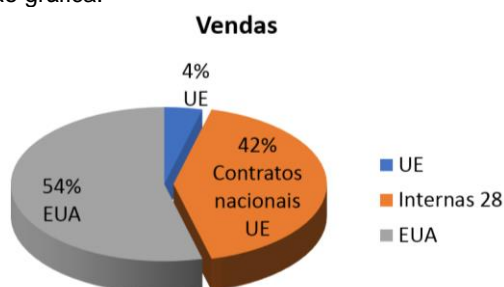
⁶⁵³ COLLAÇO, Isabel de Magalhães *Direito – Direito internacional privado: reedição das lições proferidas ao 5.º ano jurídico: 1958-1959*. 1966, p. 16.

⁶⁵⁴ A este título, a estratégia da UE relativa ao mercado único digital [COM (2015) 192 final], que identifica o objetivo de captar transações comerciais concretizadas eletronicamente, que vêm sendo desenvolvidas no mercado dos Estados Unidos da América, para o mercado europeu. Em dados fornecidos pela Comissão

A determinação da comercialidade relevante suscita dificuldades. Não tanto pelo que respeita à natureza do direito que rege as relações comerciais, que não colidindo com o poder de autoridade dos Estados⁶⁵⁵ – dado que as operações comerciais internacionais se desenrolam maioritariamente entre agentes económicos privados –, são reguladas, em grande medida, pelo direito privado.⁶⁵⁶ Mas, sobretudo, devido às disparidades legislativas em matéria de consagração da comercialidade das atividades.

A qualificação de um contrato internacional, como comercial é, quer em consequência das vicissitudes apontadas, quer considerando a dinâmica própria do ordenamento da UE, nos aspetos de formação e aplicação dos seus normativos, verificada em função de critérios autónomos relativamente àqueles que são usados nos diversos direitos internos.⁶⁵⁷ A atividade comercial ao nível internacional não pode encontrar limites, quanto à sua caracterização enquanto tal, com efeitos também ao nível do seu enquadramento legal, em qualquer legislação interna. O comércio internacional funciona como um laboratório de criação de novas realidades contratuais,⁶⁵⁸ seguindo os

Europeia, de um total de população de €503 milhões, 62% da população usa a internet diariamente, e do total de transações comerciais efetuadas, apenas 4% dizem respeito a transações intraeuropeias, contra 54% de transações com o mercado dos EUA e 42% de transações nos mercados nacionais dos Estados-Membros. Numa representação gráfica:



Essa estratégia dirige-se assim à conquista de transações para o mercado intraeuropeu, substituindo o mercado dos Estados Unidos da América, com o que a Comissão Europeia estima que se poderá alcançar um incremento económico até €415 biliões e a criação de milhares de postos de trabalho. Apesar de estes dados se reportarem ao comércio de retalho, não podemos deixar de considerar que esse incremento resulta também de um conseqüente incremento da produção no mercado intraeuropeu que tem expressão muito significativa nas relações entre produtores e intermediários nesse mercado e ao nível do mercado internacional.

⁶⁵⁵ O que não significa que um Estado não possa ser parte num contrato internacional, intervindo desprovido do seu poder de autoridade, por ter renunciado à invocação do seu *ius imperii*, ou por ter praticado o ato ao abrigo do seu poder de gestão. No entanto, não intervém na qualidade de agente económico no comércio internacional. Tal possibilidade encontra-se prevista na alínea b) do n.º 2 do artigo 10.º da Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e dos seus Bens, aberta à assinatura em Nova Iorque, em 17 de janeiro de 2005, assinada por Portugal em 25 de fevereiro de 2005, aprovada por Resolução da Assembleia da República n.º 46/2006 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 57/2006 de 20 de junho, atos publicados no DR - I Série A, N.º 117, de 20 de junho de 2006.

⁶⁵⁶ No sentido da regulação exclusiva por direito privado, BÉGUIN, J.; MENJUCQ, Michel - Droit du commerce international. Paris: Litec, 2005, p. 5.

⁶⁵⁷ PINHEIRO, Luis de Lima - Direito comercial internacional. Coimbra: Almedina, 2005, p. 1 e ss.

⁶⁵⁸ Neste sentido, considerando que os contratos internacionais se têm “oferecido, sob o ponto de vista técnico-jurídico, também como particularmente inovadores em relação às formas contratuais internas, ou, quando menos, como o terreno mais fértil para o desenvolvimento de inovações”. SANTOS JÚNIOR, Eduardo dos - Sobre o conceito de contrato internacional. In Jorge Miranda [et al.], Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos. Coimbra: Almedina, 2005, p. 161 e p. 166 e ss., referindo-se aos contratos de engenharia global como “surgidos de uma prática negocial que é inventiva, e no espaço

legisladores internos, por vezes, os seus passos. É nessa incubadora de novas atividades, mas também de novas soluções para problemas concretos, que surgem novidades ao nível da utilização de novas figuras contratuais, mas também de novas formas de regulação das novas atividades ou das já consagradas. O elenco de atividades que, de acordo com a legislação de um país, são consideradas comerciais será naturalmente diferente de outros; tal pode decorrer quer da existência de legislações mais modernas ou mais antigas, ou das diferentes opções legislativas consagradas, ou mesmo resultar da filosofia do sistema jurídico concretamente aplicável, serem parcas as disposições legais na matéria.⁶⁵⁹ A previsão interna, ao nível de cada Estado, de atividades que são consideradas comerciais é mais restrita do que a existente numa realidade em constante mutação e que é constituída pela prática comercial internacional. As atividades consideradas comerciais nesse âmbito, são necessariamente mais abrangentes, não se limitando nem em existência, nem em classificação, às previsões estaduais.⁶⁶⁰ Deste modo, pode uma atividade que é considerada civil num dado país, ser considerada comercial ao nível da prática comercial internacional ou vice-versa.

A dificuldade de definir um conceito de comercialidade relevante ao nível internacional,⁶⁶¹ tem determinado, por parte dos respetivos legisladores, a mera inclusão de uma referência genérica ao conceito, por vezes acompanhada de uma enumeração exemplificativa de situações consideradas como fazendo parte do contexto comercial. Esta metodologia é usada na Lei-Modelo da CNUDCI sobre a arbitragem comercial internacional,⁶⁶² a qual, apesar de prever que se aplica à arbitragem comercial internacional, apenas faz constar, em nota de rodapé, a necessidade de uma interpretação, em sentido amplo, do termo comercial "...de tal modo que abranja as questões suscitadas por qualquer relação de carácter comercial, contratual ou

de liberdade jurígena", SANTOS JÚNIOR, Eduardo dos - Especialização e mobilidade temática do direito comercial internacional como disciplina de mestrado - uma aplicação: os contratos internacionais de engenharia global. Coimbra: Almedina, 2009, p. 184.

⁶⁵⁹ Como é próprio do sistema da anglo-americano, avesso por princípio à lei e à codificação, baseando-se sobretudo na *precedent law* e na *equity*. Em face deste sistema, a recolha e estudo da jurisprudência podem resolver a questão.

⁶⁶⁰ O comércio internacional não fica limitado ao critério de qualquer legislador interno que considere que certas atividades não são comerciais, e que outras o serão, nem às divergências doutrinárias ou jurisprudenciais existentes a propósito das suas consagrações. Tenha-se presente a divergência doutrinária que existiu no nosso país a propósito das cooperativas e sobre a questão de saber se podiam praticar atos dos quais resultasse um superavit.

⁶⁶¹ A que fazem referência SOARES, Maria Ângela Bento; RAMOS, Rui Moura – Contratos internacionais, compra e venda, cláusulas penais, arbitragem. Coimbra: Almedina, 1995, p. 330, a propósito da Lei-Modelo da CNUDCI sobre a arbitragem comercial internacional de 1985.

⁶⁶² De 1985, alterada em 2006, que prevê, quanto ao seu âmbito de aplicação, entre outros, a natureza comercial da questão *sub iudice*, sem adiantar qualquer conceito sobre a matéria, que não seja a remissão para certas figuras contratuais. Sobre esta lei-modelo, RODRÍGUEZ MEJÍA, Marcela - *Ley modelo de la Uncitral*. In ZAPATA GIRALDO, Adriana, dir. ; OVIEDO ALBÁN, Jorge, dir. ; GOMÉZ DOMÍNGUEZ, Luis Alfonso, dir. - Contratación internacional. Colombia : Universidad Externado de Colombia, 2018. p. 333-372.

extracontratual”. Para além dessa referência, o texto convencional inclui na mesma nota de rodapé a alusão a algumas figuras contratuais consideradas comerciais, a título meramente exemplificativo.⁶⁶³ A mesma metodologia é seguida na Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e dos seus Bens, que, para os efeitos da sua aplicação, considera transação comercial: “a) qualquer contrato ou transação comercial para a venda de bens ou prestação de serviços; de empréstimo ou outra transação de natureza financeira, incluindo qualquer garantia obrigacional e obrigação de indemnização relativamente aos mesmos (i) e ii) do n.º 1 do artigo 2.º.” A Convenção inclui, ainda, uma cláusula mais abrangente em iii) do mesmo preceito, nos termos da qual se considera comercial qualquer outro contrato ou transação de natureza comercial, industrial ou profissional, excluindo contratos de trabalho. Após esta enumeração prevê a Convenção os critérios de comercialidade relevantes, que são a natureza do contrato ou transação, o seu objetivo – caso as partes tenham convencionado atribuir-lhe relevância, e a prática dos tribunais do foro quanto a considerarem a operação como comercial ou não (n.º 2 do artigo 2.º).⁶⁶⁴

Noutros instrumentos, faz-se constar a irrelevância da natureza ou da índole do contrato⁶⁶⁵ para efeitos de determinação do seu âmbito de aplicação, como forma de afastar as dificuldades decorrentes da consagração de qualquer critério de comercialidade. Tal é o caso da Convenção das Nações Unidas sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias,⁶⁶⁶ em cujo número 3 do artigo 1.º se afasta a relevância “do carácter civil ou comercial das partes ou do contrato”, prevendo-se que tais aspetos não são tomados em consideração para a aplicação da Convenção.⁶⁶⁷

⁶⁶³ Como resulta do teor da 2.ª nota de rodapé do documento: “as transacções comerciais, incluem, mas não se encontram restritas às seguintes transacções: qualquer fornecimento de bens ou serviços, acordos de distribuição, representação ou agência comercial, facturação, *leasing*, construção civil, consultadoria, engenharia, licenças, investimento, financiamento, operações financeiras, seguros, acordo de exploração ou de concessão, co-emprego, e outras formas de cooperação industrial ou comercial, transportes de bens ou de passageiros por ar, mar, caminhos de ferro ou por estrada.” Dada a inexistência de qualquer definição, o legislador sentiu a necessidade de introduzir uma referência à necessidade de uma interpretação lata do termo que abranja as questões decorrentes de qualquer relação de natureza comercial. Mais se prevê a necessidade de autonomização do conceito por referência aos conceitos de comercialidade previstos nos ordenamentos nacionais.

⁶⁶⁴ Tais conceitos são objeto de uma interpretação autónoma (n.º 3 do artigo 3.º).

⁶⁶⁵ Na terminologia de SOARES, Maria Ângela Bento; RAMOS, Rui Moura – Contratos internacionais, compra e venda, cláusulas penais, arbitragem. Coimbra: Almedina, 1995, p. 25.

⁶⁶⁶ Aprovada pela Conferência das Nações Unidas sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias que teve lugar em Viena de 10 de março a 11 de abril de 1980.

⁶⁶⁷ Considerando que a não consideração do carácter civil ou comercial da transação ou dos seus intervenientes, resulta da “dificuldade de encontrar sentido útil para tal distinção à face do grande número de legislações e da intenção de potenciar ao máximo o domínio de aplicação da nova regulamentação, SOARES, Maria Ângela Bento; RAMOS, Rui Moura – Contratos internacionais, compra e venda, cláusulas penais, arbitragem. Coimbra: Almedina, 1995, p. 25-26.

Diferente é a solução consagrada no Direito europeu comum da compra e venda.⁶⁶⁸ Este regime prevê a sua aplicação “se o vendedor dos bens ou o fornecedor dos conteúdos digitais for um profissional e entre profissionais” (artigo 7.º), o que abrange pequenas, médias e grandes empresas, e outras entidades dotadas ou não de personalidade jurídica (n.º 4, 1.ª parte), limitando a sua aplicação, no caso de todas as partes contratuais serem profissionais, à situação de pelo menos uma delas ser uma PME.⁶⁶⁹ Na Resolução Legislativa do Parlamento Europeu e do Conselho de 26.02.2014,⁶⁷⁰ sugeria-se a introdução de aplicação desse regime aos contratos celebrados entre grandes comerciantes (B2B). Para além da intervenção de empresas estão também incluídos os comerciantes não organizados sob essa forma jurídica. A alusão da proposta a profissionais inclui quaisquer profissionais independentemente da sua organização, o que significa que o profissional pode ser também uma pessoa singular (n.º 4, 2.ª parte). Em face deste regime, a comercialidade do contrato resulta da atuação das partes no exercício do seu comércio.⁶⁷¹ A mesma solução foi aplicada nos Princípios da Haia sobre a lei aplicável aos contratos comerciais internacionais (Princípios da Haia). Nestes apenas se considera a escolha de lei aplicável a tais contratos; determinando-se a comercialidade do contrato em função da atuação das partes no exercício do seu comércio ou profissão (artigo 1.º/1).⁶⁷²

A Convenção de Roma não distingue entre obrigações civis e comerciais, aludindo apenas a obrigações contratuais. O Regulamento Roma I prevê a sua aplicação a obrigações civis e comerciais. No entanto, este instrumento não contém qualquer orientação quanto ao que deva entender-se, para efeitos da sua aplicação, por obrigação comercial. Para além disso, não identifica quaisquer obrigações que devam qualificar-se como obrigações contratuais do ponto de vista comercial, remetendo em

⁶⁶⁸ Constante da Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um direito europeu comum da compra e venda, Documento COM (2011) 635 final.

⁶⁶⁹ Nos termos da proposta de regulamento (art.º 7.º, n.º 2), considera-se PME um profissional que “a) Emprega menos de 250 pessoas; e b) Tem um volume de negócios anual que não excede 50 milhões de EUR ou um balanço anual total que não excede 43 milhões de EUR, ou, no caso das PME com residência habitual num Estado-Membro cuja moeda não é o euro ou num país terceiro, o montante equivalente na moeda desse Estado-Membro ou país terceiro. “

⁶⁷⁰ UNIÃO EUROPEIA. Parlamento - Resolução legislativa do Parlamento Europeu, de 26 de fevereiro de 2014, sobre a proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um Direito europeu comum da compra e venda (COM(2011)0635 – C7-0329/2011 – 2011/0284(COD)).

⁶⁷¹ No entanto, este regime também prevê a sua aplicação às situações transnacionais de consumo, tal como se encontrava já previsto no Quadro Comum de Referência (QCR) e Princípios de Direito Europeu dos Contratos (PDEC) e no Livro Verde da Comissão sobre um direito europeu dos contratos para os consumidores e para as empresas (COM/2010/348 final) e que como tal era objeto de críticas pela doutrina. Neste sentido, MOSS, Giuditta Cordero - Commercial contracts and European private law. In Christian Twigg-Flesner (Ed.), *European Union private law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 152 e ss.

⁶⁷² Este instrumento exclui expressamente a sua aplicação aos contratos celebrados com consumidores e aos contratos de trabalho.

caso de falta de eleição da lei aplicável, exclusivamente para tipos contratuais cuja classificação tanto pode resultar como comercial, como não comercial.

Entendemos que não são considerados como comerciais, os contratos celebrados com consumidores finais ou entre consumidores finais,⁶⁷³ os contratos de trabalho⁶⁷⁴ e os contratos de seguro.

Nestes, a desigualdade económica entre as partes impõe a consagração de um regime jurídico de proteção à parte mais fraca,⁶⁷⁵ que determina limitações acrescidas à autonomia da vontade.⁶⁷⁶ Tal quadro legal impede a caracterização de tais contratos como comerciais. Nos contratos comerciais, as partes estão estruturalmente numa posição de igualdade,⁶⁷⁷ não existindo a preocupação de proteção à parte considerada mais fraca,⁶⁷⁸ o que, em geral⁶⁷⁹ justifica que não haja preocupação quanto à limitação da escolha da lei, enquanto forma de alterar o regime jurídico aplicável ao contrato, que pode levar à redução do nível de proteção a uma das partes.⁶⁸⁰

Desta forma a comercialidade relevante ao nível internacional dificilmente pode ser qualificada de um ponto de vista substancial ou segundo um critério objetivo que

⁶⁷³ PINHEIRO, Luis de Lima - Direito comercial internacional. Coimbra: Almedina, 2005, p. 59.

⁶⁷⁴ RAMOS, Rui Moura - Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional. Coimbra: Almedina, 1991.

⁶⁷⁵ VISHNER, Frank - The antagonism between legal security and the search for justice in the field of contracts. RCADI. 142 (1974) 1 e ss.

⁶⁷⁶ Sob pena de a autonomia da vontade não ser vista como uma oportunidade, mas como uma ameaça, como salienta VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de - Notes on an unstable couple: party autonomy and public policy in the hague principles on choice of law in international commercial contracts. YPIL. 17 (2015/2016) 51.

⁶⁷⁷ Ainda que seja possível apurar em cada situação, fragilidades de ambas ou de uma das partes em relação à outra. Uma fragilidade traduz-se num decréscimo de poder negocial, seja qual for a sua origem. Em razão dessa imparidade negocial, uma parte pode conseguir impor certas condições negociais, nas quais se incluem a lei aplicável e o foro, normalmente sugeridos sem possibilidade de negociação.

⁶⁷⁸ Sobre esta preocupação em geral no domínio dos contratos, POCAR, Fausto - La protection de la partie faible en droit international privé. RCADI. 188 (1984) 339-417.

⁶⁷⁹ Também quanto a este tipo de contratos é possível identificar a existência de uma parte mais fraca, mas ainda assim não se prevê uma proteção em especial, de âmbito geral, no regime geral da contratação internacional, com exceções. Tal é o caso do contrato de agência, em que não obstante os intervenientes agirem no exercício da sua profissão, o agente se encontra normalmente numa posição de fragilidade ou debilidade face ao contratante principal. Essa posição de desfavorecimento é normalmente considerada e protegida pelas legislações nacionais, em consequência da transposição do regime da Diretiva n.º 86/653/CEE do Conselho, de 18 de dezembro de 1986, através da previsão de normas internacionalmente imperativas, na aceção do Regulamento Roma I, que verificados os respetivos pressupostos de aplicação, se sobrepõem às disposições de direito substantivo da lei escolhida pelas partes, ou daquelas que resultem aplicáveis por aplicação dos critérios supletivos em caso de não ter sido escolhida a lei aplicável. Tal posição é também sufragada pela Jurisprudência da UE. No direito português, nos termos do disposto no artigo 38.º do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de julho, na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 118/93, de 13 de abril, o contrato de agência que se desenvolva preponderantemente ou exclusivamente em território português é regido pela lei portuguesa, no que respeita ao regime de cessação, independentemente da lei escolhida pelas partes, em tudo o que resulte num tratamento mais favorável para o agente. Este pode ser um dos casos em que a proteção assegurada por disposições de direito interno dos Estados pode ficar prejudicada com uma possível sujeição do contrato a regras não estatais, opção que embora possa ser permitida pela lei do foro, pode acarretar esta consequência.

⁶⁸⁰ RAMOS, Rui Moura - Lugar da prestação habitual do trabalho e direito internacional privado da União Europeia. Revista de Legislação e de Jurisprudência. 142 : 3981 (2013) 391.

identifique as atividades comerciais, devendo antes ser delimitada por recurso a um critério subjetivo orientado pela natureza empresarial, ou na falta desta, por profissionais independentes no exercício do seu comércio ou profissão, independentemente de desenvolverem a sua atividade com o apoio de uma estrutura organizada.⁶⁸¹

⁶⁸¹ Neste sentido, considerando “comerciais, os contratos celebrados entre entes empresariais, bem como aqueles que são celebrados por profissionais independentes no âmbito da sua actividade profissional e independentemente de possuírem uma organização ou estrutura empresarial.” PINHEIRO, Luis de Lima - Direito comercial internacional. Coimbra: Almedina, 2005, p. 59.

3. A INTERNACIONALIDADE DO CONTRATO

3.1. INTRODUÇÃO

O regime contemplado no Regulamento Roma I é aplicável às situações que impliquem um conflito de leis. Trata-se de um regime importante ao nível dos contratos comerciais internacionais, sendo mesmo o mais relevante ao nível da União Europeia.⁶⁸² A existência de um conflito de leis, depende, em abstrato, dos critérios de internacionalidade relevante. A este propósito a doutrina identifica critérios jurídicos e económicos, objetivos e subjetivos. A ideia de conexão não se esgota na ligação a mais de um Estado. A conexão tem de ser enquadrada a dois níveis, num primeiro, que antecede a determinação da *lex contractus*, é ponderada a existência de uma situação transnacional, de acordo com o critério de internacionalidade que for considerado relevante. Apenas num segundo momento se atende à conexão adequada para fornecer o regime jurídico aplicável à situação transnacional. Determinado o âmbito internacional da obrigação, é mister determinar a lei que a deve regular, quer por verificação e aplicação da lei escolhida pelas partes, quer mediante a determinação que seja possível efetuar com recurso a critérios supletivos.

A consagração de um regime jurídico “aplicável às obrigações contratuais, nas situações que impliquem um conflito de leis”, quer pela Convenção de Roma, quer pelo Regulamento Roma I, suscita algumas dificuldades. O legislador, em ambas as situações, não manifestou qualquer entendimento quanto ao conceito de obrigações contratuais, nem quanto ao conceito de conflito de leis. Não previu qualquer noção de contrato internacional, nem especificou no âmbito do Regulamento Roma I, o que se deve entender por matérias civis e comerciais. Neste último diploma restringiu o âmbito de aplicação relativamente à Convenção de Roma, excluindo expressamente a sua aplicação às matérias administrativas. O legislador uniforme encontra na jurisprudência da UE o amparo necessário à aplicação unificada dos seus normativos. A ação do Tribunal de Justiça é fundamental no desenvolvimento de um quadro jurídico unificado, na medida em que interpreta conceitos utilizados nos normativos oriundos dessa estrutura supraestadual, quer de forma autónoma quer garantindo a continuidade dos conceitos utilizados nos diversos normativos.⁶⁸³ É por essa via, essencialmente, que se

⁶⁸² Embora o seu estudo suplante o âmbito de aplicação do Regulamento Roma I, uma vez que interessa também ao Direito comercial internacional, ao Direito económico e ao Direito económico internacional.

⁶⁸³ Constituindo expressão legislativa dessa preocupação a referência à aplicação coerente do Regulamento Roma I face ao Regulamento Bruxelas I e ao Regulamento Roma II, vertida no considerando 7.º daquele instrumento e que constava já da proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais [COM (2005) 650 final], documento no qual a Comissão salientava, no considerando 6.º, que o âmbito de aplicação do normativo proposto devia ser

torna possível uma delimitação segura dos conceitos de matérias contratuais e de obrigações civis e comerciais. No que respeita à internacionalidade dos contratos, para além da jurisprudência, em particular francesa, assume também relevância a doutrina internacional, pois nesta matéria, o “critério de transnacionalidade relevante depende das normas de direito internacional privado em causa. A relevância dos contatos com mais de um Estado soberano pode variar conforme o setor do DIP em jogo (designadamente conforme se trate de direito de conflitos geral, direito de conflitos da arbitragem transnacional ou de direito do reconhecimento) e consoante a matéria em causa.”⁶⁸⁴ Por tais motivos nos propomos analisar os critérios de internacionalidade relevantes considerados a propósito do Regulamento Roma I e do seu instrumento homólogo, distinguindo a conexão relevante para efeitos de internacionalização do contrato, relativamente à conexão adequada quanto à regulamentação do contrato comercial internacional. Cabe, ainda, apreciar a diversidade de critérios consagrados ou previstos em diferentes instrumentos, concluindo pelo critério de internacionalidade relevante quanto àqueles instrumentos.

Nem o Regulamento Roma I, nem a Convenção de Roma, prevêm uma noção de contrato internacional. O Regulamento Roma I, à semelhança do seu instrumento homólogo, a Convenção de Roma, prevê o seu âmbito de aplicação às situações que impliquem um conflito de leis (artigo 1, n.º 1).

Neste último instrumento, constava do anteprojecto (1972)⁶⁸⁵ que o mesmo se aplicava a “situações tendo um carácter internacional”. O propósito dessa previsão era o de subsumir o conjunto das normas convencionais a um critério único de internacionalidade. Na versão final, a Convenção prevê a sua aplicação a situações que impliquem um conflito de leis.

Como referimos supra, no artigo 1.º do Regulamento Roma I e sob a epígrafe âmbito de aplicação, dispôs o legislador que o “regulamento é aplicável às obrigações contratuais em matéria civil e comercial que impliquem um conflito de leis.” No caso vertente, apenas nos debruçamos sobre as obrigações contratuais que configurem um contrato.⁶⁸⁶

concretizado de forma a assegurar a coerência com o Regulamento Bruxelas I e o Regulamento Roma II, p. 11.

⁶⁸⁴ Assim, quanto à Convenção de Roma, PINHEIRO, Luís de Lima - Direito internacional privado. Coimbra: Almedina, 1999. Vol. I, p. 167; já no âmbito do Regulamento Roma I, PINHEIRO Luís de Lima - Direito internacional privado. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. 1, p. 39-40.

⁶⁸⁵ Anteprojecto do texto da Convenção de Roma [versão portuguesa inserta na RDE. 1 (1975) 137-143].

⁶⁸⁶ Uma vez que o conceito de obrigação contratual abarca também o negócio jurídico unilateral.

3.2. A RELEVÂNCIA DE UM CONCEITO DE CONTRATO INTERNACIONAL

A relevância da determinação de um critério de internacionalidade, que permita esboçar um conceito de contrato internacional, prende-se com a necessidade de aplicação uniforme dos atos normativos concretamente considerados. De pouco servirá a existência de um regulamento se, por exemplo, nos tribunais de um Estado-Membro o litígio for considerado doméstico, interno a um outro Estado por estar relacionado com um único ordenamento jurídico, diferente daquele em cujo tribunal o litígio é apresentado e for decidida a aplicação da lei desse Estado ou a determinação da lei aplicável seja feita com recurso às disposições do Regulamento Roma I ou da Convenção de Roma, por se considerar que nesse caso se encontra abrangido pelo seu âmbito de aplicação.

A necessidade de se determinar os critérios de internacionalidade relevantes para efeitos de aplicação dos diplomas mencionados, prende-se com o objetivo da uniformização. A realidade tem demonstrado que a consagração de uma noção de contrato internacional, no seio da UE, será uma cruzada difícil de concretizar,⁶⁸⁷ devido à complexidade que a matéria apresenta,⁶⁸⁸ entendendo alguma doutrina que é difícil distinguir entre contratos internacionais e contratos puramente domésticos.⁶⁸⁹ A estas dificuldades acresce ainda a diferente perspetiva dos países que aplicam o sistema anglo-americano, altamente críticos em face de uma perspetiva romanista sobre a consagração de conceitos.

Alguma doutrina considera, numa perspetiva funcional, que já não é útil distinguir entre contrato interno, intraeuropeu e internacional, o que interessa é que as políticas consideradas fundamentais para os Estados ou para a UE sejam respeitadas.⁶⁹⁰ Não

⁶⁸⁷ Como se comprova pela manutenção do âmbito de aplicação previsto no Regulamento Roma I, que mantém no essencial o conceito formulado para a Convenção de Roma e a expressa manifestação por parte do legislador europeu de não pretender introduzir alterações ao Regulamento Roma I face àquela convenção.

⁶⁸⁸ Como salienta RAMOS, Rui Moura - Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional. Coimbra: Almedina, 1991, p. 449.

⁶⁸⁹ Assim e partindo da constatação da inexistência de uma distinção clara entre contrato interno e internacional, GAUDEMET-TALLON, Hélène - *Le droit international privé des contrats dans un ensemble régional: l'exemple du droit communautaire*. In Talia Einhorn; Siehr, Kurt (Ed.), Intercontinental cooperation through private international law: essays in memory of Peter E. Nygh. Den Haag: T.M.C. Asser Press, 2004, p. 120. Considerando que a dificuldade em distinguir o contrato interno (e o intraeuropeu) do internacional reside nas previsões contidas nos números 3 e 4 do artigo 3.º, e que à luz de uma metodologia funcional, e em sentido oposto à metodologia conflitual, já não faz sentido distinguir entre o contrato interno e o contrato internacional, WATT, Horatia Muir - *Les limites du choix: dispositions impératives et internationalité du contrat*. In Sabine Corneloup; Natalie Joubert (Dir.) - Le règlement communautaire "Rome I" et le choix de loi dans les contrats internationaux. Bourgogne: Université de Bourgogne, 2010, p. 347. Salientando também essa dificuldade, apesar de tal afirmação ser feita a propósito da Proposta de Regulamento sobre o Direito europeu comum da compra e venda [COM (2011) 635 final], KNOFEL, Susanne; BRAY, Robert - *The proposal for a common european sales law: a snapshot of the debate*. YPI. 14 (2012/2013) 403.

⁶⁹⁰ WATT, Horatia Muir - *Les limites du choix: dispositions impératives et internationalité du contrat*. In Sabine Corneloup; Natalie Joubert (Dir.) - Le règlement communautaire "Rome I" et le choix de loi dans les contrats internationaux. Bourgogne: Université de Bourgogne, 2010, p. 348. Esta autora parte do

tendo, na mesma linha de raciocínio, interesse distinguir entre diversos graus de internacionalidade das normas⁶⁹¹ nem proibir o recurso a normas não estatais, pouco importando como as partes preenchem a autonomia que lhes resta, apenas importando saber se as disposições relativas a essas políticas reclamam aplicação ao caso concreto.

Apesar das dificuldades que rodeiam o estabelecimento de uma distinção clara entre as figuras contratuais mencionadas,⁶⁹² e que no caso *sub iudice* repousam, sobretudo, sobre o teor dos normativos previstos nos números 3 e 4 do artigo 3.º do Regulamento Roma I, afigura-se que a distinção continua a ter razão de ser. Consideramos que a utilidade da distinção se mantém, como forma de proteger os interesses do Estado que editou as normas não derogáveis por acordo e que é a perspectiva funcionalista, e não a perspectiva conflitual, que explica por que razão certas disposições reclamam a sua aplicação ao caso concreto. Será, assim, essa perspectiva funcional que impõe a localização da situação, não apenas por induzir o raciocínio funcional, mas também porque não basta apenas determinar a aplicação de certas normas, sendo, ainda, preciso acompanhar a efetiva realização das políticas consideradas essenciais. Quanto a esta função, afigura-se que melhor do que quaisquer outras, as autoridades dos Estados que impõem os comandos imperativos estarão munidas dos meios adequados e estarão interessadas na monitorização do cumprimento das normas e no acompanhamento da execução das suas políticas essenciais. A localização das situações transnacionais excluída em face da eleição de dispositivos não estaduais,⁶⁹³ permite garantir aos Estados a defesa dos seus interesses essenciais considerando os laços de proximidade da situação transnacional a regular com o seu território. Donde se retira o interesse e a atualidade quer da distinção entre as diversas figuras, tentando alcançar um esboço das noções mais adequadas de contrato intraeuropeu e internacional – tendo presente a necessidade de circunscrever o critério de

pressuposto de que a regra de conflitos bilateral pressupõe a internacionalidade da situação ou a existência de um conflito de leis que, a existir, conduz à conclusão de que a regra de conflitos bilateral considera fungíveis as leis substantivas potencialmente aplicáveis, sendo essa internacionalidade que induz, em princípio, a fungibilidade de todas as leis (as quais podem autorizar ou não, dentro do âmbito que lhes é atribuído, o funcionamento da autonomia da vontade). Ob. cit., p. 345-348.

⁶⁹¹ Nomeadamente entre as normas não derogáveis por acordo e as normas de aplicação imediata.

⁶⁹² Partindo da constatação de que já não existe uma distinção clara entre o contrato interno, o contrato regional (no sentido de contrato intracomunitário) e o contrato internacional e que “o fenómeno da fronteira, seguindo a expressão de Niboyet, já não surge como uma característica do Direito internacional privado”, GAUDEMET-TALLON, Hélène - *Le droit international privé des contrats dans un ensemble regional: l'exemple du droit communautaire*. In Talia Einhorn; Siehr, Kurt (Ed.), *Intercontinental cooperation trough private international law: essays in memory of Peter E. Nygh*. Den Haag: T.M.C. Asser Press, 2004, p. 120.

⁶⁹³ Salientando que “O processo de regulação conflitual não se traduz hoje, necessariamente, numa “localização” da situação” e que “a norma de conflitos que remete para o Direito internacional público ou para o Direito autónomo do comércio internacional não opera qualquer localização da situação.” PINHEIRO, Luís de Lima - *Direito internacional privado*. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. 1, p. 52.

internacionalidade relevante –, entendidas como ferramentas importantes ao serviço da unificação do regime dos contratos no ordenamento jurídico da UE.

A consagração de conceitos, por outro lado, só pode apresentar mais-valias na medida em que se adequa à realidade a que se subsume, nem demasiado restrita, deixando fora do seu âmbito quaisquer realidades, o que sobretudo no domínio do comércio internacional impõe especiais cautelas, nem demasiado lata, dando guarida a todas e quaisquer expetativas.

O diverso entendimento sobre a internacionalidade do contrato, em face da jurisprudência maioritária ou dominante num Estado ou noutro pode proporcionar a opção pelas partes, nas situações em que existam partes compostas por diversos entes jurídicos, com domicílio em diversos Estados-Membros, de recurso a um tribunal de um Estado-Membro ou de outro, em função de considerações prévias quanto à lei que previsivelmente será entendida como competente para providenciar a regulação do contrato. Este fenómeno, designado como *forum shopping*, esteve na origem das preocupações do legislador da UE que determinaram a necessidade de restringir ao máximo a sua ocorrência, mormente mediante a comunitarização da Convenção de Bruxelas de 1968 relativa à Competência Jurisdicional e à Execução de Decisões em matéria civil e comercial, através da adoção do Regulamento (CE) N.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial⁶⁹⁴ (Regulamento Bruxelas I), entretanto reformulado pelo Regulamento (UE) N.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial⁶⁹⁵

⁶⁹⁴ Publicado no JO n.º L 012 de 16.01.2001, p. 1-23. Este regulamento foi rectificado e alterado pelos seguintes actos: Rectificação ao Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de dezembro de 2000 (JO L 307 de 24/11/2001); Regulamento (CE) n.º 1496/2002 da Comissão de 21 de agosto de 2002, que altera o anexo I (regras de competência referidas no n.º 2 do artigo 3.º e no n.º 2 do artigo 4.º) e o anexo II (lista dos tribunais e das autoridades competentes) do Regulamento 44/2001 (JO L 225 de 22/08/2002); Regulamento (CE) n.º 1937/2004 da Comissão de 9 de novembro de 2004, que altera os anexos I, II, III e IV do Regulamento 44/2001 (JO L 381 de 28/12/2004); Regulamento (CE) n.º 2245/2004 da Comissão de 27 de dezembro de 2004, que altera os anexos I, II, III e IV do Regulamento 44/2001 (JO L 381 de 28/12/2004); Regulamento (CE) n.º 1791/2006 do Conselho de 20 de novembro de 2006, que complementa os anexos I, II, III, e IV e o artigo 69º do Regulamento 44/2001 (JO. L 363 de 20/12/2006); Regulamento (CE) n.º 1103/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de outubro de 2008, altera o artigo 74º e substitui o artigo 75º do Regulamento 44/2001 (JO. L 304 de 14/11/2008); Regulamento (CE) n.º 280/2009 da Comissão, de 6 de abril de 2009, que substitui os anexos I, II, III e IV do referido Regulamento 44/2001 (JO. L 93 de 7/4/2009); Regulamento (UE) n.º 416/2010 da Comissão, de 12 de maio de 2010, que substitui os anexos I, II e III do Regulamento 44/2001 (JO. L 119 de 13/5/2010); Regulamento (UE) n.º 156/2012 da Comissão, de 22 de fevereiro de 2012, que substitui os anexos I, II, III e IV do Regulamento 44/2001 (JO. L 50 de 23/2/2012); Acordo entre a Comunidade Europeia e o Reino da Dinamarca relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (J.O. L. 79, 21 de março de 2013).

⁶⁹⁵ Publicado no JO n.º L 351 de 20.12.2012, p. 1–32. Nos termos do disposto no art.º 81, o regulamento está em aplicação desde 10 de janeiro de 2015, com exceção dos artigos 75.º e 76.º que estão em aplicação

(Regulamento Bruxelas I bis). Essa dificuldade pode ser, em certa medida, ultrapassada, mediante a consideração de um esboço de conceito único. No entanto, ainda na atualidade, a doutrina mantém em aberto o debate sobre a noção de contrato internacional,⁶⁹⁶ quer se deva ao facto de alguns autores se referirem a uma “crise da noção de contrato internacional”, ou ao facto de outros se manifestarem no sentido da dificuldade ou impossibilidade de consagração de uma noção, ou que não é necessário definir tal conceito dada a sua irrelevância na prática.⁶⁹⁷ A relevância e atualidade do tema mantêm-se em função do anteriormente mencionado. Por um lado, e sobretudo na perspetiva do sistema romano-germânico, assume importância a consagração de uma noção que permita afastar dúvidas supervenientes quanto ao âmbito de aplicação dos instrumentos uniformizadores.⁶⁹⁸ Por outro lado, afigura-se ser igualmente relevante, neste contexto, considerar as diferentes culturas jurídicas em contato, quer ao nível da UE,⁶⁹⁹ quer do resto do mundo. Onde a consagração de um conceito autónomo em relação aos ordenamentos jurídicos com os quais o contrato possa estar relacionado, apresente vantagens intemporais, quer ao nível da prevenção de conflitos, quer ao nível da resolução dos mesmos. Salienta-se, quanto a este último aspeto, a utilidade da identificação e consagração de uma noção que permita circunscrever, de forma adequada, a interpretação e a aplicação das normas jurídicas pelos órgãos aplicadores do direito, evitando a tentação de recurso parcelar aos princípios consagrados em cada ordenamento jurídico. Por tais motivos, a não consagração de uma noção de contrato internacional pode comportar riscos para a unificação.⁷⁰⁰ Daí a

desde 10 de janeiro de 2014. Este regulamento foi alterado pelos seguintes regulamentos: Regulamento (UE) N.º 542/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de maio de 2014 (JO L 163 de 29.05.2014) que altera o Regulamento (UE) n.º 1215/2012, no que diz respeito às regras a aplicar em relação ao Tribunal Unificado de Patentes e ao Tribunal de Justiça do Benelux; e Regulamento Delegado (UE) 2015/281 da Comissão de 26 de novembro de 2014 (JO L 54 de 25.02.2015) que substitui os anexos I e II do Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial.

⁶⁹⁶ PROENÇA, José João Gonçalves de - Direito internacional privado. Lisboa: Universidade Lusíada, 2005. Vol. 2, p. 103; como de tanto já dava conta CORREIA, António Ferrer - Algumas considerações sobre a Convenção de Roma de 19 de junho de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais. Revista de Legislação e Jurisprudência. 122 (1989-1990) 290, “registra-se que na doutrina e na jurisprudência se verifica uma certa indecisão quanto à definição do conceito de contrato internacional.”

⁶⁹⁷ Assim e aludindo a essas diversas posições BRITO, Maria Helena - Direito do comércio internacional. Coimbra: Almedina, 2004, p. 148.

⁶⁹⁸ Neste sentido embora quanto ao projecto de Código Europeu de Contratos, GARCIA CANTERO, Gabriel - Hacia un concepto europeo de contrato. In Carlos Vattier Fuenzalida [et al.], Código europeo de contratos: comentarios en homenaje al Prof. Doutor José Luis de los Mozos y de los Mozos. Madrid: Dykinson, 2003. Vol. 1, p. 133.

⁶⁹⁹ Salientado a importância de consagração de uma noção de contrato europeu no âmbito do projecto de Código Europeu de Contratos, devido à existência de juristas educados em distintas tradições jurídicas, GARCIA CANTERO, Gabriel - Hacia un concepto europeo de contrato. In Carlos Vattier Fuenzalida [et al.], Código europeo de contratos: comentarios en homenaje al Prof. Doutor José Luis de los Mozos y de los Mozos. Madrid: Dykinson, 2003. Vol. 1, p. 133.

⁷⁰⁰ Considerando a existência destes riscos, em função da resolução de problemas de interpretação e integração de lacunas quanto ao futuro código europeu de contratos por recurso às tradições jurídicas de cada Estado, GARCIA CANTERO, Gabriel - Hacia un concepto europeo de contrato. In Carlos Vattier

atualidade e interesse da matéria, motivos que levam a que os legisladores convencionais tentem delimitar o âmbito de aplicação dos respetivos instrumentos de forma objetiva.

Fuenzalida [*et al.*], Código europeo de contratos: comentarios en homenaje al Prof. Doutor José Luis de los Mozos y de los Mozos. Madrid: Dykinson, 2003. Vol. 1, p. 133.

4. DO CARÁTER INTERNACIONAL DOS CONTRATOS

No Relatório relativo à interpretação da Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Relatório Giuliano-Lagarde),⁷⁰¹ os seus autores explicitam o âmbito de aplicação do número 1 do artigo 1.º, considerando que a lei aplicável à substância dos contratos, “nem sempre é a lei do país no qual se colocam os problemas relativos quer à sua interpretação, quer à sua execução. Existem situações relativamente às quais o legislador ou a jurisprudência consideram que essa lei não é a que melhor se adapta à regulamentação do contrato e das obrigações dos mesmos resultantes. Trata-se de situações que apresentam um ou vários elementos de estraneidade relativamente à vida social interna de um país [...] que atribuem a possibilidade de aplicação da lei dos vários sistemas jurídicos dos diferentes países.”⁷⁰²

E concluem os autores do relatório que “é justamente nestas situações que as regras uniformes devem ser aplicadas”, ou seja, quando haja que indagar perante várias possibilidades, qual a lei aplicável.⁷⁰³ Do Regulamento Roma I consta que o mesmo é aplicável às situações que impliquem um conflito de leis. Tem de existir o chamado elemento internacional⁷⁰⁴.

Na versão final da Convenção de Roma, foi aditado um n.º 3 ao artigo 3.º que permite a escolha de uma lei estrangeira, ainda “que todos os elementos da situação se localizem num único país no momento dessa escolha”, não sendo a mesma apta a afastar as disposições imperativas da lei que seria normalmente aplicável na ausência de escolha. Este preceito surge em complemento da regra geral consagrada no n.º 1 do artigo 3.º

⁷⁰¹ GIULIANO, Mario ; LAGARDE, Paul (1980) – Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations. Official Journal of the European Communities [Em linha]. C:282 (31.10.1980) 1-50.

⁷⁰² Os exemplos mencionados no relatório são: uma parte, ou as partes tenham nacionalidade estrangeira ou estejam domiciliadas no estrangeiro, que o contrato tenha sido concluído no estrangeiro, que uma ou várias prestações devam ser executadas no estrangeiro.

⁷⁰³ De acordo com os autores do Relatório explicativo da Convenção (1980, p. 8), o sentido a atribuir à expressão “conflito de leis” utilizada no artigo 1.º da Convenção, será o de que existirá um conflito de leis sempre que o tribunal deva auscultar, perante uma dada situação, se aplica a lei do seu país ou a de outro. Quanto ao Regulamento Roma I, o mesmo entendimento consta do Livro Verde relativo à transformação da Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais num instrumento comunitário e sua modernização, Documento COM (2002) 654 final, p. 12. VILLELA, Álvaro da Costa Machado - Tratado elementar (teórico e prático) de direito internacional privado. Coimbra: Coimbra Editora, 1921, t. 1, p. 6, identificava a questão em apreço da seguinte forma: “A este problema dá-se correntemente a designação de conflito de leis, pelo facto de as leis de dois ou mais Estados se encontrarem em concorrência para a regulamentação de uma relação jurídica ou de algum dos seus elementos, e de, por assim dizer, entre si disputarem a competência para definir o regime da mesma relação jurídica.”

⁷⁰⁴ No sentido de que esse elemento internacional não precisa de ser forte, identificando como suficiente a escolha de uma lei estrangeira para uma situação de outro modo inteiramente interna é suficiente para dar ao contrato o requerido carácter internacional, MAGNUS, Ulrich – Introduction. In MAGNUS, Ulrich, ed. ; MANKOWSKI, Peter, ed. - European Commentaries on private international law. Rome I regulation. [S.l.] : SELP, 2017. Vol. 2, p. 26.

da Convenção de Roma, de acordo com a qual o contrato se rege “pela lei escolhida pelas partes.”

A disposição em análise teve a sua origem num compromisso entre diferenças de opinião no seio do grupo de trabalho que preparou a Convenção de Roma.⁷⁰⁵

Essas diferenças resultavam de um primeiro ponto de vista de acordo com o qual a escolha de lei só deveria ser permitida se existisse um elemento de estraneidade prévio a essa possibilidade. Esta era a solução constante do anteprojeto de 1972⁷⁰⁶ que previa a aplicação da Convenção de Roma apenas às situações internacionais. Outro ponto de vista, proposto especialmente pelo Reino Unido, defendia a inexistência dessa limitação devido a ser possível pensar em situações em que aparentemente não existe qualquer elemento internacional, mas relativamente às quais a escolha de uma lei estrangeira pelas partes é justificada.⁷⁰⁷ Prevaleceu esta última posição.

O preceito foi mantido no Regulamento Roma I, o qual vem ocupar-se da matéria designada no seu instrumento homólogo como disposições imperativas, alterando a designação, em face do disposto no n.º 3 do artigo 3.º, para disposições não derogáveis por acordo, prevendo que a escolha de uma lei diferente relativamente àquela com a qual todos os elementos do contrato se encontram relacionados, não pode ter por efeito afastar as disposições não derogáveis por acordo (imperativas) da lei desse país.

Esta disposição está formulada em termos idênticos à disposição homóloga constante da Convenção de Roma, tal como salientado no Considerando n.º 15, do qual consta que não se pretende alterar substancialmente o artigo 3.º n.º 3 da Convenção de Roma. O legislador introduziu ligeiras alterações⁷⁰⁸ que se destinam a alinhar a sua previsão

⁷⁰⁵ Neste sentido, LAGARDE, Paul - Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 Juin 1980. RCDIP. 2 (1991) 287 e ss.; JACQUET, Jean-Michel - Le principe d'autonomie entre consolidation et evolution: vers des nouveaux équilibres entre ordres juridiques. In Tristan Azzi [et al.], Vers des nouveaux équilibres entre ordres juridiques: liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon. Paris: Dalloz, 2008, p. 727 e ss e 730; MORSE, C. G. J. - Morris, Dicey, & Collins on the conflict of laws. Londres: Sweet & Maxwell: 2014, Vol. 2, p. 1829.

⁷⁰⁶ Ver anteprojeto do texto da Convenção de Roma [versão portuguesa inserta na RDE, 1 (1975) 137-143].

⁷⁰⁷ Assim MORSE, C. G. J. - Morris, Dicey, & Collins on the conflict of laws. Londres: Sweet & Maxwell: 2014, Vol. 2, p. 1829. Neste sentido, o relatório GIULIANO, Mario ; LAGARDE, Paul (1980) – Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations ..., p. 18. A fonte inspiradora terá, aparentemente, sido encontrada no Restatement (Second) §187 (2), o qual, de acordo com a revisão de 1986, prevê: “its effect is that a choice of law will not override the mandatory rule of another legal system if (a) the chosen law has no substantial relationship with the parties or the transaction and there is no other reasonable basis for the choice, or (b) application of the chosen law would contrary to the fundamental policy of a State which as a materially greater interest than the chosen State in the determination of the issue and which would (but for the choice of law) be the State of the applicable law.”

⁷⁰⁸ O legislador suprimiu a referência à lei escolhida pelas partes como uma «lei estrangeira», e a disposição não contém qualquer referência à localização dos elementos da situação no país do foro.

com o disposto no artigo 14.º n.º 2 do Regulamento Roma II⁷⁰⁹. Conforme se prevê no mencionado considerando, “[e]sta regra será de aplicação independentemente de a escolha da lei aplicável ser ou não acompanhada da escolha de um tribunal ou de outro órgão jurisdicional.”

A disposição visa limitar os efeitos da escolha de lei nas situações originariamente conetadas com um único Estado-Membro⁷¹⁰ e que apenas passam a ter uma ligação com outro Estado-Membro em virtude da escolha de lei efetuada pelas partes.^{711, 712} São as situações designadas como situações de internacionalidade subjetiva.⁷¹³

Apesar das diferenças, este preceito mantém, na essência, a sua previsão anterior podendo ser interpretado em dois sentidos distintos.

Para uma parte da doutrina, que é maioritária, a disposição é interpretada no sentido de possibilitar a escolha de uma lei diferente daquela com a qual todos os demais elementos do contrato se encontram ligados, admitindo-se que tal escolha é apta a gerar um conflito de leis. O mesmo é dizer que essa escolha internacionaliza o contrato, ou que se trata de uma situação de internacionalidade subjetiva. Encontrando a eleição de lei um primeiro limite relativo à impossibilidade de derrogação das disposições imperativas (na aceção da Convenção de Roma) e disposições não derogáveis por acordo, na aceção do Regulamento Roma I, sem prejuízo da prevalência das normas

⁷⁰⁹ Neste sentido, quanto à última versão da proposta de Regulamento Roma I e considerando que as alterações se destinam a facilitar a sua interpretação quer pelos agentes económicos quer pelos órgãos aplicadores do direito, WAGNER, Rolf - Der grundsatz der rechtswahl und das mangels rechtswahl anwendbare recht (Rom I-Verordnung). *IPRax*. (2008) 380.

⁷¹⁰ Quanto à possibilidade de as partes poderem eleger uma lei estrangeira para reger um contrato interno, questionava-se ainda no decurso dos trabalhos preparatórios do regulamento, se o mesmo se poderia ou deveria aplicar em tal caso. Sobretudo se esse contrato interno não tivesse “incidência transfronteiriça”, situação em que não interessaria ao “bom funcionamento do mercado interno”, ou se deveria a matéria ser deixada no âmbito dos Direitos internacionais privados dos Estados-Membros. Outra dúvida residia no facto de saber se um contrato celebrado entre uma sociedade de um Estado-Membro e outra de um Estado não Membro da UE, na medida em que pouca ou nenhuma ligação apresentaria com o mercado interno, deveria ser sujeito à regulação pelo futuro instrumento. Quanto a estes exemplos e considerando que seguindo o raciocínio desenvolvido, o instrumento resultante da comunitarização da Convenção de Roma apenas devia aplicar-se aos contratos intracomunitários, GAUDEMET-TALLON, Hélène - Le droit international privé des contrats dans un ensemble regional: l'exemple du droit communautaire. In Talia Einhorn; Siehr, Kurt (Ed.), *Intercontinental cooperation trough private international law: essays in memory of Peter E. Nygh*. Den Haag: T.M.C. Asser Press, 2004, p. 125.

⁷¹¹ De acordo com o relatório GIULIANO, Mario ; LAGARDE, Paul (1980) – Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations ..., p. 18, a disposição é aplicável a situações puramente internas a um Estado-Membro cuja regulação é submetida a uma lei estrangeira em virtude da escolha das partes.

⁷¹² Salientando que neste caso a escolha de lei não constitui uma “verdadeira referência conflitual (*Kollisionrechtliche Verweisung*), uma autêntica *professio iuris*, ou *electio iuris*.” RAMOS, Rui Moura - Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional. Coimbra: Almedina, 1991, p. 450-451 (nota de rodapé n.º 140); RAMOS, Rui Moura - ._. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 343-363.

⁷¹³ RAMOS, Rui Moura - Estudos de direito internacional privado da União Europeia. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 82.

de aplicação imediata. Esta é a interpretação efetuada pelos autores do relatório explicativo da convenção⁷¹⁴ e pela maioria da doutrina.⁷¹⁵

Para outra parte da doutrina, a escolha de uma lei diferente daquela a que estaria submetido o contrato, por todos os seus elementos de conexão se relacionarem com um único ordenamento jurídico, não pode provocar um conflito de leis. A autonomia da vontade é reconhecida quer no plano do direito interno, quer no plano do direito conflitual. Neste caso, a escolha de lei apenas se destina a incorporar por referência material o regime dos normativos visados no contrato interno respetivo. Não estando o contrato na esfera do direito internacional privado, a autonomia não pode ser exercida nesse âmbito.⁷¹⁶

Essa situação é, assim, puramente interna. Para esta doutrina a disposição apresenta outro sentido útil. É aplicável nas situações em que um contrato interno seja presente a uma jurisdição de outro país, dado que nesse caso o órgão aplicador do direito é confrontado com a possível aplicação de duas leis diferentes, a *lex fori* e a lei do país com o qual a situação está exclusivamente relacionada (com exceção do tribunal).⁷¹⁷ Neste caso existe um conflito de leis aparente⁷¹⁸ que deve ser resolvido mediante a aplicação da lei com a qual todos os elementos do contrato se encontram relacionados, a lei interna respetiva.

⁷¹⁴ Giuliano e Lagarde, 1980, p. 8.

⁷¹⁵ Neste sentido, MAGNUS, Ulrich – Introduction. In MAGNUS, Ulrich, ed. ; MANKOWSKI, Peter, ed. - European Commentaries on private international law. Rome I regulation. [S.l.] : SELP, 2017. Vol. 2, p. 26; GRAEUWE, Bernardette de [et al.] - Regards croisés sur la distribution: concession, agence et franchise. Louvain-la-Neuve: Larcier, 2015, p. 147. No âmbito da Convenção de Roma, no mesmo sentido, CORREIA, António Ferrer - Algumas considerações sobre a Convenção de Roma de 19 de junho de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais. Revista de Legislação e Jurisprudência. 122:3783-3789 (1989-1990) 289-292, especialmente 290 e ss., 321-323 e 362-366; RAMOS, Rui Moura - Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional. Coimbra: Almedina, 1991, p. 450 e ss.; BRITO, Maria Helena - Direito do comércio internacional. Coimbra: Almedina, 2004, p. 157; VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de - Autonomie substantielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats. In Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer. Paris: LGDJ, 2015, p. 869 e ss.; GAUDEMET-TALLON, Hélène - Le droit international privé des contrats dans un ensemble régional: l'exemple du droit communautaire. In Talia Einhorn; Siehr, Kurt (Ed.), Intercontinental cooperation through private international law: essays in memory of Peter E. Nygh. Den Haag: T.M.C. Asser Press, 2004, p. 120; JACQUET, Jean Michel; DELEBECQUE, Philippe; CORNELOUP, Sabine - Droit du commerce international. 2ª ed. Paris : Dalloz, 2010, p. 211-212; BALLARINO, Tito; MILAN, Davide - Corso di diritto internazionale privato. 2ª ed. Padova: Cedam, 2007, p. 214-215; GUTMANN, Daniel - Droit international privé. 5ª ed. Paris: Dalloz, 2007, p. 210.

⁷¹⁶ Neste sentido, PINHEIRO, Luís de Lima - Direito internacional privado. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. Vol. 2, p. 327-328.

⁷¹⁷ PINHEIRO, Luís de Lima - Direito comercial internacional. Coimbra: Almedina, 2005, p. 71; PINHEIRO, Luís de Lima - Direito internacional privado. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. Vol. 2, p. 328.

⁷¹⁸ Distinguindo entre o conflito de leis fundado na dúvida sobre que lei aplicar a um contrato interno submetido a um tribunal estrangeiro e o conflito de leis intrínseco ao próprio contrato, que pelos seus elementos se encontra relacionado com mais do que um ordenamento jurídico e por esse motivo, gera a possibilidade de ser regido por várias leis nacionais, concluindo que só a segunda situação se reporta verdadeiramente a um conflito de leis, KASSIS, Antoine - Le nouveaux droit européen des contrats internationaux. Paris: LGDJ, 1993, p. 260-262. No mesmo sentido, RAMOS, Rui Moura - Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional. Coimbra: Almedina, 1991, p. 450 e ss.

Desta posição, e na perspectiva da mencionada doutrina, resulta que o conflito de leis, no âmbito destes instrumentos uniformizadores, não caracteriza o contrato internacional. A Convenção de Roma e o Regulamento Roma I são, nestas condições, aplicáveis a contratos internos, na medida em que relativamente aos mesmos se conclua pela existência de um conflito de leis.

Para a doutrina em referência, a disposição em apreço é, ainda, suscetível de ser aplicada às situações em que um contrato interno apresente um nexo funcional relevante com um contrato internacional.⁷¹⁹ Na ótica desta doutrina, são dois os graus de internacionalidade do contrato em face da Convenção de Roma, “os casos abrangidos pelo n.º 3 do artigo 3.º, em que se verifica um grau inferior de internacionalidade, e os restantes casos, que constituem a hipótese-regra, em que o grau de internacionalidade é normal.”⁷²⁰

Quanto ao Regulamento Roma I assinala-se, de igual modo e na perspectiva da doutrina que vem sendo referida, a existência de dois graus de internacionalidade do contrato, nas condições em que os mesmos são identificados no âmbito da Convenção de Roma. O legislador da União Europeia aditou a este normativo, um n.º 4. Nos termos desta disposição legal, 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 do direito comunitário não derogáveis por acordo, tal como aplicadas pelo Estado-Membro do foro.” Trata-se de um regime inovador que a doutrina identifica como consagrando uma proteção ao ordenamento jurídico da UE,⁷²¹ na medida em que, aparentemente, limita os efeitos da eleição de uma lei de um Estado terceiro, quando o contrato tem todos os seus elementos, com exceção dessa escolha de lei, num ou em mais do que um Estados-Membros, consagrando o contrato

⁷¹⁹ PINHEIRO, Luis de Lima - Direito comercial internacional. Coimbra: Almedina, 2005, p. 71. O autor dá o seguinte exemplo: “... a sociedade A sediada em Portugal celebra com a sociedade B também sediada em Portugal um contrato de fornecimento que deve ser executado em Portugal. O contrato tem por objecto o fornecimento de componentes destinados a uma empreitada que a sociedade B se obrigou a realizar em Espanha por força de um contrato celebrado com o Estado espanhol. O contrato de fornecimento é um contrato interno, mas tem um nexo relevante com um contrato internacional.”

⁷²⁰ PINHEIRO, Luis de Lima - Direito comercial internacional. Coimbra: Almedina, 2005, p. 71

⁷²¹ Considerando que o Regulamento Roma I encontra o seu funcionamento precípuo no bom funcionamento do mercado interno, apesar do seu carácter universal e caracterizando a substância do preceito *sub iudice* como uma regra específica de uma situação intracomunitária que por tal motivo ressalva as disposições de Direito comunitário sobre as matérias abrangidas no respetivo âmbito de aplicação (art.º 23.º), VICENTE, Dário Moura - Direito internacional privado: ensaios. Coimbra: Almedina, 2010. Vol. 3, p. 66. Este regulamento, veio modernizar a Convenção de Roma, assegurando a unificação das regras aplicáveis aos litígios contratuais no âmbito do mercado interno e garantindo a aplicação da mesma lei aos litígios emergentes da celebração de contratos por parte dos tribunais de todos os Estados-Membros, elemento que favorece o mútuo reconhecimento das decisões judiciais na UE.

intraeuropeu⁷²² também designado como contrato regional.⁷²³ Também no caso de o contrato ter todos os seus elementos relacionados com um único ordenamento jurídico e seja escolhida uma lei de um Estado terceiro, existe uma internacionalidade subjetiva, já o mesmo não sucedendo na situação em que os elementos do contrato se encontram dispersos por vários Estados-Membros. Nesta última situação, existe um verdadeiro conflito de leis,⁷²⁴ apesar de a designação da lei de um Estado terceiro não produzir, por regra, os efeitos de uma escolha de lei no sentido conflitual atento o âmbito de proteção anunciado pela norma, o ordenamento jurídico da UE e que corresponde para alguma doutrina a uma individualização do DIP do mercado interno.⁷²⁵

A existência de um conflito de leis no âmbito de um contrato é suscetível de ser aferida mediante o recurso a critérios de internacionalidade.⁷²⁶ A doutrina e a jurisprudência têm feito alusão a vários critérios de internacionalidade dos contratos. Podemos identificar critérios jurídicos e económicos, subjetivos e objetivos.

⁷²² WATT, Horatia Muir - Les limites du choix: dispositions impératives et internationalité du contrat. In Sabine Corneloup; Natalie Joubert (Dir.) - Le règlement communautaire "Rome I" et le choix de loi dans les contrats internationaux. Bourgogne: Université de Bourgogne, 2010, p. 342.

⁷²³ GAUDEMET-TALLON, Hélène - Le droit international privé des contrats dans un ensemble regional: l'exemple du droit communautaire. In Talia Einhorn; Siehr, Kurt (Ed.), Intercontinental cooperation through private international law: essays in memory of Peter E. Nygh. Den Haag: T.M.C. Asser Press, 2004, p. 120

⁷²⁴ Em sentido oposto, WATT, Horatia Muir - Les limites du choix: dispositions impératives et internationalité du contrat. In Sabine Corneloup; Natalie Joubert (Dir.) - Le règlement communautaire "Rome I" et le choix de loi dans les contrats internationaux. Bourgogne: Université de Bourgogne, 2010, p. 342.

⁷²⁵ Tendo em conta a alusão, nesta matéria, ao considerando 6 do Regulamento Roma I, VICENTE, Dário Moura - Direito internacional privado: ensaios. Coimbra: Almedina, 2010. Vol. 3, p. 65-66.

⁷²⁶ PINHEIRO, Luis de Lima - Direito comercial internacional. Coimbra: Almedina, 2005, p. 53, 71-72.

5. OS DIFERENTES CRITÉRIOS DE INTERNACIONALIDADE

5.1. CRITÉRIO JURÍDICO E ELEMENTOS DE CONEXÃO RELEVANTES

De acordo com o critério jurídico são internacionais os contratos que são suscetíveis de serem regulados por leis de diferentes Estados, na medida em que tenham elementos de conexão com mais do que um Estado. Nessa medida, entende-se que a ligação a mais do que um ordenamento jurídico, suscita a dúvida sobre saber que lei o deve regular, de entre aquelas com cujos Estados se encontra relacionado, qual será a mais adequada à sua regulação, o que é apto a gerar um conflito de leis.

Este critério conhece várias formulações possíveis, como sejam a da relação do contrato com normas jurídicas emanadas de diferentes Estados, consagrado na jurisprudência Hecht,⁷²⁷ ou que pelos seus elementos de facto interessam vários ordenamentos jurídicos, na formulação proposta por Batiffol e Lagarde.⁷²⁸ A doutrina que defende o critério jurídico de contrato internacional,⁷²⁹ atribui relevância para efeitos da qualificação do contrato como tal, à existência de entre os seus elementos, de ligações com mais do que um ordenamento jurídico.⁷³⁰ Esses elementos de ligação ou conexão

⁷²⁷ Da Cour d'Appel de Paris, de 19 de junho de 1970. In *RCDIP*. 692 (1971) note P. Level.

⁷²⁸ WATT, Horatia Muir; BUREAU, Dominique - *Droit international privé*. 7ª ed. Paris: Pichon & Durand-Auzias, 1981-83, t. 2, p. 575.

⁷²⁹ Assim e entendendo que na prática, "Para que un determinado instrumento normativo internacional sea aplicable se exige que concurra en el contrato un determinado elemento internacional", enquadrando entre os seus exemplos a Convenção de Roma, a Convenção sobre a venda internacional de mercadorias e os Principios Unidroit, CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier - *Curso de contratación internacional*. 2ª ed. Madrid: Colex, 2006, p. 138. No mesmo sentido, GÓMEZ JENE, Miguel [et al.] - *Derecho internacional privado*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a la Distancia, 2003, p. 290; PROENÇA, José João Gonçalves de - *Direito internacional privado*. Lisboa: Universidade Lusíada, 2005. Vol. 2, p. 172 e ss.; ROCA AYMAR, Jose Luis - *El arbitraje en la contratación internacional*. Madrid: ESIC Editorial, 1994, p. 25; BIDAUD-GARON, Christine - *Travaux dirigés de droit international privé*. 2ª ed. Paris: Litec, 2003, p. 343; COURBE, Patrick - *Droit international privé*. Paris: Hachette Supérieur, 2007, p. 193. Embora não se pronunciando diretamente sobre a questão em análise, CORREIA, António Ferrer - Algumas considerações sobre a Convenção de Roma de 19 de junho de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais. *Revista de Legislação e Jurisprudência*. 122 (1989-1990) 290, parece defender este conceito. KASSIS, Antoine - *Le nouveaux droit européen des contrats internationaux*. Paris: LGDJ, 1993, p. 88, defende a combinação do critério jurídico com o critério económico, embora atribua primazia ao primeiro.

⁷³⁰ Neste sentido, CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier - *Curso de contratación internacional*. 2ª ed. Madrid: Colex, 2006, p. 136-137, distingue entre a tese do elemento estrangeiro puro e a tese do efeito internacional. De acordo com a primeira, consideram que: "elemento extranjero es cualquier dato presente en el contrato que no aparece conectado con el país cuyos tribunales conocen del asunto, no importa pues, en este plano, ni sua naturaleza - elemento personal, real, local o conductista, voluntario - ni intensidad de extranjería - más o menos conexión com otros ordenamientos o Estados - ni su relevancia - importancia objetiva en el contexto de la relación. Existe, portanto, internacionalidade em dos casos: a) cuando alguno de los elementos objetivos de la misma esta conectado com un país extranjero: lugar de celebración del contrato, domicilio de las partes, lugar de ejecución de las prestaciones, etc. (situación objetivamente internacional); b) cuando todos los elementos objetivos de la situación jurídica están conectados con un mismo país pero las partes se han sometido a un tribunal extranjero o a un Derecho extranjero (situación subjetivamente internacional)." Em qualquer dos casos se suscita a dúvida sobre a lei que deve regular o contrato, ou seja, são contratos que comportam um conflito de leis na terminologia de Lagarde. Quanto à "Tesis del efecto internacional", entendem os mencionados autores que "Esta tesis afirma que una situación es internacional cuando produce efectos conectados com otros países o afecta a los intereses del comercio internacional. Esta tesis se forjó en el ámbito del

podem relacionar o contrato com diversos direitos substantivos em virtude da existência de uma multiplicidade de circunstâncias. Estas determinam o carácter objetivo ou subjetivo do elemento de conexão, quando analisado na perspectiva da sua natureza.

São elementos de conexão subjetivos ou pessoais o domicílio das partes, a residência habitual, a nacionalidade⁷³¹ e a vontade dos sujeitos da relação jurídica. São elementos objetivos, entre outros, o objeto da relação jurídica, o ato de celebração de um contrato, e a execução da obrigação.⁷³²

Em função dos elementos de ligação a um determinado ordenamento jurídico é possível distinguir as situações objetivamente internacionais das situações subjetivamente internacionais.⁷³³

arbitraje privado internacional por autores como F. Fouchard. Es también conocida como «tesis económica del contrato internacional. La postura es ingeniosa y atractiva por varios motivos: a) Se amplía el ámbito de DIPr. en un mundo como el actual sujeto a una fuerte globalización, lo que parece acertado; b) La internacionalidad se hace derivar de los efectos de las relaciones jurídicas y no de sus elementos, lo que acentúa el carácter finalista de la tesis. Por eso, esta postura capta cada vez más seguidores.» Já quanto à tese do efeito internacional defendem os mencionados autores que “la tesis del efecto internacional, sin embargo, parece excesiva e imprecisa: es excesiva porque contratos sin elementos extranjeros se consideran internacionales, sólo en base a los efectos internacionales que producen; es imprecisa porque resulta difícil prever cuándo un contrato produce o puede producir efectos internacionales, mientras que es más sencillo detectar los elementos extranjeros de un contrato.” Concluindo que na prática, “para que un determinado instrumento normativo internacional sea aplicable se exige que concurra en el contrato un determinado elemento internacional: dando como exemplos em que tal sucede a Convenção sobre a venda internacional de mercadorias, a Convenção de Roma e os Principios Unidroit. Ob. cit., p. 99-100. BATTIFOL, H. - Droit international: contracts et conventions. In *Encyclopédie Dalloz*. Paris: Dalloz, 1992. Vol. 9, p. 594, definiu contrato internacional como o contrato em que os atos que respeitam à sua conclusão ou execução, ou à situação das partes quanto à sua nacionalidade, ou ao seu domicílio, ou à localização do seu objecto, tiverem ligações com mais do que um sistema jurídico. A noção de Battifol consagra a sua teoria da localização. Para uma apreciação contrastada desta teoria, BATTIFOL, H.; LAGARDE, P. - Droit international privé. *Revue Internationale de Droit Comparé*. 36 : 3 (1984) 643-644.

⁷³¹ Relativamente às questões respeitantes à nacionalidade das pessoas colectivas, SANTOS, António Marques dos - Algumas reflexões sobre a nacionalidade das sociedades em direito internacional privado e em direito internacional público. In *Estudos em homenagem ao Professor Doutor António de Arruda Ferrer Correia*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1985; HOLLEAUX, Dominique [et al.] - *Droit international privé*. Paris: Masson, 1987, p. 131 e ss.; BARNICH, Laurent - *Les actes juridiques en droit international privé*. Bruxelles: Bruylant, 2001, p. 396 e ss.. Quanto às questões respeitantes à nacionalidade das pessoas singulares, SANTOS, António Novais Marques dos - *Estudos de direito da nacionalidade*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 213 e ss., MAYER, Pierre; HEUZÉ, Vincent - *Droit international privé*. 11ª ed. Paris: L.G.D.J., 2014, p. 637 e ss e CARDOSO, Fernando - *Autonomia da vontade no direito internacional privado*. Lisboa: Portugalmundo Editora, 1989, p. 95; VICENTE, Dário Moura - *Direito internacional privado: ensaios*. Coimbra: Almedina, 2005. Vol. 2, p. 91-116.

⁷³² PROENÇA, José João Gonçalves de - *Direito internacional privado*. Lisboa: Universidade Lusíada, 2005. Vol. 2, p. 177, inclui entre estes últimos a acção judicial para a apreciação contenciosa.

⁷³³ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier - *Curso de contratación internacional*. 2ª ed. Madrid: Colex, 2006, p. 136 e ss., consideram como elementos objetivos o lugar de celebração do contrato, o lugar de execução das prestações, a nacionalidade e o domicílio das partes, e como elemento subjetivo apenas a manifestação da vontade dos sujeitos quer quanto à eleição de um foro estrangeiro quer ainda quanto à eleição de um direito material estrangeiro. Por isso, defendem que as situações são objetivamente internacionais quando algum dos seus elementos objetivos as liguem a um ordenamento estrangeiro e serão subjetivamente transnacionais, se todos os elementos subjetivos da situação jurídica estiverem ligados à mesma ordem jurídica, mas as partes tiverem previsto uma cláusula de foro, através da qual atribuem competência a um tribunal estrangeiro ou elegem um direito estrangeiro. A consideração de existência de elementos de estraneidade objetivos e subjetivos determina, para uma parte da doutrina, a existência de conflito de leis, para além das situações conetadas *ab initio* com mais do que um ordenamento jurídico, naquelas outras em que as partes escolhem uma lei de um país diferente

Os defensores deste critério tentaram restringir o seu âmbito de aplicação, recorrendo quer a critérios objetivos quer a critérios subjetivos. O critério é subjetivo se se basear em elementos de conexão pessoais, como a nacionalidade, o domicílio, a sede ou o estabelecimento das partes.⁷³⁴ O critério é objetivo quando a internacionalidade do contrato é determinada em função do seu objeto, da sua localização.⁷³⁵ Nesta perspetiva é considerado internacional o contrato que tenha elementos de estraneidade na sua execução, quer os mesmos se reportem ao objeto do contrato, quer a factos, como o lugar da celebração, o lugar da execução ou o lugar da situação da coisa que seja objeto do contrato.⁷³⁶ A principal crítica dirigida a este critério, nas suas formulações iniciais, consiste na sua insuficiência, na medida em que a sua aplicação sem mais, permite concluir pela internacionalidade de um contrato, apenas mediante a constatação da existência de elementos de estraneidade com mais do que um ordenamento jurídico. Assim na sua formulação inicial seria possível, constatando-se que um certo contrato continha um elemento de estraneidade, concluir pela sua internacionalidade, entendendo alguma doutrina que não faria sentido afastar *ab initio* qualquer elemento de conexão com um país estrangeiro.⁷³⁷

daquele com o qual todos os elementos de conexão estão em contato, que é a situação que gera divergência doutrinária quanto à internacionalidade relevante.

⁷³⁴ PINHEIRO, Luis de Lima - Direito comercial internacional. Coimbra: Almedina, 2005, p. 72; BÉGUIN, J.; MENJUCQ, Michel - Droit du commerce international. Paris: Litec, 2005, p. 345. Este critério foi consagrado no Acórdão American Trading Co V/ Quebec Steamship, da Cour de Cassation francesa, de 5 de dezembro de 1910 (RDI. 395 (1911) 1156).

⁷³⁵ A formulação deste critério foi dada por BATTIFOL, H.; LAGARDE, P. - Droit international privé. Paris: Dalloz, 1993. T. 1, p. 446 e ss., que corresponde à sua teoria da localização. Esta teoria tem sido alvo de inúmeras críticas de que dá conta AUDIT, Bernard; D'AVOUT, Louis - Droit international privé. 8ª ed. Paris: L.G.D.J., 2018, p. 219 e ss. No entanto, retenha-se, que nem sempre a regulação conflitual corresponde a qualquer localização da situação, tal não acontece nas situações em que a norma de conflitos remete para o Direito autónomo do comércio internacional ou para o Direito internacional público. Neste sentido, PINHEIRO, Luís de Lima - Direito internacional privado. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. 1, p. 54.

⁷³⁶ PINHEIRO, Luis de Lima - Direito comercial internacional. Coimbra: Almedina, 2005, p. 72; CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier - Curso de contratación internacional. 2ª ed. Madrid: Colex, 2006, p. 136, consideram como elementos objetivos, o lugar da celebração do contrato, lugar de execução das prestações, nacionalidade ou domicílio das partes, e como elemento subjetivo apenas a manifestação de vontade dos sujeitos, quanto à eleição de um foro estrangeiro ou de um direito material estrangeiro.

⁷³⁷ Neste sentido, PROENÇA, José João Gonçalves de - Direito internacional privado. Lisboa: Universidade Lusíada, 2005. Vol. 2, p. 110, refere que “analisadas, porém, as coisas mais de perto, verifica-se que a controvérsia em causa, pondo em dúvida o valor internacionalizante de alguns elementos estruturais da relação jurídica, como a nacionalidade dos sujeitos e o lugar da celebração, quando localizados em ordens jurídicas exteriores, peca por erro de perspetiva, na medida em que não se ajusta à função específica do DIP na individualização do regime aplicável às relações internacionais”. HOLLEAUX, Dominique [*et al.*] - Droit international privé. Paris: Masson, 1987, p. 592; KASSIS, Antoine - Le nouveaux droit européen des contrats internationaux. Paris: LGDJ, 1993, p. 83 e ss., consideram que para determinar a natureza internacional do contrato se segue o método conflitual, por aplicação do qual, é suficiente para se concluir pelo caráter internacional do mesmo, a existência de um elemento de ligação entre o contrato e um ou mais Estados. Não existindo nesta fase, lugar a qualquer ponderação ou hierarquização dos elementos de ligação, a ligação do contrato a mais do que um ordenamento jurídico, habilita o intérprete ou o órgão aplicador do direito, a concluir pelo seu caráter internacional. Na fase seguinte, há que determinar qual ou quais desses elementos fornece uma indicação segura quanto ao centro de gravidade do contrato, para se individualizar a *lex contractus*, no pressuposto de que será aquela com a qual o contrato tem uma ligação mais estreita. HOLLEAUX, Dominique [*et al.*] - Droit international privé. Paris: Masson, 1987, p. 590 e ss.,

Por outro lado, este critério revela-se, por vezes, inadequado mesmo admitindo a necessidade de ponderação do ou dos elementos de estraneidade para efeitos de reconhecimento da internacionalidade do contrato; não existe consenso quanto aos elementos de conexão que devam ser considerados decisivos para esse efeito.⁷³⁸ Alguns elementos de conexão têm sido e são passíveis de críticas quanto à sua relevância enquanto critério decisivo de internacionalidade relevante de um contrato.

A possibilidade de a nacionalidade das partes poder internacionalizar um contrato, foi amplamente contestada pela doutrina do século XX, sobretudo no que respeita à matéria contratual, entendendo-se que esse elemento de conexão não tem um peso específico enquanto critério de internacionalidade relevante.⁷³⁹ Não é suficiente para conferir a um contrato um carácter internacional, o facto de um cidadão espanhol se deslocar a Portugal e neste país comprar um televisor.

Também o lugar da conclusão do contrato tem sido contestado como elemento de conexão suscetível de atribuir ao contrato um carácter internacional.⁷⁴⁰ Entendem a

sustentando a sua posição com o exemplo do Acórdão Menicuci da Cour de Paris, de 13 de dezembro de 1975, destacam dois aspetos objeto de referência nesse aresto, o primeiro dos quais tem a ver com o facto de a qualificação do contrato como internacional raramente levantar dúvidas, já que a maioria dos contratos se apresenta objectivamente como tal. O segundo tem a ver com a aplicação do método proposto, o qual conduz o juiz a realizar uma localização do contrato, mas esta difere daquela que será levada a efeito para a determinação da lei aplicável ao contrato em causa na falta de escolha pelas partes. Com efeito, trata-se aqui (salientam os autores) de uma localização objetiva, que compatibilize os pontos de contato com diversos países, sem considerar as intenções reais ou supostas das partes, de uma localização de qualificação e não de identificação da lei aplicável. Estas duas formas de localização correspondem a duas etapas do raciocínio: primeiro há que adicionar os índices que permitem qualificar o contrato como internacional, depois escolher certos índices que relacionam o contrato com um determinado sistema jurídico". No mesmo sentido, aludindo à denominada tese do elemento de estraneidade puro, considerando que "elemento extranjero es cualquier dato presente en el contrato que no aparece conectado con el país cuyos tribunales conocen del asunto, no importa pues, en este plano, ni sua naturaleza - elemento personal, real, local o conductista, voluntario - ni intensidad de extranjería - más o menos conexión con otros ordenamientos o Estados - ni su relevancia - importancia objetiva en el contexto de la relación". CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier - Curso de contratación internacional. 2ª ed. Madrid: Colex, 2006, p. 136.

⁷³⁸ Por esse motivo e no caso de ausência de escolha se verifica uma preferência pela lei que revela uma ligação mais estreita com o contrato.

⁷³⁹ COLLAÇO, Isabel de Magalhães - Da compra e venda em direito internacional privado: aspectos fundamentais. Lisboa: AAFDL, 1954. Vol. 1, p. 80; PINHEIRO, Luís de Lima - Contrato de empreendimento comum ou jointventure. Coimbra: Almedina, 1993, p. 375; GAMILLSCHEG, Franz - Internationales arbeitsrecht. Berlin: De Gruyter, 1959, p. 76-93; SANTOS JÚNIOR, Eduardo dos - Sobre o conceito de contrato internacional. In Jorge Miranda [et al.], Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos. Coimbra: Almedina, 2005, p. 175-182; KASSIS, Antoine - Le nouveaux droit européen des contrats internationaux. Paris: LGDJ, 1993, p. 28; BALLARINO, Titto - Diritto internazionale privato. Padova: Cedam, 1999, p. 604; CHATILLON, Stéphane - Le contrat international. Paris: Vuibert, 2007, p. 11. Assinalando que, para além de não ter relevância neste domínio, o elemento de conexão nacionalidade tem vindo progressivamente a perder relevância em favor do elemento de conexão residência habitual, o qual por conferir maior pendor à integração sociológica do indivíduo dado encontrar-se mais próximo da sua realidade diária, e assim da legislação que supostamente melhor conhece, estabelece com o contrato uma maior proximidade, LECUYER, Stanislas - Appréciation critique du droit international privé conventionnel. Paris: LGDJ, 2008, p. 301.

⁷⁴⁰ Sobre a importância da conexão lei do lugar da celebração e entendendo que "a ideia de aplicar a todos os contratos a lei do lugar da celebração não se justifica: bem pode acontecer que o lugar da conclusão seja puramente fortuito e permaneça exterior à economia do contrato", apresentando o exemplo de um agente de uma empresa americana produtora de filmes contactar em Paris com o representante duma firma

doutrina e a jurisprudência que o princípio *locus regit actum*, introduzido na ciência jurídica pela Escola Estatutária Francesa,⁷⁴¹ se trata de um princípio de carácter facultativo.⁷⁴²

Também a conexão domicílio em matéria contratual,⁷⁴³ é objeto de controvérsia.⁷⁴⁴

O acolhimento do critério de internacionalidade relevante de acordo com o critério jurídico é insuficiente. No âmbito do comércio internacional, alguns elementos de conexão a que recorre o critério jurídico não são efetivamente concludentes quanto à atribuição de carácter internacional ao contrato. Na verdade, não basta apenas a conclusão da existência de elementos que o relacionem com mais de um ordenamento jurídico. Nem sempre a ponderação a atribuir a um elemento de conexão é idêntica. Como entende Luís de Lima Pinheiro,⁷⁴⁵ “[o] critério de transnacionalidade relevante depende das normas de Direito Internacional Privado em causa.”

distribuidora portuguesa sobre a apresentação em cinemas portugueses de películas americanas, concluindo que “o lugar da conclusão do contrato é puramente fortuito e estranho aos interesses a regular.” MACHADO, João Baptista – Lições de Direito internacional privado. 3ª ed. (Reimpressão). Coimbra: Almedina, 2009, p. 358 e ss. No sentido de que a “a aplicação da lei do lugar da conclusão é sempre muito insuficiente. A importância deste critério estava destinada a reduzir-se, na sequência da difusão da contratação à distância. A verdade é que os contratos mercantis cada vez mais se celebram por correspondência, o que demonstra que o lugar de conclusão não pode funcionar como factor determinante da lei aplicável”, BALLARINO, Titta - Diritto internazionale privato. Padova: Cedam, 1999, p. 604. Considerando o lugar da celebração fortuito ou acidental, MESTRE, M. - Anotação do Acórdão Tardieu da Cour de Cassation du 7 octobre 1980. RCDIP. (1981) 313 e ss.

⁷⁴¹ Sobre a consagração deste princípio e a sua evolução, BATIFFOL, H.; LAGARDE, P. - Droit international privé. Revue Internationale de Droit Comparé. 36 : 3 (1984) 615 e ss.

⁷⁴² Sobre o carácter facultativo do princípio mencionado, LOUSSOUARN, Yvon; BOUREL, Pierre; VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de - Droit international privé. 10ª ed. Paris: Dalloz, 2013, p. 541 e ss.

⁷⁴³ Como salienta SANTOS, António Marques dos - Estudos de direito internacional privado e de direito internacional público. Coimbra: Almedina, 2004, p. 79 e ss.

⁷⁴⁴ Desde logo por não se tratar de um conceito unívoco. Sobre o conceito de domicílio e distinguindo as noções de domicílio, domicílio legal, domicílio matrimonial e de domicílio conjugal, de residência e de residência habitual, GOLDSTEIN, Gérald; GROFFIER, Ethel - Traité de droit civil: droit international privé. Cowansville: Yvon Blais, 1998. T. 1, p. 146 e ss.; GROFFIER, Ethel - Précis de droit international privé Québécois. 4ª ed. Cowansville: Yvon Blais, 1990, p. 26 e ss. Aludindo à reformulação do conceito de residência habitual em Direito internacional privado, passando a identificar o centro de vida do sujeito privado, LECUYER, Stanislas - Appréciation critique du droit international privé conventionnel. Paris: LGDJ, 2008, p. 306. Será esta tendência e a maior precisão do conceito de residência habitual que motiva os legisladores a utilizar esse conceito, preterindo o conceito de domicílio. Para um estudo mais aprofundado da autonomia dos conceitos de direito internacional privado, RIGAUX, François - Droit international privé: théorie générale. 2ª ed. Bruxelles: Larcier, 1987, p. 247 e ss. Considerando que relativamente aos contratos entre pessoas singulares relevam para o direito civil, o domicílio ou a residência dos contraentes, mas que essas conexões não têm o significado económico que tem a sede social de uma sociedade; a sede social ou estabelecimento das pessoas coletivas não deve ser ponderada para efeitos de caracterização de um contrato como internacional, apenas por se encontrarem as sedes ou estabelecimentos das partes contratantes situadas em países diferentes, mas antes por, nessas circunstâncias, o contrato poder interessar às economias dos respectivos países, LOUIS-LUCAS, M. - Portée de la distinction entre droit privé interne et droit international privé. Paris: Clunet, 1962, p. 884.

⁷⁴⁵ PINHEIRO, Luís de Lima - Direito internacional privado. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. 1, p. 39; PINHEIRO, Luís de Lima - Contrato de empreendimento comum ou jointventure. Coimbra: Almedina, 1993, p. 502.

A dificuldade de concretização de um critério de internacionalidade relevante é visível ao nível da delimitação do âmbito de aplicação de diversos instrumentos.⁷⁴⁶

Apesar de ser consagrado em importantes instrumentos, a Convenção das Nações Unidas sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias (Convenção de Viena de 1980), consagra como critério de internacionalidade relevante a localização dos estabelecimentos das partes em países diferentes. Desta consagração resulta uma noção de contrato internacional como sendo aquele “... em que tenha sido aparente, até à respetiva celebração, a localização em países diferentes dos estabelecimentos das partes contratantes.”^{747, 748} Fica excluída a internacionalidade do contrato baseada na localização do estabelecimento das partes em diferentes Estados quando esse fato “... não resulte nem do contrato nem de transações anteriores entre as partes, nem das informações dadas por elas em qualquer momento anterior à conclusão do contrato ou na altura da conclusão deste.” Acresce ainda não relevar para efeitos de

⁷⁴⁶ Quanto às conexões residência habitual e lugar da celebração, encontramos um exemplo da sua consagração, em matéria contratual, no ordenamento jurídico português, embora em matéria de determinação da *lex contractus*, cujo regime estabelecido no Código Civil (CC), atribui primazia ao elemento de conexão residência habitual, mas considera também o lugar da celebração. Na falta de designação da lei aplicável às obrigações contratuais pelas partes, e nos termos do disposto no artigo 42.º do CC, é aplicável aos negócios jurídicos unilaterais, a lei da residência habitual do declarante, e aos contratos, a lei da residência habitual comum das partes. Caso as partes não tenham residência comum, é aplicável, conforme disposto no número 2 do mencionado preceito, nos contratos gratuitos, a lei da residência habitual da parte que atribui o benefício, regendo-se os demais contratos pela lei do lugar da sua celebração. Embora a aplicação de tal regime se encontre derogada desde a entrada em vigor da Convenção de Roma em Portugal. Sobre esta disposição PIREs, Flórcela de Almeida - Conflitos de leis: comentário aos artigos 14.º a 65.º do Código Civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 106 e ss. Também em matéria de determinação da *lex contractus* se acolheu o critério da residência habitual do contraente que efetua a prestação característica, quer na Convenção de Roma quer no Regulamento Roma I. A Convenção de Roma adotou o critério da residência habitual, no caso de as partes não terem escolhido a lei aplicável ao contrato, situação prevista no artigo 4.º. O número 2 do mencionado artigo prevê que “Sem prejuízo do disposto no número 5, presume-se que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com o país onde a parte que está obrigada a fornecer a prestação característica do contrato tem, no momento da celebração do contrato, a sua residência habitual ou, se se tratar de uma pessoa colectiva, a sua administração central.” Todavia, se o contrato for celebrado no exercício da actividade económica ou profissional dessa parte, “o país a considerar será aquele no qual se situa o seu estabelecimento principal ou, se, nos termos do contrato, a prestação deva ser fornecida por estabelecimento diverso do estabelecimento principal, o da situação desse estabelecimento.” O Regulamento Roma I, recorreu maioritariamente ao elemento de conexão residência habitual (do contraente que efetua a prestação característica do contrato) para determinar a lei aplicável aos contratos de compra e venda de mercadorias [art.º 4.º, n.º 1, al. a)], prestação de serviços [art.º 4.º, n.º 1, al. b)], arrendamento de bens imóveis celebrados para uso pessoal e temporário pelo período máximo de seis meses consecutivos [art.º 4.º, n.º 1, al. d)], contrato de franquia [art.º 4.º, n.º 1, al. e)], contrato de distribuição [art.º 4.º, n.º 1, al. f)] e contrato de transporte (art.º 5.º, n.º 1). Teve ainda o legislador comunitário o ensejo de ultrapassar discussões doutrinárias sobre a noção de residência habitual, prevendo o seu conceito no artigo 19.º. Para efeitos de aplicação deste Regulamento considera-se como “residência habitual das sociedades e outras entidades dotadas ou não de personalidade jurídica, o local onde se situa a sua administração central” e a “residência habitual das pessoas singulares, no exercício da sua atividade profissional, o local onde se situa o seu estabelecimento principal”, esclarecendo-se, quanto a ambos os casos, que o momento relevante para a determinação da residência habitual é a data de celebração do contrato.

⁷⁴⁷ SOARES, Maria Ângela Bento; RAMOS, Rui Moura Ramos – Contratos internacionais, compra e venda, cláusulas penais, arbitragem. Coimbra: Almedina, 1995, p. 20 e ss.; VICENTE, Dário Moura - Direito internacional privado: ensaios. Coimbra: Almedina, 2005. Vol. 2, p. 39 e ss.

⁷⁴⁸ Sendo a Convenção aplicável se as partes contratantes forem partes na Convenção ou quando as regras de conflitos conduzam à aplicação da lei de um Estado contratante.

internacionalidade do contrato, quer a nacionalidade das partes, quer o carácter civil ou comercial das partes ou do contrato.

O Direito europeu comum da compra e venda,⁷⁴⁹ prevê a sua aplicabilidade aos contratos transfronteiriços, considerando como tais, os contratos celebrados entre profissionais, se as partes tiverem residência habitual em Estados diferentes,⁷⁵⁰ limitando-se a sua aplicação ao facto de pelo menos um ser um Estado-Membro. Nos termos da proposta em referência, releva para se determinar se o contrato é ou não transfronteiriço, o momento em que as partes acordem na aplicação do direito europeu comum da compra e venda.

Os Princípios da Haia sobre a escolha de lei nos contratos comerciais internacionais, consagram um conceito de contrato comercial internacional. Tal conceito resulta da aplicação conjugada do artigo 1.º no qual se prevê que os princípios se aplicam à escolha de lei nos contratos internacionais, com o disposto no artigo 2.º, no qual se prevê a natureza internacional do contrato. Esta natureza resulta de uma internacionalidade objetiva, ou seja, da aplicação do instrumento a situações em contato com mais de um ordenamento jurídico, com exceção da escolha de lei. Para efeitos da aplicação desses princípios, o contrato é internacional a menos que as partes tenham o seu estabelecimento no mesmo Estado e a relação entre as partes e todos os demais elementos relevantes, com exceção da escolha de lei, estejam conectados apenas com aquele Estado (n.º 2).

Noutros instrumentos esboça-se uma noção mais romanista como é caso da noção prevista no projeto de código europeu de contratos. No âmbito desse projeto, desenvolvido pela Escola de Pavia, e visando a unificação do direito material dos contratos ao nível europeu,⁷⁵¹ surge em resultado de ampla discussão no respetivo grupo de trabalho,⁷⁵² uma noção de contrato europeu, segundo a qual, este é o acordo

⁷⁴⁹ Contido no Documento COM (2011) 635 final.

⁷⁵⁰ Os critérios de determinação do Estado da residência quer de pessoas coletivas, quer de pessoas singulares foram objeto de referência supra (Capítulo III, Parte I).

⁷⁵¹ Sobre esta questão, GARCIA CANTERO, Gabriel - Hacia un concepto europeo de contrato. In Carlos Vattier Fuenzalida [et al.], *Código europeo de contratos: comentarios en homenaje al Prof. Doutor José Luis de los Mozos y de los Mozos*. Madrid: Dykinson, 2003. Vol. 1, p. 131 e ss.; KENFACK, Hugues - *Droit du commerce international*. Paris: Dalloz, 2006, p. 13 e ss.

⁷⁵² Em que o grupo britânico não se mostrava favorável à consagração de uma noção de contrato europeu, remetendo para o § 305 do BGB, sugerindo a eventual utilização da fórmula constante do art.º 1101 do Código Civil francês (com o seguinte teor: “Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s’obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose”). Enquanto que Stranarg e Vigneron entendem que a formulação de uma noção não tem efeitos visíveis, é estéril. Em complemento Vigneron invoca o brocardo latino de acordo com o qual: “*omnis definitio periculosa est*”. Antunes Varela e Deskarolis mostram a sua preferência pela noção consagrada no projecto de código europeu de contratos, GANDOLFI, G. (Coord.) - *Code européen des contrats: avant project*. Milan: Giuffrè, 2001, p. 115 e ss.

de duas ou mais partes, destinado a criar, regular, modificar ou extinguir uma relação jurídica que pode comportar obrigações jurídicas e outros efeitos ainda que para apenas uma das partes.⁷⁵³

Quanto à ligação com o lugar de execução, ainda que se defenda que é o elemento de conexão mais próximo da realidade contratual, reduzir a qualificação do contrato ao recurso a esse elemento, seria entender que em matéria contratual a lei a aplicar seria sempre a lei do lugar de execução da prestação contratual, o que reduziria o contrato a um mero contrato interno ao Estado no qual fosse executado.

No que respeita à manifestação de vontade das partes, a doutrina tradicional sempre afastou a possibilidade de essa manifestação fundada na eleição de uma lei diferente daquela com a qual todos os demais elementos do contrato se encontram em contato, o poder internacionalizar. No entanto, como analisamos adiante, a verdade é que, observadas certas restrições, a tendência ao nível da regulação das obrigações contratuais na UE tem sido no sentido da sua expressa admissão (n.º 3 do artigo 3.º do Regulamento Roma I).

O Tribunal de Justiça nunca manifestou o seu entendimento quanto a definição de contrato internacional ou europeu.⁷⁵⁴

O legislador da UE não seguiu esses critérios de determinação da internacionalidade de uma relação jurídica obrigacional, mantendo o critério consagrado no instrumento homólogo ao Regulamento Roma I, a Convenção de Roma. O critério do conflito de leis, que está na base da determinação da internacionalidade de uma situação.

Não acompanhamos a posição de acordo com a qual qualquer elemento de estraneidade seja apto a internacionalizar o contrato, pois para além de se reconhecer à partida que existem elementos de conexão que em regra não têm um peso específico nessa vertente, por um lado, e por outro, a relevância de outros elementos depende da ponderação da existência de laços significativos com a obrigação contratual em causa.

Não é fácil identificar conexões relevantes para internacionalizar o contrato, pois o critério de internacionalidade relevante, como vimos, depende das normas de DIP que

⁷⁵³ A noção de contrato europeu consta do número 1 do artigo 1.º do projeto, prevendo-se no número 2 do mesmo artigo a produção de efeitos da vontade manifestada ainda que tacitamente.

⁷⁵⁴ Como salienta VAN CALSTER, Geert - European private international law. Oxford: Oxford Hart Publishing, 2013, p. 87. Talvez esse silêncio tenha a ver com as reticências dos Estados que aplicam o sistema *common law* quanto às definições e à sua repugnância em admiti-las, ou esteja relacionada com a experiência vivenciada pelo Tribunal, quanto à possibilidade de superveniência de situações que possam no futuro não ser enquadradas num conceito geométrico de matéria contratual circunscrita ao espaço europeu.

estejam em causa.⁷⁵⁵ Encontrando-se a eventual suposta debilidade deste critério no facto de o mesmo se mostrar incompleto ou insuficiente.

5.2. CRITÉRIOS ECONÓMICOS

Os critérios económicos foram criados e desenvolvidos em França, sendo conhecidas várias formulações. A noção de contrato internacional em sentido económico foi utilizada pela jurisprudência francesa em matérias muito distintas, como sejam as relacionadas com o curso forçado da moeda, de conta e de pagamento, com a possibilidade de eleição da lei aplicável ao contrato e ainda com a autonomia da cláusula compromissória.

A essência desta noção encontra-se intimamente associada a restrições legislativas previstas em regras materiais francesas, tendo surgido como critério de delimitação do campo de aplicação de normas nacionais imperativas e sobretudo como critério delimitador do carácter internacional de um contrato, para efeitos de não lhe serem aplicáveis esses normativos.⁷⁵⁶

Por esse motivo, estudar o conceito económico de contrato internacional implica ter em atenção os condicionalismos que levaram à sua consagração.⁷⁵⁷ Alguns países criaram restrições à admissibilidade de inserção de cláusulas monetárias nos contratos sujeitos à sua jurisdição. Essa restrição, resultava da proibição de serem efetuados pagamentos em ouro ou em divisas estrangeiras,⁷⁵⁸ dadas as dificuldades inerentes ao amedalamento de ouro ou de troca de divisas com outros países.

⁷⁵⁵ Como salienta PINHEIRO, Luís de Lima - Direito internacional privado. 3.^a ed.. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. 1, p. 39; PINHEIRO, Luís de Lima - Contrato de empreendimento comum ou jointventure. Coimbra: Almedina, 1993, p. 52.

⁷⁵⁶ O conceito económico de contrato internacional, defendido por uma parte da doutrina francesa, veio inspirar o legislador do Code de Procedure Civile de 1981, nos termos de cujo artigo 1492, se define arbitragem internacional como a arbitragem que coloca em jogo os interesses do comércio internacional. Tal tendência veio a ser consagrada no ordenamento jurídico português, também em sede de arbitragem, no artigo 32.º da Lei 31/86, de 29 de agosto, designada como Lei da Arbitragem Voluntária (LAV), nos termos da qual se considera arbitragem internacional a que arbitragem que coloca em jogo os interesses do comércio internacional. Este conceito foi mantido no artigo 49.º da Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro, da nova Lei da Arbitragem Voluntária, que revogou a Lei n.º 31/86, de 29 de agosto. No sentido de que “a nova lei da arbitragem voluntária portuguesa, nº 63/2011, consagra no art.º 49.º n.º 1 um “conceito substantivo (ou económico) de internacionalidade”, seguindo a via aberta em 1981 (Decreto n.º 81-500, de 12 de maio) pelo artigo 1492 do novo Code de Procedure Civil francês e de que esta disposição transpõe para o direito da arbitragem o critério económico que tinha sido consagrado como elemento de definição do contrato internacional pela assim designada jurisprudência Matter, RAMOS, Rui Moura - A arbitragem comercial internacional no novo direito português da arbitragem. Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra. 87 : 2 (2012) 589.

⁷⁵⁷ E a consequente desvalorização do critério jurídico de contrato internacional.

⁷⁵⁸ No início do século e sobretudo após a I Guerra Mundial, o ouro torna-se um bem ainda mais escasso, o que leva a maioria dos países europeus a adoptar o Gold Bullion Standard (padrão barra-ouro), através do qual a Inglaterra limitou a possibilidade de conversão de moeda papel em ouro no valor mínimo de £ 1500, enquanto a França em 1928, passou a admitir a convertibilidade em barras de ouro por valores iguais

Mas podiam ter origem noutras proibições como era o caso das cláusulas de eleição de lei aplicável ao contrato.

Em França, alguns acórdãos foram marcando a evolução jurisprudencial respeitante à fixação do conceito de contrato internacional em sentido económico. O Acórdão Pélissier du Besset, de 17 de maio de 1927,⁷⁵⁹ constitui uma referência nessa evolução jurisprudencial, já que nele se consagrou a teoria do pagamento internacional.⁷⁶⁰ De acordo com a primeira variante deste critério, é internacional o contrato que provoca um fluxo e refluxo para além das fronteiras.⁷⁶¹ Este fluxo e refluxo pode respeitar a transferência de valores, bens ou serviços.⁷⁶² Ao tempo da sua elaboração, este critério era aplicado aos pagamentos internacionais, em que estivessem em causa cláusulas monetárias nos contratos internacionais.

De acordo com este entendimento há que atender à natureza do contrato e às consequências que ele produz nos países com os quais os seus elementos se encontram relacionados. Qualquer cláusula monetária é válida se estiver relacionada com um pagamento internacional, quer se trate de cláusulas de pagamento em ouro ou de pagamento em divisas estrangeiras.

ou superiores a 22.500 francos. Portugal, por seu turno, adotou, na reforma monetária levada a efeito em 1931, o Gold Exchange Standard (padrão divisas ouro), padrão de convertibilidade indireta ou de segundo grau, já que não era possível converter imediatamente qualquer moeda em ouro, tornava-se necessário numa primeira fase converter uma qualquer moeda em libras esterlinas ou em dólares norte americanos, contra cuja apresentação seria facultado o valor respectivo em ouro. A libra esterlina abandonou o sistema de convertibilidade em 1931, precisamente devido a impossibilidade de continuar a assegurar conversões em ouro.

⁷⁵⁹ Da Cour de Cassation francesa. Civ. 17 mai 1927, Pelissier du Besset, D. P., 1928, I, 25, conc. Matter, note Henri Capitant, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 10^e éd., Dalloz, 1994.

⁷⁶⁰ A qual aparece associada à figura do Procurador-Geral Matter.

⁷⁶¹ Este conceito foi proposto pelo Procurador-Geral Matter nas conclusões que apresentou no Caso Pelissier du Besset, julgado na Cour de Cassation, Civ, em 17 de maio de 1927 e foi novamente consagrado no Acórdão Messageries Maritimes do Supremo Tribunal francês em 1950, RCDIP. (1950) p. 609, anotação de H. Batiffol. Este Acórdão pôs fim ao litígio que opunha o État français ao Comité de la Bourse d'Amsterdam et Mouren, considerando que um contrato é internacional se implica um duplo movimento de fundos de país para país, e julgando pela admissibilidade da cláusula-ouro, proibida pela legislação canadiana (Gold Clause Act). Na doutrina portuguesa este critério é defendido por COLLAÇO, Isabel de Magalhães - Da compra e venda em direito internacional privado: aspectos fundamentais. Lisboa: AAFDL, 1954. Vol. 1, p. 85; SANTOS JÚNIOR, Eduardo dos - Sobre o conceito de contrato internacional. In Jorge Miranda [et al.], Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos. Coimbra: Almedina, 2005, 161-166; SANTOS JÚNIOR, Eduardo dos - Especialização e mobilidade temática do direito comercial internacional como disciplina de mestrado: uma aplicação: os contratos internacionais de engenharia global. Coimbra: Almedina, 2009, p. 38.

⁷⁶² Consagrada em jurisprudência posterior da Cour de Paris de 21 fev. 1980, RCDIP. (1980) 763, note Metzger. Este critério passou a ser defendido por uma parte da jurisprudência francesa, permitindo uma aplicação a aplicação do conceito de contrato internacional em sentido restrito e amplo, como o contrato que implica um fluxo transfronteiriço de bens ou de valores, atual ou futuro. Quanto ao contrato de distribuição, a jurisprudência francesa veio também a inclui-lo neste conceito, considerando o fluxo que se produzirá no futuro. Neste sentido Acórdão da Cour de Paris de 13 de dezembro de 1975. RCDIP. (1976) 507, note B.

Para que um contrato seja considerado internacional, deve produzir um fluxo e refluxo extrafronteiras, e se esse fluxo e refluxo existir, fica fundamentado o caráter internacional do contrato. Admitindo-se assim que o contrato é internacional, fica justificado o afastamento da norma interna imperativa que proíbe os pagamentos em ouro ou divisas estrangeiras, aplicável exclusivamente aos contratos internos.

Mas não foi este o único critério de internacionalidade consagrado pela jurisprudência francesa. Outra variante deste critério, foi consagrada pela jurisprudência francesa em 1930,⁷⁶³ de acordo com a qual é internacional o contrato que coloque em jogo os interesses do comércio internacional.⁷⁶⁴

No Acórdão Galakis,⁷⁶⁵ que opunha o Tesouro Público francês a Galakis, era novamente colocada a questão do âmbito de aplicação da norma material imperativa que

⁷⁶³ Acórdão Mardelé, de 19 fevereiro de 1930, RCDIP. (1931) 282, seguida no Acórdão Dambricourt, de 27 de fevereiro de 1931, RCDIP. (1931) 514. Em ambos os acórdãos - da Cour de Cassation -, a jurisprudência francesa concluiu pela internacionalidade da arbitragem para afastar a aplicação dos artigos 1006 do anterior código de processo civil e 2061 do código civil que cominavam a cláusula compromissória com a nulidade. Esta solução veio ainda a ser consagrada nos Acórdãos da Cour de Paris, Hecht, de 19 de junho de 1970, RCDIP. (1971) 692, note LEVEL; e Menicucci, de 13 de dezembro de 1975, RCDIP. (1976) 507, note Oppetit. Outros acórdãos afastaram a nulidade desta cláusula em relação ao Estado francês, considerando que a mesma estava incluída num contrato internacional. Neste sentido Acórdão Myrtoon Steamship da Cour d'appel de Paris, de 10 de abril de 1957, RCDIP. (1958) 120, cujo entendimento foi confirmado pela Cour de Cassation em 14 de abril de 1964, no Acórdão ONIC. RCDIP. (1966) 68, com anotação de Batiffol e em 2 de maio de 1966, no Acórdão Galakis, RCDIP. (1967) 553, note Goldman. A jurisprudência francesa, recorreu ainda à caracterização do contrato como internacional para reconhecer a autonomia da convenção de arbitragem. A Cour de Cassation em 7 de maio de 1963, no Acórdão Gosset, RCDIP. (1963) 615, com anotação de Motulsky; e a Cour de Colmar, em 29 de novembro de 1968, no Acórdão Impex, Revue Arbitrale. (1968) 149 e da Cour de Cassation de 18 de maio de 1971, RCDIP. (1972) 124, com anotação de Mezger. A capacidade do Estado para se comprometer em árbitros foi reconhecida pela jurisprudência francesa nos Acórdãos Myrtoon Steamship, cit. e Galakis, RCDIP. (1967) 553, com anotação de B. Goldman.

⁷⁶⁴ Conceito que, como notam BÉGUIN, J.; MENJUCQ, Michel - Droit du commerce international. Paris: Litec, 2005, p. 346, é tautológico na medida em que define um contrato internacional em função do comércio internacional, o qual é composto essencialmente de contratos internacionais. Este critério económico é defendido na doutrina portuguesa, designadamente, por PINHEIRO, Luis de Lima - Direito comercial internacional. Coimbra: Almedina, 2005, p. 53. Neste sentido e defendendo “a internacionalidade dos contratos de engenharia global na medida em que impliquem interesses do comércio internacional ou sobre eles se repercutam”, SANTOS JÚNIOR, Eduardo dos - Especialização e mobilidade temática do direito comercial internacional como disciplina de mestrado - uma aplicação: os contratos internacionais de engenharia global. Coimbra: Almedina, 2009, p. 38.

⁷⁶⁵ Da Cour de Cassation de 2 de maio de 1966. RCDIP. (1967) 533, note Goldman; ANCEL, Bertrand; LEQUETTE, Yves - Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 3ª ed. Paris: Dalloz, 2001, p. 343 e ss. Neste Acórdão, a Cour de Cassation apreciou a questão de saber se a proibição de introdução de uma cláusula de eleição do local da arbitragem era aplicável ao Ministério Francês da Marinha Mercante. Este Ministério celebrou um contrato com Galakis, proprietário de um navio grego (Aspácia), tendo em vista o transporte de mercadorias provenientes do oeste africano e que continha uma cláusula que previa que qualquer diferendo resultante da execução do mesmo seria submetido a arbitragem em Londres. No Acórdão mencionado, decidiu a Cour de Cassation, que a proibição de escolha de lei estrangeira, em matéria de contratos internos, não era aplicável aos contratos internacionais celebrados para satisfazer as necessidades, e nas condições, conformes aos usos do comércio marítimo, contratos esses considerados nesse âmbito como internacionais. Neste aresto, o mencionado Tribunal, não refere explicitamente a ideia de contrato que coloque em jogo os interesses do comércio internacional, mas apenas a ideia de contrato internacional, celebrado para satisfazer as necessidades, e nas condições, conformes aos usos do comércio marítimo, no entanto ao referir-se ao comércio marítimo, a Cour de Cassation estava implicitamente a referir-se ao comércio internacional, já que essa modalidade de comércio é, por regra, desenvolvida ao nível internacional.

estabelecia na ordem jurídica francesa a invalidade da cláusula de eleição da lei aplicável subscrita por pessoas coletivas de direito público.

Neste aresto, a *Cour de Cassation* reconheceu a capacidade ao Estado de eleger a lei aplicável a um contrato no qual é parte, desde que o faça no âmbito de um contrato internacional celebrado pelas necessidades e nas condições respeitantes aos usos do comércio marítimo.⁷⁶⁶

Neste acórdão é o facto de se considerar o contrato como concluído exclusivamente no âmbito das necessidades do comércio marítimo – noção utilizada no pressuposto de o comércio marítimo ser internacional –, que habilita a presumir que o mesmo coloca em jogo os interesses do comércio internacional, conferindo assim ao contrato um carácter correspondente. Afastado o carácter interno do contrato, fica afastada a aplicação da norma material imperativa, cujo âmbito de aplicação se entendeu dever ficar confinado apenas aos contratos meramente internos.

Outra foi a fórmula utilizada pela jurisprudência francesa a propósito da apreciação da validade ou invalidade da cláusula de eleição de lei aplicável a um contrato e a conclusão pela sua suposta autonomia relativamente ao contrato principal. Nos Acórdãos Mardelé⁷⁶⁷ e Dambricourt⁷⁶⁸ foi reconhecida a validade da mencionada cláusula nos contratos que coloquem em jogo os interesses do comércio internacional, assim se fundamentando o afastamento da aplicação da norma material nacional imperativa, nos termos da qual tal previsão seria inválida para os contratos internos.

⁷⁶⁶ ANCEL, Bertrand; LEQUETTE, Yves - Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé. 3ª ed. Paris: Dalloz, 2001, p. 401 e ss.

⁷⁶⁷ No Acórdão Mardelé, a Cour de Cassation entendeu que num contrato celebrado em França entre franceses, cujo objecto era o transporte de mercadorias do Chile para o Havre segundo as condições da London Corn Association, uma vez que a compra reportava a uma mercadoria estrangeira, a pagar em Londres pela Mardelé, que era uma pessoa colectiva francesa, mas filial de uma sociedade comercial holandesa com sede em Haia, se colocavam em jogo os interesses do comércio internacional. Para além do contrato colocar em jogo os interesses do comércio internacional, entendeu ainda a mesma instância judicial que o artigo 1006.º do Code de Procédure Civile, que previa a nulidade das cláusulas de eleição de foro, não era uma norma de ordem pública em França. Dessa conclusão, retirou a Cour de Cassation uma outra, é que não sendo a mencionada norma. Uma norma de ordem pública em França, podiam as partes, ainda que ambas francesas, celebrar um contrato em França ou no estrangeiro, derogando essa disposição e elegendo uma outra lei, como sucedeu no contrato *sub iudice* em que as partes elegeram a lei inglesa, a qual admite a referida cláusula.

⁷⁶⁸ No Acórdão Dambricourt, analisava-se um contrato de compra e venda de mercadorias a transportar da América para Saint-Nazaire, segundo as condições da London Corn Association, o qual à semelhança do anterior Acórdão, continha uma cláusula de eleição de foro. A Cour de Cassation, entendeu do mesmo modo que a venda tinha por objeto um produto de proveniência estrangeira e por esse facto colocava em jogo os interesses do comércio internacional e que a nulidade da cláusula de eleição de foro prevista na legislação francesa, não sendo uma disposição de ordem pública em França, permitia às partes num contrato, quer ele fosse celebrado em França, quer fosse celebrado em qualquer outro lugar, derogarem as disposições do CPC francês e escolherem uma lei estrangeira para regular os seus contratos.

O Acórdão da *Cour de Cassation*, de 21 de junho de 1950,⁷⁶⁹ que opõe o Estado francês ao Comité da Bolsa de Amsterdão e Mouren, mais conhecido por Acórdão *Messageries Maritimes*, associa as fórmulas Matter, Mardelé e Dambricourt, estabelecendo que todo o contrato é regido pela lei de um Estado e que constitui um empréstimo internacional a operação que implica um duplo movimento de fundos de um país a outro.⁷⁷⁰ Tendo a sociedade devedora a sua sede em França, emprestando fundos no estrangeiro para fazer face às necessidades resultantes da sua exploração comercial e devendo reembolsar os credores no estrangeiro. Podem as partes nesse contrato acordar, mesmo em sentido oposto às regras imperativas da lei interna considerada competente para reger a sua convenção, o recurso a cláusulas monetárias de valor ouro, relativamente às quais a lei francesa de 25 de junho de 1928 reconhece validade em conformidade com a noção de ordem pública internacional.

Os Tribunais franceses analisaram a questão da autonomia da cláusula de submissão do contrato à arbitragem internacional, relativamente ao contrato principal,⁷⁷¹ no qual se conclui que essa autonomia é reconhecida tendo em conta que o contrato coloca em jogo os interesses do comércio internacional.⁷⁷²

⁷⁶⁹ ANCEL, Bertrand; LEQUETTE, Yves - Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé. 3ª ed. Paris: Dalloz, 2001, p. 171 e ss.

⁷⁷⁰ O acórdão foi proferido tendo em conta a seguinte fatualidade: a sociedade das Messageries Maritimes emitiu, em 1927, um empréstimo obrigacional no Canadá. Os respetivos títulos, mencionavam a obrigação da entidade emissora assumir o pagamento do valor da obrigação e dos respetivos juros nos balcões dos agentes fiscais, o Royal Bank do Canadá em Montreal e em Toronto em moedas de ouro do estalão existente no Canadá, em peso e espessura, existente no primeiro dia de maio de 1927. As obrigações são adquiridas na sua totalidade pelo Banco Wood Gundy de Toronto que distribui o equivalente a nove milhões e meio de dólares no Canadá e um milhão e meio na Holanda Baixos. Os folhetos explicativos respeitantes à venda de obrigações nestes últimos países, previam o reembolso pago em moedas de ouro do Canadá, deixando ao comprador a faculdade de optar pelo reembolso, tanto no Canadá como na Holanda, em florins à cotação do dia. Em 1937, por lei de 10 de abril, a legislação canadiana vem proibir as cláusulas monetárias em ouro. Fundando-se no facto de o empréstimo ter sido emitido no Canadá, a sociedade devedora invocava a caducidade da cláusula monetária que o mesmo continha, em virtude do Gold Clause Act de 1937, e que em virtude de tal facto o reembolso das obrigações apenas poderia ser feito em notas de dólar. Esta limitação passaria para os adquirentes das obrigações, o risco da depreciação da moeda papel (ainda convertível em ouro) face à moeda de ouro. Alguns portadores de obrigações, e entre eles, a Bolsa de Amsterdão, vieram exigir o reembolso tal como contratado no momento da respectiva aquisição, manifestando o entendimento segundo o qual o Gold Clause Act não afetava o conteúdo dos seus direitos de crédito, unicamente determinado pela obrigação de reembolso estabelecida pela sociedade emitente, tanto nos títulos emitidos no Canadá, como nos prospectos publicados na Holanda. A Cour de Cassation, veio confirmar o Acórdão da Cour de Paris, que já havia confirmado o Acórdão da Cour de la Seine, segundo o qual no momento da conclusão do contrato - que constitui uma operação internacional, comportando um duplo movimento de fundos de país para país - as partes não tiveram intenção de submeter o pagamento nem à lei canadiana, nem à lei holandesa, mas à lei que resultava da sua convenção, a qual não é afetada pela proibição posterior da cláusula ouro, disposição estritamente aplicável no país que a consagra, uma vez que o pagamento não foi solicitado no Canadá, país onde se aplicaria o Gold Clause Act, mas na Holanda a lei de 24 de maio de 1937, país no qual não era aplicável aos investimentos cotados na Bolsa de Amsterdão. ANCEL, Bertrand; LEQUETTE, Yves - Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé. 3ª ed. Paris: Dalloz, 2001, p. 174 e ss.

⁷⁷¹ No Acórdão Gosset de 7 de maio de 1963, ANCEL, Bertrand; LEQUETTE, Yves - Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé. 3ª ed. Paris: Dalloz, 2001, p. 213.

⁷⁷² No Acórdão Gosset, a Cour de Cassation, concluiu que em matéria de arbitragem internacional a cláusula de escolha da lei aplicável, seja objeto de convenção no contrato principal ou em acto jurídico

Também quanto à questão específica analisada em vários acórdãos a que fazemos referência, se coloca a questão de aplicação ou não de uma regra material, mas ao contrário do que sucede nos arestos anteriormente mencionados, neste caso, a matéria circunscreve-se ao âmbito de aplicação de uma norma material exclusivamente aplicável a contratos internacionais. O que fica exposto não significa que não seja possível encontrar exemplos na jurisprudência mencionada de decisões fundadas no critério jurídico.⁷⁷³

Assinala-se, não obstante, que uma parte da doutrina francesa defende a combinação dos dois critérios.⁷⁷⁴

distinto, apresenta regra geral (salvo circunstâncias excepcionais que não são alegadas na causa e logo não constituem objeto da pronúncia do Tribunal), uma completa autonomia jurídica face ao contrato principal, afastando qualquer possibilidade de uma eventual invalidade deste último. No mesmo sentido se pronunciou o mesmo órgão de soberania no Acórdão Impex de 18 de maio de 1971, na sequência da decisão da Cour d'Appel. A Cour d'Appel constatou que a cláusula de eleição de arbitragem submetia à jurisdição das câmaras arbitrais designadas, todas as questões respeitantes ao contrato submetido à sua apreciação, mesmo as respeitantes à sua existência e à sua validade, e reconheceu em consequência o carácter internacional da cláusula de eleição, relativa à execução de contratos que têm por objeto a exportação de produtos, de França para Itália, vendidos por uma sociedade francesa com sede social em França, a sociedades italianas que possuíam as respetivas sedes sociais em Itália, colocam em jogo os interesses do comércio internacional. Pronunciando-se no sentido da autonomia do acordo de eleição de arbitragem, juridicamente autónomo em DIP francês, só as câmaras arbitrais têm a competência para conhecer os litígios na medida em que a mesma lhe foi conferida pelo respetivo acordo. A mesma fundamentação é expendida no Acórdão Menicuci de 13 de dezembro de 1975, RCDIP. (1976) 507, no qual a Cour de Cassation considerou que proibindo a lei francesa a cláusula de eleição da lei aplicável num acto misto, essa disposição não era aplicável desde que o acto em análise revestisse a natureza de um contrato internacional. No contrato em apreço a cláusula de eleição em matéria de arbitragem internacional era válida porque apresentava uma completa autonomia, e porque estava inclusa num contrato internacional, uma vez que apesar de ter sido concluído em França, entre dois franceses, um dos quais residente no Canadá, tinha em vista a atribuição de um mandato a este último para proceder à venda no Canadá e nos Estados Unidos da América, de produtos produzidos em França, colocando em jogo os interesses do comércio internacional.

⁷⁷³ Tal é o caso do Acórdão Hecht (da Cour d'Appel de Paris de 19 de junho de 1970, RCDIP. (1971) 692, note P. Level) e do Acórdão Tardieu (da Cour de Cassation de 7 de outubro de 1980, RCDIP. (1981) 313, note J. Mestre), tendo aquele órgão jurisdicional procedido, no primeiro caso, à análise da questão do afastamento da aplicação de normas imperativas da *lex fori*, questão tradicionalmente explicada e fundamentada com recurso ao critério económico, tendo concluído no mesmo sentido de decisões anteriores fundamentadas em diferentes critérios de contrato internacional. No Acórdão Tardieu, a Cour de Cassation, recorreu ao critério jurídico, concluindo que, sendo as partes de nacionalidade francesa, que tendo as mesmas celebrado o contrato em Paris, e que apesar de Tardieu ter por via do mesmo, assumido a representação dos interesses comerciais da contraparte na Colômbia, quizeram as partes submeter o contrato ao direito francês. Nestes acórdãos, os órgãos jurisdicionais respetivos, aplicaram como critério de determinação da internacionalidade do contrato, o critério jurídico, a constatação da existência de elementos de ligação entre o contrato e mais do que uma ordem jurídica.

⁷⁷⁴ Defendendo a combinação dos dois critérios, atribuindo primazia ao critério jurídico, entendendo que “não pode haver mais do que uma definição de contrato internacional, a que é designada de definição jurídica e na qual se integra outra definição, dita económica e que retém a ideia de colocar em jogo os interesses do comércio internacional: o contrato internacional é o contrato que, pelos seus elementos ou pelas circunstâncias em que é celebrado, apresenta ligações ou pontos de contacto com mais do que um Estado, e portanto com mais do que um sistema jurídico KASSIS, Antoine - Le nouveaux droit européen des contrats internationaux. Paris: LGDJ, 1993, p. 88 e ss. Este autor refere como exemplos de conexão relevante para internacionalizar o contrato o ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América, para o qual é elemento de ligação, não apenas o lugar de conclusão, mas também o lugar ou lugares nos quais decorreram as negociações, o lugar de pagamento do bem ou da sua expedição, a moeda utilizada para efetuar o pagamento e os actos de execução de um contrato que não seja executado integralmente no mesmo país, considerando para esse efeito que todos eles constituem elementos de contato com esses países, relevando neste último exemplo o lugar de execução principal. No que respeita à internacionalização

5.3. CRITÉRIOS SUBJETIVOS E OBJETIVOS

Tem ainda relevo, na esteira de Luis de Lima Pinheiro,⁷⁷⁵ considerarmos os critérios subjetivos e objetivos, distinguindo entre contratos comutativos e contratos de empreendimento comum.

Este autor considera que no domínio dos contratos comutativos (em que são efetuadas atribuições patrimoniais recíprocas) o critério subjetivo não é condição necessária e suficiente de internacionalidade do contrato.⁷⁷⁶ Concluindo o mesmo autor que no domínio desses contratos se atribui grande importância ao critério económico da transferência de valores através das fronteiras,⁷⁷⁷ sobretudo tendo em vista a demonstração de “existência de laços materiais das partes envolvidas com a vida económica de Estados diferentes e que a relação entre elas estabelecida diz efetivamente respeito a centros de atividade e bens situados em países diferentes.”⁷⁷⁸

Quanto ao contrato de empreendimento comum, entende o mesmo autor que é suficiente uma internacionalidade subjetiva.⁷⁷⁹

do contrato, cada um dos lugares de execução constitui um ponto de contato com o país respetivo e, portanto, é suscetível de internacionalizar o contrato, caso exista uma pluralidade de elementos de conexão com vários países. Num contrato relativo a um imóvel, o local onde o mesmo se situa constitui um ponto de contato com esse Estado, logo um ponto de contacto com o ordenamento jurídico desse lugar. À qualificação do contrato fundada na existência de elementos de conexão, acrescem os casos que se enquadram no critério económico do contrato que coloca em jogo os interesses do comércio internacional, em todas as situações em que o contrato tenha ligação com uma operação comercial que não se desenvolva inteiramente na esfera económica de um país e que na sua definição se reconduzem à alusão a circunstâncias. HOLLEAUX, Dominique [*et al.*] - Droit international privé. Paris: Masson, 1987, p. 590 e ss., defendem a combinação dos dois conceitos, dando como exemplo ilustrativo da sua posição na jurisprudência francesa, o Acórdão Menicuci da Cour de Paris de 13 de dezembro de 1975, a que atrás fazemos referência. JACQUET, Jean Michel; DELEBECQUE, Philippe; CORNELOUP, Sabine - Droit du commerce international. 2ª ed. Paris: Dalloz, 2010, p. 13-14, defende a noção económica de contrato internacional e a sua aplicação conjunta com a noção jurídica. CHATILLON, Stephane - Le contrat international. Paris: Vuibert, 2007, p. 8 e ss., defende a seguinte noção de contrato internacional: “o contrato é internacional quando coloque em jogo vários direitos nacionais, ou quando se enquadre no âmbito de aplicação de uma convenção internacional, ou quando implique a passagem de uma fronteira, ou quando coloque em causa os interesses do comércio internacional.”

⁷⁷⁵ PINHEIRO, Luis de Lima - Direito comercial internacional. Coimbra: Almedina, 2005, p. 74.

⁷⁷⁶ Dando como exemplo a situação em que “um turista estrangeiro compra a contado um objeto num estabelecimento comercial situado em Portugal a nacionalidade e residência estrangeira não basta para que o contrato seja internacional”. Pelo contrário, “parece que será internacional o contrato de compra e venda celebrado por duas pessoas residentes e estabelecidas em Portugal de um imóvel situado no estrangeiro, pelo menos se envolver uma transferência internacional de valores.” PINHEIRO, Luis de Lima - Direito comercial internacional. Coimbra: Almedina, 2005, p. 74.

⁷⁷⁷ PINHEIRO, Luis de Lima - Direito comercial internacional. Coimbra: Almedina, 2005, p. 74.

⁷⁷⁸ PINHEIRO, Luis de Lima - Direito comercial internacional. Coimbra: Almedina, 2005, p. 74-75.

⁷⁷⁹ Explicando que: “uma transferência de valores não é necessária nem suficiente para que o contrato de empreendimento comum seja internacional. Nos contratos de empreendimento comum haverá normalmente diversas transferências internacionais de valores, no sentido amplo que inclua designadamente capitais, bens intelectuais, saber-fazer e dividendos. Mas o significado destas transferências é muito variável. Podem ser insignificantes ou até inexistentes num contrato celebrado entre partes que desenvolvam as suas atividades em países diferentes – por exemplo, o contrato por que dois grupos empresariais (celebrado, designadamente, pelas respetivas sociedades-mãe), que dispõem de filiais em vários países, estabelecem um quadro de cooperação, que tem por objeto uma pluralidade de

A particularidade deste tipo contratual afasta, em grande medida, o critério da transferência de valores, cuja aplicação se revela incerta sobretudo considerando uma situação em que o contrato é “celebrado entre partes ligadas ao mesmo país e em cujo território deve ter lugar a atividade comum ou conjugada que as partes se obrigaram a realizar. Esta transferência pode dizer respeito a uma aquisição de meios para a realização do empreendimento, mas o nexo que assim se estabelece entre o contrato de empreendimento comum e tal contrato de venda internacional não é suficientemente importante para que o primeiro deva ser considerado internacional.”⁷⁸⁰ É a particularidade das circunstâncias atinentes à celebração deste tipo contratual que pode determinar ainda a sua internacionalidade “independentemente de qualquer internacionalidade subjetiva, ainda que indirecta.” Neste âmbito, considera o autor mencionado que “nem sempre a verificação de um critério subjetivo será condição necessária de internacionalidade do contrato. Pense-se no contrato de consórcio celebrado entre sociedades com sede da administração em Portugal para a realização de uma empreitada de construção civil em país estrangeiro. Entre os laços que podem servir para estabelecer a internacionalidade objetiva do contrato são de salientar o lugar da realização do empreendimento comum e o lugar onde a organização instituída pelo contrato de empreendimento comum tenha a sua sede.” Atentas as particularidades do contrato *sub iudice*, manifesta-se este autor pela “... necessidade de uma flexibilidade que não pode ser alcançada no quadro definido por um critério razoavelmente determinado, seja ele subjetivo, objetivo ou de transferência de valores.”⁷⁸¹

Em face do que conclui o mencionado autor que “contrariamente ao entendimento seguido por uma parte da jurisprudência e da doutrina francesas,” o critério dos interesses do comércio internacional, “não deve ser reconduzido a um critério puramente económico, tal como o da transferência de bens através das fronteiras,” devendo sobretudo atender-se “... aos laços objetivos que se estabelecem entre os elementos da relação controvertida e a vida económica dos diferentes Estados.”⁷⁸²

empreendimentos comuns, sendo cada um deles realizado num determinado país mediante a conjugação de actividades das filiais de cada grupo, aí estabelecidas. Inversamente, um contrato de empreendimento comum inequivocamente localizado num Estado pode dar azo a uma transferência internacional de valores importante – por exemplo, o agrupamento formado por empresas portuguesas para realizar uma empreitada de obras públicas de grande envergadura em Portugal adquire um equipamento de valor avultado no estrangeiro com vista à realização da empreitada.” Daí que a internacionalidade do contrato de empreendimento comum com base no critério subjetivo não deva depender da concorrência de uma transferência de valores através das fronteiras. PINHEIRO, Luis de Lima - Direito comercial internacional. Coimbra: Almedina, 2005, p. 75.

⁷⁸⁰ PINHEIRO, Luis de Lima - Direito comercial internacional. Coimbra: Almedina, 2005, p. 77.

⁷⁸¹ PINHEIRO, Luis de Lima - Direito comercial internacional. Coimbra: Almedina, 2005, p. 77.

⁷⁸² PINHEIRO, Luis de Lima - Direito comercial internacional. Coimbra: Almedina, 2005, p. 78-79. “O mais importante não é a perspectiva macroeconómica, a relevância da transação no plano das relações entre Estados, mas a circunstância de as partes ficarem colocadas numa posição específica que justifica a

Do que antecede, resulta que o critério do fluxo e refluxo através das fronteiras assume particular relevo quanto aos contratos comutativos e o critério dos interesses do comércio internacional, assume relevância para outros contratos, dependendo essa relevância, no caso concreto, de elementos objetivos ou subjetivos, enquanto critério de internacionalidade relevante, na medida em que ambos se mostram ajustados à ponderação a fazer no âmbito dos contratos do comércio internacional. Qualquer dos dois critérios se aplica exclusivamente aos contratos do comércio internacional, sendo excluída a sua aplicação aos contratos com partes contratuais débeis.⁷⁸³ Para abarcar os contratos celebrados com partes que se encontram numa posição de desfavor, o critério de internacionalidade relevante deve ser ainda mais amplo.

A dificuldade respeitante à questão de saber o que se deve entender por contrato internacional quer ao nível da Convenção de Roma, quer ao nível do Regulamento Roma I, reside nas previsões contidas nos números 3 e 4 do artigo 3.º, este último exclusivamente do regulamento. Como analisamos, é a internacionalidade subjetiva, existente no n.º 3 do artigo 3.º e a mesma internacionalidade consagrada no n.º 4 do mesmo preceito, agora no âmbito do Regulamento Roma I, quanto à situação originariamente conetada com um único Estado-Membro e relativamente à qual se escolhe uma lei de um Estado terceiro, que suscitam a dúvida sobre saber o que se deve entender por contrato internacional, ou o mesmo é dizer a existência de um conflito de leis. A doutrina não é unânime, como se mencionou, quanto à escolha de critérios económicos e jurídicos e uma parte da doutrina defende a aplicação conjunta dos mencionados critérios. O critério jurídico, uma vez que determina a internacionalidade do contrato em virtude da constatação da existência de elementos de conexão com mais de um ordenamento jurídico, é considerado um critério formal. Trata-se de uma internacionalidade conflitual.

Os critérios económicos, determinam que o contrato é internacional se provocar um fluxo e refluxo de bens, serviços ou capitais através das fronteiras ou se colocar em jogo os interesses do comércio internacional. Estes critérios partem da análise do conteúdo

aplicação do regime especial dos contratos comerciais internacionais. Esta posição específica decorre essencialmente dos laços que se estabelecem com diferentes Estados quer no momento da celebração do contrato quer durante a sua execução."

⁷⁸³ Considerando que os contratos celebrados com consumidores "integra(m) a noção de contratos do comércio internacional, que não tem necessariamente que ater-se à distinção subjacente a certas ordens jurídicas entre contratos comerciais e contratos não comerciais", BRITO, Maria Helena - Direito do comércio internacional. Coimbra: Almedina, 2004, p. 161-162. Esta posição é enquadrável na noção muito ampla de comércio internacional a que fazemos referência supra. Este conceito amplo de contratos do comércio internacional foi seguido no Quadro Comum de Referência e nos Princípios de Direito Europeu dos Contratos e veio a ser objeto de consagração na proposta de regulamento relativa ao direito europeu comum da compra e venda. No entanto, o nosso trabalho versa exclusivamente sobre os contratos celebrados entre partes que se encontram juridicamente numa posição de igualdade.

do contrato e dos efeitos da operação comercial que o mesmo incorpora, numa ou em várias economias, sendo por esse motivo considerado um critério substancial. Por esse motivo se designa a constatação da internacionalidade de um contrato fundada neste critério, como uma internacionalidade material.⁷⁸⁴

Os critérios económicos funcionam para delimitar o campo de aplicação de normas materiais imperativas, justificando o seu afastamento, enquanto os critérios jurídicos se desenvolvem no âmbito do método conflitual e da autonomia da vontade.

Os critérios económicos podem ser considerados como imprecisos e muito amplos. Não existe nenhum limite previamente definido a partir do qual as partes possam contar que sendo o seu contrato submetido à apreciação de um Tribunal, possa esse órgão aplicador do direito vir defender que o contrato é suscetível de colocar em jogo ou afetar os interesses do comércio internacional.

Em última análise qualquer contrato pode ser considerado internacional por colocar em jogo os interesses do comércio internacional.

Todavia, também os critérios jurídicos são passíveis de críticas; na verdade, não existe uma previsão quanto aos elementos de conexão que os mesmos consideram como relevantes para internacionalizar um contrato. Não parecendo adequado aceitar que qualquer elemento de estraneidade seja suficiente para qualificar um contrato como internacional.⁷⁸⁵ Antes se impõe uma ponderação ou valoração da relevância a atribuir a esse título à conexão em causa.⁷⁸⁶ Se num contrato celebrado no nosso país com intervenção de um contraente estrangeiro, a nacionalidade estrangeira do adquirente não é suficiente para permitir concluir pela internacionalidade do contrato. Já o mesmo contrato pode ser considerado internacional se implicar uma transferência de valores através das fronteiras ou implicar interesses do comércio internacional.

Será de considerar a diferença entre conexão relevante a esse título e conexão irrelevante. Mas ainda, distinguir entre conexão relevante para internacionalizar o contrato, de conexão adequada para determinar o regime jurídico ao mesmo aplicável.⁷⁸⁷

⁷⁸⁴ Neste sentido, ANCEL, Bertrand; LEQUETTE, Yves - Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé. 3^a ed. Paris: Dalloz, 2001, p. 212-213.

⁷⁸⁵ Em sentido contrário HOLLEAUX, Dominique [et al.] - Droit international privé. Paris: Masson, 1987, p. 590 e ss.

⁷⁸⁶ PINHEIRO, Luís de Lima - Direito internacional privado. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. 1, p. 40.

⁷⁸⁷ PINHEIRO, Luis de Lima - Direito comercial internacional. Coimbra: Almedina, 2005, p. 83.

A inexistência de uma lista de elementos de conexão atendíveis a esse título, favorece a crítica à imprecisão dos critérios jurídicos, mas na verdade, é essa imprecisão que os torna abrangentes e ao mesmo tempo lhes atribui um elevado grau de certeza quanto ao resultado expetável da sua aplicação, já que o mesmo se baseia na consideração dos elementos de uma relação jurídica, embora não se confine aos mesmos.

A verdade é que, apesar de muitas vezes haver coincidência na aplicação ao caso concreto, entre os critérios económicos e os critérios jurídicos, em muitas outras ela não se verifica.

Os critérios económicos de contrato internacional coincidem sempre com os critérios jurídicos, embora a inversa não seja necessariamente verdadeira, pois pode conceber-se a hipótese de um contrato ser considerado internacional segundo o critério jurídico e não o ser segundo o critério económico.⁷⁸⁸

Só se compreende que, na aceção do critério económico, um contrato que contenha elementos de ligação com vários ordenamentos jurídicos, possa ser considerado um contrato interno, por se constatar que o mesmo interessa exclusivamente à economia de um país, pela consideração de que o critério económico é mais restritivo do que o critério jurídico.

O critério jurídico de internacionalidade relevante, na perspetiva da sua aplicação aos contratos comerciais internacionais, parte do pressuposto da existência de uma relação contratual no âmbito de uma relação transnacional,⁷⁸⁹ relativamente à qual se verifica a existência de um vínculo entre certas circunstâncias que ligam as pessoas, os factos ou as coisas, a mais do que um ordenamento jurídico.⁷⁹⁰ Mas estes vínculos devem ser significativos.

⁷⁸⁸ BIDAUD-GARON, Christine - Travaux dirigés de droit international privé. 2.^a ed. Paris: Litec, 2003, p. 343.

⁷⁸⁹ PINHEIRO, Luís de Lima - Direito internacional privado. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. 1, p. 28, adota o conceito de situações transnacionais, em desfavor do conceito tradicional de situação privada internacional, uma vez que existem “situações que, no todo ou em parte, não são reguladas pelo direito privado”. As situações transnacionais são definidas pelo autor mencionado como “aquelas em que se coloca um problema de determinação do Direito aplicável que deva ser resolvido pelo Direito Internacional Privado.”

⁷⁹⁰ Sobre o conceito de elemento de conexão, ver entre outros COLLAÇO, Isabel de Magalhães - Direito internacional privado: reedição das lições proferidas ao 5.º ano jurídico: 1958-1959. Lisboa: AAFDL, 1966. Vol. 1, p. 13; MACHADO, João Batista - Lições de Direito internacional privado. 3.^a ed. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2009, p. 79 e ss.; SCHWIND, Fritz - Internationales Privatrechts. Manz: View, 1990, p. 23 e ss.; MAJOROS, Ferenc - O direito internacional privado. Coimbra: Almedina, 2000, p. 120 e ss.; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos; SÁNCHEZ LORENZO, Sixto - Derecho internacional privado. 10.^a ed. Madrid: Civitas, 2018, p. 155 e ss.; PROENÇA, José João Gonçalves de - Direito internacional privado. Lisboa: Universidade Lusíada, 2005. Vol. 2, p. 175; JOUBERT, Natalie - La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandesbeziehung) en droit international privé. Paris: Litec: 2007; MACHADO, João Batista - Lições de Direito internacional privado. 3.^a ed. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2009, p. 79 e ss.

Pode ainda conceber-se a hipótese de uma relação jurídica se encontrar, por todos os seus elementos, relacionada com um único ordenamento jurídico, mas ser presente a um tribunal de um país diferente daquele com o qual todos os elementos da mesma se relacionam; ou ser designada uma lei de um Estado diferente ou ser um contrato puramente interno com um laço especialmente significativo com uma ordem jurídica exterior. Neste caso também se verifica existir um conflito de leis, que é o critério de internacionalidade relevante retido pelos instrumentos em referência.

5.4. CRITÉRIO DE INTERNACIONALIDADE NA CONVENÇÃO DE ROMA E NO REGULAMENTO ROMA I

A doutrina que entende que a Convenção de Roma e o Regulamento Roma I, são aplicáveis a contratos internos, em geral, considera que esses instrumentos não consagram um conceito de contrato internacional,⁷⁹¹ enquanto que a doutrina que defende a internacionalização dos contratos internos por recurso à *electio iuris*,

⁷⁹¹ Como é o caso de JACQUET, Jean-Michel – Le contrat international. 2ª ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 7 e ss., conjugando o teor do disposto no n.º 1 do artigo 1.º, com o teor do disposto no número 3 do artigo 3.º, defende que “a Convenção de Roma, não recorre à noção de contrato internacional para determinar o seu campo de aplicação. Com efeito, não só não consagra nenhuma noção de contrato internacional, como sobretudo, aceita aplicar-se a um contrato que tenha todos os elementos em ligação apenas com um país. Ora, um contrato como o mencionado é manifestamente susceptível de ser considerado um contrato puramente interno.” Concluindo que “o verdadeiro critério retido pela convenção de Roma é, portanto o de contrato de cujo conteúdo resulte uma situação que apresente um conflito de leis e não de contrato internacional.” E afirma ainda Jacquet que “na prática a Convenção de Roma aplica-se aos contratos internacionais na noção fornecida pelo direito internacional privado francês (e da maioria dos países), mas aplica-se da mesma forma aos contratos internos, para cuja regulamentação, as partes tenham decidido escolher uma lei estrangeira, pois, agindo dessa forma, as partes provocaram um conflito de leis no sentido que lhe é atribuído pela Convenção.” No entanto em 2008, JACQUET, Jean-Michel - *Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution, in vers des nouveaux équilibres entre ordres juridiques*. In Tristan Azzi [et al.], Vers des nouveaux équilibres entre ordres juridiques: liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon. Paris: Dalloz, 2008, p. 730 e ss., manifesta o seu entendimento da seguinte forma: “A situação que comporta um conflito de leis é, na maioria das vezes assimilada ao carácter internacional do contrato, e um contrato interno corresponde a uma situação de ausência de conflito de leis (ou mais exactamente, o carácter interno de um contrato decorre da ausência de conflito de leis). Esta discussão é, portanto, racionalmente justificada, mas é igualmente frágil, como demonstra o célebre artigo 3.º, número 3 da Convenção de Roma. O artigo 3.º número 3 desta convenção prevê que possa existir um conflito de leis mesmo que todos os elementos da situação se localizem no momento da escolha num único país. Não devemos deixar de ter em conta que este texto resulta de um compromisso alcançado no decurso da negociação (...) a escolha das partes, permitida pela convenção, não tem a natureza de um elemento de conexão no sentido usual do termo. O conflito de leis resulta exclusivamente da designação da lei estrangeira. Este liberalismo inesperado encontra a sua correcção no facto de o contrato se sujeitar às disposições não derogáveis por acordo, nos termos da lei desse país e que a seguir se denominam por disposições imperativas”. GAUDEMET-TALLON, Hélène - Les Conventions de Bruxelles et de Lugano, compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe. Paris: LGDJ, 1996, p. 39, entende que “o problema que se colocará mais frequentemente será o de saber quando nos encontramos perante um conflito de leis, o mesmo é dizer perante um contrato internacional. A Convenção não dá uma noção de contrato internacional. Por isso, podemos sempre hesitar entre a concepção estritamente jurídica de contrato internacional (um contrato é internacional desde que exista um elemento de estraneidade, como por exemplo, nacionalidade de uma parte, lugar de conclusão, lugar de execução), e a concepção económica (o contrato é internacional desde que coloque em jogo os interesses do comércio internacional)”.

considera por regra que esses instrumentos consagram uma noção de contrato internacional.⁷⁹²

⁷⁹² Esta é a posição assumida por LAGARDE, Paul - *Le nouveaux droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 Juin 1980. Revue Critique de Droit International Privé*. 91 (1991) 23, que relativamente à opção do legislador convencional de retirar do âmbito de aplicação da Convenção a expressão situações que tenham um carácter internacional, explica que “para que a Convenção seja aplicável a uma situação contratual é necessário que esta comporte um conflito de leis. Esta expressão foi preferida em relação à de contrato internacional e à de situações que tenham um carácter internacional. Desta forma a Convenção pode aplicar-se a um contrato puramente interno a um país, mas que por força das regras de competência judiciária de um país, por exemplo devido a alteração do domicílio de uma parte, vem a ser submetido aos tribunais de outro país. Ou ainda a um contrato puramente interno em relação ao qual as partes tenham escolhido uma lei estrangeira. Em todas estas situações, o tribunal competente deve interrogar-se se aplica a sua própria lei ou uma outra lei. A situação comporta, portanto, um conflito de leis e enquadra-se no domínio da Convenção.” Como se infere da citação supra, Lagarde não justifica a escolha do legislador convencional com a ideia da dificuldade de delimitação do conceito de contrato internacional, antes se refere à possibilidade de a Convenção ser aplicada também a um contrato interno, desde que relativamente ao mesmo se coloque um problema de conflito de leis. Na perspectiva de Lagarde, existirá conflito de leis em todas as situações em que sendo um contrato levado a apreciação por um Tribunal o juiz tenha de se interrogar se o mesmo deve ser regulado pela *lex fori*, ou por outra lei. A noção de conflito de leis assim delimitada, encontra aplicação quanto aos contratos internacionais, mas também - na perspectiva do autor - quanto aos contratos internos (os que estejam relacionados com um único ordenamento jurídico) que venham a ser objeto de apreciação por um tribunal de outro país. No mesmo sentido, KASSIS, Antoine - *Le nouveaux droit européen des contrats internationaux*. Paris: LGDJ, 1993, p. 251 e ss., defende que a Convenção consagra uma definição única de contrato internacional, que apenas retém o critério jurídico e absorve o critério económico. O autor defende que a convenção define o contrato internacional distinguindo-o do contrato interno, com apelo à figura das ligações ou elementos de conexão. A Convenção ao referir-se no número 3 do seu artigo 3.º a contratos que tenham todos os seus elementos de conexão com o mesmo ordenamento jurídico, está a fixar o entendimento do legislador convencional quanto à noção de contrato interno. Assim, na perspectiva deste autor quanto à interpretação do número 3 do artigo 3.º, contrato interno é o que se encontra relacionado por todos os seus elementos, com apenas um ordenamento jurídico. Por oposição a esta noção, contrato internacional, é aquele, cujos elementos de ligação se encontram relacionados com mais de um ordenamento jurídico. Em todo o caso, não considera determinante o recurso a esta interpretação, à *contrario sensu*, dado o disposto no número 1 do artigo 4.º o qual – no seu conceito - por si só, fixa a noção de contrato internacional. Esta conclusão resulta do teor do preceito referido já que nos termos do mesmo “o contrato é regulado pela lei do país com o qual apresente uma conexão mais estreita.” Ora, desta disposição retira o autor a noção de contrato internacional, que é o que tem conexões com mais do que um país. O referido autor considera que o critério económico foi absorvido pelo critério jurídico, o que implicou a sua redução a um elemento de ligação, como todos os demais elementos de ligação comumente considerados pelo critério jurídico. CORREIA, António Ferrer - Algumas considerações sobre a Convenção de Roma de 19 de junho de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais. *Revista de Legislação e Jurisprudência*. 122 (1989-1990) 289-292, 290 e ss., 321-323 e 362-366; BARATA, Roberto - *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*. Milano: Giuffrè Editore, 1991, p. 51, entende que a Convenção de Roma é chamada a reger apenas os contratos que implicam um conflito de leis, ficando excluídos da sua esfera de ação, os contratos puramente internos, ou seja, os contratos relacionados com um único Estado. Desta posição resulta à *contrario sensu* que a Convenção de Roma se aplica apenas aos contratos internacionais e que esses são os que se encontram relacionados com mais do que um Estado. ESPLUGUES MOTA, Carlos - Régimen Jurídico de la Contratación. In *Contratación internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 62, 65-66., embora considere que a expressão “obrigações contratuais” foi preferida pelo legislador convencional, à de “contrato internacional” em virtude de a primeira ter um sentido mais unívoco, não hesita em defender a aplicação da Convenção de Roma apenas a contratos internacionais. Apesar da Convenção de Roma, na perspectiva do autor, não se referir à noção de contrato internacional em sentido estrito (aquele cujo elemento chave consiste na vinculação do negócio com dois ou mais ordenamentos jurídicos), considera que a noção de contrato internacional está implícita no texto convencional. O fundamento aduzido baseia-se no elemento histórico da interpretação. Esplugues Mota recorre a esse elemento justificando o teor do artigo 19, do mesmo texto convencional, com a necessidade de a sua previsão relativamente ao Reino Unido e como forma de afastar a aplicação da Convenção a conflitos entre ordenamentos jurídicos que existam num mesmo Estado. Concluindo que o legislador convencional ao inserir o número 2 do artigo 19.º, que afasta a possibilidade de aplicação da Convenção “aos conflitos de leis que respeitem exclusivamente a (ordenamentos jurídicos pluri-legislativos) essas unidades territoriais.”, mais não faz do que sublinhar a noção de contrato internacional, uma vez que impossibilita que a mesma seja utilizada para dirimir conflitos internos suscitados por contratos internos a um único Estado. Assim na perspectiva do autor, se confirma a consagração de uma noção de contrato internacional na Convenção de Roma ainda que de forma

Quer a Convenção de Roma, quer o Regulamento Roma I não nos dão pistas sobre as ligações que devam ser consideradas relevantes para efeitos de internacionalizar um contrato, sendo certo que a conexão adequada para internacionalizar o contrato deve ser aferida caso a caso, e de forma conjugada com as circunstâncias que envolveram a sua celebração.⁷⁹³

Quer o critério dos interesses do comércio internacional, quer o critério do fluxo e refluxo, quer os critérios objetivos e subjetivos, são importantes em matéria de contratação internacional e têm ampla aplicação em sede de arbitragem do comércio internacional.⁷⁹⁴ Se é certo que os critérios económicos são muito vagos, também é certo que os critérios jurídicos se apresentam como insuficientes. A preferência por qualquer dos critérios deve considerar as necessidades de aplicação uniforme quer do

implícita, como sendo o que apresenta ligações a mais do que um Estado. BONOMI, Andrea - Conversion of the Rome convention on contracts into an ec instrument: some remarks on the green paper of the EC Commission. YPIL, 6 (2004) 75, refere-se à questão em análise da seguinte forma: "a Convenção de Roma foi elaborada sob a égide das Instituições Comunitárias, com o objetivo de introduzir regras uniformes sobre a lei aplicável às obrigações contratuais e completar-se assim, pelo menos no que diz respeito aos contratos, a obra de uniformização do direito internacional privado iniciada com a Convenção de Bruxelas". Inequivocamente aceitando a aplicação da Convenção de Roma aos contratos internacionais. VIGNAL, Thierry - Droit international privé, 3ª ed. Paris: Sirey, 2014, p. 256, entendendo que antes de abordar a análise das regras de conflitos previstas na Convenção, é necessário saber quais são os contratos aos quais a mesma se aplica. Trata-se de facto de contratos internacionais. De acordo com o artigo 1.º, número 1, a Convenção é aplicável às situações que comportem um conflito de leis. Dito de outro modo, desde que um contrato apresente uma ligação com mais do que um Estado, para que a convenção seja aplicável". RACINE, Jean Batiste; SIIRIAINEN, Fabrice - Droit du commerce international, 2ª ed. Paris: Dalloz, 2011, p. 176 e ss., retomando a distinção entre o conceito de contrato internacional em sentido jurídico (como sendo aquele que apresenta ligações a mais do que um ordenamento jurídico) e o conceito de contrato internacional em sentido económico (como sendo aquele que coloca em jogo os interesses do comércio internacional), concluem que é o critério jurídico que é consagrado pela Convenção de Roma e que o mesmo critério continua a ser previsto pelo regulamento Roma I. COURBE, Patrick - Droit international privé, Paris: Dalloz, 2007, p. 197-198, após definir o contrato internacional como sendo aquele em que pelo menos um dos elementos não se localiza na esfera jurídica interna de um país, constata que dispersão dos seus elementos de conexão além-fronteiras provoca um conflito de leis e que a Convenção de Roma não prevê a noção de contrato internacional, mas a de obrigações contratuais que não define. Essa tarefa será desenvolvida por cada juiz que deverá ter em conta a necessidade de conferir uma interpretação uniforme à Convenção de Roma, como disposto no seu artigo 18º. A obrigação contratual deve conduzir a um conflito de leis: o que significa que pelo menos um dos seus elementos deve situar-se fora do espaço jurídico do país. Ora, a noção de conflito de leis que o autor apresenta é totalmente coincidente com a noção de contrato internacional, donde resulta implicitamente que entende que a Convenção de Roma consagrou o conceito de contrato internacional.

No sentido de que no artigo 3.º, n.º 3 do regulamento em análise se consagra o conceito jurídico de contrato internacional AUDIT, Mathias; BOLLÉE, Sylvain; CALLÉ, Pierre - Droit du commerce international et des investissements étrangers, Paris: L.G.D.J., 2016, p. 35.

⁷⁹³ No sentido da necessidade de uma valoração quanto à susceptibilidade de certos elementos de conexão poderem internacionalizar o contrato, dando o seguinte exemplo: "será que um contrato de venda de um automóvel fabricado por uma sociedade japonesa celebrado entre um concessionário com sede e estabelecimento em Portugal e um Português residente em Portugal deve ser considerado como um contrato interno, que é regulado directamente pelo Direito material português ou como um contrato internacional que pode ser submetido a uma lei estrangeira?". PINHEIRO, Luís de Lima - Direito internacional privado, 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. 1, p. 39. Considera este autor que um contrato de venda não é transnacional pelo simples facto de a coisa vendida ter sido fabricada no estrangeiro ou de se estipular o pagamento em moeda estrangeira. Mas, em princípio, já o é se implicar uma transferência de valores através de fronteiras." Ob. cit., p. 39.

⁷⁹⁴ Tendo, como supra se referiu, o critério dos interesses do comércio internacional merecido consagração legal, quer no ordenamento jurídico francês, quer no ordenamento jurídico português, no âmbito da arbitragem.

instrumento de direito da UE, quer do seu instrumento de direito complementar, respetivamente, o Regulamento Roma I e a Convenção de Roma. Em ambos os instrumentos o critério de internacionalidade retido é o do conflito de leis. Em nossa perspectiva existem cinco critérios de internacionalidade relevante no Regulamento Roma I, o resultante de existência de ligações relevantes com mais de um ordenamento jurídico ou laços estreitos com dois ou mais ordenamentos jurídicos, numa situação de internacionalidade objetiva; os resultantes da utilização da *electio iuris* como elemento de conexão, resultante de uma internacionalidade dita subjetiva; e ainda da sujeição de um contrato puramente interno a uma jurisdição de outro Estado; ou a existência de um laço significativo entre um contrato interno e um contrato internacional; e a ligação de um contrato com um ou mais Estados-Membros, na situação em que é escolhida uma lei de um Estado terceiro.

Quer o legislador convencional, quer o legislador da UE, não consagraram expressamente qualquer noção de contrato internacional. Quanto à Convenção de Roma, supostamente porque essa consagração poderia vir a constituir um entrave em termos futuros, já que a ideia que alimentou a *mens legislatoris* deste texto jurídico era bastante ambiciosa, aspirando a uma aplicação universal. Esta realidade conjugada com a celeridade quanto à mutação da matéria da contratação internacional, levaria também a que pudessem surgir novas figuras contratuais que não encontrassem previsão jurídica no texto convencional.

No caso concreto da Convenção de Roma é inequívoco que a questão foi objeto de ponderação.

Não obstante, entendemos que mais importante do que determinar se a Convenção de Roma e o Regulamento Roma I consagram uma noção de contrato internacional, é determinar qual ou quais os critérios de internacionalidade relevante e que, no caso, se reportam à existência de um conflito de leis.

A mesma conclusão se retira da análise ao preâmbulo do relatório explicativo da Convenção de Roma,⁷⁹⁵ no qual Giuliano e Lagarde, manifestam o entendimento segundo o qual “tendo em conta a unificação do direito substantivo, a unificação das regras de conflitos de leis, parece mais facilmente concretizável, sobretudo no domínio

⁷⁹⁵ Relatório GIULIANO, Mario ; LAGARDE, Paul (1980) – Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations.

do direito patrimonial, porque as regras de conflitos respeitam apenas às relações jurídicas que contenham um elemento internacional.”

Neste caso, as relações jurídicas obrigacionais, podem suscitar um conflito de leis, justamente por conterem um elemento internacional –na terminologia de Giuliano e Lagarde-. Mas a existência de um elemento internacional é que pode não estar confinada à verificação de uma conexão com mais de um ordenamento jurídico de acordo com critérios jurídicos, antes pode resultar quer de elementos respeitantes a esses critérios quer de outros elementos respeitantes aos critérios económicos.

A ponderação da relevância dos elementos de conexão previamente à determinação da existência de um conflito de leis, impõe-se, cometendo ao órgão aplicador do direito, a modelação do critério de internacionalidade relevante que se afigure mais ajustado ao caso concreto. Tal significa cometer aos juízes parte da responsabilidade pela construção da unificação do DIP nesta matéria.

Quer a Convenção de Roma, quer o Regulamento Roma I, têm um objetivo identificado, alcançar a unificação do direito internacional privado das obrigações contratuais. Qualquer critério de internacionalidade relevante deve ser tão preciso quanto possível. No entanto, a certeza e a segurança devem ceder na medida em que se reconheça a um critério vago, uma utilidade marginal, comportando um limite de incerteza tolerável.⁷⁹⁶ Se os Estados perspetivarem uma intensificação do controlo das operações comerciais internacionais deverão caminhar no sentido da unificação sem esquecer o necessário equilíbrio que pode resultar da sua conjugação com critérios flexíveis que, longe de atemorizar os agentes económicos, rapidamente se tornarão conhecidos nas suas grandes linhas, tal como sucede com as decisões dos tribunais arbitrais.

5.5. TOMADA DE POSIÇÃO

O critério dos interesses do comércio internacional, pacificamente aceite enquanto critério de internacionalização ao nível da arbitragem do comércio internacional, sendo

⁷⁹⁶ Apontando aos critérios jurídicos e económicos as debilidades sublinhadas e considerando preferível renunciar a um critério que permita enunciar um conceito de internacionalidade, AUDIT, Mathias; BOLLÉE, Sylvain; CALLÉ, Pierre - Droit du commerce international et des investissements étrangers. Paris: L.G.D.J., 2016, p. 36. Estes autores privilegiam uma solução mais pragmática, tendente a uma identificação mais directa e mais precisa dos tipos de situações internacionais, método que é bastante utilizado nas convenções internacionais, como supra referido, e dando como exemplo a Convenção das Nações Unidas sobre a compra e venda de mercadorias cuja aplicação depende de as partes terem os seus estabelecimentos em Estados diferentes. Ob. cit., p. 36.

perfeitamente ajustado aos interesses a essa escala, parece ser de aplicação cautelosa às exigências quer da Convenção de Roma, quer do Regulamento Roma I.

O critério da transferência de valores através das fronteiras, sendo perfeitamente adaptado ao DIP e aos seus interesses, introduz a flexibilidade necessária ao nível dos instrumentos unificadores, constituindo a suposta redução da certeza e da segurança jurídica que sempre se poderá apontar, resultante de um critério descritivo, a contrapartida da exigência da sua aplicação às necessidades.

As razões da escolha da arbitragem residem sobretudo em fatores relacionados com a celeridade que se impõe no comércio internacional em larga escala. As fontes de direito são diferentes e a aplicação do direito é também diferente. A arbitragem, mesmo intra-europeia recorre, maioritariamente, às suas próprias fontes.

O Regulamento Roma I não aplica os raciocínios disponíveis para a arbitragem, nem as mesmas fontes de direito, rege-se ainda por uma lei designada pelas partes, com as limitações que possam estar inerentes a essa designação e que têm em vista a proteção do equilíbrio entre o interesse das partes e o interesse dos Estados-Membros ou do ordenamento jurídico da UE. Nessas limitações se enquadram as resultantes da manutenção da solução já constante da Convenção de Roma, de apenas facultar às partes a escolha de uma lei estatal, dos n.ºs 3 e 4 do art.º 3.º, das disposições não derogáveis por acordo e das leis de aplicação imediata, como adiante analisamos. Também a respeito das matérias a que se acaba de fazer referência pode o legislador, numa futura revisão ao Regulamento Roma I, adotar soluções mais flexíveis. Essa desejável alteração, mantendo o rumo da unificação cederá aparentemente, em matéria de flexibilidade, ao mesmo tempo que assegura e até reforça, em casos pontuais, a soberania dos Estados. E podemos até ser levados a concluir que a introdução ou reforço de flexibilidade pode contribuir para um reforço da unificação, considerando, por exemplo, a futura consagração da possibilidade de opção pela nova *lex mercatoria* e aproveitando o caudal de experiência quer dos tribunais judiciais que vêm recorrendo há já algum tempo a alguns instrumentos enquadráveis nessa realidade (e.g., Princípios UNIDROIT aplicados pelo Supremo Tribunal espanhol e *lex mercatoria* aplicada por diversos tribunais europeus), quer familiarizando esses tribunais com o sentido das decisões arbitrais. O reforço da soberania dos Estados resultará, em nossa perspetiva, da combinação de soluções flexíveis com uma hierarquia de fontes que continue a impor a proteção a normas de aplicação imediata, solução já consagrada nos Princípios da Haia.

No entanto, não se deve descurar a simplicidade dos critérios jurídicos, reservando-lhe o lugar cimeiro enquanto critério de internacionalidade relevante, enquanto opção potenciadora da unificação, passando pela ponderação dos elementos de conexão relevantes na perspetiva da internacionalização.

Os critérios da transferência de valores através das fronteiras e dos interesses do comércio internacional têm em conta os interesses a essa escala. O Regulamento Roma I tem em conta, sobretudo, os interesses do comércio intra-europeu, do seu mercado interno, no sentido da defesa da eficiência do regime ao mesmo aplicável ao nível da UE. A unificação das normas de conflitos nos países da UE, tem em vista a segurança e a certeza jurídicas, sobretudo nesse ordenamento e uma consequente redução de custos das operações. A subtração de uma operação comercial ao regime do Regulamento Roma I opera no âmbito de autonomia reconhecida às partes, que livremente podem submeter a sua transacção ao regime da arbitragem. Os comerciantes ao nível internacional, optam normalmente por essa via. O Regulamento Roma I, na prática é aplicado marginalmente a operações comerciais entre agentes económicos maioritariamente europeus e que não sentiram a necessidade de adoção de um regime flexível, quer ao nível do direito aplicável, quer ao nível da jurisdição a que as mesmas ficam sujeitas. Se os Estados-Membros pretenderem aumentar o seu controlo quanto às operações comerciais internacionais, têm de adequar os regimes vigentes às necessidades, tornando-os mais ágeis e flexíveis. Assim, em matéria de contratação comercial internacional no âmbito de aplicação do Regulamento Roma I defendemos o recurso, em primeira linha, aos critérios jurídicos e apenas em função da sua insuficiência, o recuso aos critérios económicos. Esta posição parte dos seguintes pressupostos: a) por um lado, a maior simplicidade reconhecida ao critério jurídico, que é importante num quadro de aplicação de direito unificado; e b) a existência de uma margem de utilidade reconhecida ao critério económico, que fundamenta a existência de um conflito de leis, em certas situações, relativas a contratos internos com laços relevantes com outros ordenamentos jurídicos.

Retendo os critérios de internacionalidade relevantes, não obstante possam, consoante as situações especificamente consideradas, apresentar diferentes níveis, o que é determinante é a existência de um conflito de leis, quer porque a suscetibilidade de várias leis concorrerem entre si na modelação do carácter internacional do contrato decorre da ligação dos seus elementos a vários ordenamentos jurídicos, quer porque provocam um fluxo e refluxo além fronteiras, quer ainda porque colocam em jogo os interesses do comércio internacional.

Por tais motivos, entendemos ser útil recorrer em primeiro lugar aos critérios jurídicos, reservando-se, todavia, uma margem de utilidade que comporta um grau de incerteza tolerável aos critérios económicos. Assim se entendendo que, quer no âmbito da Convenção de Roma, quer no âmbito do Regulamento Roma I, por contrato internacional aquele que se funda na existência de um conflito de leis, o qual pode ser apreendido pela sua ligação através de elementos e laços relevantes com mais do que um ordenamento jurídico, podendo esses elementos ser jurídicos ou económicos.⁷⁹⁷

⁷⁹⁷ Posição já defendida na doutrina portuguesa por MACHADO, J. Batista - Âmbito de eficácia e âmbito de competência das leis: limites das leis e conflitos de leis. Coimbra: Almedina, 1970, p. 14 e BRITO, Maria Helena - Direito do comércio internacional. Coimbra: Almedina, 2004, p. 150. No mesmo sentido na doutrina francesa, designadamente, KASSIS, Antoine - Le nouveaux droit européen des contrats internationaux. Paris: LGDJ, 1993, p. 88 e ss.

PARTE III - LEI APLICÁVEL AOS CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS

1. INTRODUÇÃO

As necessidades do comércio internacional justificam cada vez mais, soluções flexíveis que, ao nível do direito de conflitos e do direito substantivo forneçam soluções expeditas, correspondendo assim, às legítimas expectativas das partes. Esta perspetiva de adequação às necessidades, determina uma certa desvalorização ou abandono de regras de conflitos rígidas, em prol de um aumento do recurso à autonomia da vontade.⁷⁹⁸ O acréscimo permanente de relações transnacionais entre os povos, nas suas diversas dinâmicas, implica uma atenuação da soberania dos Estados, quanto à regulação de certas relações jurídicas com elementos de estraneidade.⁷⁹⁹

A facilidade crescente de contatos, de movimentação de pessoas, de serviços,⁸⁰⁰ de mercadorias e de capitais implica uma atenuação da territorialidade dos Estados. Muitas fronteiras passaram a ser virtuais, efeito decorrente da expansão do comércio eletrónico.

As diversas e relevantes perspetivas de regulação da contratação internacional, ilustram a riqueza jurídica de que a matéria é alvo, mas também as dificuldades que suscita e que fundamentam, em geral, as tentativas de unificação do regime que lhe é aplicável, seja ao nível do direito da UE, seja num horizonte mais amplo.

⁷⁹⁸ Neste sentido, como uma das medidas de modificação das técnicas do direito internacional privado clássico, em face das exigências do modelo neoliberal e partindo do pressuposto de que esse modelo se baseia na ideia da admissão da escolha pessoal dos indivíduos quanto às normas às quais se pretendem submeter, KINSCH, Patrick - *Quel droit international privé pour une époque néolibérale?* In Vincent Heuzé [et al.], *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*. Paris: LGDJ, 2015, p. 384-386.

⁷⁹⁹ Salientando que o processo tradicional de aprovação de normas internacionais através da adoção de Convenções Internacionais, propicia uma melhor compreensão das questões e uma posição aproximada de todos os Estados àquele que é o texto final, mas peca pela necessidade de alcançar consensos e que conduz à adoção de textos ambíguos, e pela sua lentidão, SANDOZ, Yves - *Rapport introductif*. In Yves Sandoz (Ed.), *Quel droit international pour le 21^e siècle? rapport introductif et actes du colloque international organisé avec le soutien du Département Fédéral des Affaires Étrangères*. Bruxelles: Bruylant, 2007, p. 22-23.

⁸⁰⁰ Assinalando que a relação de trabalho transnacional vem despertando crescente atenção do legislador supra nacional devido ao aumento de relações laborais não relacionadas com um único ordenamento e que o "...fenómeno no es de hoy, pero es igualmente innegable que la relación de las fronteras nacionales, característica de la global village en que vivimos, lo potencia claramente, tornándose así cotidiana una situación que hasta hace poco tenía caracteres de cierta excepcionalidad." E que "por outro lado, la creciente internacionalización de la actividad de las empresas es una característica de nuestros días aún más destacable. Aquéllas desarrollan su objeto social en más de un país, independientemente de la existencia de fronteras nacionales, como consecuencia de la globalización de la vida económica a la que, con fuerza creciente, asistimos.", RAMOS, Rui Moura - *El contrato individual de trabajo*. In Alfonso L. Calvo Caravaca; Luís Fernández de la Gándara (Dir.), *Contratos internacionales*. Madrid: Editorial Tecnos, 1997, p. 1884.

Poucas são ainda as questões que reúnem um alargado consenso, fruto das crescentes necessidades que as trocas internacionais vão fazendo surgir e da dinâmica própria desta realidade.

Em matéria de contratação internacional, um princípio fundamental emerge, qualquer que seja a perspectiva em que a sua abordagem seja feita. A autonomia da vontade reconhecida às partes, atribuída comumente a Dumoulin, constitui um dos domínios transversais à contratação internacional que granjeia, atualmente, um vasto consenso em matéria de determinação da lei aplicável às obrigações contratuais.⁸⁰¹

Contributo importante para a previsibilidade e certeza do regime aplicável a tais obrigações, o reconhecimento do princípio da autonomia como regra essencial, na perspetiva da determinação do seu regime jurídico, funciona como pilar da consideração da estabilidade dos interesses das partes. O afastamento da incerteza, mediante a concreta previsão da disciplina do contrato confere a garantia de um tratamento uniforme ao contrato, qualquer que seja o momento em que a dúvida sobre a determinação do regime jurídico aplicável possa surgir.⁸⁰² Caso as partes não tenham elegido a lei que pretendem que seja a sua obrigação contratual, o regime aplicável em concreto é determinado por recurso a critérios supletivos. A necessidade de previsão de regras que permitam a determinação da lei aplicável na ausência de designação pelas partes impõe uma construção jurídica que parte de duas considerações jurídicas distintas. A primeira, de acordo com a qual a supremacia é reconhecida à manifestação de vontade pelas partes, a que lhe acresce toda e qualquer possibilidade atendível de aplicação concomitante de institutos que restrinjam o seu âmbito. A segunda, que impõe a consideração, algo frequente, de as partes não terem recorrido ao exercício do direito de escolha, impondo-se assim o estabelecimento de critérios de conexão considerados relevantes e adequados para o fornecimento do regime jurídico a uma obrigação contratual. A ponderação sobre quais os elementos de conexão relevantes, mais do que uma questão de política legislativa, encerra em si um longo percurso histórico e uma acentuada discussão doutrinal sobre a importância concreta de cada elemento de conexão em face da economia da obrigação contratual. A *lex contractus*, salvo nos casos de eleição de lei (e mesmo nesses com as restrições a que fazemos referência), não se reporta a um elemento único, mas antes a uma ampla possibilidade de atribuição de relevância decisiva, a um certo elemento de conexão, ou na consagração de diferentes elementos de ligação de uma obrigação contratual com outros ordenamentos jurídicos.

⁸⁰¹ Sobre o princípio da autonomia da vontade, BASEDOW, Jürgen - El derecho de las sociedades abiertas: ordenación privada y regulación pública en el conflicto de leyes. Bogotá: Legis Editores, 2017, p. 108 e ss.

⁸⁰² Normalmente apenas em fase de litígio.

A querela respeitante aos elementos que em cada estatuto devem considerar-se como relevantes para efeitos de determinação do regime da obrigação é antiga e mantém-se. A doutrina, a jurisprudência e as opções legislativas, têm apontado diversas possibilidades. A opção por qualquer elemento só pode fundamentar-se nos valores fundamentais do DIP, mas mesmo assim o entendimento quanto à relevância de diferentes elementos de conexão parece resultar da diferente conveniência ou necessidade de alcance de objetivos concretos em face de cada consagração.

O regime aplicável aos contratos comerciais internacionais não depende, na sua totalidade, da eventual escolha de lei pelas partes ou na ausência dessa escolha da aplicação da lei determinada como competente por recurso aos critérios supletivos de determinação da lei aplicável. Isto porque assume um papel de relevo, entre outras limitações, a prevalência das designadas normas de aplicação imediata que determinam quer a prevalência do interesse geral sobre o interesse das partes, quer a proteção das designadas partes mais fracas na relação contratual na aplicação de um certo regime. Esta categoria de normas visa assegurar o respeito de disposições consideradas essenciais para a proteção do interesse público quer este seja entendido em sentido restrito ou amplo (prossecução de políticas importantes pelos Estados, e proteção das partes mais fracas), o que legitima a sua observância em desfavor da própria lei que as partes hajam designado ou que seja determinada como competente de acordo com os critérios supletivos aplicáveis.

2. A LEI ESCOLHIDA PELAS PARTES

2.1. ENUNCIADO GERAL, IDENTIFICAÇÃO DE QUESTÕES CONTROVERSAS E SUA POSSÍVEL SOLUÇÃO

1. A possibilidade de manifestação de vontade pelas partes, decorre da consagração e aplicação ao nível internacional do princípio da autonomia da vontade e do seu corolário, que é a liberdade contratual, e que normalmente justifica o poder reconhecido às partes de escolherem a lei que rege o seu contrato.⁸⁰³ Apesar de em matéria de contratação

⁸⁰³ A introdução do instituto da autonomia da vontade é comumente atribuída a Charles Dumoulin. No entanto, tal posição não é unânime. NYGH, considera que apesar de Dumoulin ter usado termos que podem ser interpretados no sentido de que a intenção subjetiva das partes determina a lei aplicável ao contrato, em vez do *locus contractus* que descreve como fortuito, não o terá feito no sentido da consagração da autonomia da vontade. O uso da intenção subjetiva das partes foi levado a efeito para defender a aplicação da lei do lugar do cumprimento em vez da lei do lugar da celebração. A sua principal preocupação neste domínio parece ter sido o contrato de casamento, ao qual, recorrendo à teoria da intenção implícita das partes, justificou a aplicação da lei do domicílio do marido em vez da lei do lugar da celebração do casamento, que corresponde normalmente ao domicílio da noiva. Concluindo que a sujeição do contrato à lei do domicílio do marido, devido ao facto de a noiva ser obrigada a viver nesse domicílio, significa praticamente o oposto da autonomia da vontade. NYGH, Peter - Autonomy in international contracts. Gloucestershire: Clarendon Press, 1999, p. 4. Apontando para a existência de referências à autonomia da vontade num autor do século XIV, COLLAÇO, Isabel de Magalhães - Direito internacional privado: reedição das lições proferidas ao 5.º ano jurídico: 1958-1959. Lisboa: AAFDL, 1966. Vol. 1, p. 117-120. Mais recentemente BORCHER e SYMEONIDES (2010), citados por MILLS, fazem referência a um decreto egípcio de 120-118 a.c. que “previa que os contratos redigidos em língua egípcia ficavam sujeitos à jurisdição dos tribunais egípcios, os quais aplicavam a lei egípcia, enquanto que os contratos redigidos na língua grega ficavam sujeitos à jurisdição dos tribunais gregos, os quais aplicavam a lei grega. Assim, escolhendo a língua do contrato, as partes podiam escolher diretamente o *forum* e indiretamente a lei aplicável. MILLS, Alex - Party autonomy in private international law. Cambridge : Cambridge University Press, 2018, p. 15.

Para um aprofundamento da matéria, COLLAÇO, Isabel de Magalhães - Da compra e venda em direito internacional privado: aspectos fundamentais. Lisboa: AAFDL, 1954. Vol. 1, p. 25 e ss.; COLLAÇO, Isabel de Magalhães - Direito internacional privado: reedição das lições proferidas ao 5.º ano jurídico: 1958-1959. Lisboa: AAFDL, 1966, Vol. 1, p. 117; CORREIA, António Ferrer - Lições de direito internacional privado. Coimbra: Almedina, 2017. Vol. 1, p. 109-111; SANTOS, António Marques dos - Estudos de direito internacional privado e de direito internacional público. Coimbra: Almedina, 2004, p. 257-284; SANTOS, António Marques dos - Direito internacional privado: introdução. Lisboa: AAFDL, 2001. Vol. 1, p. 85-91; RAMOS, Rui Moura - Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional. Coimbra: Almedina, 1991, p. 428 e ss.; PROENÇA, José João Gonçalves de - Tratado elementar de direito internacional privado. Lisboa: Universidade Lusíada, 2005. Vol. 2, p. 119 e ss.; LAINÉ, A. - Introduction au droit international privé contenant une étude historique et critique de la théorie des status et des rapports de cette théorie avec le Code Civil. Paris: Librairie Cotillon, 1888, t. 1; LAINÉ, A. - Introduction au droit international privé contenant une étude historique et critique de la théorie des status et des rapports de cette théorie avec le Code Civil. Paris: Librairie Cotillon, 1892. T. 2; MEIJERS, E. M. - L’histoire des principes fondamentaux du droit privé à partir du moyen âge spécialement dans l’Europe occidentale. RCADJ. 49 : 3 (1934) 543-686; BATIFFOL, H.; LAGARDE, P. - Traité de droit international privé. 8ª ed. Paris: LGDJ, 1993. T. 1, p. 378-379; VON HOFFMAN, Bernd [et al.] - Internationales privatrechts. München: Beck, 2012, p. 53; BALLARINO, Titto - Diritto internazionale privato. Padova: Cedam, 1999, p. 22-23; MAYER, Pierre; HEUZÉ, Vincent - Droit international privé. 11ª ed. Paris: L.G.D.J., 2014, p. 517 e ss.; LOUSSOUARN, Yvon; BOUREL, Pierre; VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de - Droit international privé. 10ª ed. Paris: Dalloz, 2013, p. 544 e ss.; KASSIS, Antoine - Le nouveaux droit européen des contrats internationaux. Paris: LGDJ, 1993, p. 187; HOLLEAUX, Dominique [et al.] - Droit international privé. Paris: Masson, 1987, p. 593; STRENGER, Irineu - Autonomia da vontade em direito internacional privado. S. Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968, p. 75 e ss.; CARDOSO, Fernando - Autonomia da vontade no direito internacional privado. Lisboa: Portugalnundo Editora, 1989; ESPLUGUES MOTA, Carlos - Régimen jurídico de la contratación. In Contratación internacional. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 55 e ss.; AUDIT, Bernard; D’AVOUT, Louis - Droit international privé. 8ª ed. Paris: L.G.D.J., 2018, p. 215 e ss.; DERRUPÉ, Jean - Droit international privé. 14ª ed. Paris: Dalloz, 2001, p. 154 e ss.; MILLS, Alex - Party autonomy in private international law. Cambridge : Cambridge University Press, 2018, p. 44 e ss.; JACQUET, Jean-Michel - L’autonomie de la

internacional, a autonomia da vontade ser amplamente reconhecida,⁸⁰⁴ vem-se assistindo a um reforço da sua consagração.⁸⁰⁵

A circunstância de o contrato se encontrar conetado com diversos ordenamentos jurídicos, suscita a dúvida quanto à lei que o deve reger. Sendo várias as leis potencialmente aplicáveis, as partes devem poder escolher o regime que consideram mais adequado para regular os seus contratos, como forma de limitar a incerteza resultante dessa transnacionalidade.⁸⁰⁶ O fundamento da aplicação da lei que é objeto de escolha pelas partes reside no facto de ser a que melhor se adapta ao contrato, do ponto de vista da proteção das expetativas jurídicas e dos direitos dos contratantes.⁸⁰⁷

Atentas estas circunstâncias é possível concluir que a autonomia das partes, constitui um fator acrescido de certeza e de segurança.⁸⁰⁸ As partes são livres de ponderar entre a celebração ou não de certo negócio, em face do quadro jurídico que possam perspetivar ser-lhe aplicável e em função das vantagens económicas que possam legitimamente alcançar. A prévia determinação do regime a observar quanto ao seu contrato, e a redução de custos⁸⁰⁹ que a escolha da lei aplicável proporciona assumem uma importância fundamental quanto à tomada da decisão. Esta importância advem-lhes do facto de funcionarem como potenciadores da eficiência económica do contrato, a qual se perspetiva em duas vertentes. Numa primeira vertente, respeitante à tomada de decisão de contratar, uma vez que um regime claro, que não implique a necessidade de extenso estudo com os custos normais associados, permite uma avaliação correta

volonté et la pensée juridique internationaliste. In ANCEL, Marie-Elodie, ed. [et al.] - Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel. Paris : LGDJ, 2018. p. 905-927; VICENTE, Dário Moura - La autonomia privada y sus distintos significados a la luz del derecho comparado. In FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., dir. ; MORENO RODRIGUES, José António, dir. - Contratos Internacionales : entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos. [S.l.] : ASADIP, 2018. p. 59-89.

⁸⁰⁴ Embora existam ainda ordenamentos jurídicos que não o consagram na América latina e no médio oriente. Sobre a matéria ver BASEDOW, Jürgen – Theory of choice of law and party autonomy. In FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., dir. ; MORENO RODRIGUES, José António, dir. - Contratos Internacionales : entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos. [S.l.] : ASADIP, 2018. p. 18-20 e STRENGER, Irineu - Autonomia da vontade em direito internacional privado. S. Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 1968, p. 75 e ss.

⁸⁰⁵ Como é o caso da aprovação dos Princípios sobre a escolha de lei nos contratos comerciais internacionais pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (Princípios da Haia).

⁸⁰⁶ Considerando ser este o principal fundamento para a sustentação da autonomia da vontade, KASSIS, Antoine - Le nouveaux droit européen des contrats internationaux. Paris: LGDJ, 1993, p. 194.

⁸⁰⁷ Neste sentido, JACQUET, Jean-Michel – Le contrat international. Paris: Dalloz, 1981, p. 349.

⁸⁰⁸ Factor com a importância que desde tempos recuados lhe foi reconhecida. Neste sentido, JITTA, D. Josephus - La substance des obligations dans le droit international privé. Paris: Librairie Belifante Frères, 1906. T. 1, p. 5, considera que: “li faut que le droit soit certain et que son application soit de nature à assurer l'ordre raisonnable de la société universelle.”

⁸⁰⁹ Salientando este aspeto, PINHEIRO, Luis de Lima - Um direito internacional privado comum. [S.l. : s.n.], 2011; BASEDOW, Jürgen - Lex mercatoria and the private international law of contracts in economic perspective. In Jürgen Basedow; Toshiyuki Kono (Ed.), An economic analysis of private international law. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 69.

das vantagens económicas que possam resultar da celebração do contrato. Numa segunda vertente, a certeza do regime aplicável e a sua clareza desenvolvem um acentuado labor na perspetiva da prevenção de conflitos entre as partes. Se o regime escolhido não suscitar dúvidas, designadamente de natureza interpretativa, torna-se menos provável a ocorrência de desentendimentos no âmbito da execução do contrato, o que constitui um fator importante para um aumento da confiança dos agentes económicos, traduzindo-se num estímulo à contratação.

A liberdade contratual assume, assim, um papel determinante enquanto motor da livre iniciativa individual, a qual constitui uma parte relevante da economia de mercado⁸¹⁰ em termos globais, uma vez que da amplitude da sua consagração dependerá, em grande medida, o incremento ou a estagnação da contratação internacional.

Por tais motivos, se entende que a justificação do princípio da autonomia da vontade, neste âmbito, se funda na liberdade contratual,⁸¹¹ na certeza jurídica⁸¹² e na eficiência económica,⁸¹³ constituindo o resultado prático da aplicação dessa autonomia (a escolha de lei pelas partes) o elemento de conexão mais importante quanto às transações comerciais transnacionais.⁸¹⁴

⁸¹⁰ Assim NYGH, Peter - *Autonomy in international contracts*. Gloucestershire: Clarendon Press, 1999, p. 2.

⁸¹¹ Por via da qual se reconhece alguma possibilidade de as partes poderem localizar o contrato, mediante a escolha de diferentes lugares, por exemplo, de execução das obrigações. Esta possibilidade é designada pela doutrina como uma referência não autêntica ou indirecta. Neste sentido, COLLAÇO, Isabel de Magalhães - *Da compra e venda em direito internacional privado: aspectos fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 1954. Vol. 1, p. 43; RAMOS, Rui Moura - *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 440.

⁸¹² Salientando a relevância da autonomia da vontade no alcance da certeza jurídica e aludindo ainda à segurança que ao mesmo tempo a consagração da autonomia da vontade confere às partes na regulação dos seus contratos, RAMOS, Rui Moura - *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 463 e 465.

⁸¹³ NYGH, Peter - *Autonomy in international contracts*. Gloucestershire: Clarendon Press, 1999, p. 2.

⁸¹⁴ A discussão quanto ao valor da manifestação de vontade das partes e a crítica da consequência resultante da sua aceitação conduzir à degradação das normas imperativas da lei que seria normalmente aplicável na falta de manifestação da vontade das partes, que lhe subjaz, traduz-se não num problema extrasistemático, mas antes intrasistemático, que ao próprio DIP incumbe resolver, sendo ponderado nessa ótica em vista da sua consagração legislativa. Ultrapassadas as resistências conhecidas à consagração da própria autonomia da vontade, e ao âmbito desse reconhecimento, ponderado num primeiro momento na perspetiva da fraude à lei, se a mesma fosse utilizada tendo em vista afastar a aplicação da lei que seria normalmente competente, como salienta RAMOS, Rui Moura - *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 450, "... a mesma foi cobrando créditos da crescente globalização, afirmando-se progressivamente, ainda que de forma não absoluta. Para se alcançar uma afirmação absoluta do valor da manifestação da vontade das partes enquanto elemento de conexão, tal pressuporia que ficasse claramente esclarecida a questão relativa ao valor internacionalizante que esse fator pode jogar numa situação jurídica. Se do ponto de vista intrasistemático, não existem motivos, nem divergências quanto à aceitação da autonomia das partes para designar uma lei como aplicável, se a situação subjacente se encontrar já relacionada com mais do que um ordenamento jurídico, diferente é a perspetiva se tal não acontecer." Note-se ainda que quanto à prévia existência de uma situação transnacional, para cuja concorrência não bastará uma mera adição de índices que relacionem o contrato com mais do que uma ordem jurídica, impondo-se antes a ponderação desses índices na ótica da sua virtualidade internacionalizante, e ainda a existência de laços relevantes dessa situação com mais do que um ordenamento jurídico, não existe qualquer dificuldade em aceitar a concretização do regime eleito pelas partes. A questão continua a poder colocar-se, especificamente e em termos gerais, quanto ao valor a

atribuir à autonomia da vontade manifestada quanto a uma situação que se apresenta *ab initio* relacionada apenas com um único ordenamento jurídico, a designada situação puramente interna, ou àquelas situações, que não obstante se apresentem formalmente relacionadas com mais de um ordenamento jurídico, se venha a concluir que as ligações que supostamente as conectavam com outros ordenamentos jurídicos, não terão relevância para tanto. Alguns instrumentos têm consagrado soluções que permitem quer a sustentação do caráter internacionalizante da autonomia das partes, quer a posição contrária. Alguns doutrinários aceitam o caráter internacionalizante da utilização da autonomia das partes, em termos globais, outra parte aceita essa potencialidade de internacionalização de uma situação, embora com alcance limitado. Uma é a perspectiva, não existindo qualquer limitação decorrente da utilização da vontade das partes como um verdadeiro elemento de conexão. Nesta ótica, jogando o mesmo, um papel de igual relevo, quando confrontado com o relevo a atribuir aos demais elementos de conexão, é através da exclusiva designação da lei aplicável que se concluiu pela internacionalidade da situação. Tal posição, é defendida, entre outros, por KRONKE, Herbert - *Connecting Factors and Internationality*. In Katharina Boele-Woelki [et al.], *Convergence and divergence in private international law: Liber Amicorum Kurt Siehr*. The Hague: Eleven International Publishing, 2010, p. 58, que não só defende esse entendimento, como salienta que se trata do elemento de conexão preferido pelas partes, neste âmbito, por consistir na tradução mais fiel do princípio geral da autonomia das partes na linguagem conceptual de conflitos de leis. No entanto, persiste ainda a dualidade quanto ao papel a atribuir a essa manifestação em matéria de potencial internacionalizante, sendo recusado, em absoluto, por uma parte da doutrina, fundada na constatação de que a inexistência prévia de ligação da situação a mais do que um ordenamento jurídico a qualifica como uma simples situação puramente interna, sendo a autonomia das partes atuada pela permissão e valores que resultam exclusivamente da consagração do instituto da autonomia da vontade no direito interno. Outra parte da doutrina atende à *electio iuris*, não deixando de lhe reconhecer efeitos internacionalizantes, muito embora limitados, na medida em que entendendo essa manifestação de vontade como condição subjetiva de internacionalização do contrato, não deixa de a limitar aos efeitos decorrentes da exclusiva aplicação das disposições supletivas da lei escolhida, permanecendo a supremacia das normas imperativas da lei com a qual os elementos de conexão se encontram relacionados, com exclusão da lei escolhida pelas partes. É ainda possível identificar uma terceira corrente que defende um potencial internacionalizante sem restrições da ver a natureza de elemento de conexão à manifestação da vontade das partes, o que pressupõe o afastamento da proteção concedida às normas de natureza imperativa da lei que de outro modo seria aplicável, passando, em lugar delas, a aplicar-se as disposições imperativas da lei escolhida. Assim CHUAH, Jason - *Law of international trade: cross-border commercial transactions*. New York: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2009, p. 657. Alguns instrumentos supranacionais desafiam a doutrina tradicional do DIP, de acordo com a qual a autonomia da vontade só pode ser atuada no sentido conflitual, após constatação da existência de uma situação transnacional, neste sentido, considerando que à autonomia da vontade já não se reconhece, como orientação geral, a faculdade de por si só determinar a internacionalidade do contrato. E que “a internacionalidade do contrato é pressuposto ou exigência prévia de ou para as partes poderem proceder à *electio iuris*”, SANTOS JÚNIOR, Eduardo dos - *Sobre o conceito de contrato internacional*. In Jorge Miranda [et al.], *Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 183-184, como é o caso, designadamente, dos instrumentos *sub iudice* (Regulamento Roma I, quer do seu instrumento homólogo, a Convenção de Roma) que suscitam esta mesma questão ao nível do disposto no n.º 3 do artigo 3.º. Outros instrumentos afastam explicitamente qualquer papel internacionalizante à designação da lei aplicável, reservando-se a sua aplicação às situações transnacionais *ab initio* (Princípios da Haia). Qualquer das duas últimas posições doutrinárias enunciadas não escapam a uma petição de princípio referenciada pela doutrina, que se traduz na consideração da inexistência prévia a essa eleição de lei, de uma ordem jurídica competente, e por consequência não existirão ainda quaisquer normas imperativas às quais a situação deva subsumir-se, como salienta RAMOS, Rui Moura - *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 434. É que, como salienta este autor, “Uma vez assente que é na regra de conflitos aplicável pela jurisdição em questão que o princípio da autonomia das partes encontra a sua consagração e que é ele, pois, o elemento de conexão que na matéria deve ser observado, então há que aceitar que não existe, sem ser pela sua concretização, nenhuma ordem jurídica competente. E não havendo ainda uma ordem jurídica competente, não há, em relação à situação *sub iudice*, quaisquer normas dotadas de imperatividade.” Por isso e, na esteira do mesmo autor, se entende que a autonomia reconhecida às partes não atua ao nível da possibilidade de seleção da lei aplicável à sua relação contratual, mas antes é dentro do âmbito da lei à sombra da qual a relação contratual se constitui que se permite a escolha de lei aplicável, no sentido de uma referência, “dentro do que esta lei permite”, a normas de uma lei estrangeira, ou mesmo até da nova *lex mercatoria*. Não se trata assim de uma escolha conflitual, mas de uma mera escolha no âmbito em que tal eleição é reconhecida pela lei com a qual a situação se apresenta conexada, ou seja, uma escolhida permita pelo direito material competente. Em todo o caso, e de acordo com o mesmo autor “o reconhecimento da autonomia das partes como elemento de conexão traduz a inexistência de outros interesses de natureza conflitual, susceptíveis de influenciar a escolha de lei, ou pelo menos a sua menor relevância, quando confrontados com o interesse das partes.” RAMOS, Rui Moura - *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 477.

Os Estados devem regular a autonomia da vontade, estabelecendo o quadro legal do seu exercício, dotando-o de certeza e de segurança e protegendo interesses relevantes quer do próprio Estado, quer de Estados terceiros, quer ainda, da sociedade internacional. Na mesma ótica devem as organizações regionais ou internacionais regular o instituto, acautelando quer os seus interesses relevantes, quer os dos seus Estados-Membros. Em todos os instrumentos se deve manter, ou introduzir, um elemento de flexibilidade que permita corrigir os resultados mecânicos a que a aplicação do direito internacional privado possa conduzir.⁸¹⁵

2.1.1. A ELEIÇÃO DE REGRAS NÃO ESTATAIS

Paralelamente, assume importância crescente o facto de se poder sujeitar o contrato a uma regulamentação objetiva e aceite em termos quase universais de fonte não estatal. A opção pela nova *lex mercatoria* não deve ser descurada, sobretudo mediante a possibilidade de viabilizar a sua eleição pelas partes, à semelhança da escolha de uma lei estatal no ordenamento jurídico da UE. Tal opção, tendo em vista a sua futura consagração, permite ultrapassar muitas das dificuldades suscitadas pela escolha de uma lei cujo regime é desconhecido de um dos contraentes.⁸¹⁶ Se a escolha incidir sobre

⁸¹⁵ Embora seja esta a principal crítica dirigida ao Direito internacional privado e tendo em conta que a defesa de instrumentos de flexibilidade (cláusulas de exceção) tenha, na prática, uma aplicação que funciona em sentido oposto ao objetivo da unificação, na medida em que permite afastar a lei que resultaria como competente em certa situação, a sua relevância não pode deixar de ser considerada, enquanto fórmula que permite ao órgão aplicador do direito, corrigir os resultados “mecânicos” que podem resultar da sua aplicação em desfavor da localização da situação transnacional, ou do princípio da proximidade.

⁸¹⁶ Suscetível, por si só, de gerar iniquidades entre os mesmos, na medida em que, uma escolha formulada em tais termos pode não proteger as partes de igual modo, deixando uma delas numa posição de desfavorecimento. Tal posição pode resultar, desde logo, de a parte não ter idêntico poder negocial para impor a escolha de lei que de outro modo escolheria. Visamos aqui apenas as pequenas e médias empresas ou comerciantes, com exclusão de relações contratuais especiais, e apenas a título de exemplo, dado não versar o presente trabalho sobre a proteção às chamadas partes mais fracas ou débeis. Em todo o caso, atente-se em que essa posição de desigual proteção pode resultar, também, de ausência de escolha de lei. Nesse caso, há que ter em consideração que, potencialmente, todos os Estados com os quais o contrato esteja conectado, aspirarão à sua regulamentação. Este aspeto torna salientes as dificuldades inerentes à designada nacionalização de um contrato transnacional, isto é, a sujeição de um contrato em conexão com vários ordenamentos jurídicos, a um determinado regime de direito material estatal, através do recurso aos elementos de conexão. Entendendo que a finalidade técnica dos elementos de conexão é a de nacionalizar uma relação intrinsecamente internacional ou transnacional, isto é, identificar o – e único – sistema legal que regula a situação, KRONKE, Herbert - Connecting Factors and Internationality. In Katharina Boele-Woelki [et al.], *Convergence and divergence in private international law: Liber Amicorum Kurt Siehr*. The Hague: Eleven International Publishing, 2010, p. 59. Da subsunção do contrato a um certo regime jurídico, pode vir a ser considerada competente uma lei com um conteúdo diferente daquele, com cuja aplicação alguma das partes contava no momento em que celebrou o contrato, como será o caso de se concluir ser aplicável a lei da residência habitual de algum dos contraentes, designadamente da lei do país no qual o contraente que efetua a prestação característica do contrato tem a sua residência habitual, podendo da sua aplicação resultar uma situação de desigualdade para algum dos contraentes, como salienta SYMEONIDES, Symeon C. - The Hague principles on the choice of law for international contracts: preliminary comments. *AM. J. COMP. L.* 61 : 4 (2013) 888. Acresce naturalmente a necessidade de uma referência no mesmo sentido à escolha de foro, na medida em que, aliada à escolha de lei, ou isoladamente, pode afastar a sujeição do contrato a regras de aplicação imediata, que de outro modo seriam aplicáveis. Tal seria o caso, e em face do Regulamento Roma I, de na ausência dessa escolha, ser determinado como competente um certo foro, no qual vigoram disposições imperativas com certo conteúdo, dada a relevância atribuída por este dispositivo às disposições de aplicação imediata do Estado do foro. Semelhante

um regime com o qual as partes estão familiarizadas e que lhes dá garantias de não surgirem surpresas quanto ao cumprimento do contrato estará salvaguardada a eficiência económica do contrato, na medida em que se permitem ultrapassar, de forma mais expedita, hipotéticas dúvidas interpretativas. Esta celeridade traduz-se, por sua vez, num ganho de eficiência tanto ao nível da prevenção, quanto ao nível da resolução de conflitos.

Esta solução a aplicar, em nosso entendimento, apenas aos contratos objetivamente internacionais, não só contribui para a manutenção da aplicação de disposições imperativas dos Estados, posto que a sua aplicação deve ser mitigada com a aplicação das regras de fonte não estatal, como contribui ainda, para manter na alçada dos Estados-Membros o poder decisório sobre os conflitos relativos à contratação internacional. Quanto ao primeiro aspeto, pela aplicação quase sempre necessária de uma lei estatal, na medida em que da aplicação da nova *lex mercatoria* não resultará a regulação exaustiva de todos os aspetos suscitados pelas partes, impondo maioritariamente a aplicação de uma lei estatal quanto aos aspetos não regulados por esta última.⁸¹⁷ É quanto a estes aspetos que entendemos que as disposições imperativas da lei competente, quer seja escolhida cumulativamente com a nova *lex mercatoria* quer seja determinada por recurso a critérios supletivos devem prevalecer. Esta aplicação conjugada é suscetível de gerar questões quanto à hierarquia entre instrumentos, as quais, em nosso entendimento devem ser resolvidas pelo critério geral da prevalência das normas estatais imperativas daquela lei. No entanto, também neste caso se nos afigura ser de introduzir um mecanismo de flexibilidade, uma cláusula de exceção, que permita corrigir o resultado a que a aplicação deste princípio possa conduzir, caso a solução se mostre desajustada ao caso concreto. Nesta conformidade, a previsão de uma segunda parte de um eventual preceito a introduzir no Regulamento Roma I poderia prever que essa solução – da aplicação das normas não derogáveis por acordo – cederia, se resultasse da solução providenciada pela aplicação daquelas

observação já não se enquadra no caso das normas de aplicação imediata do Estado no qual o cumprimento das obrigações decorrentes do contrato tenha sido ou devesse ser efectuado. No sentido de uma combinação de cláusulas de escolha de foro e de escolha de lei aplicável poder privar as partes mais fracas de qualquer proteção significativa, SYMEONIDES, Symeon C. - The Hague principles on the choice of law for international contracts: preliminary comments. *AM. J. COMP. L.* 61 : 4 (2013) 888.

⁸¹⁷ No sentido de que a posição prevalecente no direito internacional privado está preparada para respeitar a escolha da *lex mercatoria* ou de princípios gerais de direito contractual (*general principles of contractual law*) apenas conjuntamente com um determinado sistema legal e não como alternativa que permita afastar a aplicação da lei estadual, BASEDOW, Jürgen - Lex mercatoria and the private international law of contracts in economic perspective. In Jürgen Basedow; Toshiyuki Kono (Ed.), *An economic analysis of private international law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 65.

disposições, que aquelas normas imperativas não devessem prevalecer, de acordo com o prudente arbítrio do órgão aplicador do direito.

Quanto ao segundo aspeto, consideramos que a escolha de regras não estatais, cujo conteúdo é normalmente neutro, não tende a favorecer nenhuma das partes e afasta alguns aspetos relativos às dificuldades resultantes de uma escolha de lei, supostamente efetuada pelas partes, mas relativamente à qual pode não ter havido, quanto a uma delas, qualquer opção. De igual modo, essa escolha minimiza, se não anular as dificuldades resultantes da aplicação de uma lei estrangeira num dado foro. A aplicação de normas não estatais, objeto de escolha pelas partes, não só corresponde aos interesses da contratação internacional, como contribui para a sua divulgação ainda mais intensa. Acresce que a simplicidade, a clareza e a neutralidade normalmente reconhecidas a essas regras facilitam a decisão do litígio, potenciando a redução do lapso temporal médio de pendência das ações judiciais. Motivos pelos quais entendemos que a solução preconizada, a ser ponderada, em termos de uma futura revisão do Regulamento Roma I, contribuiria para manter e aumentar o domínio estatal relativo à decisão dos conflitos relativos à contratação internacional.

Após a identificação da lei aplicável podem sobrepor-se-lhe as normas de aplicação imediata de outros Estados, quer do Estado do foro, quer de um Estado estrangeiro.

Podem, ainda, concorrer circunstâncias que limitem a aplicação de um direito material estrangeiro.

Também a possibilidade normalmente reconhecida às partes de escolherem o tribunal competente quanto a um litígio transnacional,⁸¹⁸ como meio de reduzir a incerteza

⁸¹⁸ Quanto à transnacionalidade do litígio que determine a sua sujeição aos normativos de direito processual civil internacional, ainda quanto ao regime do Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (Regulamento Bruxelas I), entretanto reformulado pelo Regulamento (EU) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (Regulamento Bruxelas I bis), entende o STJ, como elementos de internacionalidade relevantes do litígio sujeito a pacto de jurisdição, que afastam a classificação da relação jurídica subjacente como puramente interna e a aplicação do disposto no artigo 23.º desse regulamento: "a) o local possível do cumprimento das obrigações contratuais; b) a submissão, no exercício da autonomia da vontade das partes, da substância do litígio a um direito material estrangeiro; e c) a conexão – senão jurídica, ao menos funcional e económica - dos contratos (*sub iudice*) a contratos [...] de contexto claramente internacional." Acórdão proferido por unanimidade em 04-02-2016, processo n.º 536/14.6TVLSB.L1.S1, 7.ª Secção, Relator Lopes do Rego. No mesmo acórdão se considera que a exigência de outros requisitos, para além destes, designadamente "a existência de uma ligação profunda do litígio à ordem jurisdicional a que se atribui competência para dele conhecer", consiste numa interpretação, "desproporcionadamente exigente" que redundaria numa "desproporcional restrição ao princípio da autonomia da vontade, condicionando-a muito para lá do que seria razoável e adequado". Concluindo que "mesmo que se entenda que não deve bastar, como elemento exclusivo de estraneidade, a mera celebração de um pacto de jurisdição, este ficará sujeito à disciplina do art. 23º desde que a relação controvertida, valorada globalmente, apresente indícios minimamente

quanto à competência internacional pode ter o efeito de, indiretamente, determinar a lei aplicável, a qual poderá ser a própria *lex fori* ou a lei que esta aplica. Esta determinação faz-se na dependência e por recurso às normas de conflitos do tribunal do foro eleito pelas partes, que podem variar de Estado para Estado, não obstante o desenvolvimento de múltiplas iniciativas de unificação. Mas, independentemente da autonomia reconhecida às partes quer quanto à escolha da lei, quer quanto à escolha do foro, no contexto transnacional existem ligações do contrato a certos ordenamentos jurídicos que podem influenciar o regime que lhe é aplicável. Tal é o caso, a título de exemplo, da determinação do local do cumprimento da obrigação, ligação que assume um papel decisivo na determinação da competência jurisdicional nos termos do disposto no artigo 7.º, n.º 1, al. a) do Regulamento Bruxelas I reformulado.⁸¹⁹

2.1.2. OS PRINCÍPIOS DA HAIA

No domínio que vimos considerando, as competências legislativas têm vindo a ser distribuídas por diferentes níveis, resultando dessa realidade a existência de instrumentos aprovados nessa estrutura multinível, que impõe a necessidade de uma crescente confluência de princípios em matéria de soluções normativas a consagrar. A crescente afirmação desta tendência, justifica que a autonomia da vontade deva ser reconhecida e consagrada não apenas ao nível individual, dos Estados de *per si*, mas também ao nível europeu,⁸²⁰ devendo a sua consagração ocorrer a um nível cada vez

consistentes de transnacionalidade, que obstem à sua qualificação como relação jurídica meramente interna.”

⁸¹⁹ Neste sentido, mas ainda no âmbito temporal de aplicação do Regulamento Bruxelas I, que previa a matéria em questão no seu artigo 5.º, acórdão do STJ, 10-05-2007, processo 07B072, Relator Gil Roque: “I - Na determinação da competência judiciária internacional relativamente a ação, fundada no incumprimento de contrato celebrado entre uma sociedade fornecedora portuguesa (autora), contra uma sociedade espanhola (ré), que encomendara as mercadorias, cujo local de entrega final era a Espanha, são aplicáveis os arts. 2.º, n.º 1, e 5.º, n.º 1, al. b), do Regulamento (CE) n.º 44/2001, de 22-12, dos quais resulta serem os tribunais espanhóis os competentes. II - Tendo a ação sido instaurada no tribunal português sem que a ré, que apresentou contestação, tenha arguido nessa peça processual a excepção de incompetência absoluta, em razão da nacionalidade, ocorreu a prorrogação tácita de competência prevista no art. 24.º do referido Regulamento, pelo que os tribunais portugueses também são internacionalmente competentes para conhecer do litígio.”

⁸²⁰ Quanto ao Direito da UE, o Regulamento N.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, relativo às obrigações extracontratuais (Roma II) consagra-lhe, em geral, o artigo 14.º. Mas, para além deste regulamento e do Regulamento Roma I, vem-se assistindo à consagração do princípio da autonomia da vontade em matéria de regulação do estatuto pessoal no Direito internacional privado na UE. Assim, no Regulamento (UE) N.º 4/2009 do Conselho de 18 de dezembro de 2008 relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares, a determinação da lei aplicável é feita por remissão do artigo 15.º para o Protocolo da Haia, de 23 de novembro de 2007, sobre a Lei Aplicável às Obrigações Alimentares nos Estados-Membros vinculados por esse instrumento. Este Protocolo prevê no seu artigo 8.º que “O credor e o devedor de alimentos podem, a qualquer momento, designar como lei aplicável: a) a lei do Estado do qual uma das Partes seja nacional aquando da designação; b) a lei do Estado da residência habitual de uma das Partes aquando da designação; c) a lei designada pelas Partes como aplicável ao seu regime matrimonial ou a lei efetivamente aplicada ao mesmo; d) a lei designada pelas Partes como aplicável ao seu divórcio ou separação de pessoas e bens ou a lei efetivamente aplicada ao mesmo.” A autonomia da vontade não é aplicável a obrigações alimentares relativas a cidadãos com menos de dezoito anos de idade e maiores de

mais amplo.⁸²¹ Sinal afirmativo desta tendência é constituído pela recente aprovação dos Princípios sobre a escolha de lei nos contratos comerciais internacionais (Princípios da Haia), pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (Conferência da Haia) em 19 de março de 2015.⁸²² Estes princípios aplicam-se exclusivamente à escolha de lei, não contendo quaisquer disposições sobre a lei aplicável na falta de escolha.⁸²³ Este instrumento faz eco desta tendência, de aumento da consagração da autonomia

idade que não estejam em condições de entender o sentido normal da sua declaração, que os habilite a proteger os seus interesses. Quanto ao Regulamento (UE) N.º 1259/2010 do Conselho, de 20 de dezembro de 2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial, a matéria vem prevista no artigo 5.º, que prevê que: “os cônjuges podem acordar em designar a lei aplicável ao divórcio e à separação judicial desde que se trate de “uma das seguintes leis: a) a lei do Estado da residência habitual dos cônjuges no momento da celebração do acordo de escolha de lei; ou b) a lei do Estado da última residência habitual dos cônjuges, desde que um deles ainda aí resida no momento da celebração do acordo; ou c) a lei do Estado da nacionalidade de um dos cônjuges à data da celebração do acordo; ou d) a lei do foro.” No âmbito do Regulamento (UE) N.º 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de julho de 2012 relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu, a autonomia é consagrada, com bastante inovação, sobretudo no que respeita à solução tradicional prevista nos ordenamentos jurídicos do sistema romano-germânico. Quanto ao primeiro aspeto, a inovação resulta de se consagrar no artigo 22.º que o *is de cujus hereditate agitur* pode escolher a lei da sua nacionalidade para regular a sua sucessão. O critério vigente na ordem jurídica portuguesa até à entrada em vigor deste dispositivo era o da aplicação da lei da nacionalidade. Na falta de escolha, aplica-se a lei do Estado da sua residência habitual ou a lei do Estado com o qual, “no momento do óbito, o falecido tinha uma relação manifestamente mais estreita” se se tratar de um Estado diferente. O Regulamento (UE) N.º 2016/1103 do Conselho, de 24 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais, consagra a autonomia da vontade no artigo 22.º. Nesta disposição se prevê que os cônjuges ou futuros cônjuges podem escolher ou alterar a escolha de lei aplicável ao regime matrimonial, limitando-se a escolha a uma das seguintes leis: “a) a lei do Estado da residência habitual dos cônjuges ou futuros cônjuges, ou de um deles, no momento em que for concluído o acordo, ou b) a lei de um Estado da nacionalidade de qualquer dos cônjuges ou futuros cônjuges no momento da conclusão do acordo.” A alteração da lei escolhida só é possível se não existir acordo em contrário dos cônjuges e os efeitos dessa alteração só se produzem para o futuro, não podendo afetar negativamente direitos de terceiros. Por último, o Regulamento (UE) N.º 2016/1104 do Conselho, de 24 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de efeitos patrimoniais das parcerias registadas, cujo artigo 22.º consagra a escolha da lei aplicável. Nos termos desta disposição “Os parceiros ou futuros parceiros podem acordar em designar ou alterar a lei aplicável aos efeitos patrimoniais da sua parceria registada, desde que essa lei atribua efeitos patrimoniais ao instituto da parceria registada desde que essa lei seja uma das seguintes: a) a lei do Estado da residência habitual dos parceiros ou dos futuros parceiros, ou de um deles, no momento em que for concluído o acordo; b) a lei de um Estado da nacionalidade de qualquer dos parceiros ou futuros parceiros no momento da conclusão do acordo; ou c) a lei do Estado nos termos de cuja lei a parceria foi estabelecida.” Prevê ainda esta disposição a possibilidade de alteração da lei escolhida, salvo acordo em contrário dos intervenientes, a qual só produzirá efeitos para o futuro. Tratando-se de uma alteração retroativa, não podem ser afetados negativamente os direitos de terceiros.

⁸²¹ Defendendo que a autonomia da vontade deve passar a ser consagrada em termos ainda mais universais, BASEDOW, Jürgen - The effects of globalization on private international law. In Jürgen Basedow; Toshiyuki Kono (Eds.), Legal aspects of globalization. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law, 2000, p. 8.

⁸²² Os Princípios foram inicialmente aprovados pela Comissão especial de escolha de lei nos contratos internacionais na sua reunião de 12 a 16 de novembro de 2012. No entanto, com o mandato do Conselho, na reunião de 2013 foram sugeridas algumas alterações à letra dos artigos 3.º, 6.º, 10.º e 11.º e ainda à designação dos contratos como contratos comerciais internacionais.

⁸²³ Como consta do THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW - Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts. The Hague : Hague Conference on Private International Law, 2015, § 2.7 em anotação ao artigo 2.º n.º 2, “The Principles do not provide for the method of determining the law applicable to an international commercial contract in the absence of a choice of law by the parties.” A identificação da lei aplicável nessas circunstâncias, é cometida ao tribunal, quer identificando o elemento de conexão que traduza a maior proximidade com a situação em análise, quer identificando o direito substantivo que deve prevalecer na regulação do caso, consoante o método adotado no ordenamento jurídico respetivo.

da vontade, quer como medida que visa a promoção de este princípio, quer como medida que prevê a possibilidade de as partes reconduzirem a sua autonomia da vontade aos designados instrumentos opcionais que contêm regras não estatais. A adoção de princípios e não de uma Convenção fica a dever-se à constatação de que o princípio da autonomia da vontade não é aceite em certos Estados parte da Conferência.⁸²⁴ Por esta razão, embora a autonomia da vontade fosse identificada como o *Leitmotiv* dos trabalhos que haviam de conduzir à adoção deste instrumento,⁸²⁵ a concretização possível reconduziu-se à adoção de um regime não vinculativo,⁸²⁶ como antecâmara da futura adoção de um possível instrumento com essa natureza.⁸²⁷ A formulação adotada pode ser identificada como um instrumento híbrido já que pelo seu conteúdo se aproxima de uma lei modelo, prevendo normativos de conteúdo concreto, enquanto que pelo formalismo adotado se aproxima de uma convenção.⁸²⁸ O sucesso desta iniciativa, que pela primeira vez na história da Conferência da Haia, não reveste uma natureza vinculativa, fica condicionado à adoção das suas previsões por parte dos Estados contratantes como um modelo,⁸²⁹ já que atenta a sua natureza de instrumento facultativo não se aplica diretamente aos Estados nem se destina a receber a adesão dos mesmos em sentido formal.⁸³⁰ Se a designação como princípios tem uma ligação direta ao carácter não vinculativo do instrumento, também é certo que essa designação

⁸²⁴ A Conferência da Haia, após lançar um questionário aos Membros da Conferência, Câmara Internacional de Comércio, centros de arbitragem e outras entidades ao nível do comércio internacional, concluiu que alguns Estados da América latina, ou não reconheciam o princípio da autonomia da vontade ou reconheciam-no em termos muito limitados. Em resultado das consultas efetuadas, a necessidade de promover esse princípio ao nível do comércio internacional, apareceu como um passo importante, como salienta LANDO, Ole - The draft Hague principles on the choice of law in international contracts. In HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau - A commitment to private international law: essays in honor of Hans Van Loon. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 301.

⁸²⁵ Como expressamente se identificava no § 17 do THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau - Feasibility study on the choice of law in international contracts : Report on the work carried out and suggested work programme for the development of a future instrument, Prel. Doc. No. 7 of march 2009, p. 6.

⁸²⁶ O que justifica a adoção de Princípios e não de uma Convenção. Evitando assim qualquer réplica de insucesso como havia ocorrido com o projeto de Convenção em matéria de jurisdição, reconhecimento e execução de decisões judiciais, que havia começado a ser preparado em 1992. Deste projeto resultou um outro projeto de âmbito mais restrito, a Convenção sobre os acordos de eleição de foro, adotada em 30 de junho de 2005, em conformidade com o que foi acordado pelos membros da Conferência da Haia, em 2001, na sequência da Conferência diplomática que identificava, no interim do texto de convenção preparado, as questões em que havia sido alcançado acordo e aquelas em que não tinha sido possível chegar a acordo. Assim GADARQ, David - The fruits of the judgments project. In HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau - A commitment to private international law: essays in honor of Hans Van Loon. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 201.

⁸²⁷ Considerando que não existe qualquer perspectiva de transformar este instrumento opcional em instrumento vinculativo, FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte - Règles impératives et instruments de droit souple: quelle articulation?. Paris: LGDJ, 2015, p. 205.

⁸²⁸ VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de - Notes on an unstable couple: party autonomy and public policy in the hague principles on choice of law in international commercial contracts. YPIL, 17 (2015/2016) 52.

⁸²⁹ Como salienta FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte - New legal principles. In Louise Gullifer; Stefan Vogenhauer (Ed.), English and European perspectives on contract and commercial law: essays in honour of Hugh Beale. Oxford: Hart Publishing, 2014, p. 464.

⁸³⁰ PERTEGÁS, Marta - Les travaux de la Conférence de la Haye sur un instrument non contraignant favorisant l'autonomie des parties. In Sabine Courneloup; Natalie Joubert (Eds), Le règlement communautaire "Rome I" et le choix de loi dans les contrats internationaux. Dijon: Litec, 2011, p. 20.

pode ser entendida como um sinal de maior abertura às suas diversas possibilidades de aplicação.⁸³¹ Independentemente da sua ampla adoção ou não, os Princípios da Haia tal como os demais princípios constituem uma mais valia indiscutível em matéria de contratação comercial internacional⁸³² e, não obstante, a sua não vinculatividade,⁸³³ consagram soluções inovadoras que abrem caminho para alterações de maior monta à regulamentação do contrato comercial internacional. Este instrumento, adotado com inúmeras similitudes relativamente aos Princípios UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais,⁸³⁴ é considerado um dos mais importantes da atualidade⁸³⁵ e surge como um prolongamento da Convenção sobre os acordos de eleição de foro em matéria de consagração do princípio da autonomia da vontade.⁸³⁶ Esta iniciativa que se encontrava em preparação desde 2006, tem em vista a promoção do princípio da autonomia da vontade⁸³⁷ e pode ser entendida quer como demonstração de como um

⁸³¹ Neste sentido, PFEIFFER, Thomas - Die Hager prinzipien des internationalen vertragsrechts. München, Sellier European Law Publishers, 2014, p. 501.

⁸³² Manifestando a sua perspetiva quanto ao enriquecimento da qualidade do discurso internacional nesta matéria aportado pelos princípios, SYMEONIDES, Symeon C. - The Hague principles on the choice of law for international contracts: preliminary comments. AM. J. COMP. L., 61 : 4 (2013) 899.

⁸³³ O seu caráter supletivo não obsta a uma apreciação das vantagens da sua adoção na perspetiva de aproveitar um processo tradicional de adoção de convenções internacionais, que permite uma maior ponderação das questões ao nível dos Estados parte, permitindo uma proximidade relativamente aos argumentos de todos os intervenientes. Assim, mas reportando-se às convenções internacionais, SANDOZ, Yves - Rapport introductif. In Yves Sandoz (Ed.), Quel droit international pour le 21^e siècle? Rapport introductif et actes du colloque international organisé avec le soutien du Département Fédéral des Affaires Étrangères. Bruxelles: Bruylant, 2007, p. 22. Salienta ainda este autor que, em consequência, os textos finais adotados não estão muito distantes do que é aceitável para o conjunto dos Estados. Neste caso, há que assinalar a particularidade de se tratar de um instrumento que não se destina a ser ratificado pelos Estados, e que as soluções no mesmo consagradas não são aceitáveis por todos.

⁸³⁴ Essa proximidade resulta desde logo da designação de ambos os instrumentos. Acresce que as previsões de ambos os instrumentos no sentido de poderem servir de modelo aos legisladores nacionais e ainda de, pelo fato de não se tratarem de instrumentos vinculativos, o seu sucesso depender da sua capacidade de persuasão. Relativamente aos princípios Unidroit no sentido de este duplo desígnio encerrar uma contradição hipotética, BONELL, Michael Joachim - Un "codice" internazionale del diritto dei contratti, i principi unidroit dei contratti commerciali internazionali. Milano: Giuffrè Editore, 2006, p. 25. No sentido de ser um documento paralelo aos princípios Unidroit, PFEIFFER, Thomas - Die Hager prinzipien des internationalen vertragsrechts. München, Sellier European Law Publishers, 2014, p. 504. A inspiração nos Princípios Unidroit é, todavia, limitada a aspetos mais formais como os referidos supra, do que a aspetos substanciais. Tal resulta de os Princípios Unidroit se tratarem de disposições de direito substantivo harmonizado e de os Princípios da Haia se tratarem de disposições de direito de conflitos. Em todo o caso, ressalta que a inspiração dos Princípios Unidroit foi encontrada nos Restatements of the Law. como salienta BONELL, Michael Joachim - An international restatement of contract law, the unidroit principles of international commercial contracts. New York: Transnational Publishers, 2005, p. 9-11 e p. 45-56. Enquanto que os Princípios da Haia se inspiraram nas disposições sobre escolha de lei e limitações à autonomia da vontade constantes do Regulamento Roma I.

⁸³⁵ Como o qualifica STEWART, David P. - The many perspectives of private international law. In HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau - A commitment to private international law: essays in honour of Hans Van Loon. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 540.

⁸³⁶ Sublinhando o idêntico âmbito de aplicação dos dois instrumentos, LANDO, Ole - The draft Hague principles on the choice of law in international contracts. In HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau - A commitment to private international law: essays in honor of Hans Van Loon. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 301.

⁸³⁷ Neste sentido o considerando 1.4 da Introdução aos Princípios da Haia sobre a Escolha de Lei nos Contratos Comerciais Internacionais, prevê que "A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado ("A Conferência da Haia") acredita que as vantagens da autonomia da vontade são significativas e encoraja a disseminação deste conceito pelos Estados que ainda não o adotaram, ou o fizeram com restrições significativas, assim como o contínuo desenvolvimento e precisão do conceito onde o mesmo já tenha sido aceite." No entanto o modelo possível pode não alcançar um nível de eficácia como o que seria desejável.

regime de escolha de lei pode ser consagrado, quer como um guia de “boas práticas” na adoção desse regime.⁸³⁸ Sendo um instrumento com este objetivo primordial – divulgação do princípio da autonomia da vontade –, poderia ter sido antecedido de estudos de direito comparado que facilitariam a compreensão do instituto numa perspectiva global dos Estados parte da Conferência da Haia.⁸³⁹

Paralelamente visa um objetivo mais ambicioso à escala global, o da promoção de um modelo global de regras de conflitos aplicáveis aos contratos comerciais internacionais.⁸⁴⁰

O âmbito material de aplicação dos princípios ficou circunscrito à escolha de lei;⁸⁴¹ embora no decurso dos trabalhos se tenha comentado a possibilidade de abarcar a

Assim LANDO, Ole - The draft Hague principles on the choice of law in international contracts. In HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau - A commitment to private international law: essays in honor of Hans Van Loon. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 305.

⁸³⁸ Tal como previsto nos THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW - Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts. The Hague : Hague Conference on Private International Law, 2015, § 1.5, p. 23.

⁸³⁹ Que podem revestir uma de três modalidades: autonomia restrita, autonomia plena e autonomia quanto à escolha de lei. Criticando a ausência de informação concreta quanto à admissão do princípio da autonomia no âmbito deste instrumento por entender que seria expectável que a Conferência da Haia tivesse organizado os seus questionários de direito comparado para mostrar exatamente que autonomia da vontade é admitida nos vários países, VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de - Notes on an unstable couple: party autonomy and public policy in the hague principles on choice of law in international commercial contracts. YPI, 17 (2015/2016) 55-58. Explicita ainda este autor, quanto às modalidades de consagração da autonomia que a primeira resulta da previsão do instituto pela lei substantiva aplicável ao contrato, é uma autonomia substantiva na medida em que é garantida exclusivamente pela *lex contractus*, sendo esta determinada pelo direito de conflitos. Neste caso, um acordo quanto à escolha de lei pode determinar que as disposições da lei escolhida sejam integradas no contrato através da incorporação por referência. Parece ser esta, ainda, a solução preconizada pelo direito brasileiro, cujo artigo 9.º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942, na redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 12376, de 30 de dezembro de 2010), apenas prevê que: “para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. § 1º. Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato. § 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.” A lei incorporada por referência vale como uma cláusula substantiva do contrato, o qual pode ser alterado se não estiver em conformidade com a lei que lhe seja objetivamente aplicável. Numa conceção de autonomia plena, a autonomia é reconhecida por si só, independentemente do conteúdo da lei escolhida e da sua incorporação por referência no conteúdo do contrato. Esse reconhecimento é anterior à própria incorporação por referência da lei escolhida no respetivo contrato. O contrato não precisa de uma lei para ser válido e por isso a autonomia das partes merece a designação de autonomia total. E a par das duas doutrinas anteriores a consagração, ao nível do regime aplicável aos contratos comerciais internacionais, da autonomia quanto à escolha de lei e que não respeita à substância dos direitos e das obrigações acordadas pelas partes, mas antes à resolução de conflitos de leis relativos ao contrato. Após esta explanação o autor considera que seria expectável que a Conferência da Haia tivesse organizado os seus questionários de direito comparado para mostrar exatamente que autonomia da vontade é admitida nos vários países.

⁸⁴⁰ PERTEGÁS, Marta - Les travaux de la Conférence de la Haye sur un instrument non contraignant favorisant l'autonomie des parties. In Sabine Courneloup; Natalie Joubert (Eds), Le règlement communautaire “Rome I” et le choix de loi dans les contrats internationaux. Dijon: Litec, 2011, p. 20.

⁸⁴¹ Como resultou do THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau - Feasibility study on the choice of law in international contracts : Report on the work carried out and suggested work programme for the development of a future instrument, p. 3, n.º 4, Prel. Doc. No. 7 of march 2009.

matéria da lei aplicável na falta de escolha,⁸⁴² relegou-se a sua preparação para um momento posterior ao desenvolvimento dos princípios sobre a escolha de lei.⁸⁴³

A natureza opcional de um instrumento não lhe vaticina um papel irrelevante,⁸⁴⁴ antes determina uma abertura de novos horizontes quanto à regulação reclamada por certas situações juridicamente relevantes e uma potencial mudança de perspetivas quanto ao modo de encarar e regular um determinado fenómeno. Ao mesmo tempo e, dada a diversa fonte donde provêm, suscitam questões relativas à coordenação entre instrumentos, a necessidade da sua interpretação⁸⁴⁵ e o recurso a outros instrumentos, oriundos de outras fontes, quanto à regulação das matérias não cobertas pelo instrumento escolhido. Por outro lado, os instrumentos opcionais, dada a sua natureza não imperativa não impõem a adoção de uma previsão com certo conteúdo, apenas sugerem opções. A introdução de novas previsões escritas de âmbito jurídico na ordem transnacional é sobretudo apta a incentivar uma maior certeza e segurança nesse âmbito que não existia em tempos recuados, como sucede por exemplo com os Princípios UNIDROIT enquanto nova *lex mercatoria*. No entanto, o carácter facultativo das compilações permite uma perfusão de disposições potencialmente aplicáveis a uma certa matéria. Não comportando qualquer mudança no quadro jurídico tradicional num horizonte temporal próximo visam normalmente objetivos superiores de coordenação entre instrumentos e de convergência global⁸⁴⁶ no sentido de desbravarem os obstáculos a um instrumento global em certa matéria. A este respeito convém ter presente que à elaboração de alguns instrumentos opcionais não preside a expectativa

⁸⁴² Na sequência da sugestão formulada pelo Presidente à Secretaria Permanente e aceite pela maioria dos membros do grupo de trabalho sobre a escolha da lei aplicável aos contratos internacionais, no seu encontro de 21 e 22 de janeiro de 2010.

⁸⁴³ O Conselho de Política e Assuntos Gerais da Conferência da Haia, nas suas conclusões e recomendações de 7 a 9 abril de 2010, constatou que havia apoio do grupo de trabalho relativamente a um projeto de instrumento que também incluísse regras aplicáveis na ausência de escolha. No entanto, esta entidade considerou que o desenvolvimento dos princípios relativos à escolha de lei era prioritário. Para além da justificação institucional, outra justificação pode ser encontrada no facto de apesar de a autonomia da vontade não se encontrar prevista em todos os Estados parte da Conferência da Haia, a sua consagração reuniu um consenso alargado. Já a conceção de disposições sobre um regime supletivo de determinação da lei aplicável se pautou por uma ausência de consenso. Neste sentido, e sublinhando que a matéria apenas era consensual entre os sistemas influenciados pela Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (1980) dado que seguiram mais ou menos os mesmos princípios, e que o mesmo não acontecia nos outros sistemas, SYMEONIDES, Symeon C. - The Hague principles on the choice of law for international contracts: preliminary comments. *AM. J. COMP. L.*, 61 : 4 (2013) 877.

⁸⁴⁴ No sentido de que um instrumento opcional não tem um efeito neutro no desenvolvimento do direito, KESSEDJIAN, Catherine - Les instruments optionnels en droit privé international. In Vincent Heuzé [et al.], *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*. Paris: LGDJ, 2015, p. 373.

⁸⁴⁵ KESSEDJIAN, Catherine - Les instruments optionnels en droit privé international. In Vincent Heuzé [et al.], *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*. Paris: LGDJ, 2015, p. 373.

⁸⁴⁶ Entendendo os princípios como uma etapa prévia de um processo global de convergência de normas que no futuro facilitará a adoção de uma Convenção internacional sobre a escolha de lei, PERTEGÁS, Marta - Les travaux de la Conférence de la Haye sur un instrument non contraignant favorisant l'autonomie des parties. In Sabine Courneloup; Natalie Joubert (Eds), *Le règlement communautaire "Rome I" et le choix de loi dans les contrats internationaux*. Dijon: Litec, 2011, p. 21.

de que eles venham a ser objeto de escolha pelas partes, o que raramente sucede.⁸⁴⁷ Sobretudo numa fase inicial da sua existência os instrumentos opcionais visam promover uma alteração nas concepções e ideologias legiferantes dominantes introduzindo novos elementos na discussão quanto ao que deva ser consagrado em certa matéria.⁸⁴⁸ Tal não significa que residualmente não se promova também a respetiva adoção, como sucede com a Lei modelo do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT) sobre os princípios relativos aos contratos comerciais internacionais.

A boa aceitação dos princípios em geral e dos instrumentos considerados de *soft law* e a constatação da influência determinante dos mesmos, ainda que a médio prazo, nas concepções legislativas relativas a certas matérias e a sua relação relativamente a normas jurídicas de origem estatal e supraestatal impõe uma ponderação da multiplicidade de instrumentos e as sinergias que os mesmos determinam. Estes últimos instrumentos, vêm-se destacando⁸⁴⁹ ao nível internacional.

Estes instrumentos podem ser definidos como atos de natureza legislativa que deixam, seja ao Estado (no âmbito convencional), seja ao destinatário da norma, a liberdade de os adotar ou não.⁸⁵⁰

As soluções constantes destes instrumentos opcionais colocam à disposição dos interessados uma forma alternativa de identificação do direito aplicável, diferente da tradicional, efetuada por recurso às disposições de direito de conflitos, e que é baseada em instrumentos de direito material (direito autónomo do comércio internacional ou nova *lex mercatoria*). Esta nova geração de normativos de origem não estatal vem cativando a atenção dos estudiosos e o recurso cada vez mais sistemático dos práticos, sendo desta confluência de interesses, conjugada com a sua previsão de forma coerente e sistematizada e com respeito pelas disposições imperativas do direito de origem

⁸⁴⁷ Assim e reportando-se aos Princípios Unidroit, considerando que são ainda raramente escolhidos pelas partes ou aplicados enquanto expressão da *lex mercatoria* ou de princípios gerais de direito incidindo a sua aplicação no âmbito da arbitragem e em caso de falta de escolha do direito aplicável pelas partes que os árbitros procedem à sua aplicação, FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte – Règles impératives et instruments de droit souple: quelle articulation? Paris: LGDJ, 2015, p. 197. Considerando também que o objetivo dos Princípios da Haia não é de os mesmos serem escolhidos pelas partes, mas antes influenciar os legisladores nacionais, o mesmo autor e obra.

⁸⁴⁸ Como sucede com os Princípios da Haia sobre a escolha de lei nos contratos comerciais internacionais que visam promover a autonomia da vontade, FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte – Règles impératives et instruments de droit souple: quelle articulation? Paris: LGDJ, 2015, p. 196.

⁸⁴⁹ Considerando que o direito opcional se impôs, apesar de ter sido criticado no passado por ser um sintoma ou fator de fraqueza do Estado e da norma e hoje saudado como fenómeno omnipresente em direito, FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte – Règles impératives et instruments de droit souple: quelle articulation? Paris: LGDJ, 2015, p. 195.

⁸⁵⁰ KESSEDJIAN, Catherine - Les instruments optionnels en droit privé international. In Vincent Heuzé [et al.], Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer. Paris: LGDJ, 2015, p. 384-386.

estadual ou internacional⁸⁵¹ que resulta a sua consagração crescente. Se, por um lado, a expansão significativa destes instrumentos se deve à sua importância na prática do comércio internacional, por outro, é a constatação dessa importância que determina o seu reconhecimento e consequente previsão enquanto alternativa ao modelo clássico de resolução de conflitos de leis, fundado na autonomia da vontade, e que permite às partes escolherem a lei que consideram mais adequada à regulação das suas relações jurídicas, no caso vertente à regulação das suas relações comerciais internacionais.

2.1.3. RESTRIÇÕES À REGULAMENTAÇÃO DOS CONTRATOS DO COMÉRCIO INTERNACIONAL PELOS ESTADOS

A dispersão das competências legislativas é ainda, por sua vez, apta a criar restrições suplementares à regulação desta realidade pelos Estados. Se, ao nível interno, há que atender às designadas normas não derogáveis por acordo e às leis de aplicação imediata, também ao nível do direito supranacional existem restrições à autonomia da vontade. Neste último caso, encontramos a inviabilidade genérica de restringir as liberdades fundamentais previstas no TFUE (artigos 28.º a 66.º),⁸⁵² para além de outras relacionadas com elementos de conexão pertencentes a outras famílias jurídicas e que são suscetíveis de afastar, mesmo *à posteriori*, a autonomia da vontade quer quanto à escolha de lei, quer quanto à eleição do foro competente.⁸⁵³ Por outro lado, essa dispersão e a convivência destas diferentes regulações do mesmo fenómeno, oriundas de diversas entidades convoca a análise de uma possível nova ordem em matéria de regulação multinível tanto vertical quanto horizontal.⁸⁵⁴ A fragmentação legal reconhecida pela doutrina tradicional entre lei nacional que regula as relações domésticas e a lei internacional que regula as relações entre Estados, vem convivendo com um regime neo-espontâneo cuja implementação surge como resposta a um sucessivo processo de desterritorialização de procedimentos sociais. Neste regime, as

⁸⁵¹ FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte – Règles impératives et instruments de droit souple: quelle articulation? Paris: LGDJ, 2015, p. 198.

⁸⁵² VICENTE, Dário Moura - Direito internacional privado: ensaios. Coimbra: Almedina, 2010. Vol. 3, p. 7 e ss.

⁸⁵³ Como pode suceder se num contrato estiver presente um elemento islâmico e o litígio for submetido a um tribunal Shari'a. A questão assume relevância na medida em que os princípios da Shari'a influenciaram os sistemas legais da maioria dos Estados islâmicos, sendo aplicáveis a mais de um quarto da população mundial. Considerando que em certas situações os tribunais shari'a assumem a jurisdição em todos os casos e aplicam as regras da Shari'a num litígio entre uma parte estrangeira e um contraente muçulmano, não obstante a existência de um acordo prévio excluindo a competência dos tribunais Shari'a, a qual é considerada uma jurisdição imperativa e concluindo sobre a importância de um domínio acentuado sobre a matéria, ALJAZY, Omar - Jurisdiction of arbitral tribunals in Islamic law (Shari'a). In M. Á. Fernández-Ballesteros; David Arias (Eds.), Liber Amicorum Bernardo Cremades. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2010, p. 66.

⁸⁵⁴ Referenciando a emergência de um novo direito de conflitos de normas em vias de constituição, do qual um dos recursos é a hierarquia de direitos fundamentais, FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte - Le droit international privé des contrats en marche vers l'universalité? In Louis d'Avout [*et al.*], Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit: les relations privées internationales. Paris: LGDJ, 2014, p. 272.

regras não estatais e o direito material de origem não estatal são entendidos como um produto semi-espontâneo da auto-coordenação pelos diversos atores económicos.⁸⁵⁵ A espontânea emergência de corpos de regras afasta os Estados da dinâmica regulatória, seja ao nível da coordenação entre instrumentos, seja quanto à elaboração e aprovação de regras, seja ainda ao nível da sua aplicação, enquanto referência decisória soberana.⁸⁵⁶

A necessidade de estabelecimento de regras que conduzam à reconfiguração das relações entre normativos como aqueles a que supra se alude determinará o estabelecimento de uma hierarquia, em cujo topo não deixarão de constar as normas internacionalmente imperativas, seguidas das normas não derogáveis por acordo, das normas supletivas e dos instrumentos não vinculativos. Este carácter cada vez mais seguro das disposições transnacionais permite ao legislador estadual e supraestadual dedicar maior atenção às regras não estatais, ponderando a possibilidade de prever a sua escolha em matéria de “lei” aplicável às obrigações contratuais assim como noutros domínios.⁸⁵⁷

A questão centra-se sobretudo na perspectiva da organização deste aglomerado de disposições, na medida em que os instrumentos integrados na designada *soft law* contêm já disposições respeitantes ao seu estatuto relativamente às normas imperativas, ou seja, disposições de coordenação entre a *soft law* e a *hard law*.

Por esse motivo, a progressiva assimilação da nova mensagem em termos de configuração legislativa de uma certa matéria, a *mens legislatoris*, é espaçada e apta a traír a finalidade que se pretendia alcançar com a sua “codificação”, ou seja, a segurança

⁸⁵⁵ Conceito que pode reconduzir-se, para estes efeitos, a sistemas funcionais, organizações, corporações e redes institucionais.

⁸⁵⁶ Enquadrando ainda a proliferação de tribunais a um nível supranacional ou neo-espontâneo como uma das mais significativas características da constituição da sociedade do mundo moderno e inserindo-as numa fragmentação da lei mundial ou pluralismo legal, MEREMINSKAYA, Elina; MASCAREÑO, Aldo - *Collisions of legal regimes in world society: the umbrella clause as a substantive and procedural mechanism of legal coordination*. In M. Á Fernández-Ballesteros; David Arias (Eds.), *Liber Amicorum Bernardo Cremades*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2010, p. 822-823. Estes autores identificam como reação, pelo paradigma clássico do direito internacional, ao fenómeno da fragmentação, numa tentativa de manutenção da integridade do sistema pela via da hierarquia das normas, hierarquia dos tribunais e a politização dos conflitos, soluções que não tomam em consideração a fragmentação social e a diferenciação da sociedade mundial e fingem restabelecer a sua unidade através de soluções legais fundadas nos princípios da soberania, hierarquia e controlo. Estes princípios, têm plena aplicação ao nível estadual, mas não são singularmente considerados em cada iniciativa supranacional. Por sua vez essas iniciativas aumentam na mesma medida em que os instrumentos transnacionais vão ganhando maior dimensão e importância ao nível do comércio transnacional.

⁸⁵⁷ Defendendo a escolha deste tipo de regras e considerando que é absurdo que o artigo 3.º do Regulamento Roma I permita às partes escolher uma lei não relacionada com o contrato e que permita um amplo depeçage e que não permita por exemplo a escolha dos Princípios Unidroit como lei aplicável, SÁNCHEZ LORENZO, Sixto - *Choice of law and overriding mandatory rules in international contracts*. *YPIIL*, 12 (2010) 71.

e a certeza jurídicas. Os instrumentos opcionais não são imediatamente assimilados pelos diversos ordenamentos jurídicos⁸⁵⁸ e, nessa medida, são também suscetíveis de contribuir para a insegurança jurídica.

No entanto, e na expressão de um insigne jurista,⁸⁵⁹ “a mudança da atmosfera jurídica que determinou, desde os finais do século XIX, o surgimento de leis modelo e contratos tipo como forma de ultrapassar as insuficiências dos direitos nacionais, não representa uma alternativa suficiente.”⁸⁶⁰ Em face do circunstancialismo que envolve toda a prática comercial internacional e a busca permanente de soluções pelos próprios interessados, os comerciantes a essa escala, para as questões que emergem, é de supor uma crescente influência dos novos corpos normativos de origem transnacional, a não ser que se verifique uma alteração da predisposição dos legisladores estatais e supra-estatais no sentido do acompanhamento da evolução necessária. Os Princípios da Haia constituem, como se demonstra, um importante passo no sentido da abertura e consequente consciencialização dos legisladores no sentido da manutenção de um certo domínio quer quanto aos processos regulatórios, quer quanto à aplicação da justiça no comércio internacional.

2.1.4. A REGULAÇÃO DOS CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS

A regulação dos contratos comerciais internacionais apresenta-se, em alguma medida, desvinculada dos ordenamentos jurídicos estaduais, em face da perda de influência dos Estados,⁸⁶¹ quer quanto à sua regulação, quer no que respeita à vertente decisória, dado que os litígios são dirimidos, na grande maioria das situações, mediante recurso a regras de fonte não estatal e fora da alçada dos sistemas institucionais.⁸⁶² A aceitação da

⁸⁵⁸ No sentido de que esses instrumentos comportam um período de estabilização do direito muito mais longo do que o que resulta da norma estatal ou de origem supranacional, KESSEDJIAN, Catherine - *Les instruments optionnels en droit privé international*. In Vincent Heuzé [et al.], *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*. Paris: LGDJ, 2015, p. 375.

⁸⁵⁹ BONELL, Michael Joachim - *Un “codice” internazionale del diritto dei contratti, i principi unidroit dei contratti commerciali internazionali*. Milano: Giuffrè Editore, 2006, p. 17.

⁸⁶⁰ Explicando ainda que “esses instrumentos foram elaborados principalmente pelas próprias empresas ou por associações profissionais nacionais e por bolsas de mercadorias operando sobre as principais praças do comércio internacional situadas quase todas nos países industrializados. Em consequência, têm, na sua maioria, um caráter unilateral, ou porque foram elaborados sob a influência dos conceitos jurídicos do país de origem ou contém uma cláusula de escolha de lei desse país e ou de atribuição de competência ou tribunal judicial ou arbitral situados no seu território”, BONELL, Michael Joachim - *Un “codice” internazionale del diritto dei contratti, i principi unidroit dei contratti commerciali internazionali*. Milano: Giuffrè Editore, 2006, p. 17-18.

⁸⁶¹ Considerando que nenhum Estado pode pretender controlar em absoluto os contratos internacionais, NYGH, Peter - *Autonomy in international contracts*. Gloucestershire: Clarendon Press, 1999, p. 2.

⁸⁶² Existindo um âmbito residual e necessário de regulação na ordem jurídica estadual. Tal âmbito “decorre, por um lado, de haver questões que, por não serem consideradas arbitráveis, só podem ser apreciadas por tribunais estaduais e, por outro, de os tribunais arbitrais deverem ter em conta as directrizes emanadas dos Estados que apresentam um laço especialmente significativo com a arbitragem ou a cujos tribunais possa

escolha de regras não estatais foi objeto de ponderação ao nível dos trabalhos preparatórios desenvolvidos no âmbito da comunitarização da Convenção de Roma. No entanto, não estavam ainda reunidas as condições para a concretização dessa possibilidade. Recentemente, embora no instrumento não vinculativo, a que fazemos referência, os Princípios da Haia, foi consagrada a possibilidade de as partes escolherem, quer uma lei estatal, quer regras não estatais. Desta inovação há que retirar as devidas ilações, em face do que se pretende seja um direito contratual europeu dotado, simultaneamente, de elevado grau de previsibilidade e de segurança jurídica e de adequação às necessidades, exigências e expectativas do comércio transfronteiriço e internacional. A tudo isto acrescerão considerações atinentes às particularidades de um cenário de crise mundial e à influência direta que a regulação tem na eficácia da dinâmica comercial, sem desconsiderar a necessária celeridade da resolução de litígios.

Acresce ponderar que, a regulação dos contratos comerciais internacionais pelo direito autónomo do comércio internacional ou a nova *lex mercatoria*^{863, 864} é muito frequente quando as partes escolhem a arbitragem do comércio internacional como meio alternativo de dirimir os seus litígios.^{865, 866}

previsivelmente ser pedida a execução da sentença.” como salienta PINHEIRO, Luís de Lima - Direito comercial internacional. Coimbra: Almedina, 2005, p. 229.

⁸⁶³ Identificando as principais posições doutrinárias quanto ao conceito de *lex mercatoria* - a posição pragmática, que a entende como conjunto de regras polimórficas que têm por objeto específico a regulação substancial das relações internacionais; a posição dogmática para a qual se trata de uma ordem jurídica que tem como vocação desempenhar a função do direito aplicável; e a posição funcional, enquanto emanção da função jurisdicional própria da arbitragem internacional - e aludindo à sua imprecisão, PAMBOUKIS, Charalambos - *Lex Mercatoria reconsidérée*. In *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde: Le droit international privé: esprit et methods*. Paris: Dalloz, 2005, p. 636-647.

⁸⁶⁴ Salientando que esta modalidade de regulação da contratação internacional, reportando-se ao Direito autónomo do comércio internacional, providencia quer uma regulação indireta ou conflitual, quer uma regulação direta ou material, no primeiro caso considerando a escolha das partes, ou na sua ausência a sua determinação de acordo com normas de conexão ou critérios utilizados na arbitragem do comércio internacional e no segundo, através do recurso a processos próprios desta modalidade de arbitragem, como a atribuição de valor interpretativo e integrativo do negócio jurídico aos usos do comércio internacional, independentemente do Direito estadual que possa ser considerado competente, PINHEIRO, Luis de Lima - Direito comercial internacional. Coimbra: Almedina, 2005, p. 230.

⁸⁶⁵ No sentido de que a maioria dos contratos comerciais internacionais são objeto de regulação de forma direta e imediata pelo Direito autónomo do comércio internacional e que essa realidade apenas ocorre quando as partes estipulam uma convenção de arbitragem e remetendo a regulação para o direito estadual na falta de tal convenção, acentuando, todavia, que “a regulação directa e imediata pelo Direito autónomo do comércio internacional não subtrai inteiramente os contratos em causa à regulação na ordem jurídica estadual.” PINHEIRO, Luis de Lima - Direito comercial internacional. Coimbra: Almedina, 2005, p. 229.

⁸⁶⁶ Constatando que no domínio da arbitragem internacional o âmbito das liberdades reconhecidas às partes contrasta com as limitações constantes do Regulamento Roma I, SÁNCHEZ LORENZO, Sixto - *Choice of law and overriding mandatory rules in international contracts*. *YPIL*, 12 (2010) 71.

O recurso à arbitragem transnacional consiste “(n)o modo normal de resolução de litígios no comércio internacional.”⁸⁶⁷ Deste modo, a sindicância destas operações pelos tribunais estaduais é reduzida.⁸⁶⁸

Os Estados, cientes da impossibilidade de abraçar todo o contexto no qual se desenrola a contratação comercial internacional,⁸⁶⁹ não estarão interessados em perder, cada vez mais, o domínio sobre esta modalidade de contratação. Por forma a retomarem um controlo mais alargado terão de adotar medidas consideradas atrativas aos olhos dos agentes económicos, introduzindo elementos de flexibilidade.

A possibilidade de escolha da *lex mercatoria* foi afastada na proposta de Regulamento Roma I, por se ter entendido que o seu conteúdo não seria suficientemente preciso. O Regulamento Roma I consagra apenas a possibilidade de escolha limitada a alguns dos seus instrumentos,⁸⁷⁰ escolha essa que apenas tem por efeito incorporar por referência as disposições do instrumento escolhido no conteúdo do contrato. Tal possibilidade não inova relativamente à autonomia da vontade reconhecida no direito interno, pois também neste âmbito as partes podem incorporar disposições de convenções internacionais ou de compilações de princípios de fonte não estatal no seu contrato. Aparentemente, a solução consagrada evita a equação do problema da eventual supremacia das regras não estatais face às normas imperativas dos Estados, que se suscitaria caso fosse consagrada a escolha de tais regras com os efeitos de uma escolha de lei.⁸⁷¹

Tal resultará, para os defensores desta concepção, de uma desconexão desse ordenamento, relativamente à soberania estatal, considerando que nessa circunstância não existirá uma ligação com uma lei estatal. Esta visão da questão, permite

⁸⁶⁷ PINHEIRO, Luís de Lima - Direito internacional privado. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. 1, p. 123. No mesmo sentido, CALVO CARAVACA, Alfonso Luís ; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier ; CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, Celia – Litigación internacional en la Unión Europea II: la ley aplicable a los contratos internacionales: comentario al reglamento Roma I. Navarra: Editorial Aranzadi, 2017, p. 269. A normal combinação entre a escolha da arbitragem do comércio internacional e a escolha da nova *lex mercatoria* afasta, em princípio a necessidade de rejeitar disposições de aplicação imediata, cuja rejeição, nesse contexto, é considerada aconselhável como sublinha SÁNCHEZ LORENZO, Sixto - Choice of law and overriding mandatory rules in international contracts. YPI. 12 (2010) 86, na medida em que muitas normas são incompatíveis com condições e cláusulas acordadas pelas partes nesse contexto

⁸⁶⁸ PINHEIRO, Luís de Lima - Direito internacional privado. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. 1, p. 123.

⁸⁶⁹ Considerando que nenhum Estado pode pretender controlar em absoluto os contratos internacionais, NYGH, Peter - Autonomy in international contracts. Gloucestershire: Clarendon Press, 1999, p. 2.

⁸⁷⁰ § 13 e 14 do Regulamento Roma I.

⁸⁷¹ Face ao entendimento segundo o qual, na primeira situação, as disposições imperativas da lei nacional considerada competente de acordo com o Direito internacional privado, ou as disposições de idêntica natureza de um outro Estado com uma particular conexão com a situação transnacional, prevalecem sobre a nova *lex mercatoria*, na segunda situação, prevaleceria esta última, e que neste aspeto reside a principal diferença entre a admissibilidade de incorporação por referência de regras e princípios de origem não estadual nem supraestadual e a opção pelos mesmos enquanto uma verdadeira escolha de lei, defendido, entre outros, por BASEDOW, Jürgen - Lex mercatoria and the private international law of contracts in economic perspective. In Jürgen Basedow; Toshiyuki Kono (Ed.), An economic analysis of private international law. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 65.

fundamentar que não será, assim, essencial afastar a possibilidade de recurso ao direito não estatal, se estiver garantida a concretização das políticas consideradas essenciais pelos Estados ou pela UE.⁸⁷²

A dificuldade relativamente a esse raciocínio parece poder confinar-se ao procedimento a seguir por forma a poder ser verificada a concretização dessas políticas, por um lado. Por outro, sempre será de considerar o carácter incompleto das disposições que integram a nova *lex mercatoria*, o que sugere que para além da sua escolha, seja sempre necessário determinar qual a lei estatal competente, em face da necessidade de regulação de aspetos não abrangidos nesses instrumentos.

No entanto, podendo essa desconexão ser absoluta se as partes sujeitarem o litígio à arbitragem do comércio internacional, dada a aplicação neste âmbito específico de regulação própria desse meio alternativo de resolução de litígios, já não se pode afirmar que o seja se o litígio for submetido à jurisdição estatal. Fora da convenção de arbitragem os litígios continuam a ser submetidos à apreciação dos tribunais estatais e a regulação dos contratos comerciais internacionais a ser efetuada por recurso às normas de conflitos concretamente aplicáveis, sem prejuízo da possibilidade de incorporação, por referência, de realidades integrantes desse direito autónomo do comércio internacional.⁸⁷³ Como consequência desta sujeição à jurisdição estatal e em virtude de a mesma não aplicar os princípios de que se socorre a arbitragem do comércio internacional às questões não concretamente previstas nos instrumentos que integram a nova *lex mercatoria* serão reguladas pelos princípios vigentes na lei estatal competente.⁸⁷⁴ Assim, nestas circunstâncias, não se verifica uma desconexão total relativamente a uma lei estatal.

⁸⁷² No sentido de que à luz de uma metodologia funcional e em sentido exactamente oposto à metodologia conflitual já não é útil proibir a utilização do direito não estatal, desde que a política estadual ou da UE possa realizar-se, não releva saber como as partes preenchem o âmbito da liberdade que lhes resta, WATT, Horatia Muir - Les limites du choix: dispositions impératives et internationalité du contrat. In Sabine Corneloup; Natalie Joubert (Dir.) - Le règlement communautaire "Rome I" et le choix de loi dans les contrats internationaux. Bourgogne: Université de Bourgogne, 2010, p. 348.

⁸⁷³ Como mencionado nos § 13 e 14 do Regulamento Roma I.

⁸⁷⁴ Por esse motivo se circunscreve, de algum modo, o reconhecimento que a nova *lex mercatoria* tem ganjeado, sobretudo à sua aplicação no âmbito do recurso à arbitragem do comércio internacional. Assim e defendendo que "mesmo nas situações em que os contratos estão sujeitos à arbitragem não estão imunes à lei estadual mesmo quando as partes expressamente conferiram o poder aos árbitros para decidirem como *amiable compositeurs* ou *ex aequo et bono*. O que torna a decisão arbitral executória nesses casos não é a vontade das partes, nem a autoridade dos árbitros, mas antes o direito de cada parte de executar a decisão contra a parte não cumpridora. Assim, mesmo nesses casos, o contrato é executável apenas porque um Estado tem vontade de emprestar a sua estrutura judiciária para tal efeito." SYMEONIDES, Symeon C. - Contracts subject to non-state norms. AM. J. COMP. L.. 54 (2006) 210. Será este entusiasmo que justifica a afirmação de que "os princípios são mais do que regras e mais do que leis", formulada por STEWART, David P. - The many perspectives of private international law. In HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau - A commitment to private international law: essays in honor of Hans Van Loon. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 550.

Esta solução genérica decorre da necessidade de proteção da realização do interesse público, salvaguardado pela consagração de normas imperativas dos Estados e da imposição de observância de normas com uma imperatividade reforçada que visam garantir a realização das políticas consideradas essenciais pelos Estados, as normas de aplicação imediata. A estas necessidades acresce, ainda, a respeitante à proteção das disposições imperativas do direito da UE, cuja aplicação no circunstancialismo identificado no n.º 4 do artigo 3.º do Regulamento Roma I, não pode ser afastada. No entanto, estas soluções adotadas no mencionado normativo, são susceptíveis de ponderação, sobretudo quanto à avaliação que possa ser efetuada relativamente à melhor forma de proteção dos interesses dos Estados que pretendem manter esta matéria no âmbito da sua esfera de controlo. Se por um lado, o recurso à arbitragem permite afastar a proteção destes interesses de uma forma quase absoluta, que apenas encontra na necessidade de revisão e confirmação da sentença arbitral e na sujeição da sua execução aos tribunais comuns, o regresso do litígio à apreciação da jurisdição estatal, por outro, não será de subestimar a maior eficiência normalmente reconhecida à combinação da aplicação da *lex mercatoria* com a escolha de um tribunal arbitral.⁸⁷⁵ Tal eficiência que é reconhecida pela análise económica, considerando as inerentes vantagens de celeridade e redução de custos, e que incentiva os agentes económicos a sujeitarem a apreciação dos seus litígios em conformidade com essa combinação⁸⁷⁶ não pode, no atual quadro jurídico vigente, ser afastada. A sua cedência perante a consagração de soluções que tenham em vista a maximização do bem comum⁸⁷⁷ só

⁸⁷⁵ Como menciona BASEDOW, Jürgen - *Lex mercatoria and the private international law of contracts in economic perspective*. In Jürgen Basedow; Toshiyuki Kono (Ed.), An economic analysis of private international law. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 65. Também a análise da eficiência comparativa entre a consagração de normas com conteúdo preciso (consagradas no nosso direito internacional privado), *versus* normas padrão (adotadas nas compilações não estatais), atribui vantagens às segundas, em termos de celeridade de resolução de litígios e proximidade face ao caso concreto. No entanto, é possível identificar menores custos de implementação de regras de conteúdo preciso, que propiciam o alcance de uma maior certeza jurídica, e a que acresce uma maior facilidade de controlo judicial, apesar da crítica que lhes é dirigida quanto à sua inflexibilidade. Neste sentido, SCHÄFER, Hans-Bernd; LAUTERMANN, Katrin - *Choice of Law from an Economic Perspective*. In Jürgen Basedow; Toshiyuki Kono (Ed.), An economic analysis of private international law. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 90-91.

⁸⁷⁶ Entendendo que existe um papel para a *lex mercatoria* em Direito internacional privado, por várias razões, sendo as mais óbvias o atraso, os recursos limitados e a seletividade com que os governos e as suas organizações seguem as práticas comerciais e financeiras e a criatividade dos agentes económicos. KRONKE, Herbert - *Connecting Factors and Internationality*. In Katharina Boele-Woelki [et al.], Convergence and divergence in private international law: Liber Amicorum Kurt Siehr. The Hague: Eleven International Publishing, 2010, p. 61. Em segundo lugar, este autor, refere que mesmo que uma questão particular ou uma matéria de direito comercial esteja coberta por um instrumento internacional com amplo apoio, fatores como a falta de tempo dos parlamentares para se ocuparem do comércio internacional podem evitar que as regras substantivas negociadas sejam consagradas em legislação. E em terceiro, um Estado contratante pode limitar substancialmente o âmbito de aplicação material de uma convenção. Quarto, muitas convenções permitem às partes a exclusão contratual da sua aplicação.

⁸⁷⁷ Sustentada por GUZMAN, Andrew T. - *Choice of law: new foundations*. Geo. L. J. 90 (2002) 883-884.

poderá ocorrer garantindo-se uma maior eficiência dos instrumentos estatais ou de fonte supraestatal, como é exemplo o Regulamento Roma I.⁸⁷⁸

Em nosso entendimento, a unificação do direito de conflitos consiste num meio apto ao alcance do desiderato da maximização do bem comum, na medida em que proporciona a redução dos custos das transações. Esta é, aliás, uma das principais razões que fundamenta a necessidade de unificação. A sua concretização é feita na falta de *electio iuris*⁸⁷⁹ mediante a aprovação de normas de conflitos que vigoram em todos os Estados vinculados pelo respetivo instrumento. Nelas se identificam os elementos de conexão entendidos como preponderantes para regular as diversas situações transnacionais, por via ou da identificação do elemento de conexão considerado mais significativo⁸⁸⁰ ou da consagração da doutrina da prestação característica⁸⁸¹ (residência do contraente que

⁸⁷⁸ Como decorre dos trabalhos preparatórios do Regulamento Roma I, a unificação das normas de conflitos visa a redução dos custos inerentes à contratação em geral. Esta redução de custos entendida como inerente à unificação, tem como fim o alcance do bem comum. A sua concretização ainda que possa ser considerada em certas etapas como mero exercício individual, quando por exemplo se administra a justiça e se decide cada processo, ou ainda quando as partes considerando a maximização do seu interesse individual recorrem ao regime previsto naquele instrumento, funciona como meio que proporciona o alcance do bem comum.

⁸⁷⁹ Ou em face da sua invalidade. A invalidade da escolha decorrerá da inobservância das condições consagradas no artigo 3.º. Salientando que “o artigo 4.º n.º 1, da Convenção de Roma, por exemplo, é bem claro ao expressar a ideia de que a escolha de lei pelas partes há-de respeitar os condicionalismos de que no artigo 3.º ela é rodeada.”, RAMOS, Rui Moura - Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional. Coimbra: Almedina, 1991, p. 516.

⁸⁸⁰ Que no âmbito do Regulamento Roma I, se traduz na identificação do elemento de conexão para cada um dos oito tipos contratuais constantes do número 1 do artigo 4.º, com o que o legislador da União pretende conferir maior segurança e certeza na determinação da lei aplicável aos contratos internacionais. Trata-se de uma das inovações em face do instrumento homólogo, que não contém qualquer disposição correspondente.

⁸⁸¹ Que encontra na busca da melhor localização da relação contratual, de entre as leis com as quais a mesma se encontra conetada a sua justificação. Note-se que a primeira referência à lei que deve regular uma relação contratual como sendo a lei do lugar da celebração do contrato, remonta a Jacob Balduinos, fundada no facto de ser com essa lei que a relação contratual se encontra mais próxima. As críticas dirigidas a esta possibilidade não se fizeram esperar. Dumoulin procurava estabelecer a intenção presumida das partes através da identificação dos laços mais estreitos com a situação, e formulava duas críticas, por um lado, as partes só teriam concebido a hipótese de aplicação dessa lei se a conhecessem, por outro lado, esse lugar pode ser puramente fortuito ou accidental. Esta primeira aproximação, que conheceu ainda alguma consagração, viria a soçobrar com a alteração da realidade mercantil a partir do início do século XIX. O surgimento de novas formas de contratação e posteriormente de novas tecnologias vieram deslocalizar esta conexão, no tempo e no espaço, sendo hoje em dia possível desenvolver as negociações de contratos simples ou complexos a partir de diversas localizações, retirando a certeza e segurança jurídica de que essa conexão se revestia como salientam COLLAÇO, Isabel de Magalhães - Da compra e venda em direito internacional privado: aspectos fundamentais. Lisboa: AAFDL, 1954. Vol. 1, p. 207 e RAMOS, Rui Moura - Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional. Coimbra: Almedina, 1991, p. 524. Na tentativa de ultrapassar as críticas a que o lugar da celebração havia sido exposto, e sempre com a preocupação latente de encontrar uma conexão que assegurasse a certeza e a segurança jurídica, veio a ser considerado o lugar da execução da obrigação resultante do contrato. Esta conexão não pode ser considerada fortuita. Acresce que a proximidade desta ligação com o contrato e a segurança e a certeza que da mesma resultam, levou ao seu acolhimento em matéria processual pela Convenção de Bruxelas, no seu artigo 5.º, a que sucedeu o Regulamento Bruxelas I, que previa a matéria também no mesmo artigo e posteriormente ao Regulamento Bruxelas I bis, atualmente em vigor, que consagra a matéria no artigo 7.º, n.º 1 als. a), b) e c). A principal crítica a este critério assenta nas suas dificuldades localizadoras, ou seja, caso se verifique que um mesmo contrato deve ser executado em diferentes locais, que por hipótese correspondam a diferentes Estados soberanos, a situação transnacional passaria a ser suscetível de regulação por diferentes leis; seria esse evidente fracionamento do regime contratual favorável ou pelo contrário, seria apto a acrescentar mais dificuldades do que vantagens. Considerando que para uma

efetua a prestação característica) ou da aplicação da lei que apresenta uma conexão manifestamente mais estreita com a situação.⁸⁸² É por esse motivo, entre outros possíveis, que esse elemento de estraneidade é escolhido pelo legislador como sendo aquele que deve designar a lei aplicável ao contrato. Esta unificação, por sua vez, vai produzir efeitos positivos ao nível da segurança e da certeza das disposições vigentes e traduz-se num potencial aumento do alcance da harmonia internacional de julgados, o que favorece o bem comum, e ainda, agiliza todo o processo de troca indireta de bens no mercado internacional, contribuindo para a diminuição global dos custos das transações, o que de igual modo conduz ao mesmo objetivo. Sem prejuízo de as diferentes organizações internacionais ou regionais, assim como os Estados, poderem ter em perspetiva a proteção do bem comum, em primeira linha, quanto ao seu território, prevendo estratégias que tenham em vista o desenvolvimento económico, por exemplo, afigura-se que das diversas perspetivas e diligências desenvolvidas, ainda que isoladas, resultará uma maximização do bem coletivo. No entanto, há que ter em consideração que não existe unificação material do direito contratual na UE⁸⁸³ e é nesta vertente que a nova *lex mercatoria* tem uma influência que pode ser mais marcante, contribuindo para ultrapassar as dificuldades resultantes da disparidade dos direitos nacionais, também ela, um obstáculo às trocas comerciais, dados os custos inerentes às operações suportados pelos agentes económicos.

Em todo o caso, a consideração da necessidade de manter ou aumentar a influência dos Estados no controlo do comércio internacional, nesta ótica, como forma de se permitirem aplicar as medidas pensadas para o alcance desse fim, constituirá o

perspetiva a cisão do regime contratual seria o preço a pagar por “esta coerência da aplicação do sistema, mesmo neste particular contexto; e que para outra perspetiva seria inoportuno aceitar o desmembramento do regime do aplicável ao contrato em virtude da existência de diferentes lugares de execução, e defendendo uma terceira via de acordo com a qual se não aceita o desmembramento do contrato, mas também não reconhece existir motivo bastante para se afastar deste módulo básico que é o lugar da execução do contrato, no qual vê a possibilidade de concretizar em termos mais perfeitos o “princípio localizador”, que se traduzia em proceder a uma hierarquização que apenas apontasse para a aplicação do regime correspondente ao lugar de execução da prestação característica, RAMOS, Rui Moura - *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 533-534. Neste sentido, ao nível da UE, se pronunciou a conhecida jurisprudência Ingmar, a propósito do contrato de agência contendo diferentes lugares de execução. E passando pela proposição de soluções respeitantes quer à nacionalidade, quer ao domicílio, se chegou à consideração de que em regra a prestação não característica do contrato é a prestação não monetária, critério que mesmo assim suscita dificuldades em alguns tipos contratuais (e.g., a doação). SCHNITZER veio desenvolver o critério da prestação característica, defendendo que o objecto essencial do comércio é proporcionar os bens de que os interessados carecem, constituindo elemento essencial a sua entrega. Desta posição defendeu que o centro de gravidade do contrato, assim apontado permite a defesa da aplicação ao contrato da lei do domicílio do contraente que efectua a prestação característica do contrato. SCHNITZER, A. - *Handbuch des internationalen handels: wechsel und check-rechts*. Zurich: Verlag, 1938, p. 234.

⁸⁸² Solução consagrada quer na Convenção de Roma, quer no Regulamento Roma I e que incorpora um mecanismo que aumenta o poder dos juizes no sentido da aplicação da lei que consideram prover o regime mais adequado à regulação do contrato.

⁸⁸³ Sobre este ponto ver Capítulo III da Parte I do presente trabalho.

fundamento mais visível para a defesa da necessidade de repensar o regime jurídico aplicável à contratação internacional, como meio de se maximizar o bem comum.⁸⁸⁴ A ponderação de novas soluções deve ter em conta a possível resposta convergente do mercado quanto ao alcance do objetivo traçado. Para tanto há que ponderar a elaboração ou alteração de disposições vigentes, que se considere poderem ser melhoradas nessa perspetiva, tentando antecipar possíveis cenários resultantes da sua aplicação e o seu efeito na resposta do mercado.

Existindo uma disparidade significativa entre possibilidades e soluções ao alcance das partes, tal deve motivar os legisladores a considerarem a adoção de medidas tendentes à criação de um diferente enquadramento legal do comércio transnacional.⁸⁸⁵ Este novo regime deve ser concebido tendo presente a necessidade de evitar que se aprofunde o distanciamento entre os processos e as técnicas usadas para a sua regulação, em virtude da possibilidade de opção quer pela escolha da arbitragem do comércio internacional, quer pela escolha do foro, ou simplesmente pela ausência de previsão quanto a essa matéria. A realidade do comércio transnacional encontra no seu desenvolvimento diário como que uma espécie de laboratório jurídico que conduz os agentes económicos a adotarem, de forma quase imediata, procedimentos que consideram necessários e adequados a ultrapassar as dificuldades que surgem. Por esse motivo, a nova *lex mercatoria* aparece mais próxima da realidade comercial transnacional, mas todos os instrumentos que regulam esta realidade, quer os que integram a *lex mercatoria*, quer os que constituem o direito de conflitos, devem concorrer para uma regulação que proteja todos os interesses em presença. Por um lado, se funde na necessidade de permitir aos Estados controlarem a execução das políticas pelos mesmos consideradas essenciais, por outro lado, sem deixar de considerar as expectativas dos agentes económicos quanto à celeridade de resolução dos seus conflitos e as vias a que atualmente os mesmos podem recorrer.

Quanto a este ponto, salienta-se que a admissibilidade de uma miscegenação de regimes não deve ser excluída e que a previsão de aceitação de escolha de normas não

⁸⁸⁴ No entanto, não obstante, considere que apesar de os legisladores aprovarem em geral soluções que favorecem o bem comum, os tribunais não estão em posição de o alcançar, confinando os seus objetivos a uma perspetiva mais modesta que se reconduz à redução de custos das transações, mas concluindo que a redução de custos contribui para a eficiência e nessa medida para o bem comum, BASEDOW, Jürgen - *Lex mercatoria and the private international law of contracts in economic perspective*. In Jürgen Basedow; Toshiyuki Kono (Ed.), An economic analysis of private international law. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 63.

⁸⁸⁵ No sentido de que o direito de conflitos e o direito comercial transnacional constituem ferramentas complementares do desenvolvimento de um moderno quadro legal para o comércio transnacional, KRONKE, Herbert - *Connecting Factors and Internationality*. In Katharina Boele-Woelki [et al.], Convergence and divergence in private international law: Liber Amicorum Kurt Siehr. The Hague: Eleven International Publishing, 2010, p. 61.

estatais, prevista na designada uniformização informal⁸⁸⁶ não abroga a possibilidade de prevalência de normas de aplicação imediata, quer do foro, quer de Estados terceiros.⁸⁸⁷

Preconizamos, desta feita, uma maior abertura às concepções voluntaristas ao nível da consagração da autonomia da vontade, quanto à nova *lex mercatoria*, pois não só torna a opção das partes mais clara, como afasta, suscitando menos dificuldades interpretativas, as dificuldades resultantes da aplicação de uma lei estrangeira, que serão, pelo menos parcialmente, suplantadas pela aplicação de normas na sua maioria com um conteúdo muito objectivo e de simples apreensão. Tal opção apresenta uma maior eficiência económica na medida em que torna o direito aplicável mais certo, reduzindo quer a conflitualidade, quer o tempo de pendência das ações judiciais. Desta forma não só a regulação adotada pelos Estados, e quanto ao Regulamento Roma I, pela UE, se pode tornar mais eficiente ao eliminar parte substancial da conflitualidade, sobretudo a respeitante à interpretação do direito vigente, como tal resultado se produz ainda na estrutura judiciária, reduzindo procedimentos e facilitando a tomada de decisões, o que se reflete num encurtamento do lapso temporal da tomada de decisões. A consagração da possibilidade de eleição da nova *lex mercatoria*, ainda que individualizando alguns dos seus instrumentos, contribui para a sua difusão e aumenta a sua utilização fora do domínio da arbitragem do comércio internacional. Não pondo em causa os interesses dos Estados, atenta a possibilidade de, em face da sua aplicação a diferentes aspetos do litígio, se poder assegurar numa futura alteração ao diploma, a salvaguarda da aplicação de disposições imperativas daqueles.

Soluções marcadamente protecionistas ou restritivas em matéria de autonomia da vontade têm o efeito inevitável de afastar os Estados da regulação deste fenómeno e de submeter a consequente regulação a regras não estatais mediante a eleição da arbitragem do comércio internacional.

Um equilíbrio entre duas soluções não exclusivas, dado por um lado, que a regulação por direito estatal já permite a incorporação, por referência, de parte das regras não estatais e, por outro, que este último não pode prescindir do recurso àquele, dado que tem de ser, em algumas situações, aplicado com o concurso de um direito estatal, pode

⁸⁸⁶ Considerando que a tendência atual é a da uniformização informal através da adoção de princípios que constituem *restatements* semi-institucionais, que se trata de uma via mais frutuosa, porque funcional, e que os diversos princípios constituem conjuntos de regras que contêm uma certa coerência normativa interna. PAMBOUKIS, Charalambos - *Lex Mercatoria reconsidérée*. In *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde: Le droit international privé: esprit et methods*. Paris: Dalloz, 2005, p. 648-649.

⁸⁸⁷ É o que sucede na solução consagrada pelos Princípios da Haia, cujo artigo 11.º, números 1 e 2, prevê a limitação da aplicação da lei ou das regras de direito escolhidas, em função da submissão às normas internacionalmente imperativas quer da *lex fori* quer de outra lei.

passar pela aceitação mais ampla do segundo como escolha de “lei” ao nível do direito estadual.

Constatação da notoriedade grangeada por princípios integrados na *nova lex mercatoria* pode ser encontrada no facto de vários tribunais superiores europeus terem vindo a reconhecer a nova *lex mercatoria* enquanto fonte de direito que passaram a aplicar,⁸⁸⁸ bem como a circunstância de o supremo tribunal espanhol vir reiteradamente decidindo com recurso aos Princípios UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais.^{889, 890}

De todo o modo é incontornável a importância reconhecida pelo Regulamento Roma I à autonomia da vontade. Tal dispositivo atribui, no parágrafo 11.º do seu preâmbulo, uma importância fundamental a essa autonomia considerando-a uma das pedras angulares do direito de conflitos neste âmbito. A questão centra-se na dimensão a conferir a esta pedra angular.

2.2. CONSAGRAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE

A possibilidade de avaliação do conteúdo e das consequências dos negócios que as partes pretendem celebrar depende do conhecimento da legislação que, em concreto, os regulamente.

A autonomia da vontade vem consagrada no artigo 3.º do Regulamento Roma I.⁸⁹¹ Este artigo consagra a autonomia reconhecida às partes quanto à regulação das situações transnacionais contratuais, pelo direito que se lhes afigurar mais conveniente.

⁸⁸⁸Em vários processos e em vários países como Itália, Inglaterra, Áustria e França também tem sido admitida a nova *lex mercatoria* enquanto fonte de direito como assinala PAMBOUKIS, Charalambos - *Lex Mercatoria reconsiderée*. In *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde: Le droit international prive: esprit et methods*. Paris: Dalloz, 2005, p. 653.

⁸⁸⁹ Trata-se de uma solução mais avançada do que aquela que se encontra consagrada nos Princípios da Haia, eles próprios com a principal virtualidade de servirem de veículo à difusão e à consagração da autonomia da vontade.

⁸⁹⁰ Identificando os numerosos recursos em que vêm sendo proferidas decisões pelo Supremo Tribunal espanhol com aplicação dos Princípios Unidroit, desde a década passada quanto a: resolução do contrato, dano moral, interpretação dos contratos, carácter recetício das declarações de vontade, em particular a revogação da oferta, princípio da boa-fé, danos e prejuízos e excessiva onerosidade superveniente. PERALES VISCASILLAS, Pilar - *Los Principios de Unidroit en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español*. In *Eppur si muove: the age of uniform law: essays in honor of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*. Rome: Unidroit, 2016. Vol. 2, p. 1623-1639.

⁸⁹¹ Na sequência do disposto na primeira parte do número 1 do artigo 3.º da Convenção de Roma que prevê que o contrato se rege “pela lei escolhida pelas partes.” Esta disposição consistiu na consagração do princípio da autonomia da vontade, vertido em todas as legislações dos Estados que ratificaram a Convenção conforme o relatório GIULIANO, Mario ; LAGARDE, Paul (1980) – Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations ..., p. 13 e 14.

Trata-se da consagração da autonomia enquanto princípio fundamental do direito das obrigações ao nível do direito internacional privado europeu,⁸⁹² como decorre do considerando 11.º do Regulamento.⁸⁹³ A autonomia da vontade é amplamente reconhecida e consagrada embora não em termos universais.⁸⁹⁴⁸⁹⁵

O artigo 3.º consagra o regime geral em matéria de escolha da lei aplicável,⁸⁹⁶ que fica subordinado às designadas *leges speciales*,⁸⁹⁷ para além de outras.

2.3. A ESCOLHA DE UMA LEI ESTATAL

A escolha de lei pelas partes pode recair sobre qualquer lei estatal, não se exigindo qualquer conexão com os elementos do contrato.⁸⁹⁸

No que respeita à Convenção de Roma, o artigo 2.º apenas prevê a possibilidade de ser aplicada ou escolhida pelas partes uma lei de um Estado, porquanto prevendo que “a lei designada nos termos da presente Convenção é aplicável, mesmo que essa lei seja de um Estado não contratante”, parece admitir que a escolha recaia apenas sobre uma lei estatal.

⁸⁹² Neste sentido, LAGARDE, Paul; TENENBAUN, Aline - De la convention de Rome au règlement Rome I. RCDIP. 97 (2008) 735; HEISS, Helmut - Party autonomy. In Franco Ferrari; Stefan Lieble (Eds.), *Rome I regulation: the law applicable to contractual obligations in Europe*. Munique: Sellier, 2009, p. 1 e MANKOWSKI, Peter – Die Rome I: Verordnung, Zeitschrift für Europarecht. Schuldverträge: Internationales Handelsrecht, 2009, p. 2-3.

⁸⁹³ “A liberdade de as partes escolherem o direito aplicável deverá constituir uma das pedras angulares do sistema de direito de normas de conflitos de leis em matéria de obrigações contratuais.” No entanto, a autonomia da vontade não é absoluta, como adiante concretizamos, e como se menciona no Livro Verde relativo à transformação da Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais num instrumento comunitário e sua modernização. Documento COM (2002) 654 final, p. 12.

⁸⁹⁴ Salientando que este princípio conta “... com larga aceitação nos sistemas jurídicos nacionais e nos instrumentos internacionais ...”, VICENTE, Dário Moura – A crise económica mundial e os contratos internacionais. *Revista de Direito Civil*. 2:3 (2017) 624.

⁸⁹⁵ Com a mesma amplitude, em termos de consagração da autonomia da vontade, o artigo 2.º dos Princípios da Haia.

⁸⁹⁶ Entendendo que “a vontade das partes não é o ponto determinante de referência em termos de conflitos de leis, pois o contrato existe segundo a vontade das partes, mas antes também devido a considerações práticas e devido às necessidades do comércio internacional. Essa a razão de ser do considerando n.º 11 no sentido de que a liberdade de escolha de lei pelas partes deveria ser um dos pilares do sistema de normas de conflitos de leis no âmbito das obrigações contratuais.” MARTINY, Dieter – Vor Art. 3. In *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 5 Auflage. Munique: EGBGB, 2010. Vol. 10, p. 463.

⁸⁹⁷ Neste sentido MARTINY considera que “A regra geral do artigo 3.º é completada através de uma série de normas que são válidas para cada tipo contratual. As disposições aplicáveis a esses contratos (artigo 5.º: contrato de transporte, artigo 6.º Regulamento Roma I e 46 do EGBGB quanto ao contrato de consumo e artigo 8.º: contrato de trabalho) têm uma natureza de *leges speciales* no que se refere à escolha de lei, na medida em que elas se sobrepõem às disposições gerais. Estas últimas, apenas são aplicáveis se não existir nenhuma disposição especial. A escolha de lei em matéria de obrigações extracontratuais encontra-se prevista no artigo 14.º do Regulamento Roma II e artigo 42 do EGBGB.” MARTINY, Dieter – Vor Art. 3. In *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 5 Auflage. Munique: EGBGB, 2010. Vol. 10, p. 461.

⁸⁹⁸ Os Princípios da Haia consagram a mesma solução (art.º 2.º, n.º 1).

O relatório Giuliano-Lagarde, não consagra qualquer referência à questão *sub iudice*, sendo sintomático que os trabalhos preparatórios da Convenção não tenham sequer tido em vista a discussão do tema.

A doutrina majoritária defende, em face da Convenção de Roma, a inaplicabilidade da *lex mercatoria* às obrigações contratuais.⁸⁹⁹ No entanto, apesar do disposto na Convenção, expressamente no artigo 2.º, e implicitamente no artigo 3.º, a possibilidade de eleição da *lex mercatoria* é viável desde que as partes escolham uma lei que permita o recurso a tal figura, isto, sem prejuízo de, poderem combinar essa escolha com o recurso à arbitragem do comércio internacional.⁹⁰⁰

Em face da Convenção de Roma, defende a doutrina majoritária que o artigo 3.º não consagra a possibilidade de subtração do contrato a qualquer ordem jurídica⁹⁰¹ ou a escolha de uma ordem jurídica não estatal.⁹⁰² As referências constantes da Convenção

⁸⁹⁹ Neste sentido, SANTOS, António Marques dos - A Convenção de Roma e as operações bancárias. In Estudos de direito internacional privado e de direito público. Coimbra: Almedina, 2004, p. 232-233 e os autores por ele citados; JACQUET, Jean Michel; DELEBECQUE, Philippe; CORNELOUP, Sabine - Droit du commerce international. 2ª ed. Paris: Dalloz, 2010, p. 211; PINHEIRO, Luís de Lima - Direito internacional privado. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. Vol. 2, p. 330, que se manifesta da seguinte forma: "A doutrina largamente dominante entende que o artigo 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."

⁹⁰⁰ No sentido de que "em certas matérias, em que os regimes estaduais não se apresentam adequados, não atendem à especificidade dos contratos internacionais ou estão em desvantagem relativamente a modelos de regulação (como, por exemplo, os princípios Unidroit), será conveniente combinar a convenção de arbitragem com a designação da *lex mercatoria*, que poderá ser acompanhada de uma referência específica a determinados modelos de regulação." PINHEIRO, Luís de Lima - Cláusulas típicas dos contratos do comércio internacional. In Estudos de direito comercial internacional. Coimbra: Almedina, 2004. Vol. 1, p. 266.

⁹⁰¹ A Convenção de Roma não faz qualquer referência à figura do contrato sem lei, nem dos trabalhos preparatórios resulta que a questão tenha sido sequer ponderada; o único elemento de interpretação que podemos retirar do conteúdo da Convenção é contrário à sua admissibilidade. Neste sentido, ver JACQUET, Jean-Michel - Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution, in vers des nouveaux équilibres entre ordres juridiques. In Tristan Azzi [et al.], Vers des nouveaux équilibres entre ordres juridiques: liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon. Paris: Dalloz, 2008, p. 735; MÉLIN, François - Droit international privé. 3ª ed. Paris: Gualino, 2008, p. 181. À data do anteprojeto da Convenção de Roma, de 1972 [publicado na versão portuguesa na RDE, 1 (1975) 137-143], a doutrina majoritária defendia a submissão do contrato a uma lei estatal. Assim também, DEBY-GERÁRD, F. - Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux. Paris: Dalloz, 1973, p. 179 e ss. e RIGAUX, François; FALLON, Marc - Droit international privé. 3ª ed. Bruxelles: Larcier, 2005, p. 803.

⁹⁰² Salientando que "a doutrina e a jurisprudência da maior parte dos países se (...) parecem opor frontalmente" à possibilidade de designação da *lex mercatoria*, reconduzindo essa posição ao consenso quanto ao facto de que a *lex mercatoria* não constitui uma verdadeira ordem jurídica, pois lhe falta a possibilidade de em exclusivo poder assegurar a regulamentação de uma dada situação." RAMOS, Rui Moura - Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional. Coimbra: Almedina, 1991, p. 513-514. No mesmo sentido, SANTOS, António Marques dos - Estudos de direito internacional privado e de direito público. Coimbra: Almedina, 2004, p. 232-233; JACQUET, Jean-Michel - Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution, in vers des nouveaux équilibres entre ordres juridiques. In Tristan Azzi [et al.], Vers des nouveaux équilibres entre ordres juridiques: liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon. Paris: Dalloz, 2008, p. 735; MAYER, Pierre; HEUZÉ, Vincent - Droit international privé. 11ª ed. Paris: LGDJ, 2014, p. 525-526. No âmbito do Regulamento Roma I, PINHEIRO, Luís de Lima - Direito internacional privado. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. Vol. 2, p. 330. Em sentido aparentemente contrário, BRITO, Maria Helena - Direito internacional privado. Coimbra: Almedina, 2013, pp. 448-449 e MÉLIN, François - Droit international privé. 3ª ed. Paris: Gualino, 2008; p. 181.

de Roma são a uma lei no sentido de lei estatal⁹⁰³ na medida em que pressupõe a escolha de um ordenamento jurídico estatal.⁹⁰⁴ O Regulamento Roma I, tal como o seu instrumento homólogo, a Convenção de Roma, prevê, no artigo 3.º, que “[o] contrato rege-se pela lei escolhida pelas partes.” Embora alguma doutrina continue a entender que essa escolha de lei se reconduz à escolha de uma lei estatal⁹⁰⁵, observam-se posições distintas, designadamente aquela considera que essa previsão “...não deve constituir obstáculo à possibilidade de as partes remeterem, por exemplo, para os “Princípios UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais” ou para os “Princípios de direito europeu dos contratos.”⁹⁰⁶

2.4. ESCOLHA DE INSTRUMENTOS NÃO ESTATAIS

Apesar de a doutrina majoritária entender que o Regulamento Roma I, ao prever a escolha de lei pelas partes, apenas permitir a escolha de uma lei estatal, este instrumento é, nesta matéria, inovador, acompanhando o movimento expansionista do princípio da autonomia da vontade no Direito internacional privado⁹⁰⁷. A proposta inicial de regulamento apresentada pela Comissão⁹⁰⁸ previa a possibilidade de as partes escolherem princípios e regras de direito material dos contratos reconhecidos ao nível mundial e comunitário.⁹⁰⁹

⁹⁰³ Em momento anterior à entrada em vigor do Regulamento Roma I, identificando a nova *lex mercatoria* (enquanto conjunto de regras materiais criadas pelos comerciantes internacionais), e o direito uniforme contratual (regras internacionais criadas pelos Estados e compiladas em convenções internacionais), como meios alternativos de regulamentação dos contratos internacionais para além do método conflitualista. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier - Curso de contratación internacional. 2ª ed. Madrid: Colex, 2006, p. 73 e ss..

⁹⁰⁴ No entanto, a verdade é que o atual enquadramento da nova *lex mercatoria* no âmbito do comércio internacional, conhece contornos distintos. A utilização de contratos tipo, dos princípios Unidroit, o recurso crescente à arbitragem do comércio internacional, possibilita efetivamente uma prática ao nível da contratação internacional, cada vez mais afastada de qualquer ordenamento jurídico e conhece um crescente entusiasmo e adoção.

⁹⁰⁵ Continuando a entender-se que a escolha de lei só pode recair sobre a lei de um Estado. Assim TORREMANS, Paul, ed. - Cheshire, North & Fawcett : Private International Law. 15.ª ed. Oxford : Oxford University Press, 2017.

⁹⁰⁶ BRITO, Maria Helena – Direito internacional privado sob influência do direito europeu. Lisboa, Âncora Editora: 2017, p. 129.

⁹⁰⁷ Dando conta da importância da expansão deste princípio nas últimas décadas, quer ao nível do Direito material quer ao nível do Direito internacional privado MORENO, Guillermo Palao - La autonomía de la voluntad y la resolución de las controversias privadas internacionales. In Lorenzo Prats Albentosa (Coord.), Autonomía de la voluntad en el derecho privado: Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado. Madrid: Consejo General del Notariado, 2012. Vol. 5, p. 817.

⁹⁰⁸ Comissão Europeia. Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do conselho sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I), Com (2005) 650 final, nota ao n.º 2 do artigo 3.º.

⁹⁰⁹ No sentido de que neste âmbito (da reforma da CR) se colocou a questão de ser possível a eleição de normas não estaduais (nichtstaatlichen Normen), não havendo concordância quanto à possibilidade de a escolha ser alargada aos princípios do direito do comércio internacional (Vereinbarung von Vertragsrechtsprinzipien) MARTINY, Dieter – Vor Art. 3. In Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 5 Auflage. Munique: EGBGB, 2010. Vol. 10, p. 462.

Tratava-se de uma das alterações mais discutidas na proposta apresentada, pois suscitava todos os receios que foram sendo manifestados a propósito de iniciativas de unificação do direito dos contratos.⁹¹⁰

Esta sugestão, contida no número 2 do artigo 3.º limitava a possibilidade de opção pelas partes de um direito não estatal, à eleição dos princípios Unidroit, dos Princípios de Direito Europeu dos Contratos⁹¹¹ ou de um eventual futuro instrumento comunitário opcional.⁹¹² Tratava-se da previsão da possibilidade de uma escolha equiparada a uma escolha de lei estatal, ou seja, a uma escolha de lei com o sentido que lhe é conferido em direito internacional privado.⁹¹³

Fora destas possibilidades, encontrava-se a opção pela *lex mercatoria*, considerada insuficientemente precisa,⁹¹⁴ bem como a escolha que recaísse sobre codificações privadas não suficientemente reconhecidas pela comunidade internacional. A explicação da opção vertida na disposição em análise é efetuada pela Comissão na exposição de motivos.^{915, 916}

Durante as negociações que conduziram à adoção do regulamento alguns Estados apresentaram uma proposta que permitisse às partes a escolha de regras não estatais⁹¹⁷ solução que granjeava consenso alargado na doutrina.⁹¹⁸ No entanto, na

⁹¹⁰ Que não descurando as diferentes tradições jurídicas quer do sistema anglo-americano, quer do sistema romano-germânico, encontram a sua explicação no facto de os Estados não quererem abdicar da sua soberania legislativa, aspeto considerado fundamental em Direito internacional privado desde o Século XIX, como salienta CORBION, Lycette - *Le déni de justice en droit international privé*. Aix-en-Provence: Presses Universitaires d' Aix-Marseille, 2004, p. 67.

⁹¹¹ RACINE, Jean Batiste; SIIRIAINEN, Fabrice - *Droit du commerce international*. Paris: Dalloz, 2007, p. 170.

⁹¹² Opção inicialmente identificada no *Livro Verde da Comissão sobre as opções estratégicas para avançar no sentido de um direito europeu dos contratos para os consumidores e as empresas*, COM (2010) 348 final de 1.7.2010. "Opção 4: Regulamento que estabelece um instrumento opcional de direito europeu dos contratos", p. 9, opção que veio a ser materializada na Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um Direito europeu comum da compra e venda [Documento COM 2011 (635) final].

⁹¹³ Com a consequência de as suas regras se poderem sobrepor às normas internacionalmente imperativas dos Estados com interesses relevantes a proteger no âmbito daquele contrato.

⁹¹⁴ RACINE, Jean Batiste; SIIRIAINEN, Fabrice - *Droit du commerce international*. Paris: Dalloz, 2007, p. 170.

⁹¹⁵ Ver p. 5.

⁹¹⁶ No Livro Verde, a Comissão explica que pretendia saber a opinião dos agentes económicos e de todos os interessados quanto à possibilidade de as partes poderem eleger regras não estatais para reger os seus contratos. Encontram-se como exemplos das indicadas regras a eleição do regime consagrado numa Convenção Internacional, a submissão aos princípios gerais de direito, aos princípios Unidroit sobre os contratos comerciais internacionais e a *lex mercatoria*. O Livro Verde faz menção à decisão do Tribunal Supremo Neerlandês em matéria de aplicação da Convenção de Viena, de 11 de abril de 1980, no qual esse órgão aplicador do direito entendeu que a escolha das partes que determina como regulamentação aplicável aos seus contratos essa mesma convenção, é uma escolha de lei na aceção do artigo 3.º da Convenção de Roma. A Comissão ponderava assim a admissão de escolha de normas não estatais, como seria a remissão para Convenções Internacionais, para a *lex mercatoria* ou para os princípios Unidroit.

⁹¹⁷ LANDO, Ole; NIELSEN, Peter - The Rome I regulation. *CMLR*. 45: 6 (2008) 1687.

⁹¹⁸ Considerando que a permissão de escolha de regras não estaduais como os Princípios Unidroit aliviaria as dificuldades que as partes e os tribunais encontram quando chamados a determinar e a aplicar a lei

versão final apenas constou um estatuto incomparavelmente inferior ao pretendido, constituído pela possibilidade de a sua incorporação, por referência, no conteúdo do contrato. O considerando o considerando 13.º do preâmbulo do Regulamento Roma I prevê que “o presente regulamento não impede as partes de incluírem, por referência, no seu contrato um corpo legislativo não estatal ou uma convenção internacional.”⁹¹⁹

A proposta de regulamento sobre a lei aplicável às obrigações contratuais previa a possibilidade de a escolha recair sobre regras não estatais, mas não sobre a *lex mercatoria*.

O parágrafo 13.º do preâmbulo do Regulamento Roma I prevê que as partes podem eleger um corpo legislativo não estatal ou uma convenção internacional, mas nesse caso, incluirão as respetivas disposições no seu contrato.

Trata-se de uma eleição que se consubstancia numa incorporação por referência, cuja previsão teve como objetivo ampliar a possibilidade de escolha pelas partes e neste sentido, modernizar a regulamentação dos contratos internacionais,⁹²⁰ mantendo o grau de previsibilidade na sua aplicação, preocupação que é expressamente mencionada no parágrafo 16.º do Regulamento.⁹²¹

A admissibilidade do recurso à nova *lex mercatoria* que encontrou resistência no passado pode voltar a ser supesada. Apesar de não existir um conceito único do que se possa entender por *lex mercatoria*, em 1964 Goldman⁹²² referia-se ao aparecimento de um *jus mercatorum* ou *lex mercatoria*, que revestia todas as características de um sistema jurídico, ainda que incompleto, e “regia à margem da intervenção das leis estaduais, o conjunto de relações comerciais internacionais, à exceção das estabelecidas entre entidades públicas.”

estrangeira, JUENGER, Friedrich K. - The *lex mercatoria* and private international law. *La. L. Rev.* 4 (2000) 1146.

⁹¹⁹ Nesta matéria, o grupo restrito do Gedip sugeriu, na sua 12.ª reunião, que teve lugar em Paris entre 20 e 22 de setembro de 2002, a incorporação no número 1 do artigo 2.º da menção de que a validade da escolha de normas não estaduais ou de uma lei estadual determinada e inalterável no futuro, por convenção das partes no dia da celebração do contrato, é determinada pela lei estatal objetivamente aplicável ao contrato. Tal solução corresponde à solução consagrada no artigo 3.º dos Princípios da Haia. Esta sugestão conduziu à discussão sobre a legitimidade das normas não estatais, por um lado, e à evolução previsível da UE e do seu ordenamento jurídico, que levará a que todos esses princípios o passem a integrar.

⁹²⁰ Correspondendo às necessidades particulares do comércio internacional, que não se compadece com as delongas dos procedimentos legislativos quanto à consagração de soluções que melhor salvaguardem os interesses em presença, muito pelo contrário, normalmente constata-se que é neste âmbito que surge por parte dos próprios intervenientes a criação de novas figuras contratuais e a regulamentação, normalmente não escrita, dos seus interesses.

⁹²¹ Que tem a seguinte redação: “a fim de contribuir para o objetivo geral do presente regulamento que consiste em garantir a segurança jurídica no espaço de justiça europeu, as normas de conflitos de leis deverão apresentar um elevado grau de previsibilidade.”

⁹²² GOLDMAN, B. - Frontières du droit et *lex mercatoria*. *Archives de philosophie du droit*. 9 (1964) 177.

Alguma doutrina continua a entender essa realidade como um ordenamento jurídico autónomo, criado espontaneamente pelos comerciantes internacionais. Outra parte da doutrina, define-a como um conjunto de usos e costumes próprios do comércio internacional, alguns dos quais materializados na figura dos contratos tipo e outro tipo de regras, que se destinam a regular exclusivamente alguns aspetos das relações comerciais internacionais.⁹²³

A existência de um ordenamento jurídico anacional constitui um pressuposto comum a todas as concepções de *lex mercatoria*. O recurso aos usos do comércio internacional é bastante frequente em matéria de arbitragem internacional. Dada a crescente aplicação, nesse domínio, alguma doutrina refere-se à existência de uma *societas mercatorum*.⁹²⁴

Os princípios relativos aos contratos comerciais internacionais, elaborados pelo UNIDROIT⁹²⁵ (Princípios UNIDROIT)⁹²⁶ e os princípios de direito europeu dos contratos,⁹²⁷ constituem um prenúncio de mudança na matéria que estamos a analisar.

No entanto, a aceitação de uma referência à nova *lex mercatoria* em matéria de obrigações contratuais, não conhece o mesmo enquadramento quando a questão é abordada em termos de subsunção à arbitragem internacional ou aos tribunais estaduais.

⁹²³ PINHEIRO, Luís de Lima - Contrato de empreendimento comum ou jointventure. Coimbra: Almedina, 1993, p. 854, sintetiza as principais concepções favoráveis à existência de um Direito autónomo do comércio internacional, considerando que "a *lex mercatoria* é todo o direito material especial do comércio internacional dotado de um certo grau de uniformidade internacional ou uma ordem jurídica autónoma do comércio internacional caracterizada por certos processos específicos de formação das suas normas". Sobre a matéria, ver também, CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier - Curso de contratación internacional. 2ª ed. Madrid: Colex, 2006, p. 74-77; TOURNEAU, Philippe Le - Les contrats de concession. Paris: Litec, 2006, p. 99; KENFACK, Hugues - Droit du commerce international. 2ª ed. Paris: Dalloz, 2006, p. 12.

⁹²⁴ Neste sentido, PINHEIRO, Luís de Lima - Contrato de empreendimento comum ou jointventure. Coimbra: Almedina, 1993, p. 915; OSMAN, Filali - *La lex mercatoria comme dépassement de l'ordre juridique étatique*. In Éric Wyler; Alain Papaux (Eds), L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique: actes du colloque des 27 et 28 novembre 1997 organisé par l'Institut d'Études de Droit International. Paris: Pédone, 1999, p. 124-132.

⁹²⁵ Em 1994, mas revistos em 2004, 2010 e 2016. São princípios aplicáveis aos contratos do comércio internacional. Trata-se de um instrumento opcional, cuja aplicação depende de manifestação de vontade das partes nesse sentido. Podem também ser utilizados por juízes e por árbitros, como guia de interpretação dos contratos internacionais, como sugere VOINOT, Denis - *Vers un droit européen des contrats spéciaux: rapport introductif*. In Denis Voinot; Juliette Sénéchal (Eds.), Towards a european law of specific contracts. Paris: Larcier, 2012, p. 11. Considerando a sua atualidade, podem ainda ser usados como modelo pelos Estados que pretendam ter uma legislação moderna em matéria de contratos.

⁹²⁶ Sobre o conteúdo destes princípios ver entre outros, CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier - Curso de contratación internacional. 2ª ed. Madrid: Colex, 2006, p. 77-80

⁹²⁷ Relativamente a estes últimos defendeu SANTOS, António Marques dos - *Defesa e ilustração do direito internacional privado*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 64 (1998) 164, sobre a proposta italiana de elaboração de um código europeu de contratos, o entendimento segundo o qual "a falta de uniformização internacional em matéria de contratos, levou a que na prática do comércio internacional se tenha desenvolvido um sistema paralelo, ainda que parcial e lacunar, a *lex mercatoria*, que não podia deixar de ser levada em consideração na elaboração futura de um código europeu de contratos".

A doutrina contrária ao reconhecimento da nova *lex mercatoria* utiliza um argumento determinante, que é o de que a mesma não pode ser objeto de uma referência conflitual, por não lhe ser reconhecido qualquer estatuto de ordem jurídica autónoma.

Este argumento é afastado pela doutrina favorável à *lex mercatoria*, com a fundamentação de que o reconhecimento de que a mesma constitua ou não uma ordem jurídica autónoma não é relevante, o que importa é saber se a mesma tem ou não capacidade de resolver os problemas de conflitos de leis, mormente quando para tanto seja designada.

2.4.1. A OPÇÃO PELAS REGRAS NÃO ESTATAIS NOS PRINCÍPIOS DA HAIA

A possibilidade de opção pelas partes quanto a regras não estatais foi consagrada de forma inovadora, ao nível dos instrumentos adotados pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, pelos Princípios da Haia (artigo 3.º).^{928, 929} Os Princípios preveem que “the law chosen by the parties may be rules of law that are generally accepted on an international, supranational or regional level as a neutral and balanced set of rules, unless the law of the forum provides otherwise.” Esta disposição prevê os requisitos de cuja verificação depende a aceitação das regras e a respetiva hierarquia.⁹³⁰

Trata-se de uma possibilidade implementada no domínio da arbitragem do comércio internacional,⁹³¹ também designada como transnacional,⁹³² normalmente referida como

⁹²⁸ No THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW - Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts. The Hague : Hague Conference on Private International Law, 2015, § 37, as mesmas são definidas como “the product of a non-sovereign state”.

⁹²⁹ A sua consagração não foi, no entanto, absolutamente consensual. No projeto de 2012, a possibilidade de escolha de regras de direito vinha consagrada no art.º 2.º no qual se previa “in these Principles a reference to law includes rules of law.” Preliminary draft, Art.º 2.º. O THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW - Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts. The Hague : Hague Conference on Private International Law, 2015, § 39, por sua vez precisava que “a) the term “rules of law” should not be defined, so as to provide “the maximum support for party autonomy”. Também previa no § 42 “b) there should not be “any restrictive criteria which, for instance, may require the rules of law selected to meet a threshold test of international or regional recognition.”

⁹³⁰ SYMEONIDES, Symeon C. - The Hague principles on the choice of law for international contracts: preliminary comments. AM. J. COMP. L., 61 : 4 (2013) 879.

⁹³¹ Considerando que se trata de um “fenómeno florescente que se tornou ao longo das últimas décadas o primeiro método de resolução dos litígios comerciais internacionais”, BERMAN, George A. - International Commercial Arbitration: Present Challenges and Future Prospects. In Andrea Carlevaris [et.al], International arbitration under review: essays in honor of John Beechey. Paris: International Chamber of Commerce, 2015, p. 59.

⁹³² Impulsionada pelo papel central da Comissão da Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (CNUDCI) e pelo seu trio de instrumentos neste domínio: a Convenção sobre reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras de 1958 (Convenção de Nova Iorque), Regulamento de Arbitragem de 1976 (revisto em 2010 e 2013), e a Lei Modelo sobre a Arbitragem Comercial Internacional de 1985 (alterada em 2006). Considerando que estes instrumentos há muito tempo perseguem a função vital de promover a arbitragem enquanto mecanismo eficaz e confiável de resolução de litígios no comércio internacional, STEWART, David P. - The many perspectives of private international law. In HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau - A commitment to private international law: essays in honour of Hans Van Loon. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 545. A arbitragem desempenha um papel fundamental enquanto meio alternativo, se não mesmo central, de resolução de litígios ao nível do comércio

assentando numa cultura própria, a cultura da arbitragem do comércio internacional.⁹³³ Este meio alternativo de resolução de litígios é aplicável tanto a comerciantes entre si⁹³⁴ quanto ao nível intergovernamental, como é caso da Organização Mundial de Comércio,⁹³⁵ sendo, nesse âmbito, a escolha de normativos não estatais, aceite como uma genuína escolha de lei.⁹³⁶ Tal possibilidade é amplamente considerada e aceite pelas duas organizações muito próximas da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (CNUDCI) e o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT).⁹³⁷

O seu reconhecimento como tal, determinou que a possibilidade conferida às partes de optarem pelas regras não estatais ganhe crescente entusiasmo⁹³⁸ e seja expressamente consagrada em importantes instrumentos nesse âmbito, como sejam, entre outros, a Lei Modelo relativa à arbitragem do comércio internacional da CNUDCI,⁹³⁹ o regulamento de Arbitragem da Câmara Internacional de Comércio⁹⁴⁰ ou o regulamento do Tribunal de Arbitragem Internacional de Londres.⁹⁴¹

internacional. Tal importância resulta das vantagens que lhe são reconhecidas comparativamente às jurisdições estaduais. Identificando seis vantagens da arbitragem transnacional relativamente às jurisdições estaduais (neutralidade, perícia, flexibilidade procedimental, finalidade, maior aplicação transfronteiriça e confidencialidade), ANDREWS, Neil - Arbitration and contract law: common law perspectives. London: Springer, 2016, p. 3-8.

⁹³³ Relativamente à qual existe um conjunto de práticas aplicáveis, entre outros aspetos, à organização do procedimento arbitral, a oportunidade de produção, os meios e o âmbito das provas, a execução das audiências incluindo a audiência de testemunhas que se consideram mais adequadas às exigências da contratação comercial internacional como salienta GRIGERA NAÓN, Horacio A. - Cultural clashes in international commercial arbitration: how much a real issue? In M. Á Fernández-Ballesteros; David Arias (Eds.), Liber Amicorum Bernardo Cremades. Berlim: Wolters Kluwer, 2010, p. 558.

⁹³⁴ Não devendo ser usada como um nível adicional de jurisdição.

⁹³⁵ Organização que dispõe de um sistema de resolução de conflitos altamente sofisticado, caracterizado pela sua jurisdição obrigatória sobre todos os membros e eficientes mecanismos de aplicação como a compensação ou a retaliação, que determinam que normalmente seja comparado a um tribunal estatal, dada a sua reconhecida habilidade para a resolução de litígios intergovernamentais ao nível do comércio internacional, como salienta OLAVO BAPTISTA, Luiz - Use of arbitration in the WTO. In M. Á Fernández-Ballesteros; David Arias (Eds.), Liber Amicorum Bernardo Cremades. Berlim: Wolters Kluwer, 2010, p. 925.

⁹³⁶ Assim LANDO, Ole - The draft Hague principles on the choice of law in international contracts. In HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau - A commitment to private international law: essays in honor of Hans Van Loon. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 306.

⁹³⁷ Considerando a CNUDCI e o UNIDROIT como organizações irmãs da Conferência da Haia, THORNER, Micah - The evolution of technical assistance provided by intergovernmental organization. In HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau - A commitment to private international law: essays in honour of Hans Van Loon. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 591-592.

⁹³⁸ Assim se explicando a alusão a serem as mesmas mais do que regras e mais do que leis, efetuada por STEWART, David P. - The many perspectives of private international law. In HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau - A commitment to private international law: essays in honour of Hans Van Loon. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 550.

⁹³⁹ Adotada pela Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas n.º 40/74 de 11 de dezembro de 1985, com as alterações de 2006 (Artigo 28.º/1); Artigo 21.º/1 das Regulamento de Arbitragem da Câmara Internacional de Comércio de Paris, mencionadas no § 3.1 do THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW - Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts. The Hague : Hague Conference on Private International Law, 2015.

⁹⁴⁰ Adotado em 2012, com as alterações introduzidas em 2017, em vigor desde 1 de março (artigo 21.º/1).

⁹⁴¹ Adotado em 2014, em vigor desde 1 de outubro do mesmo ano (artigo 22.º/4).

A opção pelas regras não estatais é ainda consagrada com alguma amplitude ao nível das legislações estatais⁹⁴².

O artigo 3.º do instrumento em análise prevê que as partes podem escolher regras não estatais que sejam geralmente aceites a nível internacional, supranacional ou regional como um corpo de normas neutro e equilibrado, a menos que a lei do foro tenha disposições noutro sentido.⁹⁴³

A disposição não identifica expressamente quais as regras não estatais admissíveis, mas estabelece os requisitos que permitem identificar o tipo de regras que podem ser objeto de escolha, tendo em vista garantir um elevado grau de segurança jurídica quer para as partes, quer para os órgãos aplicadores do direito. Desta disposição resultam duas premissas. A primeira é a do estabelecimento de uma hierarquia entre as regras que são geralmente aceites, ficando as que são geralmente aceites no plano internacional no topo da hierarquia, seguindo-se-lhes as que são geralmente aceites apenas nos planos supranacional ou regional. A segunda é a de que fica excluída a escolha que recaia sobre direito espontâneo dada a sua diminuta garantia de certeza jurídica, com os necessários reflexos na falta de segurança.⁹⁴⁴ A escolha não pode

⁹⁴² Em Portugal, a Lei n.º 31/86, de 29 de agosto, na redação que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de março, já previa essa possibilidade (artigo 22.º). O novo regime jurídico português da arbitragem, aprovado pela Lei n.º 63/2011, de 11 de dezembro, ampliou o teor da previsão constante da Lei 31/86, de 29 de agosto, passando a admitir a possibilidade de as partes acordarem sobre a submissão do litígio ao regime da equidade, mesmo após a aceitação do primeiro árbitro, sujeitando a eficácia desse acordo à sua aceitação por parte do tribunal arbitral (artigo 39.º/1/2). De resto e como realça RAMOS, Rui Moura - The new Portuguese arbitration act: law n.º. 63/2011 of 14 december on voluntary arbitration. YPIL. 16 (2014/2015) 43, quer uma quer outra das leis, seguem de perto o regime consagrado na Lei Modelo da CNUDCI sobre a Arbitragem Comercial Internacional (artigo 28.º), notando ainda que a maior complexidade do regime previsto neste último instrumento se deve ao fato de o mesmo, ao contrário do que sucede com a legislação nacional mencionada, se aplicar à arbitragem internacional. O artigo 52.º da nova lei portuguesa da arbitragem, que segue o artigo 28.º da Lei Modelo da CNUDCI, consagra, no âmbito da arbitragem internacional, a faculdade reconhecida às partes de designar o direito aplicável pelos árbitros quando estes não tenham sido autorizados a julgar segundo as regras da equidade. O legislador português não admite a possibilidade de recurso a uma ordem não estadual ou à *lex mercatoria*. Neste sentido, RAMOS, Rui Moura - L'arbitrage international dans le nouveaux droit portugais de l'arbitrage. In J. Forner Delaguya [et al.], Entre Bruselas y la Haia: estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado: Liber Amicorum Alegría Borrás. Paris: Marcial Pons, 2013, p. 618. Na Europa outras legislações consagram a possibilidade de recurso às regras de direito como sejam o Código de Processo Civil francês (artigo 23.º), o Código de Processo Civil alemão (artigo 53.º), a Lei Federal Suíça de Direito Internacional Privado de 18 de dezembro de 1987 (artigo 187.º/1), a Lei de Arbitragem da Dinamarca de 24 de junho de 2005 (§ 28), Sobre o ponto, LANDO, Ole - The draft Hague principles on the choice of law in international contracts. In HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau - A commitment to private international law: essays in honor of Hans Van Loon. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 306. A secção 46 (1) (b) do Arbitration Act 1996 inglês permite a escolha pelas partes do julgamento segundo princípios de equidade e normas previstas em codificações religiosas e ainda com recurso à *lex mercatoria*, reconhecendo embora que esta última possibilidade não é aceite pacificamente, ANDREWS, Neil - Arbitration and contract law: common law perspectives. London: Springer: 2016, p. 53.

⁹⁴³ Esta referência é aplicada exclusivamente a tribunais judiciais. Neste sentido Preâmbulo § 4.

⁹⁴⁴ Atribuindo o afastamento da possibilidade de escolha de direito espontâneo ao facto de este não ser suficientemente estruturado, tal como os modelos contratuais profissionais (por exemplo os modelos contratuais elaborados pelas organizações profissionais) ou não suficientemente reconhecidos (por exemplo os de grupos de peritos escolhidos pelos próprios), FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte - Règles impératives et instruments de droit souple: quelle articulation? Paris: LGDJ, 2015, p. 203.

reconduzir-se à consagração de um conjunto de regras constantes do próprio contrato.⁹⁴⁵ Tal possibilidade seria suscetível de fazer perigar quer a identificação pelas partes das suas obrigações e consequente identificação e determinação da parte supostamente em mora ou em incumprimento, quer pelo próprio órgão aplicador do direito. Seria, de igual modo, uma solução que comprometia em larga medida o alcance de soluções consensuais, implicando um acréscimo de litigiosidade, sendo também apta a dificultar a ação dos órgãos aplicadores do direito, confrontados desde logo com a questão da determinação do direito aplicável ao contrato.

Essas regras devem ser reconhecidas, também, como um conjunto de regras equilibrado e neutro. Quanto ao primeiro requisito, a escolha deve incidir sobre um conjunto de regras com amplitude suficiente para regular o contrato e dirimir qualquer conflito do mesmo decorrente, ou seja, essas regras devem ser geralmente aceites a um nível supranacional, e devem conter uma regulamentação se não exaustiva, pelo menos suficientemente estruturada e completa. Deste modo, não pode ser aceite uma escolha que remeta para um mero conjunto de disposições.⁹⁴⁶ A neutralidade do conjunto de regras deve resultar da sua imparcialidade podendo ser reputada como representativa de diversas perspetivas legais, políticas e económicas.⁹⁴⁷ O equilíbrio desse conjunto de disposições é requerido na medida em que ao nível da contratação comercial internacional as partes têm um poder negocial equivalente e que, por outro lado, a presunção de que as normas estaduais são equilibradas não é necessariamente aplicável às regras de direito.⁹⁴⁸ A disposição não consagra qualquer conceito do que se deva entender por regras com as características enunciadas,⁹⁴⁹ embora o projeto de

⁹⁴⁵ Neste sentido o THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW - Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts. The Hague : Hague Conference on Private International Law, 2015, § 3.4.

⁹⁴⁶ Ver o § 3.10 do THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW - Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts. The Hague : Hague Conference on Private International Law, 2015.

⁹⁴⁷ THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW - Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts. The Hague : Hague Conference on Private International Law, 2015, § 3.11.

⁹⁴⁸ THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW - Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts. The Hague : Hague Conference on Private International Law, 2015, § 3.12.

⁹⁴⁹ Críticando o princípio constante do artigo 2.4 do projeto de princípios e que na versão final é o artigo 3.º, considerando-o inutilizável na medida em que a sua previsão não é acompanhada de qualquer conceito, deixando a definição do que sejam as regras ditas neutras e equilibradas a quem domina o mercado mundial, BUCHLER, Andreas - *La Conference de la Haye sans convention*. In J. Forner Delaygua [*et al.*], Entre Bruselas y la Haia: estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado: Liber Amicorum Alegría Borrás. Paris: Marcial Pons, 2013, p. 286. Não acompanhamos esta posição devido à necessidade de certeza e segurança jurídicas, da qual resulta, tal como consagrado, a exigência de recurso a regras com essas características de acordo com o entendimento geral.

comentário identifique alguns instrumentos neste âmbito,⁹⁵⁰ a título exemplificativo,⁹⁵¹ dada a possibilidade de emergência de outros instrumentos enquadráveis nos requisitos previstos. A parte final da disposição submete a admissibilidade das regras não estatais ao critério da lei foro, o que significa implicitamente que os princípios se destinam a ser aplicados pelos tribunais. Não por todos os tribunais, pois tal resultaria de uma natureza vinculativa⁹⁵² que os Princípios da Haia não têm. Embora seja exetável um processo gradual de previsão pelos Estados parte da matéria que é objeto dos mesmos considerando o elevado número de Estados parte da Conferência da Haia e a sua vasta influência em praticamente todo o globo.⁹⁵³

Em suma, aparentemente, apenas uma parte diminuta das regras de direito pode ser objeto de escolha, que se reconduz a disposições produzidas maioritariamente por organizações internacionais,⁹⁵⁴ sem excluir regras oriundas de outras organizações, designadamente regionais.

Nas regras não estatais incluem-se as convenções e os tratados internacionais, os princípios UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais (PICC),⁹⁵⁵ os Princípios de Direito Europeu dos Contratos (PDEC),⁹⁵⁶ o Quadro Comum de

⁹⁵⁰ Os Princípios Unidroit, a Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de compra e venda internacional de mercadorias, os Princípios de Direito Europeu dos Contratos e o Direito Europeu Comum da Compra e Venda.

⁹⁵¹ Neste sentido, FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte - New legal principles. In Louise Gullifer; Stefan Vogenhauer (Ed.), English and European perspectives on contract and commercial law: essays in honor of Hugh Beale. Oxford: Hart Publishing, 2014, p. 464.

⁹⁵² No sentido da aplicação facultativa dos Princípios da Haia pelos tribunais, implicitamente dado o afastamento da aplicação da parte final da disposição relativamente à arbitragem, SYMEONIDES, Symeon C. - The Hague principles on the choice of law for international contracts: preliminary comments. AM. J. COMP. L., 61 : 4 (2013) 894. Tal fenómeno vem ocorrendo relativamente aos Princípios Unidroit. Em sentido contrário, PERTEGÁS, Marta - Les travaux de la Conférence de la Haye sur un instrument non contraignant favorisant l'autonomie des parties. In Sabine Courneloup; Natalie Joubert (Eds), Le règlement communautaire "Rome I" et le choix de loi dans les contrats internationaux. Dijon: Litec: 2011, p. 20.

⁹⁵³ Influência essa que terá determinado a inviabilidade de consenso quanto à adoção de uma Convenção atento o elevado número de Estados parte e as suas diversas sensibilidades jurídicas, culturais e outras. Note-se que foi precisamente o elevado número de países aderentes que determinou a alteração dos Estatutos da Conferência da Haia quanto ao funcionamento do Conselho e das comissões especiais no sentido de passar de uma decisão tomada pela maioria dos Estados a uma base de consenso no maior âmbito possível. Esta alteração significou uma alteração do disposto do n.º 2 do artigo 8.º do Estatuto da Conferência na sua versão de 1 de janeiro de 2007. Neste sentido, WAGNER, Rolf - Principles of consensus and European Union legislative competence in relation to judicial cooperation in civil matters. In HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau - A commitment to private international law: essays in honor of Hans Van Loon. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 647. A manutensão desta expansão pela Conferência da Haia poderá levar à adoção futura de mais Princípios em lugar de Convenções, considerando a hipoteticidade de um cenário gradualmente mais instável em matéria de consensos alargados.

⁹⁵⁴ Considerando que apenas são admissíveis regras produzidas por organizações internacionais, FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte – Règles impératives et instruments de droit souple: quelle articulation? Paris: LGDJ, 2015, p. 203.

⁹⁵⁵ Na versão de 2016.

⁹⁵⁶ Para uma análise aprofundada ver JANSEN, Nils, ed. ; ZIMMERMANN, Reinhard, ed. - Commentaries on european contract laws. Oxford : Oxford University Press, 2018.

Referência⁹⁵⁷ e o regime constante da Proposta de Regulamento relativo a um Direito europeu comum da compra e venda,⁹⁵⁸ entre outros.⁹⁵⁹ A admissibilidade da escolha, em caso de submissão do litígio a um tribunal, fica dependente dos critérios da *lex fori*,⁹⁶⁰ por outro lado, se o Estado no qual se apliquem as regras não estatais aceitar a sua eleição enquanto uma genuína escolha de lei, as mesmas vão prevalecer sobre as disposições imperativas da lei que seria aplicável na ausência de escolha.⁹⁶¹ Alguns instrumentos preveem a sua aplicação em concurso com a escolha efetuada pelas partes ou na ausência de escolha, solução consagrada, por exemplo, nos PDEC,⁹⁶² nos quais se prevê que podem ser aplicados no caso de as partes terem optado pela sujeição do contrato aos princípios gerais de direito, à *lex mercatoria*, ou a outra possibilidade [artigo 1:103 (3)(a)]; ou no caso de não terem escolhido nenhum sistema ou regras de direito para regular o seu contrato [(artigo 1:101 (3)(b))].

⁹⁵⁷ Incluindo entre os mesmos instrumentos também o Quadro Comum de Referência, LANDO, Ole - The draft Hague principles on the choice of law in international contracts. In HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau - A commitment to private international law: essays in honor of Hans Van Loon. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 305.

⁹⁵⁸ Documento [COM (2011) 635 final]. Sobre a matéria ver supra Parte I, Capítulo III.

⁹⁵⁹ A natureza exemplificativa da referência a estes Princípios é expressamente mencionada no THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW - Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts. The Hague : Hague Conference on Private International Law, 2015.

⁹⁶⁰ Esta solução encontra-se alinhada com o teor dos considerandos 13.º e 14.º do Regulamento Roma I. Tais considerandos prevêm a admissibilidade de incorporação de “regras não estatais” por referência. A diferença entre a aceitação como escolha de lei e a incorporação por referência consiste no afastamento, no primeiro caso, da aplicação das disposições imperativas da lei que seria aplicável na falta de escolha, e no mero afastamento, no segundo caso, das disposições imperativas dessa lei. Alguma doutrina manifesta-se recetiva à introdução da previsão de escolha de regras não estatais enquanto escolha de lei numa futura revisão do Regulamento Roma I. Neste sentido, PINHEIRO, Luís de Lima - Direito internacional privado. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2015, Vol. 2, p. 331; LANDO, Ole - The draft Hague principles on the choice of law in international contracts. In HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau - A commitment to private international law: essays in honor of Hans Van Loon. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 306. Considerando que um papel semelhante previsto para as regras de direito no artigo 3.º dos Princípios da Haia pode ser esperado relativamente a uma futura revisão do Regulamento Roma I, e ainda outras alterações resultantes dos artigos 5.º, quanto à validade da escolha de lei e 6, 1, b) relativo ao conflito entre cláusulas de escolha de lei e normas padrão, NEELS, Jan L. - The Hague principles on choice of law in international contracts. YPIL. 15 (2013/2014) 49. A eventual consagração desta solução, ou dificuldade quanto à sua consagração, pode resultar de a escolha do regulamento ir ao encontro do ideal unificador pelo mesmo perseguido, respeitando alguma soberania às leis dos Estados-Membros e a solução consagrada fazer prevalecer a lei sobre normas que não têm essa força. A manutenção da possibilidade exclusiva de eleição de uma lei estatal tem o efeito central de continuar a garantir o império das normas internacionalmente imperativas dos Estados, e, dessa forma, um equilíbrio entre a soberania dos Estados e certas soluções mais progressistas. Assim, reconduzir-se-ão as dificuldades, por um lado, aos desígnios da aplicação unificada da lei, por outro, às diferenças de raciocínio entre a aplicação destas regras num contexto de arbitragem *versus* jurisdição estatal, pois, enquanto na primeira estas regras desde sempre conheceram aplicação, são escassos os exemplos de adesão a estas regras na segunda.

⁹⁶¹ Assim LANDO, Ole - The draft Hague principles on the choice of law in international contracts. In HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau - A commitment to private international law: essays in honor of Hans Van Loon. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 305.

⁹⁶² Os quais têm como propósitos, entre outros identificados no primeiro e no segundo livros, poderem ser escolhidos pelas partes e servir como uma formulação moderna da *lex mercatoria*, mas apesar dessa identificação, os mesmos não foram consagrados como elegíveis pelas partes no Regulamento Roma I, nem tem sido feito muito uso na via da *lex mercatoria*, como nota CLIVE, Eric - The lasting influence of Lando principles. In M. J. Bonell [et al.], Liber Amicorum Ole Lando. Copenhagen: DJOF Publishing, 2012, p. 71.

Outros instrumentos prevêm a escolha, a par de uma lei estatal, de regras não estatais, como é o caso do Restatement (second) que prevê a regulação de certas relações jurídicas por uma lei estatal, mas admite o recurso às regras não estatais.⁹⁶³ Na Subsecção (2) do § 187 desse instrumento permite-se às partes a escolha de uma lei estatal. Na mesma seção a escolha das partes é sujeita a três limitações: (1) o Estado da lei escolhida deve ter uma relação substancial com as partes ou com a transação, ou deve haver uma outra base razoável para a escolha das partes;⁹⁶⁴ (2) a aplicação da lei escolhida não pode ser contrária a uma política fundamental do Estado cuja lei seria aplicável na ausência de escolha pelas partes;⁹⁶⁵ (3) e esta última não pode ter um interesse material superior ao Estado da lei escolhida em aplicá-la.⁹⁶⁶

A utilização da expressão Estado nas diversas previsões não é sinónimo de não ser atendível uma escolha de lei que não incida sobre uma lei estadual.⁹⁶⁷ No comentário à subsecção 1 do § 187 do Restatement apenas se configura a possibilidade de escolha de regras não estaduais pela via da incorporação por referência, no âmbito da autonomia da vontade conferida às partes pela lei estatal [§ 187 (2)].⁹⁶⁸

Uma referência é devida ainda ao código comercial uniforme (CCU).⁹⁶⁹ Este código é aplicado nos cinquenta Estados que compõem os Estados Unidos da América e

⁹⁶³ A secção 1 do § 187 do Restatement (Second) distingue entre: a) assuntos que as partes podem resolver através de uma previsão explícita quanto ao mesmo no seu acordo; e b) assuntos que estão para além do poder contratual das partes. AMERICAN LAW INSTITUTE - *Restatement of the law (second)*. St. Paul: American Law Institute Publishers, 1971, p. 561 e ss. (tradução nossa). Relativamente às matérias enquadráveis na primeira parte da disposição, é aplicável, de acordo com a mesma secção, a lei escolhida pelas partes. A disposição não prevê nenhuma limitação quanto à escolha de lei, mas impõe que a escolha incida sobre uma lei estadual. No entanto, a opção pelas regras não estaduais não está excluída desta disposição, como consta do comentário c) ao § 187, esta disposição reconhece a incorporação por referência. Quanto ao âmbito dessa incorporação a referência do comentário c) a “reference extrinsic material which may, among other things, be the provisions of some foreign law”, permite concluir que a incorporação pode ocorrer quanto a uma lei estrangeira, entre outras possibilidades. A referência material prevista na disposição supra pode englobar para além de uma lei estrangeira, tratados ou um corpo de normas não estaduais. A escolha de normas não estaduais pode ser feita enquanto uma genuína escolha de lei, função que fica cometida exclusivamente à lei estadual, mas à semelhança da solução final adotada pelo Regulamento Roma I, existe a possibilidade de as partes sujeitarem os seus litígios ao conteúdo de normas não estaduais mediante a sua incorporação por referência no conteúdo do contrato

⁹⁶⁴ “a) the state of the contractually chosen law must have a substantial relationship to the parties or to the transaction, or there must be an other reasonable basis for the parties choice”.

⁹⁶⁵ “b) the application of the chosen law must not be contrary to a fundamental policy of the state whose law would be applicable in the absence of the parties choice”.

⁹⁶⁶ “c) the latter state must not have a materially greater interest than the chosen state in applying its law.”

⁹⁶⁷ Aludindo ao fato de a não previsão de escolha de regras não estatais ser compreensível, considerando que o projeto de Restatement começou a ser escrito nos anos 50 e terminou nos anos 60, período em que as normas não estaduais não tinham a clareza, a maturidade e o estatuto que têm hoje em dia, SYMEONIDES, Symeon C. - Contracts subject to non-state norms. *AM. J. COMP. L.*, 54 (2006) 217.

⁹⁶⁸ SYMEONIDES, Symeon C. - Contracts subject to non-state norms. *AM. J. COMP. L.*, 54 (2006) 217.

⁹⁶⁹ O código comercial uniforme foi adotado e é aplicado nos cinquenta Estados que integram os Estados Unidos da América, e prevalece, nas matérias pelo mesmo reguladas, sobre o Restatement (second) nos termos do § 6 deste último. Trata-se do resultado de uma iniciativa de uniformização das legislações sobre vendas e outras transações comerciais nos EUA desenvolvida conjuntamente pela National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCSUL) e o American Law Institute (ALI). É produto de organizações privadas, donde seja um instrumento não vinculativo, uma codificação privada que contém

prevalece, nas matérias pelo mesmo reguladas, sobre o Restatement (second) nos termos do § 6 deste último.

Este código prevê a possibilidade de as partes escolherem entre duas leis dos Estados com os quais a sua relação comercial tem uma razoável ligação.⁹⁷⁰ Tal como sucede com o Restatement (second), o CCU não prevê qualquer distinção entre normas supletivas e imperativas, o que poderia conduzir à interpretação de as regras não estatais não serem admitidas.⁹⁷¹ O comentário oficial a esta codificação⁹⁷² esclarece que esta disposição não afasta a teoria da incorporação por referência. O §1-302 (a) do mesmo instrumento⁹⁷³ vem prever a liberdade de as partes alterarem por acordo as suas disposições em todas as matérias que o CCU não identifique como não alteráveis. Com base nesta previsão, as partes podem submeter o seu contrato quer a uma lei que não tenha com o mesmo qualquer ligação razoável, quer a normas não estaduais.⁹⁷⁴

A consagração da possibilidade de eleição da nova *lex mercatoria*, quer utilizando essa expressão, quer recorrendo à formulação ampla contida nos princípios da Haia, arrasta em si um capital intelectual considerável e mais valias não menosprezáveis, baseadas em vários fatores, como sejam a sua clareza e simplicidade, a sua divulgação em diversas línguas, e o seu caráter neutral. Da sua clareza e simplicidade resulta a sua boa compreensão pelas partes, circunstância enriquecida pela sua divulgação em grande escala e em diversas línguas que em muito podem contribuir para afastar as dificuldades resultantes da aplicação de um direito estrangeiro. Do seu caráter neutro resulta uma maior equidade de tratamento das partes, posto que são regras que não favorecem nenhuma das partes, e garantem um tratamento idêntico a ambas. Tal

recomendações de um conjunto de leis que devem ser adotadas pelos Estados. Essas recomendações foram incorporadas pelos Estados em leis nacionais. Essa técnica de receção de instrumentos de unificação, também seguida por alguns Estados da então Comunidade Económica Europeia quanto à Convenção de Roma, não tem, no caso em apreço, suscitado dificuldades.

⁹⁷⁰ Secção 1-105 (1) do código comercial uniforme (1998) “when a transaction bears a reasonable relationship to a state and also to another state or nation the parties may agree that the law of either state or such either state or nation shall govern their rights and duties.”

⁹⁷¹ Como observa SYMEONIDES, Symeon C. - Contracts subject to non-state norms. *AM. J. COMP. L.* 54 (2006) 218.

⁹⁷² 1 “but an agreement as to a choice of law may sometimes take effect as a shorthand expression of the intent of the parties as to matters governed by their agreement, even though the transaction has no significant contact with the jurisdiction chosen.”

⁹⁷³ Que substitui o Artigo 1, secção 1-1203 (3), com o seguinte teor: “§ 1-302. Variation by Agreement: (a) except as otherwise provided in subsection; (b) or elsewhere in [the Uniform Commercial Code], the effect of provisions of [the Uniform Commercial Code] may be varied by agreement; [...] (c) the presence in certain provisions of the phrase “unless otherwise agreed”, or words of similar import, does not imply that the effect of other provisions may not be varied by agreement under this section.”

A alínea c) vem esclarecer o âmbito da variação admitida. Nos termos desta disposição, o uso da expressão “a menos que acordado de outra forma” ou outra similar, não restringe a possibilidade de as partes introduzirem alterações totais ou parciais ao teor das disposições do CCU. In CORNELL LAW SCHOOL (2018) - *Uniform Commercial Code* › U.C.C. - Article 1 - General Provisions (2001) - Part 3. Territorial Applicability and General Rules - § 1-302. Variation by Agreement.

⁹⁷⁴ Neste sentido, o comentário 2, Revisão de 2001.

equidade afasta os efeitos que no âmbito de uma relação entre comerciantes podem resultar da existência de uma parte com menor poder de influenciar os termos do contrato, nos quais se inclui a escolha de lei ou do foro,⁹⁷⁵ ou de uma potencial arbitrariedade da lei designada pelos elementos de conexão. Neste caso um favorecimento injustificado pode resultar da aplicação da lei da residência habitual de um dos contraentes⁹⁷⁶ com cuja aplicação o outro contraente, não familiarizado com o direito material aplicável, não contava e que concretamente acaba por favorecer o primeiro.⁹⁷⁷ Nessa medida, a escolha de regras não estaduais revela-se como um fator de equidade do contrato, que por sua vez favorece o alcance da maximização do bem comum.

Acresce a potencial redução de litígios dado o carácter simples das regras não estatais em cuja redação se utiliza uma linguagem clara e objetiva, o que se traduz na menor possibilidade de surgirem dúvidas interpretativas pelas partes.

O recurso a tal solução apresenta ainda a virtualidade de afastar as dificuldades suscitadas pela aplicação de direito estrangeiro, ao mesmo tempo que afasta de igual modo a possibilidade de diferentes interpretações quanto a disposições desse direito com o conseqüente empobrecimento dos objetivos da unificação.

Tal opção não significa, obrigatoriamente, que se atribua primazia exclusivamente às regras escolhidas, isto porque, por um lado, é nosso entendimento que quase sempre se terá de determinar a lei competente tendo em vista a sua aplicação aos aspetos não regulados pelas regras não estatais escolhidas, prevalecendo a aplicação dessa lei nesse domínio. Por outro lado, e no que respeita a uma vertente mais sensível, a da prevalência das normas de aplicação imediata, se defende que essa solução deve prevalecer como regra, exceto se outra for a solução consagrada pela *lex fori* ou pela *lex locus executionis*, e ainda, numa terceira possibilidade, se mostrar viável a previsão de uma cláusula de exceção que confira ao órgão aplicador do direito o poder de afastar

⁹⁷⁵ Assumindo que os Princípios da Haia prevêm um regime muito liberal de autonomia da vontade, considera esse regime bem-vindo para as partes com idêntico poder negocial; o mesmo não sucedendo em negócios envolvendo franchisados e outros proprietários de pequenos negócios, para os quais este regime vai piorar as iniquidades existentes, permitindo às partes mais fortes impor combinações de cláusulas de escolha de foro e de lei aplicável que privarão as partes mais fracas de qualquer proteção significativa, SYMEONIDES, Symeon C. - The Hague principles on the choice of law for international contracts: preliminary comments. *AM. J. COMP. L.*. 61 : 4 (2013) 888.

⁹⁷⁶ Neste sentido, SYMEONIDES, Symeon C. - The Hague principles on the choice of law for international contracts: preliminary comments. *AM. J. COMP. L.*. 61 : 4 (2013) 888.

⁹⁷⁷ Um exemplo de um contrato comercial internacional no qual se poderá verificar o desfavorecimento de uma parte débil é o do contrato de agência.

essa regra, no caso concreto, se a prevalência daquelas normas se revelar injustificada e de acordo com o seu prudente arbítrio.

Se as partes devidamente esclarecidas, entenderem submeter a resolução dos eventuais litígios emergentes dos seus contratos internacionais à arbitragem⁹⁷⁸, sabem que podem nesse domínio, eleger a nova *lex mercatoria* sem qualquer restrição, evitando resultados imprevistos.⁹⁷⁹

A ideia da insuficiente precisão da *lex mercatoria*⁹⁸⁰ que determinou a sua não consideração pela Comissão Europeia, no âmbito da proposta de regulamento sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, poderá estar de algum modo ultrapassada.

A opinião sobre a imprecisão dos instrumentos integrados na nova *lex mercatoria* era comum e correspondia de alguma forma à realidade do passado, não sendo clara a identificação dos limites entre instrumentos obrigatórios e não obrigatórios.⁹⁸¹ Esta crítica terá, com tal amplitude, deixado de reunir o substancial consenso que lhe assistia no virar do milénio. A sucessiva implementação de vários instrumentos, como é o caso dos Princípios UNIDROIT, contribui para conferir a essas regras de origem não estatal, um estatuto de mais valia em matéria de certeza e de segurança jurídicas. Estes Princípios, entendidos enquanto codificação que utiliza uma linguagem clara e simples⁹⁸² e está prevista num corpo de normativos acessíveis, deita por terra o carácter incerto do conteúdo da escolha.⁹⁸³ A certeza é agora uma realidade, tanto do ponto de vista das partes quanto do ponto de vista do órgão aplicador do direito. E tanto assim é que, não só se abandonou a ideia, que constava dos trabalhos preparatórios, de que os Princípios

⁹⁷⁸ Salientando o papel da autonomia da vontade na resolução dos litígios internacionais, MORENO, Guillermo Palao - La autonomía de la voluntad y la resolución de las controversias privadas internacionales. In Lorenzo Prats Albentosa (Coord.), *Autonomía de la voluntad en el derecho privado: Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*. Madrid: Consejo General del Notariado, 2012. Vol. 5, p. 817-956.

⁹⁷⁹ Defendendo o recurso às regras de direito, nesta perspetiva, na medida em que “a escolha das partes é muitas vezes uma decisão de último momento tomada sem a adequada assistência legal e que, conseqüentemente, pode conduzir a resultados imprevistos. BONELL, Michael Joachim - *Un “codice” internazionale del diritto dei contratti, i principi unidroit dei contratti commerciali internazionali*. Milano: Giuffrè Editore, 2006, p. 20-21.

⁹⁸⁰ WAGNER, Rolf - Der Grundsatz der Rechtswahl und das mangels Rechtswahl anwendbare Recht (Rom I-Verordnung). *IPRax*. (2008) 379.

⁹⁸¹ Aludindo à *soft law* para efeitos do respetivo artigo, como um conjunto de objetivos ou princípios que descrevem um padrão ou um comportamento, podendo os mesmos ser entendidos como não obrigatórios quando comparados com regras ou normas que impõem um comportamento específico e concluindo que a distinção entre princípios e objetivos (referidos como normas não obrigatórias) e as normas obrigatórias não é clara. SARCEVIC, Petar - Unification and soft law. In *Conflicts et harmonisation: mélanges en l'honneur de Alfred E. Von Overbeck*. Fribourg: Éditions Universitaires Fribourg, 1990, p. 91.

⁹⁸² De tal modo que permite a sua fácil apreensão a qualquer pessoa instruída, mesmo não sendo perito em direito, como defende BONELL, Michael Joachim - *Un “codice” internazionale del diritto dei contratti, i principi unidroit dei contratti commerciali internazionali*. Milano: Giuffrè Editore, 2006, p. 23.

⁹⁸³ Neste sentido, aludindo ao carácter detalhado, preciso e acessível dos Princípios Unidroit, FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte – *Règles impératives et instruments de droit souple: quelle articulation?* Paris: LGDJ, 2015, p. 197.

Unidroit relativos aos contratos comerciais internacionais seriam aplicáveis se o julgador ou o arbitro devessem julgar segundo a *lex mercatoria*, como se previu no respetivo preâmbulo que os mesmos aspiram a ser usados pelos tribunais para “interpretar regras de direito internacional privado.”⁹⁸⁴ E reconhecendo inequivocamente a sua previsibilidade, passaram os mesmos a ser aplicados por tribunais estaduais, como sucede com o Tribunal Supremo espanhol, confirmando, também nesta jurisdição, a autoridade das suas previsões de conteúdo substantivo.⁹⁸⁵

A ponderação quanto à opção a consagrar numa futura revisão do regulamento *sub iudice* deve ter em conta, ainda, os ganhos de uma futura solução em matéria de unificação, os quais fundando-se em regras com ampla divulgação ao nível da prática comercial internacional, não deixarão de se repercutir na qualidade da regulamentação desta prática, traduzindo-se em ganhos de celeridade na administração da justiça passando pelo reforço da posição dos Estados quanto à regulação da contratação internacional e no alcance da maximização do bem comum.

2.4.1.1. USOS COMERCIAIS

A atendibilidade jurídica dos usos não segue um critério uniforme,⁹⁸⁶ tal como a sua própria aceção. No comércio internacional a sua ponderação em termos de atendibilidade jurídica não fica necessariamente dependente da lei. A sua admissibilidade só poderá resultar de escolha de uma lei estatal, em simultâneo com a escolha dos usos, para regular o contrato no âmbito da submissão do litígio à arbitragem do comércio internacional. Não havendo escolha de uma lei estatal os usos serão considerados. Caso o litígio seja apreciado por um tribunal estatal, a questão é objeto

⁹⁸⁴ Principios Unidroit, preâmbulo (3).

⁹⁸⁵ BORCHERS, Patrick J. - The triumph of substance over rukles of choice in international commercial transactions: from the *lex mercatoria* to modern standards. In Marilyn J. Raisch; Roberta I. Schaffer (Eds.) - *Introduction to transnational legal transactions*. New York: Oceana Publications: 1995, p. 156.

⁹⁸⁶ Neste sentido, a solução prevista no artigo 9.º da Convenção das Nações Unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias, que estabelece o carácter vinculativo dos usos, prevendo que “as partes estão vinculadas aos usos que consentiram e aos hábitos que entre elas se estabeleceram” e ainda que “salvo acordo em contrário, se entende que as partes se referiram, no contrato e para a sua formação, a todos os usos de que tinham ou deveriam ter conhecimento e que no comércio internacional são largamente conhecidos e regularmente observados pelas partes em contratos do mesmo tipo no mesmo ramo de comércio”. Salientando a aplicação bastante lata dos usos nesta convenção “na medida em que prevalecem sobre as disposições convencionais que os contrariam, o que os coloca em nível imediatamente inferior à autonomia da vontade, e com precedência sobre disposições legislativas.” SOARES, Maria Ângela Bento; RAMOS, Rui Moura Ramos – Contratos Internacionais, compra e venda, cláusulas penais, arbitragem. Coimbra: Almedina, 1995, p. 41. No direito português, o uso é entendido como uma prática reiterada, mas sem a convicção da obrigatoriedade. É a ausência deste elemento subjetivo que distingue o uso do costume. O uso é juridicamente atendível se a lei assim dispuser, nos termos do disposto no artigo 219.º do Código Civil, já o costume é uma fonte de direito invocável nos termos do disposto no artigo 348.º do mencionado código.

de resolução de acordo com a lei considerada competente para regular a situação transnacional.

O direito comparado demonstra que esta realidade pode ser designada de diferentes formas. Em alguns países os usos do comércio internacional são designados como costumes.⁹⁸⁷ Noutros países atribui-se relevância tanto ao uso quanto ao costume comercial e algumas codificações preveem tanto o uso quanto o costume.⁹⁸⁸

O uso comercial pode ser entendido como “a method of dealing or way of conduct generally observed in particular line of business with such regularity that it is accepted as binding by those engaged in that line of business.”⁹⁸⁹

Os Princípios não reservam quaisquer disposições aos usos comerciais por ter sido entendimento que a sua relevância no âmbito dos direitos e das obrigações das partes é determinada quer pela própria lei escolhida, quer pelas regras que disciplinem o litígio.⁹⁹⁰

Reconhecendo, por fim, que sendo a admissibilidade da escolha de regras não estatais amplamente aceite no âmbito da arbitragem do comércio internacional, mas não tendo essa aceitação paralelo ao nível das legislações estaduais, os princípios salvaguardam essa diferente posição quanto à sua admissibilidade remetendo a decisão dessa questão para o critério da lei do foro. Desta forma a admissibilidade da escolha das regras não estatais fica expressamente condicionada à sua aceitação pela lei do foro.⁹⁹¹ Ao nível do direito da UE o Regulamento Roma I apenas permite a escolha de uma lei estatal, sendo admissível a incorporação por referência das regras não estatais.⁹⁹²

⁹⁸⁷ Identificando dentro desta tendência o Reino Unido, a Espanha, a Itália, a França e o Brasil, GAMA JR., Lauro - Les usages du commerce dans les Principes Unidroit. In Eppur si muove: the age of uniform law: essays in honor of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday. Rome: Unidroit, 2016. Vol. 2, p. 1414.

⁹⁸⁸ Como é o caso dos Princípios UNIDROIT, artigo 1.9 que sob a epígrafe “usos, costumes e práticas” prevê: “(1) as partes estão vinculadas aos usos e costumes que hajam acordado e às práticas que hajam estabelecido entre elas; (2) as partes são igualmente vinculadas a todos os usos e costumes que, no comércio internacional, sejam amplamente conhecidos e regularmente observados pelas pessoas no ramo comercial envolvido, salvo quando a aplicação de tal uso ou costume não seja razoável.”

⁹⁸⁹ SCHMITTHOFF, Clive M. - International trade usages. London: Institute of International Business Law, 1987, p. 14.

⁹⁹⁰ THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW - Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts. The Hague : Hague Conference on Private International Law, 2015, § 3.13.

⁹⁹¹ Assim THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW - Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts. The Hague : Hague Conference on Private International Law, 2015, § 3.14.

⁹⁹² No sentido de esta solução não ser satisfatória dado não respeitar a vontade das partes de excluir a aplicação da lei estadual, sugerindo uma reforma do teor do artigo 3.º do Regulamento Roma I que permita alinhar o tratamento do contrato sem lei que é conferido perante o juiz relativamente ao que lhe é conferido pelo recurso à via da arbitragem, FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte – Règles impératives et instruments de droit souple: quelle articulation? Paris: LGDJ, 2015, p. 204. Este autor conclui, no entanto, que este

2.5. ESCOLHA DE LEI SEM LIGAÇÃO COM O CONTRATO

A este respeito questiona-se a possibilidade de escolha de uma lei que não apresente qualquer ligação com o contrato.⁹⁹³

argumento deve ser relativizado em face da diferença existente entre a arbitragem e a justiça estadual (citando como exemplo a ignorância de uma lei imperativa pelos árbitros não ser necessariamente um caso de recusa de execução da sentença, o que permite às partes contornar as normas imperativas mediante o recurso à arbitragem). Há que considerar que nesta matéria não é possível a consagração exclusiva da figura do contrato sem lei, permitindo a opção pelas regras não estaduais atendendo à natureza potencialmente insuficiente dessas regras. Toda e qualquer incompletude dessas disposições leva à necessidade de recurso a outros normativos deixando em aberto a determinação da lei aplicável, se não tiver sido objeto de designação complementar, para tais efeitos, como sublinha BONELL, Michael Joachim - Un "codice" internazionale del diritto dei contratti, i principi unidroit dei contratti commerciali internazionali. Milano: Giuffrè Editore, 2006, p. 20.

⁹⁹³ Posição já defendida antes da Convenção de Roma por Batiffol. No sentido de que a possibilidade de escolha de uma lei está condicionada à existência de ligações do contrato com mais de um ordenamento jurídico, mas a escolha da lei pode recair sobre um ordenamento que não apresente qualquer ligação com o contrato. KASSIS, Antoine - Le nouveaux droit européen des contrats internationaux. Paris: LGDJ, 1993, p. 190. Os limites da autonomia da vontade, que em tempos recuados se confinavam à existência de ligações com o contrato, sob pena de pairar sobre a conduta das partes uma intenção fraudulenta, conhecem no atual enquadramento normativo da matéria, uma previsão diversa. Na verdade, a preocupação quanto à limitação da escolha de lei a certos requisitos, como sucedeu quanto à sua consagração no código civil português (interesse sério), ou noutras legislações em que se identificavam as possíveis opções das partes por referência ao direito da nacionalidade ou domicílio das partes, do *locus celebrationis* ou do lugar do cumprimento, veio a dar lugar, tendo em consideração os interesses das partes na escolha do regime aplicável, sem ignorar os valores da certeza e segurança que a liberdade de escolha concretiza, a uma posição mais liberal, nos termos da qual se vem a viabilizar uma escolha de lei sem qualquer ligação ao contrato. A verdade é que, também nesta matéria, a ponderação a efetuar sobre a escolha, na perspetiva do âmbito do alcance do instituto da fraude à lei viria a ser afastada, em prol da mais-valia considerada como resultante da liberdade de escolha, acompanhada do mesmo passo, de normativos tendentes a proteger a natureza imperativa de certas disposições e realização de políticas importantes para os Estados, mediante a sobreposição de normas super imperativas (normas de aplicação imediata). Defendendo a propósito da escolha de uma lei sem qualquer ligação ao contrato que “pode ser perfeitamente razoável e conforme ao querer das partes e a uma conveniente regulamentação do fenómeno contratual que ele seja disciplinado por uma lei à qual o não ligam laços objectivos, mas em cuja aplicação as partes possam depositar justificado interesse. RAMOS, Rui Moura - Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional. Coimbra: Almedina, 1991, p. 476, embora ainda excluindo deste raciocínio “as situações em que a escolha se revele caprichosa ou puramente arbitrária.” Não deixa este autor de dar nota de que mesmo nesses casos, “este leve travão à liberdade total de escolha é já hoje considerado excessivo” por considerar que “tende a sublinhar-se que as escolhas caprichosas e fúteis serão qualquer coisa de estranho à realidade dos factos”, pois as partes orientam normalmente as suas escolhas em função da lei mais apropriada “ainda que da exclusiva perspetiva dos seus próprios interesses, para regular as relações em que intervêm.” (RAMOS, Rui Moura - Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional. Coimbra: Almedina, 1991, p. 477). Essa liberdade de escolha apenas suscita controvérsia quanto ao disposto no número 3 do artigo 3.º e relativamente à doutrina que considera que essa disposição consagra a figura do contrato puramente interno. Considerando que “...as partes podem escolher uma lei totalmente neutra...” JACQUET, Jean Michel; DELEBECQUE, Philippe, CORNELOUP, Sabine - Droit du commerce international. 2ª ed. Paris: Dalloz, 2010, p. 211. No mesmo sentido, considerando que “este preceito não subordina a escolha a qualquer laço objetivo entre o contrato e a lei escolhida nem à demonstração de um interesse sério na escolha.” e ainda que a solução “corresponde às necessidades do comércio internacional.” PINHEIRO, Luis de Lima - Direito aplicável às operações bancárias internacionais. In Estudo em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. Vol. 2, p. 143 e BORTOLOTTI, Fabio - Diritto dei contratti internazionali: manuale di diritto commerciale internazionale. Milano: CEDAM, 1997, p. 189. Quanto a esta matéria, e dando nota de que foi notória, no âmbito dos trabalhos preparatórios da Convenção da Haia sobre a lei aplicável aos contratos de compra e venda internacional de mercadorias, concluída em 1986 (que ainda não se encontra em vigor), a preferência manifestada pela delegação norte-americana quanto à necessidade de restringir o âmbito da autonomia da vontade à escolha de uma lei relacionada com o contrato através de qualquer dos seus elementos de conexão, posição que não teve acolhimento, GROFFIER, Ethel - Précis de droit international privé Québécois. 4ª ed. Cowansville: Yvon Blais, 1990, p. 185.

No âmbito da Convenção de Roma, alguma doutrina defende que a escolha da lei aplicável deve ser feita de boa-fé sob pena de se dar guarida às expetativas fraudulentas das partes em relação a uma determinada lei.⁹⁹⁴ A disposição portuguesa correspondentemente aplicável e que ficou derogada com a entrada em vigor em Portugal da Convenção de Roma, prevê a possibilidade de escolha de uma lei sem qualquer ligação com o contrato se existir um interesse sério das partes quanto a essa escolha.⁹⁹⁵

É atualmente pacífico, em face do Regulamento Roma I, o entendimento de que as partes podem escolher para reger o seu contrato uma qualquer lei sem ligação ao seu contrato internacional.^{996, 997}

A questão é objeto de ponderação diferente relativamente aos contratos que têm todos os elementos de conexão relacionados exclusivamente com um ordenamento jurídico ou com dois ou mais ordenamentos jurídicos da UE.⁹⁹⁸

2.6. ESCOLHA EXPRESSA OU TÁCITA

A consagração da autonomia da vontade, nos termos previstos no regulamento em análise, permite às partes manifestarem a sua escolha de forma expressa ou tácita,

⁹⁹⁴A exigência de boa-fé, tem como objeto a salvaguarda da aplicação da lei que de outro modo seria aplicável. A contratação internacional baseia-se na autonomia da vontade, encontrando a lei que de outro modo seria aplicável, a salvaguarda da sua aplicação, quer ao nível das disposições não derogáveis por acordo, quer ao nível das normas internacionalmente imperativas e ainda pela limitação à aplicação do direito estrangeiro através da exceção de ordem pública. Acresce ainda um argumento de natureza pragmática, a exigência de tal requisito, pelos procedimentos cuja demonstração importaria, seria apta a reduzir a unificação dos critérios de aplicação, abrindo a porta a decisões díspares.

⁹⁹⁵ Aludindo à natureza rígida das normas de conflitos portuguesas em geral e reconhecendo uma certa flexibilidade relativamente ao disposto no artigo 41.º do Código Civil, na medida em que reconhece alguma flexibilidade embora limitada à condição mencionada supra, PINHEIRO, Luis de Lima - Algumas reflexões sobre a codificação portuguesa do direito internacional privado. In Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 743-768.

⁹⁹⁶ Entendimento que era perfilhado pela Comissão Europeia no Livro verde : relativo à transformação da Convenção de Roma de 1980 : sobre a lei aplicável às obrigações contratuais num instrumento comunitário e sua modernização [COM (2002) 654 final], no qual se menciona que nesta matéria podem as partes "...optar por qualquer lei, mesmo que não apresente qualquer ligação objectiva com o contrato", p. 12.

⁹⁹⁷ No mesmo sentido a solução adotada nos Principios da Haia (art.º 2, n.º 4). Em sentido diferente, AMERICAN LAW INSTITUTE - Restatement of the law (second). St. Paul: American Law Institute Publishers, 1971, p. 561.

⁹⁹⁸ Quanto a estes contratos o legislador terá pretendido evitar a derrogação de uma lei que seria a lei normalmente aplicada. Terá sido essa realidade que o legislador convencional pretendeu evitar, uma vez que, por um lado reconhece a faculdade de escolha de uma lei sem qualquer relação com o contrato, mas por outro, protege as leis imperativas do ordenamento jurídico com o qual se relacionam todos os outros elementos da relação jurídica. Sucede, porém, que esta restrição é aplicável apenas nesse caso concreto (art.º 3/3).

impomndo o legislador, neste último caso, que a mesma resulte “de forma clara das disposições do contrato ou das circunstâncias do caso.”^{999, 1000}

⁹⁹⁹ Esta previsão do Regulamento Roma I não se afasta da que se encontra prevista no artigo 3.º da Convenção de Roma. Na versão portuguesa, a Convenção de Roma prevê que a escolha seja expressa ou resulte “de modo inequívoco das disposições do contrato ou das circunstâncias da causa”, o Regulamento Roma I prevê que a escolha seja expressa ou resulte “de forma clara das disposições do contrato, ou das circunstâncias do caso.” A versão portuguesa não sofre alterações sensíveis, embora se considere que a previsão da Convenção de Roma, de que a escolha resulte “de modo inequívoco”, dificulta a demonstração da vontade tácita. Assim PINHEIRO, Luís de Lima - Direito internacional privado. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. Vol. 2, p. 335. A alteração introduzida tem em vista o afastamento de dúvidas suscitadas pela anterior redação sobretudo na redação em língua inglesa, uma vez que se exige que a escolha implícita deve ser “clearly demonstrated” e não apenas “demonstrated with reasonable certainty”, como realça HEISS, Helmut - Party autonomy. In Franco Ferrari; Stefan Lieble (Eds.), Rome I regulation: the law applicable to contractual obligations in Europe. Munique: Sellier, 2009, p. 1-16. A mesma orientação foi seguida nos Princípios da Haia (art.º 4.º), conforme explicitado no THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW - Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts. The Hague : Hague Conference on Private International Law, 2015, § 4.5.

¹⁰⁰⁰ De idêntico teor o artigo 4.º dos Princípios da Haia, disposição que se encontra alinhada quer com a Convenção Interamericana sobre a lei aplicável aos contratos internacionais e o Regulamento Roma I, sendo manifestamente mais próxima deste último relativamente ao qual apenas foi retirado um termo que não altera o sentido da disposição (do caso). A primeira prevê que “o acordo das partes sobre a lei aplicável deverá ser expresso ou resultar claramente das estipulações do contrato e do comportamento das partes, considerados no seu conjunto.” Neste contexto, são relevantes elementos objetivos e subjetivos. Quanto aos elementos objetivos, a previsão da determinação da escolha insere nas cláusulas do contrato, já os subjetivos incidem sobre o comportamento das partes. O segundo prevê que “a escolha deve ser expressa ou resultar de forma clara das disposições do contrato, ou das circunstâncias do caso.” Solução diferente é a consagrada no artigo 3111, c. 64, a) do Código Civil do Québec que prevê que a designação ou é expressa ou resulta de forma certa dos termos do contrato. “O ato jurídico, quer apresente ou não um elemento de estraneidade, é regido pela lei designada expressamente no ato ou desde que a designação resulte de uma forma certa das disposições desse ato (tradução nossa). In QUÉBEC. Lois, décrets, etc. - Code civil du Québec. Também a solução do Restatement (second) se afasta da solução consagrada nos princípios, admitindo a referência a opiniões jurídicas ou a termos próprios da lei de um certo Estado como escolha de lei, mas afastando a escolha hipotética. A solução prevista no § 187 deste instrumento, comentário a) que prevê que: “ainda que o contrato não faça referência a nenhum país, o juiz pode, contudo, partindo das cláusulas, decidir que as partes desejavam realmente que fosse aplicável a lei de um certo Estado. O facto, portanto, de que o contrato contenha termos jurídicos ou faça referência a opiniões jurídicas, que são relativas à lei local de um Estado, pode demonstrar de maneira persuasiva que as partes desejavam que essa lei particular se aplique. Por outro lado, a regra prevista na presente secção não se aplica se não se puder demonstrar que as partes escolheram como lei aplicável a lei de um Estado. É insuficiente demonstrar que as partes, caso tivessem considerado esta questão, teriam provavelmente desejado que a lei de um certo Estado fosse aplicável ao seu caso” (tradução nossa). AMERICAN LAW INSTITUTE - Restatement of the law (second). St. Paul: American Law Institute Publishers, 1971, p. 561-562. O segundo parágrafo desta disposição (artigo 4.º) afasta a possibilidade de se poder interpretar um acordo de eleição de foro ou de submissão de litígios à arbitragem, como contendo uma escolha de lei. A previsão é expressa nesse sentido “um acordo entre as partes para conferir jurisdição a um tribunal ou a um tribunal arbitral para decidir litígios sobre o contrato não é equivalente a uma escolha de lei”. Trata-se de uma solução que se encontra alinhada com a Convenção da Cidade do México (artigo 7.º n.º 2) e com o Regulamento Roma I (artigo 3.º). Quanto a este último instrumento, no entanto, constava da proposta uma solução de sentido oposto, na sequência de sugestão apresentada pelo GEDIP, que não logrou consagração na versão final. Esta previsão é relevante no sentido da clarificação da relação entre a escolha de foro (cláusula de eleição de foro) e a escolha de lei. No sentido de que em certos países a relação entre a cláusula de eleição de foro e uma escolha de lei não é clara. NEELS, Jan L. - The Hague principles on choice of law in international contracts. YPIIL. 15 (2013/2014) 53. A relevância desta disposição é ainda visível como elemento de ponderação quanto à existência de uma escolha tácita. Neste aspeto o Considerando 12 do Regulamento Roma I que prevê que “o facto de as partes terem convencionado que um ou vários órgãos jurisdicionais de um Estado-Membro têm competência exclusiva para decidir de quaisquer litígios decorrentes do contrato deverá ser um dos fatores a ter em conta para determinar se a escolha da lei resulta de forma clara.” No mesmo sentido deve ser interpretado o artigo 4.º dos Princípios. Tal resulta dos princípios da Haia, § 4.11: “the fact that the chosen court, under the applicable private international law rules, may apply a foreign law also demonstrates the distinction between choice of law and choice of court. Nevertheless, a choice of court agreement between the parties to confer jurisdiction on a court may be one of the facts to be taken into account in determining whether the parties intended the contract to be governed by the law of that forum.” E especificamente sobre a escolha de um tribunal arbitral: “according to the second sentence of Article 4, the

A vontade das partes é uma vontade real, que possa ser determinada com segurança, que não deixe ao intérprete qualquer possibilidade para duvidar do resultado da sua interpretação.¹⁰⁰¹ Ou porque é manifestada de forma expressa ou porque não o tendo sido permite ao intérprete determinar com certeza qual a vontade que as partes manifestaram, ainda que de forma tácita.¹⁰⁰² Para além de a escolha ter de revestir estas modalidades, também tem de incidir sobre uma lei existente e identificável no momento da realização da escolha.¹⁰⁰³ O facto de o legislador ter previsto que “[a] escolha deve

choice of such an arbitral tribunal is also not a sufficient indicator, in itself, of the parties’ tacit choice of law. However, an arbitration agreement that refers disputes to a clearly specified seat may be one of the facts in determining the existence of a tacit choice of law.” In THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW - Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts. The Hague : Hague Conference on Private International Law, 2015. O âmbito desta disposição corresponde ao sentido de decisões judiciais que vêm sendo tomadas pelos tribunais superiores no sentido da autonomia entre um acordo de arbitragem e as leis nacionais, não assumindo que a existência da primeira corresponda à consagração da segunda. No entanto, é possível encontrar ainda uma utilidade residual nesta matéria quanto à inclusão de uma cláusula de eleição de foro e que se reconduz à sua relevância em matéria de determinação de existência de uma escolha de lei tácita. A importância desta previsão resulta sobretudo do facto de a validade do acordo de arbitragem, ou do acordo de eleição de foro, não estar dependente ou poder ser por qualquer forma afetada por questões relativas ao próprio contrato. Naturalmente que no âmbito específico do acordo de arbitragem subjazem ainda outras questões, dada a sua natureza específica, que resultam da determinação dos normativos aos quais se subsume a questão da apreciação da sua validade. Essa avaliação pode ser sujeita aos critérios da lei estatal, se esta tiver sido designada, ou por regras próprias da arbitragem transnacional, reconduzindo-se esta última hipótese ao enquadramento da questão na sua sede própria, o que significa a avaliação da validade da convenção de arbitragem através de regras transnacionais. Neste sentido, e quanto ao sistema francês, retirando ainda outra consequência deste entendimento que consiste na predisposição dos tribunais franceses para reconhecer uma decisão tomada, tendo por base um acordo arbitral, que não é considerada efetiva noutras jurisdições, NÚÑEZ-LAGO, Carmen - The principles of international arbitration practice in France. In M. Á Fernández-Ballesteros; David Arias (Eds.), Liber Amicorum Bernardo Cremades. Berlim: Wolters Kluwer, 2010, p. 917. A previsão da autonomia da cláusula de foro relativamente às demais cláusulas contratuais não é inovadora. Nesse sentido, o n.º 4 do artigo 5.º do regulamento da Comissão Internacional de Arbitragem de Economia e Comércio da China. A qual funciona também em duas sub-comissões: a Sub-Comissão do Sul da China em Shenzhen e a Sub-Comissão de Xangai, que funciona nessa cidade. Para evitar dúvidas sobre a jurisdição territorial na qual os processos devem ser tramitados, o Regulamento de Arbitragem de 2012 introduziu uma nova regra que prevê critérios mais precisos de identificação da competência entre a Comissão e as Sub-Comissões. Sobre a matéria ver ZHAO, Jian -The 2012 CIETC arbitration rules: evolution not revolution. In Yao-Ming Hsu; Yuichiro Tsuji (Eds.), International business law in the 21st Century: challenges and issues in East Asia. Cambridge: Cambridge Independent Press, 2013, p. 142.

¹⁰⁰¹ Assim quanto à Convenção de Roma, HEISS, Helmut - Das europäisches schuldvertragsübereinkommen. Wien: Verlag Orac, 1999, p. 37 e ss.; PINHEIRO, Luís de Lima - Direito comercial internacional. Coimbra: Almedina, 2005, p. 109. Relativamente ao Regulamento Roma I, PINHEIRO Luís de Lima - Direito internacional privado. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. Vol. 2, p. 335.

¹⁰⁰² Considerando que “podem constituir indícios importantes da vontade de escolha de uma lei, 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 num contrato a disposições particulares de um certo ordenamento, mas também, por exemplo, a convenção de 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.”, PINHEIRO, Luís de Lima - Direito internacional privado. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. Vol. 2, p. 335-336.

¹⁰⁰³ TORREMAN, Paul, ed. - Cheshire, North & Fawcett : Private International Law. 15.ª ed. Oxford : Oxford University Press, 2017, consideram que não são válidas as designadas cláusulas flutuantes de escolha de lei, que dão a uma parte a possibilidade de determinar a lei aplicável ao contrato no futuro. Nesse caso, entendem os mencionados autores que a determinação da lei aplicável é objectivamente efetuada de acordo com o artigo 4.º do regulamento. Em sentido oposto, CALVO CARAVACA, Alfonso Luís ; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier ; CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, Celia - Litigación internacional en la Unión Europea II: la ley aplicable a los contratos internacionales: comentario al reglamento Roma I. Navarra: Editorial Aranzadi, 2017, p. 145-146. Para estes últimos autores, o recurso ao disposto no artigo 4.º do Regulamento Roma I apenas ocorre nas situações em que o contraente a quem se atribuiu o benefício de escolher a lei aplicável no futuro, não manifeste a sua vontade.

ser expressa ou resultar de forma clara das disposições do contrato ou das circunstâncias do caso”, afasta a possibilidade de admissão da vontade hipotética, pois só é admissível a vontade que as partes manifestaram e não aquela que teriam querido manifestar. Se a vontade das partes não for suficientemente explícita, deve considerar-se uma conexão objetiva prevista para o caso de falta de escolha de lei.¹⁰⁰⁴

Quanto ao que se possa entender como vontade que resulta de forma clara das disposições do contrato, a utilização de um contrato tipo de um determinado organismo habilitará a conclusão de que as partes quiseram submeter o contrato à lei correspondente à sede social desse organismo ou a referência a uma determinada lei numa cláusula contratual, habilitará o intérprete a concluir pela escolha dessa lei para reger todo o contrato. Pode, ainda, considerar-se face a duas leis potencialmente aplicáveis, o afastamento da lei que regulamenta uma determinada realidade de forma parcial em favor da lei que a prevê de forma exaustiva, da mesma forma que se deve afastar a aplicação da lei que combina o contrato com a sanção da nulidade em favor da lei que o considera válido.

Na primeira situação, por ser de presumir que a vontade das partes foi de eleger a lei que regula de forma pormenorizada a sua relação jurídica, e na segunda por não ser de presumir que as partes tenham querido concluir um contrato nulo.¹⁰⁰⁵

Quanto às circunstâncias do caso, a escolha efetuada num contrato, tratando-se de um grupo de contratos, ou a previsão de intervenção de um oficial público investido de poderes de autoridade, habilita a conclusão de que no primeiro caso a mesma lei se aplica a todos os contratos, e que no segundo caso, a lei escolhida corresponde à lei do país do oficial público.

Relativamente ao que se possa interpretar como vontade que resulta de forma clara das disposições do contrato, o considerando 12.º da exposição de motivos do Regulamento prevê que “o facto de as partes terem convencionado que um ou vários órgãos jurisdicionais de um Estado-Membro têm competência exclusiva para decidir quaisquer litígios decorrentes do contrato deverá ser um dos fatores a ter em conta para determinar

¹⁰⁰⁴ Salientando que “a Convenção de Roma não deixa qualquer espaço para a atuação da vontade hipotética. Na falta de elementos de que resulte “de modo inequívoco” a vontade de escolha, deve passar-se à conexão objetiva”. PINHEIRO, Luis de Lima - *Direito comercial internacional*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 109. No mesmo sentido, o relatório GIULIANO, Mario ; LAGARDE, Paul (1980) – Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations..., p. 17. Quanto ao Regulamento Roma I, MARTINY, Dieter – Vor Art. 3. In *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 5 Auflage. Munique: EGBGB, 2010. Vol. 10, p. 461.

¹⁰⁰⁵ Devemos, contudo, afastar-nos da uma hipotética manifestação de vontade coligida a partir de cláusulas contratuais demasiado ambíguas, pois a escolha puramente hipotética encontra-se arredada do teor do preceito em análise.

se a escolha da lei resulta de forma clara.” No entanto, não prevaleceu a solução constante da proposta de regulamento, que continha uma disposição de conteúdo inovador, na qual propunha que a escolha pelas partes do foro competente,¹⁰⁰⁶ habilitasse a presumir pela escolha da lei do país do foro para regular o contrato (§ 2.º do n.º 1 do artigo 3.º da proposta de Regulamento). Todas estas possibilidades constituem meros indícios¹⁰⁰⁷ de uma manifestação de vontade tácita, a apreciar em concreto em relação às circunstâncias de cada caso.

2.7. FRACIONAMENTO CONTRATUAL

De acordo com o artigo 3.º n.º 1 do Regulamento Roma I, as partes podem efetuar uma escolha de lei para a totalidade do contrato ou limitar a sua escolha de lei a uma parte do mesmo.¹⁰⁰⁸ A escolha de mais do que uma lei para regular diferentes partes do contrato implica uma rutura do regime jurídico unitário da substância do contrato, concretizada na possibilidade de aplicação de várias *lex contractus*.¹⁰⁰⁹ A consagração da possibilidade de escolha de diferentes leis para diferentes partes do contrato é consagrada no Regulamento Roma I, como uma solução de continuidade relativamente

¹⁰⁰⁶ Solução contra a qual se havia pronunciado o GEDIP, na sua 13.ª reunião em Setembro de 2003, p. 16, In GROUPE EUROPÉEN DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ - Treizième réunion : Vienne, 19-21 septembre 2003 : compte rendu des seances de travail..., considerando que essa cláusula deve ser objeto de tratamento exclusivo pelo Regulamento Bruxelas I, pois a lei aplicável ao contrato não é considerada adequada à regulação dessa cláusula, sendo certo que o Regulamento Bruxelas I também não regula a matéria de forma suficiente, não prevê qual a lei aplicável a estas cláusulas, o que implica a existência de uma lacuna. No entanto, o mesmo grupo vem propor que seja aditado ao n.º 1 do artigo 3.º a seguinte previsão: “particularmente, a escolha de um tribunal ou de tribunais de um determinado Estado não significa a escolha da lei desse Estado.” Esta solução não foi consagrada no Regulamento Roma I, sendo a referência à eleição de foro relegada para o considerando 15 do mesmo e como um dos elementos atendíveis na determinação da lei aplicável. Os Princípios da Haia, prevêem, por sua vez, que um acordo entre as partes quanto à escolha do órgão aplicador do direito (tribunal ou tribunal arbitral) não equivale a uma escolha de lei (art.º 4.º).

¹⁰⁰⁷ Assim PINHEIRO, Luís de Lima - Direito internacional privado. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. Vol. 2, p. 336.

¹⁰⁰⁸ Figura admitida nos mesmos moldes pelos Princípios da Haia (artigo 4.º, 1).

¹⁰⁰⁹ A propósito desta figura, entende BATIFFOL que “a lei de autonomia não rege indistintamente todas as questões relativas a contratos. Existe uma tendência por parte de alguns autores de defender o fracionamento dos contratos por tantas leis quantos sejam os atos que exteriorizam o acordo das partes e a execução das suas obrigações. Apesar de toda a história da lei de autonomia ser contrária a esta tendência: se o direito positivo não se confina à previsão da lei do lugar da conclusão, é precisamente para que se encontre a lei que sintetize melhor a operação contratual no seu conjunto. Esta constitui uma unidade psicológica e económica.” BATIFFOL, H. - Traité de droit international privé. 3ª ed. Paris: LGDJ, 1959, p. 666.

à Convenção de Roma.¹⁰¹⁰ Essas escolhas não devem, no entanto, afetar a consistência lógica do contrato.¹⁰¹¹

O legislador utiliza o conceito de “parte do contrato” tanto no Regulamento Roma I, quanto na Convenção de Roma,¹⁰¹² sem determinar qual o sentido a atribuir a essa expressão. Com essa referência, entendemos que o legislador visa permitir a aplicação de uma lei diferente a um conjunto de direitos e obrigações a que corresponda um objeto independente, com a limitação da necessidade de ser assegurada a coerência do regime aplicável ao contrato.¹⁰¹³

No direito interno, um contrato pode ter uma regulamentação mista. Podem ser aplicáveis disposições previstas pelas partes, no âmbito da sua autonomia da vontade, normas de direito privado cuja aplicação não possa ser afastada, normas de direito privado supletivas, mas aplicáveis ao caso concreto por falta de estipulação das partes em sentido contrário e ainda normas de direito público. Esta aplicação simultânea de disposições e de vários tipos de normas não configura um fracionamento substancial¹⁰¹⁴

¹⁰¹⁰ Apesar da resistência que a consagração da figura conheceu por parte de vários peritos que participaram na elaboração do ante-projecto, como assinalam Giuliano e Lagarde, 1980, p. 16. Já que, na perspectiva de ESPLUGUES MOTA “o contrato constitui uma unidade sociológica e jurídica que em princípio deveria ser submetida a uma única lei.”. ESPLUGUES MOTA, Carlos – Régimen jurídico de la contratación. In *Contratación internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 86 No sentido de que o fracionamento “embora sem texto expresse, se pode considerar aceitável também à face do direito português (a lei que permite o mais permite o menos)”, PROENÇA, José João Gonçalves de - *Tratado elementar de direito internacional privado*. Lisboa: Universidade Lusíada, 2005. Vol. 2, p. 120. Esta é também a solução adotada nos princípios da Haia [art.º 2.º / 2/ a) e b)], THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW - *Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*. The Hague : Hague Conference on Private International Law, 2015, § 2.7.

¹⁰¹¹ TORREMANS, Paul, ed. - *Cheshire, North & Fawcett : Private International Law*. 15.ª ed. Oxford : Oxford University Press, 2017.

¹⁰¹² Esta expressão é utilizada tanto no artigo 3.º, como no artigo 4.º, quer da Convenção de Roma, quer do Regulamento Roma I. No sentido de que a Convenção admitiu o fracionamento do contrato, nas situações de falta de escolha da lei aplicável, no n.º 2 do artigo 4.º, permitindo que no caso de existir uma parte do contrato separável do seu todo e que apresente uma conexão mais estreita com outro país, seja aplicada excecionalmente a lei deste último, KASSIS, Antoine - *Le nouveaux droit européen des contrats internationaux*. Paris: LGDJ, 1993, p. 356. No caso de ausência de escolha, a aplicação de uma lei diferente a uma parte do contrato é excecional, deve ser entendida como uma limitação imposta ao intérprete, que deve sempre que possível manter o regime unitário do contrato. Assim JACQUET, Jean-Michel – *Le contrat international*. 2ª ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 48 e KASSIS, Antoine - *Le nouveaux droit européen des contrats internationaux*. Paris: LGDJ, 1993, p. 357.

¹⁰¹³ Neste sentido, JACQUET, Jean-Michel – *Le contrat international*. 2ª ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 48 e KASSIS, Antoine - *Le nouveaux droit européen des contrats internationaux*. Paris: LGDJ, 1993, p. 358.

¹⁰¹⁴ Que resulta do facto de a *lex fori* identificar várias ordens jurídicas aplicáveis ao caso, ou ainda de a determinação dos vários ordenamentos jurídicos aplicáveis, resultar da ação combinada das normas de conflitos e das normas da *lex fori* que sejam aplicáveis à situação. Este tipo de fracionamento divide-se em voluntário e involuntário, consoante as partes tenham ou não recorrido à autonomia da vontade para eleger a lei aplicável a uma parte do contrato, ou várias leis aplicáveis a determinadas partes do contrato. O fracionamento conflitual resulta da circunstância de existirem várias normas de conflitos aplicáveis à mesma situação, cada uma delas regulando um determinado aspeto da situação privada internacional e encontra a sua razão de ser no facto de, pela sua própria natureza, essa situação apresentar elementos de conexão com mais de uma ordem jurídica.

em sentido próprio, o qual só pode verdadeiramente verificar-se em direito internacional privado.

A faculdade de as partes elegerem a lei aplicável à totalidade ou apenas a parte do contrato, pressupõe a aplicação de critérios supletivos relativamente à parte remanescente.¹⁰¹⁵ Trata-se de uma derivação do princípio da autonomia da vontade que permite às partes não só a eleição da lei aplicável a uma parte do contrato, mas ainda e por recurso ao argumento a *minori ad majus*, da eleição de duas ou mais leis aplicáveis a partes distintas do contrato, sem limitações.¹⁰¹⁶

Esta última situação, poderá comportar dificuldades acrescidas na determinação do regime subsumível a cada parte do contrato, as quais serão resolvidas mediante a aplicação da lei escolhida para cada parte como um todo individualizado, aplicando-se à respetiva escolha as limitações resultantes de cada uma delas.

A utilização do fracionamento contratual deve ser moderada por forma a não comprometer a coerência do contrato,¹⁰¹⁷ prevalecendo na prática europeia a sujeição do contrato a um regime jurídico unitário.¹⁰¹⁸

¹⁰¹⁵ Pronunciando-se quanto à Convenção de Roma, no sentido de que “o número 1 do artigo 3.º reconhece a faculdade de designação da lei aplicável a uma parte do contrato. Nesse caso, a lei aplicável às outras partes do contrato deverá ser determinada em conformidade com os critérios de conexão objetivos, previstos no artigo 4.º”, BALLARINO, Titto - Diritto internazionale privato. Padova: Cedam, 1999, p. 619. No mesmo sentido o relatório GIULIANO, Mario ; LAGARDE, Paul (1980) – Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations ..., 1980, p. 16. A admissibilidade do fracionamento contratual vem também prevista nos Princípios da Haia no art.º 2 / 2, a) e b), sendo a determinação da lei aplicável na falta de indicação específica quanto à regulação de uma parte remanescente do contrato, efetuada pelo tribunal ou pelo tribunal arbitral, consoante a solução aplicável ao caso concreto. Assim THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW - Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts..., § 2.7, p. 37.

¹⁰¹⁶ No sentido de o fracionamento ter sido consagrado na Convenção de Roma e no Regulamento Roma I, por influência das teorias americanas ver respetivamente MONÉGER, Françoise - Droit international privé. 2e éd. Paris : Litec, 2003, p. 160 e MONÉGER, Françoise - Droit international privé. 8ª ed. Paris : LexisNexis, 2018, p. 234. Considerando não existir limitação ao fracionamento na Convenção de Roma MÉLIN, François, - Droit international privé. 7ª ed. Paris : Gualino, 2016, p. 167; MOUSSERON, Jean-Marc [et al.] - Droit du commerce international : droit international de l'entreprise. 3e éd. Paris : Litec, 2003, p. 96; KASSIS, Antoine - Le nouveaux droit européen des contrats internationaux. Paris: L.G.D.J., 1993, p. 356 e ss.; AUDIT, Bernard - Droit international privé. Paris: Economica, 2006, p. 661; BALLARINO, Titto - Diritto internazionale privato. Padova: Cedam, 1999, p. 619. Quanto ao Regulamento Roma I, AUDIT, Bernard – Droit international privé. 8ª éd. Paris. L.G.D.J., 2018, p. 859-860.

¹⁰¹⁷ No sentido de que a única restrição ao fracionamento consiste na manutenção da coerência do contrato JACQUET, Jean Michel; DELEBECQUE, Philippe, CORNELOUP, Sabine - Droit du commerce international. 2ª ed. Paris: Dalloz, 2010, p. 212; JACQUET, Jean Michel - La theorie de l'autonomie de la volonté. In Sabine Courneloup; Natalie Joubert (Eds.), Le Règlement Communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux. Paris: LexisNexis, 2011, p. 13.

¹⁰¹⁸ A este propósito e no sentido de que “a autónoma disciplina da forma, da capacidade e dos efeitos reais, comporta um certo fracionamento na disciplina do contrato, isto é, a aplicação de diferentes leis aos diversos aspetos da *fattispecie*” e que, “todavia, se trata de um fenómeno limitado, porque é prevalecente, na Europa, a tese da sujeição de todos os elementos constitutivos e dos efeitos do contrato a uma única lei.”, BALLARINO, Titto - Diritto internazionale privato. Padova: Cedam, 1999, p. 36 e ss.

2.8. ALTERAÇÃO DA ESCOLHA DE LEI

Quanto à possibilidade de alteração da lei escolhida, o Regulamento Roma I mantém a solução consagrada no instrumento homólogo, o número 2 do artigo 3.º do Regulamento Roma I, tem o mesmo teor do número 2 do mesmo artigo da Convenção de Roma.¹⁰¹⁹ Mantém-se a possibilidade de as partes elegerem a lei aplicável ao seu contrato, tanto em momento anterior à sua celebração, quanto posteriormente.¹⁰²⁰

A tutela da autonomia da vontade permitiu a consagração da faculdade de alteração da lei aplicável ao contrato mesmo após o início da sua execução, no entanto, salvaguardou o legislador da UE a manutenção da validade formal do contrato, bem como a proteção dos interesses de terceiros.¹⁰²¹

A alteração da lei reguladora do contrato pode ser efetuada a todo o tempo, protegendo-se a segurança no comércio jurídico, uma vez que a validade do contrato nunca pode ser colocada em questão e ao proteger-se a segurança no comércio jurídico, ficam desde logo acautelados, de modo genérico, os interesses de terceiros. Essa proteção é assegurada, em concreto, inviabilizando-se que a alteração da lei aplicável tenha o efeito de prejudicar esses interesses. A proteção e a consagração da autonomia têm a sua razão de ser no facto de permitir às partes a escolha da lei que melhor se aplique à defesa dos seus interesses, mas não pode servir para encobrir intuítos fraudulentos.

¹⁰¹⁹ E 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. Qualquer modificação quanto à determinação da lei aplicável, ocorrida posteriormente à celebração do contrato, não afeta a validade formal do contrato, nos termos do artigo 11.º, nem prejudica os direitos de terceiros.” A alteração da previsão constante da Convenção de Roma limitou-se à “lei que antecedermente o regulava”, passando o Regulamento Roma I a prever “a lei que precedentemente o regulava”, alterou-se a referência a Convenção para Regulamento e em vez de o artigo remeter para o artigo 9.º, passou a remeter para o artigo 11.º.

¹⁰²⁰ A Convenção consagrou uma solução que não correspondia senão parcialmente às soluções consagradas pelos ordenamentos jurídicos ou pela jurisprudência dos Estados signatários. A jurisprudência italiana, não admitia a alteração da escolha em momento posterior, ao contrário do que sucedia com a Alemanha e com a França. Assim o relatório GIULIANO, Mario ; LAGARDE, Paul (1980) – Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations ..., p. 17-18. Como se explica no mesmo relatório, p. 18, “The liberal solution adopted by the Group seems to be in accordance with the requirement of logical consistency”. Considerando a exigência de coerência que levou a que o texto convencional retivesse a solução mais abrangente em termos autonomistas, “[...] mais não é do que uma reiterada homenagem ao princípio da liberdade contratual das partes (em qualquer momento) [...]”, PROENÇA, José João Gonçalves de – *Direito internacional privado*. Lisboa: Universidade Lusíada, 2005. Vol. 2, p. 136. No entanto, era necessário delimitar o âmbito dessa autonomia, consagrando-se que a escolha posterior, haveria de estar submetida às mesmas regras que delimitaram a escolha da lei anterior.

A aplicação ou não desta parte final do número a que nos reportamos, dependerá do estado de execução do contrato e do seu próprio conteúdo, não devendo as meras expectativas jurídicas, funcionar como condicionantes à alteração do regime jurídico da sua substância. A solução é atualmente, aparentemente, consensual, e como tal se encontra consagrada nos Princípios da Haia (art.º 2.º/3).

¹⁰²¹ No mesmo sentido o disposto no art.º 2, n.º 3 dos Princípios da Haia.

Resulta do princípio da autonomia da vontade, a possibilidade de escolha da lei aplicável à substância do contrato, mas também a faculdade de alteração dessa escolha.

A possibilidade de alteração da lei aplicável fica condicionada a não afetar a validade formal do contrato, como previsto no artigo 11.º e a não prejudicar direitos de terceiros.

A preocupação do legislador fundou-se na necessidade de assegurar que se mantém a validade formal do contrato.

Neste especto, a ponderação entre o interesse de que a execução do contrato não seja afetada pela eleição da nova lei e os terceiros não sejam prejudicados com a nova escolha e o interesse das partes em poderem alterar a sua escolha a todo o tempo, levou a que o legislador tutelasse principalmente a solução que garante uma execução estável do contrato.¹⁰²²

2.9. DISPOSIÇÕES NÃO DERROGÁVEIS POR ACORDO

As limitações à escolha de lei vêm consagradas nos n.ºs 3 e 4 do artigo *sub iudice*.

O Regulamento Roma I vem ocupar-se da matéria designada no seu instrumento homólogo como disposições imperativas, alterando a designação, em face do disposto no n.º 3 do artigo 3.º para disposições não derogáveis por acordo, prevendo que a escolha de uma lei relativamente a um contrato que tem todos os seus elementos localizados num único país, não pode ter por efeito afastar as disposições não derogáveis por acordo (imperativas) da lei desse país.¹⁰²³

Esta disposição está formulada em termos idênticos à disposição homóloga constante da Convenção de Roma, tal como salientado no considerando 15.º, do qual consta que não se pretende alterar substancialmente o artigo 3.º n.º 3 da Convenção de Roma. O legislador introduziu ligeiras alterações¹⁰²⁴ que se destinam a alinhar a sua previsão com o disposto no artigo 14.º n.º 2 do Regulamento Roma II.¹⁰²⁵ Conforme se prevê no

¹⁰²² Neste sentido o relatório GIULIANO, Mario ; LAGARDE, Paul (1980) – Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations..., p. 17.

¹⁰²³ Diferente é a previsão contida nos Princípios da Haia que apenas possibilita a escolha de lei se o contrato tiver elementos de ligação com mais de um ordenamento jurídico. Nestes princípios a internacionalidade relevante não pode resultar da escolha de lei. Considerando um corolário desta exigência (de que o contrato não seja apenas um contrato interno) o facto de a internacionalidade não poder basear-se apenas na escolha de lei. SYMEONIDES, Symeon C. – The Hague principles on the choice of law for international contracts: preliminary comments. *AM. J. COMP. L.* 61 : 4 (2013) 879.

¹⁰²⁴ O legislador suprimiu a referência à lei escolhida pelas partes como uma “lei estrangeira”, e a disposição não contém qualquer referência à localização dos elementos da situação no país do foro.

¹⁰²⁵ Neste sentido, quanto à última versão da proposta de Regulamento Roma I e considerando que as alterações se destinam a facilitar a sua interpretação quer pelos agentes económicos quer pelos órgãos

mentionado considerando, “[e]sta regra será de aplicação independentemente de a escolha da lei aplicável ser ou não acompanhada da escolha de um tribunal ou de outro órgão jurisdicional.”

A disposição visa limitar os efeitos da escolha de lei nas situações originariamente conetadas com um único Estado-Membro¹⁰²⁶ e que apenas passam a ter uma conexão com outro Estado-Membro em virtude da escolha de lei efetuada pelas partes.¹⁰²⁷ São as situações designadas de internacionalidade subjetiva.¹⁰²⁸

A disposição teve a sua origem num compromisso entre diferenças de opinião no seio do grupo de trabalho que preparou a Convenção.¹⁰²⁹

aplicadores do direito. WAGNER, Rolf – Der Grundsatz der Rechtswahl und das mangels Rechtswahl anwendbare Recht (Rom I-Verordnung). *IPRax*. (2008) 380.

¹⁰²⁶ Quanto à possibilidade de as partes poderem eleger uma lei estrangeira para reger um contrato interno, questionava-se, ainda no decurso dos trabalhos preparatórios do Regulamento, se o regulamento poderia ou deveria aplicar-se em tal caso. Sobretudo se esse contrato interno não tivesse “incidência transfronteiriça”, situação em que não interessaria ao “bom funcionamento do mercado interno”, ou se deveria a matéria ser deixada no âmbito dos Direitos internacionais privados dos Estados-Membros. Outra dúvida residia no facto de saber se um contrato celebrado entre uma sociedade de um Estado-Membro e outra de um Estado não Membro da UE, na medida em que pouca ou nenhuma ligação apresentaria com o mercado interno, deveria ser sujeito à regulação pelo futuro instrumento. Quanto a estes exemplos e considerando que seguindo o raciocínio desenvolvido, o instrumento resultante da comunitarização da Convenção de Roma apenas devia aplicar-se aos contratos intracomunitários, GAUDEMET-TALLON, Hélène – Le droit international privé des contrats dans un ensemble régional: l'exemple du droit communautaire. In Talia Einhorn; Siehr, Kurt (Ed.), *Intercontinental cooperation through private international law: essays in memory of Peter E. Nygh*. Den Haag: T.M.C. Asser Press, 2004, p. 125.

¹⁰²⁷ De acordo com o relatório GIULIANO, Mario ; LAGARDE, Paul (1980) – Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations ..., p. 18, a disposição é aplicável a situações puramente internas a um Estado-Membro cuja regulação é submetida a uma lei estrangeira em virtude da escolha das partes. Neste sentido, HOLLANDER, Pascal - Conflits de lois et de juridictions et questions touchant à l'arbitrage en matière de contrats de distribution commerciale. In Didier Putzeys (Dir.), *Regards croisés sur la distribution: concession, agence et franchise*. Bruxelles: Larcier, 2015, p. 147. No âmbito da Convenção de Roma, no mesmo sentido GAUDEMET-TALLON, Hélène – Le droit international privé des contrats dans un ensemble régional: l'exemple du droit communautaire. In Talia Einhorn; Siehr, Kurt (Ed.), *Intercontinental cooperation through private international law: essays in memory of Peter E. Nygh*. Den Haag: T.M.C. Asser Press, 2004, p. 120; ESPLUGUES MOTA, Carlos – Régimen jurídico de la contratación. In *Contratación internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 67; BONOMI, Andrea – La Convenzione di Roma sulle legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. In Paolo Cendon (Dir.), *Il diritto privato nella giurisprudenza*. Torino: UTET, 2004, Vol. 11, p. 636; JACQUET, Jean Michel; DELEBECQUE, Philippe, CORNELOUP, Sabine - *Droit du commerce international*. 2ª ed. Paris: Dalloz, 2010, p. 211-212; BALLARINO, Titto; BALLARINO, Eleonora; PRETELI, Ilaria - *Diritto internazionale privato italiano*. 8ª ed. Padova: Wolters Kluwer / Cedam, 2016, p. 267; GUTMANN, Daniel – *Droit international privé*. 5ª ed. Paris: Dalloz, 2007, p. 210.

¹⁰²⁸ RAMOS, Rui Moura – *Estudos de direito internacional privado da União Europeia*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 82.

¹⁰²⁹ Neste sentido o relatório GIULIANO, Mario ; LAGARDE, Paul (1980) – Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations ..., p. 18, e que corresponde à posição defendida designadamente pelos peritos britânicos no sentido de que em certas situações “a escolha pelas partes de uma lei estrangeira será plenamente justificada, se bem que a situação não apresente qualquer outro elemento de estraneidade”. Aludindo à referida sugestão, LAGARDE, Paul – Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 Juin 1980. *RCDIP*. 2 (1991) 287 e ss.; JACQUET, Jean-Michel – Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution, in vers des nouveaux équilibres entre ordres juridiques. In Tristan Azzi [et al.], *Vers des nouveaux équilibres entre ordres juridiques: liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*. Paris: Dalloz, 2008, p. 727 e ss e 730; MORSE, C. G. J. – *Morris, Dicey, & Collins on the conflict of laws*. Londres: Sweet & Maxwell, 2014, Vol. 2, p. 1829.

Essas diferenças resultavam de um primeiro ponto de vista de acordo com o qual a escolha de lei só deveria ser permitida se existisse um elemento de estraneidade prévio a essa possibilidade. Esta era a solução constante do anteprojeto de 1972 que previa a aplicação da Convenção de Roma apenas às situações internacionais. Outro ponto de vista, proposto especialmente pelo Reino Unido, defendia a inexistência dessa limitação devido a ser possível pensar em situações em que aparentemente não existe qualquer elemento internacional, mas relativamente às quais a escolha de uma lei estrangeira pelas partes é justificada.¹⁰³⁰

Prevaleceu esta última posição na Convenção de Roma.

No âmbito da comunitarização da Convenção de Roma, a Comissão previu, na proposta de Regulamento Roma I, uma redação quanto ao n.º 3 do artigo 3.º no sentido de que a escolha de lei aplicável, “acompanhada ou não da escolha de um tribunal estrangeiro, não pode, sempre que todos os elementos da situação se localizem num único país no momento dessa escolha, prejudicar a aplicação das disposições não derogáveis por acordo nos termos da lei desse país.” Como explicado pela Comissão, a redação proposta, encontrava o seu fundamento na necessidade de se pretender afastar a possibilidade de fraude à lei,¹⁰³¹ impondo a aplicação das “disposições imperativas

¹⁰³⁰ MORSE, C. G. J. – Morris, Dicey, & Collins on the conflict of laws. Londres: Sweet & Maxwell: 2014. Vol. 2, p.18. A fonte inspiradora terá, aparentemente, sido encontrada no AMERICAN LAW INSTITUTE – Restatement of the law (second), St. Paul: American Law Institute Publishers, 1971, §187 (2), o qual, de acordo com a revisão de 1986, prevê “its effect is that a choice of law will not override the mandatory rule of another legal system if: (a) the chosen law has no substantial relationship with the parties or the transaction and there is no other reasonable basis for the choice; or (b) application of the chosen law would be contrary to the fundamental public policy of a State which has a materially greater interest than the chosen State in the determination of the issue and which would (but for the choice of law) be the State of the applicable law.”

¹⁰³¹ Como previsto no § 3.º do Artigo 3.º da exposição de motivos da proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a lei aplicável às obrigações contratuais [COM (2005) 650 final]. A referência ao instituto não é acompanhada de qualquer noção de fraude à lei. O que se compreende dada a falta de unanimidade quanto à sua caracterização nos Estados-Membros da UE. Constatando que “a fraude à lei é reconhecida como um instituto jurídico de alcance geral em alguns sistemas (como o francês). Não é o caso dos sistemas da *Common Law* nem do Direito alemão. No Direito português, o ponto é controverso” e ainda que “a doutrina dominante em Itália e alguns autores germânicos negam a relevância autónoma da fraude à lei neste ramo do Direito”, PINHEIRO, Luís de Lima – Direito internacional privado. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, Vol. 1, p. 561-563. Esta falta de unanimidade ao nível dos diferentes direitos materiais, tem reflexos no Direito de conflitos, podendo constituir uma dificuldade acrescida em matéria de melhor esclarecimento do instituto ao nível do Direito da União, quanto à aplicação dos regulamentos e outros normativos. A matéria careceria de melhor enquadramento que poderia ser providenciado por uma iniciativa transversal como a que chegou a ser sugerida por Paul Lagarde quanto a uma Proposta de Regulamento Roma 0. Ver Capítulo I, Parte I. Em face do direito material e na ótica dos defensores da sua autonomia, a fraude à lei consubstancia uma violação indireta de uma norma proibitiva. Ao nível do Direito de Conflitos “a ideia geral é a mesma, mas o processo é diferente. Trata-se geralmente de alcançar o resultado que a norma proibitiva visa evitar, mas a manobra defraudatória consiste no afastamento da lei que contém essa norma proibitiva, na fuga de uma ordem jurídica para outra. Mas também é concebível a defraudação de normas imperativas não proibitivas (por exemplo, as que estabeleçam requisitos de forma de negócios jurídicos) através do afastamento da lei que os contém.”, como explica PINHEIRO, Luís de Lima – Direito internacional privado. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. 1, p. 562. O instituto da fraude à lei comporta dois elementos, um objetivo, que consiste na manipulação com êxito do elemento de conexão; outro subjetivo ou volitivo, que consiste na vontade de afastar a disposição imperativa que normalmente seria aplicada, se não fosse a fraude. Esta vontade tem de ser

internacionais na aceção do artigo 8.^o¹⁰³² e “das normas imperativas na aceção do direito interno de um sistema jurídico.” No entanto, na versão da proposta de Regulamento datada de 31 de março de 2008, a matéria passou a estar prevista no número 3 com a seguinte redação: “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.”

Tal preocupação aparece também na proposta da Comissão como a *ratio legis* do número 5 do artigo 3.^o que prevê que “a escolha das partes da lei de um Estado não membro não pode prejudicar a aplicação das disposições imperativas do direito comunitário se estas fossem aplicáveis ao caso em apreço.” No entanto, também a letra deste artigo vem a ser alterada prevendo-se na versão de 31 de março de 2008 que “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 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.”

A referência à fraude à lei constante da exposição de motivos da Proposta de Regulamento quanto ao número 3 do artigo 3, não foi vertida, expressamente, para a versão final.

Alguma doutrina defende que as partes não podem escolher uma lei com o objetivo específico de se subtraírem à aplicação da lei que de outra forma seria considerada

dolosa, não há fraude negligente. Concluindo que se têm “por verificados os pressupostos de que depende a actuação deste instituto quando um dado elemento de conexão é realizado por forma anormal e apenas em razão da sua consequência jurídica própria (a aplicação de uma determinada regulamentação jurídico-material)”, RAMOS, Rui Moura - O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a teoria geral do direito internacional privado: desenvolvimentos recentes. In Estudos de homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço. Coimbra: Almedina, 2002. Vol. 1, p. 458.

¹⁰³² O número 1 do artigo 8.^o proposto tinha a seguinte redação: “as disposições imperativas são disposições cujo respeito é considerado fundamental por um país para a salvaguarda da 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 aplicável ao contrato em conformidade com o presente regulamento.” A Comissão explica o sentido que deve ser conferido às disposições imperativas internacionais na exposição de motivos, salientando desde logo que essa disposição se inspirou na jurisprudência do TJ 23.11.1999, caso Jean-Claude Arblade e Arblade & Fils SARL (C-369/96) e Bernard Leloup, Serge Leloup e Sofrage SARL (C-376/96), [CJ (1999) I-8498], de acordo com o qual a qualificação das normas nacionais como normas imperativas não faculta o desrespeito pelas disposições do Tratado e por esse motivo deve entender-se por disposições imperativas internacionais apenas aquelas normas nacionais cuja justificação possa ser considerada pelo direito comunitário como exceção às liberdades comunitárias expressamente previstas no direito originário.

competente.¹⁰³³ No domínio da escolha da lei aplicável aos contratos internacionais, tal preocupação não é, regra geral, de admitir.

A solução consagrada, visa prevenir situações de fraude à lei,¹⁰³⁴ salvaguardando as disposições imperativas dos Estados nos quais se localizam todos os elementos de conexão, exceto a escolha de lei,¹⁰³⁵ salvaguardando a aplicação das disposições não derogáveis por acordo das partes, que seriam concretamente aplicáveis.¹⁰³⁶

A aproximação das legislações dos Estados-Membros da UE ao nível do direito de conflitos¹⁰³⁷ e o primado oriundo daquele ordenamento, esbateram progressivamente as restrições às liberdades comunitárias e contribuíram para o surgimento de uma nova conceção do instituto da fraude à lei, imposta pelo novo enquadramento legal supranacional e neste caso, mais propriamente, do enquadramento legal decorrente quer do direito primário quer do direito derivado da UE. A tentativa de alterar a lei que seria normalmente aplicável, em virtude da manipulação de um elemento de conexão ou da internacionalização fictícia de uma situação puramente interna, com o resultado de não ficar a situação cuja regulação se pretende, submetida a uma lei que protegia interesses legítimos de um determinado Estado, pode suscitar a recusa de efeitos jurídico-privados, que dolosamente se pretendeu que fossem produzidos.¹⁰³⁸ Esta recusa só poderá atuar se esses efeitos não forem conformes àqueles que se produziriam se fosse aplicada a regra cuja aplicação se pretende afastar. Esta ponderação aplicável em termos gerais no direito internacional privado é, também, suscetível de ser efetuada em face de uma suposta internacionalização artificial de uma pessoa coletiva, quando se pretende configurá-la como um ente internacional por recurso à manipulação de um elemento de conexão, como sucede no caso da fixação da sua sede ou da sua constituição – no caso de a lei pessoal da pessoa coletiva ser, de acordo com o país em que é constituída, a

¹⁰³³ Neste sentido quanto à Convenção de Roma, PISSORT, William; SAERENS, Patrick – *Initiation au droit commercial international*. Bruxelles: De Boeck, 2004, p. 205.

¹⁰³⁴ Assim VICENTE, Dário Moura – A crise económica mundial e os contratos internacionais. *Revista de Direito Civil*. 2:3 (2017) 624 e CALVO CARAVACA, Alfonso Luís ; CARRASCOSA GONZALÉZ, Javier ; CAAMÍÑA DOMÍNGUEZ, Celia – *Litigación internacional en la Unión Europea II: la ley aplicable a los contratos internacionales: comentario al reglamento Roma I*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2017, p. 93.

¹⁰³⁵ Configurando-se assim um contrato interno. Neste sentido, BONOMI, Andrea – *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*. Zurich: Verlag, 1998, p. 19.

¹⁰³⁶ Por via da incorporação por referência. No sentido de não existindo um elemento de estraneidade relevante, a escolha de uma lei estrangeira pelas partes não prejudica aplicação das disposições não derogáveis por acordo da lei do país em cujo território se localizam todos os elementos relevantes, existindo nesse caso uma incorporação por referência da lei estrangeira, CALLIESS, Galf-Peter – *Rome regulations: commentary on the European rules of the conflict of laws*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2011, p. 84.

¹⁰³⁷ Mas que, aparentemente, também ocorre ao nível do direito material, pela via da transposição de Diretivas designadas como de harmonização plena, como sucede com as Diretivas mencionadas na Parte I, Capítulo III.

¹⁰³⁸ RAMOS, Rui Moura - O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a teoria geral do direito internacional privado: desenvolvimentos recentes. In *Estudos de homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*. Coimbra: Almedina, 2002. Vol. 1, p. 458-550.

lei desse país –, num país estrangeiro.¹⁰³⁹ No entanto, a análise efetuada pelo tribunal de justiça em casos reconduzidos à liberdade de estabelecimento, em que poderá ter estado em causa, numa perspetiva que o direito internacional privado tradicional providenciaria, a internacionalização fictícia de uma entidade em casos com a fatualidade supra apontada, não é no sentido de se considerar a existência de fraude à lei.

Na decisão proferida no caso Centros,¹⁰⁴⁰ O Tribunal de Justiça analisa, em sede de reenvio prejudicial, a compatibilidade de uma recusa do registo pela administração dinamarquesa¹⁰⁴¹ de uma sucursal de uma sociedade comercial, a Centros, Ltd, uma “*private limited company*” que havia sido constituída no Reino Unido,¹⁰⁴² com disposições do direito primário. Tal recusa fundava-se nas disposições de direito interno dinamarquês sendo suscitada a apreciação da sua compatibilidade com as disposições contidas nos artigos 52.º e 58.º do Tratado CE.

A sociedade que havia sido constituída entre dois dinamarqueses, casados entre si, não havia jamais exercido qualquer atividade no Estado da sua constituição – Reino Unido –, visando os interessados, de acordo com a administração dinamarquesa, subtrair-se à aplicação da lei desse Estado relativa à liberação do capital social mínimo. O Tribunal considerou que “o facto de um nacional de um Estado-Membro, que pretenda criar uma sociedade, optar por constituí-la num Estado-Membro cujas regras de direito das sociedades lhe parecem menos rigorosas e criar sucursais noutros Estados-Membros não pode constituir, em si, um uso abusivo do direito de estabelecimento. Com efeito, o direito de constituir uma sociedade em conformidade com a legislação de um Estado-Membro e de criar sucursais noutros Estados-Membros é inerente ao exercício, num mercado único, da liberdade de estabelecimento garantida pelo Tratado.”¹⁰⁴³ Sublinhou, assim, o Tribunal de Justiça, a irrelevância quer da conduta, potencialmente qualificável como fraudulenta de acordo com a doutrina tradicional, quer da intenção supostamente

¹⁰³⁹ Sendo este ponto que suscita a questão legítima de saber se os interesses que foram ponderados tendo em vista a consagração de uma dada conexão, que afinal não é observada, não imporão a intervenção do interesse da autoridade da ordem jurídica rejeitando os efeitos que se pretende sejam produzidos, na sequência de uma ação fraudulenta, repondo a conexão normal e os respetivos efeitos jurídicos, solução consagrada no direito de conflitos interno (artigo 21.º do Código Civil).

¹⁰⁴⁰ TJ 09.03.1999, caso Centros Ltd contra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, proc. C- 212/97, [CJ (1999) I-1484].

¹⁰⁴¹ No caso a Erhvervs-og Selskabsstyrelsen (Direção-Geral do Comércio e das Sociedades).

¹⁰⁴² Registada em 18 de maio de 1992 em Inglaterra e no País de Gales.

¹⁰⁴³ N.º 27.

fraudatória, de acordo com a referida doutrina, em face do direito de estabelecimento consagrado no Tratado.¹⁰⁴⁴

Noutro caso respeitante à liberdade de estabelecimento se pronunciou a instância suprema da jurisdição da UE no Acórdão proferido no Caso Inspire Art Ltd.,¹⁰⁴⁵ em que foram partes a Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam (Câmara de Comércio e de Indústria de Amesterdão) e a sociedade de direito inglês Inspire Art Ltd (“Inspire Art”). Sendo esta última uma sociedade privada de responsabilidade limitada, constituída em 28 de julho de 2000 no Reino Unido, que iniciou as suas atividades em 17 de agosto do mesmo ano, com sede em Folkestone (Reino Unido) e sucursal em Amesterdão e que se dedica à venda de objetos de arte

Estava agora em questão a compatibilidade do teor dos artigos 43.º, 46.º e 48.º do Tratado CE com a exigência da lei sobre as sociedades formalmente estrangeiras (Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen (WFBV),¹⁰⁴⁶ que prevê a obrigação de a sucursal da sociedade mencionada averbar à sua inscrição no registo comercial neerlandês, a expressão “*formeel buitenlandse vennootschap*” (sociedade formalmente estrangeira), passando a mesma expressão a ser usada no giro comercial.¹⁰⁴⁷ Acresce que o seu único administrador, se encontrava domiciliado em Haia (Holanda), e estava autorizado a desenvolver o objeto social da sociedade sozinho e de modo autónomo em nome desta.

A sociedade Inspire Art desenvolvia, em exclusivo, as suas atividades comerciais na Holanda, encontrando-se a sua sucursal nesse território registada no registo comercial sem a menção de se tratar de uma sociedade formalmente estrangeira.¹⁰⁴⁸ Entendendo que a mesma era uma sociedade “*formeel buitenlandse vennootschap*” (sociedade formalmente estrangeira)¹⁰⁴⁹, a Câmara de Comércio e de Indústria de Amesterdão, considerando que essa menção era obrigatória, instaurou uma ação judicial, em 30 de outubro de 2000, no Kantongerecht te Amsterdam, pedindo que fosse ordenado que a Inspire Art Ltd. completasse a sua matrícula no registo comercial com o aditamento da

¹⁰⁴⁴ RAMOS, Rui Moura - O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a teoria geral do direito internacional privado: desenvolvimentos recentes. In Estudos de homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço. Coimbra: Almedina, 2002. Vol. 1, p. 458-459.

¹⁰⁴⁵ TJ 30.09.2003, caso Inspire Art, proc. C-167/01 [CJ (2003) I-10195 e ss].

¹⁰⁴⁶ De 17 de dezembro de 1997 (Staatsblad 1997, n.º 697).

¹⁰⁴⁷ Obrigação que decorria do carácter imperativo do artigo 1.º da mencionada lei.

¹⁰⁴⁸ N.º 35.

¹⁰⁴⁹ De acordo, como pretendia essa entidade, com o conceito constante no artigo 1.º WFBV, e que como indicado no ponto 22 da decisão *sub iudice*, define “sociedade formalmente estrangeira” como a “sociedade de capitais, com personalidade jurídica, que tenha sido constituída em conformidade com um direito que não o neerlandês, que exerça as suas actividades integral ou quase integralmente nos Países Baixos e que, além disso, não tenha uma ligação efectiva com o Estado em que se aplica a legislação em conformidade com a qual foi constituída”.

menção “sociedade formalmente estrangeira”, nos termos do artigo 1.º da WFBV.¹⁰⁵⁰ A questão suscitada não se reconduzia a uma exigência meramente formal, na medida em que não se tratava exclusivamente de proceder a sociedade ao aditamento da menção referida, mas antes se consubstanciava na imposição de obrigações acrescidas às sociedades com esse estatuto. Tratava-se assim de, sujeitando a sociedade em questão ao estatuto de sociedade formalmente estrangeira, do mesmo decorrendo o cumprimento de obrigações especialmente previstas nessa lei¹⁰⁵¹ e não aplicáveis às sociedades nacionais, nem às sucursais sem esse estatuto, exigir alterações substanciais quanto ao funcionamento da sociedade naquele país. A Inspire Art invocou que a sua matrícula não estava incompleta, considerando que não preenchia as condições constantes do artigo 1.º da WFBV. Subsidiariamente, e para o caso de não ser esse o entendimento do tribunal *a quo*, veio aduzir que essa lei era contrária à liberdade de estabelecimento, em especial ao disposto nos artigos 43.º e 48.º do Tratado CE, considerando as obrigações adicionais a que pretendia sujeitá-la. Vindo o Kantongerecht te Amsterdam, por decisão de 5 de fevereiro de 2001, a entender que a sociedade demandada era uma sociedade formalmente estrangeira,¹⁰⁵² mas tendo dúvidas sobre a compatibilidade da WFBV com o direito comunitário, suspendeu a instância e formulou o competente reenvio prejudicial ao tribunal de justiça. Esta instância decidiu favoravelmente a pretensão subsidiária formulada pela demandada, considerando a WFBV contrária aos artigos 43.º e 48.º do Tratado CE, na medida em que aquela sujeita *in casu* a liberdade de estabelecimento por parte de uma sociedade constituída de acordo com a legislação de outro Estado-Membro a condições especiais previstas em disposições de direito interno, relativas à sua constituição, ao seu capital social mínimo e à responsabilidade dos administradores.¹⁰⁵³ Acrescentando, ainda, na esteira de anterior jurisprudência, que “as razões pelas quais a sociedade foi constituída no primeiro Estado-Membro, bem como a circunstância de ela exercer as suas atividades exclusiva ou quase exclusivamente no Estado-Membro de estabelecimento

¹⁰⁵⁰ N.º 36.

¹⁰⁵¹ N.º 36. Ficando essas entidades e os seus administradores, sujeitos às disposições constantes, em especial, dos artigos 2.º a 7.º da WFBV, descritas nos pontos 23 a 32 da decisão e que são relativas quer à sociedade, quer aos seus administradores. No que respeita à sociedade, as obrigações incidem sobre a sua matrícula no registo comercial com a menção de “sociedade formalmente estrangeira”, sobre a indicação dessa qualidade nos seus documentos, sobre o capital mínimo e a elaboração, a realização e a publicação dos documentos anuais. Quanto aos administradores, prevê-se a sua responsabilidade solidária com a sociedade, enquanto as exigências legais relativas ao capital e aos fundos próprios não estiverem verificadas. Acresce a sua obrigação de comprovar a manutenção da matrícula da sociedade no direito designado como lhe sendo aplicável, junto do registo comercial neerlandês até 1 de abril de cada ano (artigo 5.º n.º 4 da WFBV) e a equiparação dos administradores de facto aos administradores de direito. O incumprimento desses normativos é sancionado nos termos dessa lei.

¹⁰⁵² N.º 38.

¹⁰⁵³ N.º 105.

não a privam, a menos que se demonstre, caso a caso, a existência de um abuso, do direito de invocar a liberdade de estabelecimento garantida pelo Tratado.”¹⁰⁵⁴

Algumas posições mais estremadas entendem o enquadramento dado à questão pelo Tribunal de Justiça quer como uma posição de tolerância da fraude à lei,¹⁰⁵⁵ quer como uma necessidade de limitação desse instituto ou o seu fim¹⁰⁵⁶ em virtude da impossibilidade de estabelecimento de restrições à autonomia privada.

Em todo o caso, o novo enquadramento deste instituto, implica, face à doutrina tradicional,¹⁰⁵⁷ uma nova ponderação em face das liberdades fundamentais consagradas no direito da UE, à luz das quais e em particular, dos objetivos que as mesmas visam alcançar, o comportamento dos intervenientes deve ser ponderado. Se

¹⁰⁵⁴ N.º 105.

¹⁰⁵⁵ Considerando que a Jurisprudência do Tribunal de Justiça relativamente à fraude à lei, a sobretudo a propósito da liberdade de estabelecimento tem tido uma posição de tolerância, fundando-se a mesma na liberdade de escolha do lugar da constituição da sociedade, (TJ 09.03.1999, caso Centros Ltd contra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, proc. C- 212/97, [CJ (1999) I-1493] n.º 27; TJ 30.09.2003, caso Inspire Art, proc. C-167/01 [CJ (2003) I-10208] n.º 38. VRELLIS, Spyridon – Abus et fraude dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes. In Vers des nouveaux équilibres entre ordres juridiques: Liber Amicorum Hélène Gaudemet-Tallon. Paris: Dalloz, 2008, p. 640.

¹⁰⁵⁵ No sentido de que, em face das decisões do Tribunal de Justiça, o instituto da fraude à lei foi relegado para segundo plano, BARIATTI, Stefania – Forum shopping, abus de droit et droit international privé européen: quelques réflexions. In J. Forner Delaguerre [et al.], Entre Bruselas y la Haia: estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional privado: Liber Amicorum Alegría Borrás. Paris: Marcial Pons, 2013, p. 162

¹⁰⁵⁶ KINSCH, Patrick – Quel droit international privé pour une époque néolibérale? In Vincent Heuzé [et al.], Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer. Paris: LGDJ, 2015, p. 387. Defende este autor a limitação ou o fim da exceção da fraude à lei considerando que esse mecanismo não é verdadeiramente compatível com um sistema de direito internacional privado que valorize o exercício pelas partes da sua autonomia. Manifesta o seu entendimento no sentido de que a doutrina liberal ensinará que se esta doutrina deva sobreviver, o seu campo de aplicação deve ser limitado aos abusos mais graves; em caso algum, o exercício de uma liberdade pode ser reputado como constituindo uma fraude à lei, pois isso seria negar a existência da própria liberdade. Concluindo que esta parece ser a posição do Tribunal de Justiça da UE; o acórdão Centros refere-se ao abuso e à fraude, mas sublinha igualmente que “o direito de constituir uma sociedade em conformidade com a legislação de um Estado-Membro e de criar sucursais noutros Estados-Membros é inerente ao exercício, no mercado único, da liberdade de estabelecimento garantida pelo tratado; e a aplicação tradicional dos princípios da fraude à lei (ao menos tal como ele é configurado em direito internacional privado francês) teriam condenado o recurso pelos empresários dinamarqueses à constituição de uma sociedade em Inglaterra com o único objetivo de evitar as prescrições do direito societário dinamarquês sobre o capital social mínimo, para em seguida fazer funcionar exclusivamente uma sucursal dinamarquesa da sociedade constituída em Inglaterra.”

¹⁰⁵⁷ De acordo com a qual existiria uma situação de fraude. Nesse sentido, em termos gerais, RAMOS, Rui Moura - O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a teoria geral do direito internacional privado: desenvolvimentos recentes. In Estudos de homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço. Coimbra: Almedina, 2002. Vol. 1, p. 459. Considera este autor que existiria “fraude à lei, designadamente, nas situações de internacionalização artificial de uma pessoa coletiva, quando se dá cor ou caráter internacional a uma entidade puramente interna através da simples fixação da sede (ou do lugar da incorporation) num país estrangeiro.” No entanto, considerando o enquadramento específico da questão, entende que “muito embora tal pareça ter ocorrido no caso vertente, o juiz comunitário afastou muito claramente a relevância da conduta fraudulenta e da intenção que lhe presidiu, excluindo assim qualquer abuso dos direitos conferidos pelo Tratado, uma vez que a avaliação de um tal comportamento não pode deixar de ter em consideração os objetivos prosseguidos pelas normas comunitárias. À luz desta consideração, e uma vez que o direito de constituir uma sociedade de acordo com a legislação de um Estado-Membro e de criar sucursais nos Estados-Membros é inerente ao exercício da liberdade de estabelecimento garantida pelo Tratado, não pode considerar-se como uso abusivo do direito de estabelecimento a opção por criar uma sociedade no Estado-Membro cujas regras de direito se apresentem como menos rigorosas, criando em seguida sucursais noutros Estados-Membros.”

uma conduta se enquadra nos princípios estabelecidos na ordem jurídica da UE, não existe a possibilidade de, de acordo com essa ordem jurídica, se considerar a existência de fraude.¹⁰⁵⁸

A jurisprudência Centros deixou muitas questões em aberto. Afirmando apenas que “resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que um Estado-Membro tem o direito de tomar medidas destinadas a impedir que, com base nas facilidades criadas em virtude do Tratado, alguns dos seus nacionais tentem subtrair-se abusivamente à aplicação da sua legislação nacional.”¹⁰⁵⁹ O Tribunal sugere a necessidade de clarificação quanto ao âmbito dessas medidas¹⁰⁶⁰. Neste acórdão, outras questões ficaram também por esclarecer.¹⁰⁶¹

No acórdão Inspire Art, o Tribunal considerou que a aplicação da lei interna holandesa à sociedade em questão consubstanciava um entrave à liberdade de estabelecimento, garantida pelos artigos 43.º e 48.º do Tratado de Roma. Também neste aresto o tribunal manifestou que esta conclusão não seria aplicável se se demonstrasse ter ocorrido um abuso da liberdade de estabelecimento tal como consagrada pelo Tratado.¹⁰⁶² Num caso como noutro, não se definiu claramente em que circunstâncias se deveria concluir pela existência de um abuso que restringisse ou excluísse a aplicação da liberdade de estabelecimento garantida pelo Tratado.¹⁰⁶³ Um enquadramento específico da matéria,

¹⁰⁵⁸ Em sentido concordante reconduzindo o raciocínio do acórdão “aos parâmetros que atualmente enformam o desenvolvimento da teoria da fraude à lei em direito internacional privado.” RAMOS, Rui Moura - O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a teoria geral do direito internacional privado: desenvolvimentos recentes. In Estudos de homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço. Coimbra: Almedina, 2002. Vol. 1, p. 460.

¹⁰⁵⁹ n.º 24.

¹⁰⁶⁰ Esta necessidade é também sublinhada por PINHEIRO, Luís de Lima – Direito internacional privado. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, Vol. 1, p. 563-564, que considera que “será, porém, bem-vinda a clarificação do TUE sobre a possibilidade de a fraude à lei ser autonomamente sancionada dentro do domínio de aplicação dos regulamentos.” Considerando que resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que um Estado-Membro tem o direito de tomar medidas destinadas a impedir que, com base nas facilidades criadas em virtude do Tratado, os seus nacionais possam defraudar a lei, VICENTE, Dário Moura – Direito internacional privado: ensaios. Coimbra: Almedina, 2005. Vol. 2, p. 100.

¹⁰⁶¹ Como sejam quanto a saber “se e em que medida o critério da sede pode continuar a ser aplicado na determinação do estatuto pessoal das pessoas coletivas, passando pela subsistência de instrumentos de proteção relativamente aos comportamentos fraudulentos da sociedade ou dos seus sócios até à desejabilidade da concorrência entre ordens jurídicas, que pode resultar da tendência de cada Estado para delinear a sua legislação em termos que mais se aproximem dos daquele que ofereça condições jurídicas e económicas mais favoráveis à constituição da sociedade no seu território.”, RAMOS, Rui Moura - O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a teoria geral do direito internacional privado: desenvolvimentos recentes. In Estudos de homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço. Coimbra: Almedina, 2002. Vol. 1, p. 457-458.

¹⁰⁶² § n.º 105.

¹⁰⁶³ Entendendo que se tratará da possibilidade de os Estados-Membros poderem impor às sociedades as suas normas imperativas se ocorrerem razões imperativas de interesse geral entendidas de forma restritiva ou de abuso de direito, VICENTE, Dário Moura – Direito internacional privado: ensaios. Coimbra: Almedina, 2005. Vol. 2, p. 106. No entanto, a apontada forma restritiva como devem ser entendidas as razões imperativas de interesse geral, consistirá, também ela, numa fórmula dotada de algum grau de incerteza que não afastará a necessidade de clarificação. Já no que respeita à lei pessoal das sociedades comerciais a consequência será a da aplicação às mesmas da lei do Estado-Membro em que tenham sido constituídas, ainda que tenham um estabelecimento secundário em Portugal e que no nosso país tenham a sua sede

previsto em normativos da UE, cuja necessidade vem sendo apontada pela doutrina,¹⁰⁶⁴ seria esclarecedor, sem prejuízo da previsão normativa da questão por parte dos Estados-Membros e da necessária conformação normativa entre as disposições dos mesmos oriundos. Um acréscimo de previsões, não garante a exclusão da possibilidade de posições antagónicas e a prevalência de novas decisões do Tribunal de Justiça fundadas no direito primário do ordenamento da UE.¹⁰⁶⁵ As decisões do Tribunal de Justiça nesta matéria da liberdade de estabelecimento, que considerando o universo de decisões em matéria de liberdades fundamentais são as que se afiguram de maior relevância para a análise da questão na perspetiva da contratação comercial internacional,¹⁰⁶⁶ não excluem naturalmente posições assumidas pelos Estados-Membros que visem salvaguardar os seus interesses fundamentais. Num horizonte globalizado, em que se configura de extrema facilidade a internacionalização de uma situação mediante a criação de ligações com os países que forem considerados adequados pelas partes para tal efeito, que se traduz necessariamente no esbatimento do conceito de fronteira e no empobrecimento do conteúdo da noção de soberania, muito difícil e de poucos efeitos práticos, se afigura controlar a intenção das partes.¹⁰⁶⁷ Acrescendo que essas intenções podem ser consideradas conformes com a liberdade de estabelecimento. A questão da escolha de uma lei de um Estado-Membro que não tem qualquer ligação com todos os demais elementos do contrato, localizando-se estes últimos num outro Estado-Membro, assim como a escolha de uma lei de um Estado terceiro, caso todos os elementos relevantes do contrato se situem em Estados-Membros da UE, não foi, e bem, relacionada com o instituto da fraude à lei. Deve, em

efetiva, afastando a solução consagrada no artigo 3.º n.º 1 do Código das Sociedades Comerciais, que imporia a aplicação da lei do Estado da sua sede efetiva. Como consequência as questões relativas ao capital social mínimo, aos deveres de publicidade e à responsabilidade dos administradores ficam submetidas àquela lei.

¹⁰⁶⁴ PINHEIRO, Luís de Lima – Direito internacional privado. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. 1, p. 563.

¹⁰⁶⁵ Sobre a matéria PINHEIRO, Luís de Lima – Direito internacional privado. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. 1, p. 563. Considera este autor que “os Regulamentos europeus também são omissos sobre a relevância da fraude à lei no Direito de Conflitos. Para além de ser desejável que este instituto fosse abrangido por uma codificação europeia de Direito Internacional Privado...” entende “que a jurisprudência do TCE/TUE não condiciona a atuação de normas internas dos Estados-Membros nesta matéria.”

¹⁰⁶⁶ Não nos parecendo que neste ponto concreto exista uma intensidade variável quanto à apreciação feita por esse órgão quanto ao instituto em apreço, o mesmo não acontecendo com as decisões relativas à prestação de serviços, relativamente à qual o Tribunal tem considerado legítima a exigência de observância de normas do país no qual é prestado um serviço que sujeitem a prestação à verificação de cumprimento de requisitos específicos para o exercício de uma profissão, como os que respeitam à qualificação, à deontologia ou ao controlo de responsabilidade. Aludindo a uma intensidade variável da apreciação do instituto pelo Tribunal de Justiça sobretudo em matéria de prestação de serviços, BARIATTI, Stefania – Forum shopping, abus de droit et droit international privé européen: quelques réflexions. In J. Forner Delaguerre [et al.], Entre Bruselas y la Haia: estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional privado: Liber Amicorum Alegría Borrás. Paris: Marcial Pons, 2013, p. 163.

¹⁰⁶⁷ No entanto e no caso específico da liberdade de estabelecimento, podem os Estados proteger os seus interesses legítimos, sobretudo na vertente fiscal, adotando medidas legislativas que salvaguardem a tributação de operações comerciais à empresa mãe, pelo país da sua constituição, independentemente da localização das suas sucursais.

nossa perspetiva, ser entendida como uma consequência da solução mitigada adotada quanto à disposição homologa da Convenção de Roma, uma concessão à perspetiva baseada numa autonomia da vontade ampla, que considera que podem existir motivos legítimos para a escolha de determinada lei, mesmo considerando a localização dos elementos de conexão relevantes do contrato. A salvaguarda da aplicação das disposições não derogáveis por acordo, das disposições que seriam normalmente aplicáveis se não houvesse essa escolha de lei, é por si só, adequada a salvaguardar os interesses tutelados pelos Estados, na previsão de certas matérias em normas com natureza imperativa.

A ponderação entre as condutas e as intenções das partes e os direitos fundamentais garantidos pelo direito primário conduz à adoção de decisões que espelham os parâmetros supranacionais do instituto em questão. Consequência da prevalência dos Tratados sobre as concepções de direito internacional privado tradicional existentes em alguns países europeus.

Acresce que a solução consagrada é a que melhor se conforma com as necessidades do comércio internacional.

Os contornos do instituto, tal como estabelecidos pela jurisprudência suprema justificam, por si só, como avisada, a opção legislativa de afastamento da referência à fraude à lei, no âmbito da proposta de Regulamento Roma I e na sua sequência, na versão final desse normativo, sem prejuízo de contar a haver indeterminação quanto às medidas que os Estados possam adotar neste âmbito. O legislador da UE manteve, assim, ao nível das obrigações contratuais, um padrão já consagrado na Convenção de Roma, quanto ao âmbito de proteção da lei cuja aplicação seria concretizada na falta de escolha, impondo a aplicação das suas disposições não derogáveis por acordo. Paralelamente, subentendendo que a liberdade de escolha não é absoluta em situações de internacionalização subjetiva do contrato, mantém a linha orientadora que terá determinado a consagração do preceito homólogo na Convenção de Roma.

2.10. MOMENTO DA DETERMINAÇÃO DOS ELEMENTOS DE CONEXÃO RELEVANTES

Constituindo a condição de aplicação deste dispositivo o facto de todos os outros elementos, com exceção da escolha de lei, se situarem num país diferente daquele cuja lei foi escolhida ou de se situarem em Estados-Membros, se for escolhida uma lei de um Estado terceiro, interessa determinar o momento relevante quanto à determinação

da sua localização. De pouco importaria a salvaguarda que o regulamento confere à lei que, na ausência de escolha, seria aplicada, se à determinação dessa lei pudesse ser aliada a autonomia reconhecida às partes para em momento posterior ao da celebração do contrato, poderem escolher uma nova lei ou alterar elementos de conexão relevantes.¹⁰⁶⁸ Por esse motivo, o momento relevante para se determinar onde é que os elementos de conexão estão localizados, se é apenas num país, é o momento em que a escolha de lei é efetuada, não se atribuindo relevância a um acordo posterior quanto a uma nova escolha de lei, ou quanto a uma localização diferente de algum elemento do contrato, como, por exemplo, poder ser o caso de a alteração do lugar do cumprimento da obrigação.¹⁰⁶⁹ Se o contrato tem os outros elementos situados aparentemente num mesmo país, mas se encontrar conetado por algum outro elemento relevante para a situação com outro país, a aplicação desta disposição deixa de fazer sentido.¹⁰⁷⁰ Tal pode suceder quanto às chamadas cadeias de contratos.

2.10.1. OS EFEITOS DA ESCOLHA DE LEI

Considerando esta internacionalidade peculiar, entendeu-se que a mesma não poderia ter o efeito de “afastar a aplicação das prescrições imperativas («não derogáveis por

¹⁰⁶⁸ Nesse caso poderia ser ponderada uma verdadeira intenção de subtração a uma certa lei, mediante a manipulação de um elemento de conexão, defraudando-se a proteção conferida, à data da celebração do contrato, às disposições não derogáveis por acordo de uma certa lei.

¹⁰⁶⁹ No sentido de que as menções que não estejam inicialmente contempladas no contrato não são relevantes para efeitos de determinação da aplicação do disposto neste normativo, MORSE, C. G. J. – Morris, Dicey, & Collins on the conflict of laws. Londres: Sweet & Maxwell: 2014. Vol. 2, p. 1833. Este entendimento que resulta de uma interpretação literal do preceito constitui uma restrição à autonomia da vontade, que resulta das características específicas da internacionalidade reconhecida ao contrato. Não obstante a possibilidade reconhecida no regime em análise de alteração posterior da lei escolhida, tal alteração não produz efeitos relativamente às disposições não derogáveis por acordo da lei que seria aplicável na falta de escolha. Diferente se afigura dever ser a solução no que respeita à alteração de localização de certos elementos de conexão do contrato. Quanto a esta situação, entendemos que deve atender-se ao facto gerador da alteração. Se a alteração for voluntária, deverá continuar a aplicar-se o disposto no normativo em apreço. No entanto, tratando-se de uma alteração involuntária, motivada por circunstâncias excepcionais e supervenientes, se entende que a situação deve ser objecto de uma diferente ponderação. Consideremos, para este efeito, que uma alteração involuntária decorrerá de circunstâncias excepcionais que impeçam a descarga ou entrega atempada dos bens objeto do contrato no local do cumprimento, seja em virtude da sua natureza perecível, seja em virtude da proibição de comercialização desses bens naquele território ou outras causas que por hipótese impeçam o cumprimento da obrigação no Estado inicialmente previsto, determinando a alteração do lugar do cumprimento da obrigação para um Estado diferente. Sendo a alteração independente da vontade das partes, afigura-se que não se mantém o fundamento de internacionalidade subjetiva que justifica a proteção às disposições não derogáveis por acordo da lei que seria aplicável na falta de escolha. Se é a vontade das partes quanto à escolha de uma lei diferente daquela que seria aplicável em caso de falta de escolha, que fundamenta e determina a proteção a essas disposições não derogáveis por acordo, se a internacionalidade objetiva se verifica independentemente da concorrência da vontade das partes, não serão justificados os motivos que imporiam a proteção daquelas normas. Nesse caso, existe uma internacionalidade objetiva superveniente e involuntária, que não podia constar das disposições iniciais do contrato por ser imprevisível, entendendo-se que neste caso a subsunção do contrato comercial internacional a este regime deve ser afastada, aplicando-se o regime geral.

¹⁰⁷⁰ Considerando que neste caso o efeito que se pretende salvaguardar com esta disposição deixa de ter razão de ser, MORSE, C. G. J. – Morris, Dicey, & Collins on the conflict of laws. Londres: Sweet & Maxwell, 2014. Vol. 2, p. 1832.

acordo») do país onde se situam, no momento da escolha, todos os elementos relevantes da situação.”¹⁰⁷¹

A finalidade é a de proteger, nesse caso, as normas não derogáveis por acordo¹⁰⁷² do Estado cuja lei seria aplicável na falta de escolha de lei.¹⁰⁷³ A eleição de lei nestas circunstâncias configura uma referência material e não uma escolha de lei em sentido conflitual, a que tem o efeito de não possibilitar o afastamento das disposições imperativas da lei com a qual todos os elementos relevantes da situação estão em contato,¹⁰⁷⁴ posto que se bloqueia a possibilidade de aplicação das normas imperativas da lei escolhida.¹⁰⁷⁵

Apesar de esta ser a posição da doutrina dominante, alguns autores entendem que esta disposição não consagra a figura do contrato interno – internacionalizado por via da escolha de uma lei de um Estado diferente em relação àquele em que se encontram localizados todos os demais elementos –, pois tal conflituaria com o âmbito espacial de aplicação previsto no artigo 1.º do Regulamento, o qual se reporta a situações que impliquem um conflito de leis.¹⁰⁷⁶ Deste entendimento decorre que, se por um lado um contrato interno não suscita um conflito de leis, por outro, a escolha de uma lei estrangeira pelas partes, nesse contrato, apenas consiste numa referência material a

¹⁰⁷¹ RAMOS, Rui Moura – Estudos de direito internacional privado da União Europeia. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 82.

¹⁰⁷² O conceito de normas não derogáveis por acordo é mais amplo do que o de normas internacionalmente imperativas constante do artigo 9.º, dado que se aplica independentemente da lei que as partes escolheram para regular o seu contrato e sem dependência de quaisquer considerações atinentes aos interesses que estas últimas visam proteger. Neste sentido, MORSE, C. G. J. – Morris, Dicey, & Collins on the conflict of laws. Londres: Sweet & Maxwell, 2014. Vol. 2, p. 1832.

¹⁰⁷³ Por esse motivo considerando que o significado desta disposição é difícil de determinar, uma vez que o artigo 1.º, n.º1, por si, já exige uma qualquer ligação com o estrangeiro, mas que esta solução representa um compromisso entre a posição mais rigorosa, que proíbe nestes casos uma escolha de lei e uma posição mais liberal, que visa permitir uma liberdade de escolha ilimitada, MARTINY, Dieter – Vor Art. 3. In Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 5 Auflage. Munique: EGBGB, 2010. Vol. 10, p. 461. De acordo com este autor, a norma parece basear-se na posição consagrada no artigo 13.º § 2 do Direito Internacional Privado do Benelux, de acordo com o qual um contrato interno não deveria poder ser subtraído às disposições imperativas que ao mesmo fossem aplicáveis. As disposições imperativas relativas aos contratos de transporte, de consumo, de seguro e de trabalho, bem como as normas internas de intervenção (*Eingriffsnormen*) de um país são observadas nos artigos 5.º a 8.º do Regulamento Roma I e artigo 46 b) do EGBGB. Também a *ordre public* (art. 21.º) pode intervir no caso de uma conexão forte com o território do país. Desta forma, resta apenas a preocupação, que uma determinada situação relacionada com o território de um país possa subtrair-se à lei desse país, MARTINY, Dieter – Vor Art. 3. In Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 5 Auflage. Munique: EGBGB, 2010. Vol. 10, p. 461.

¹⁰⁷⁴ Considerando que havendo escolha de lei aplicável ela só pode produzir efeito quanto às disposições que são supletivas ou derogáveis por acordo da lei do país com o qual todos os elementos de conexão exceto a escolha de lei se encontram em contato, WATT, Horatia Muir – Les limites du choix: dispositions impératives et internationalité du contrat. In Sabine Corneloup; Natalie Joubert (Dir.), Le règlement communautaire “Rome I” et le choix de loi dans les contrats internationaux. Bourgogne: Université de Bourgogne, 2010, p. 342.

¹⁰⁷⁵ Neste sentido, RAMOS, Rui Moura – Estudos de direito internacional privado da União Europeia. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 82.

¹⁰⁷⁶ ASSIM PINHEIRO, Luís de Lima – Direito internacional privado. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. Vol. 2, p. 328.

essa lei, da qual resulta a incorporação das suas regras como cláusulas do contrato.¹⁰⁷⁷ Esta incorporação é permitida pelo princípio da autonomia da vontade¹⁰⁷⁸ e não pelo artigo 3.º, n.º 3 do Regulamento.¹⁰⁷⁹

Nesse enquadramento, considera alguma doutrina¹⁰⁸⁰ que esta disposição “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 conetada com um Estado estrangeiro e as partes escolheram a lei do foro ou de um terceiro Estado.”¹⁰⁸¹ Para a indicada doutrina “um segundo grupo de casos que se pode reconduzir à regra do n.º 3 do art. 3.º é o dos contratos internos que tenham um nexó funcional com um contrato plurilocalizado, mas em que este nexó não seja suficientemente estreito para determinar a internacionalidade do contrato.”¹⁰⁸²

Estes grupos de casos enquadram-se diretamente no âmbito material de aplicação quer do Regulamento, quer do seu instrumento homólogo, a Convenção de Roma.

Qualquer que seja a posição que se defenda estaremos sempre confinados à conclusão de que o regime previsto nesta disposição se reconduz a um primeiro limite à autonomia da vontade,¹⁰⁸³ implicando a resolução de uma questão de alguma complexidade e que

¹⁰⁷⁷ Este é também o entendimento de WATT, Horatia Muir – Les limites du choix: dispositions impératives et internationalité du contrat. In Sabine Corneloup; Natalie Joubert (Dir.), Le règlement communautaire “Rome I” et le choix de loi dans les contrats internationaux. Bourgogne: Université de Bourgogne, 2010, p. 342. A este respeito, entende PINHEIRO, Luís de Lima – Direito internacional privado. Coimbra: Almedina, 1999. Vol. 1, p. 71 e 72, que “caso se trate de um contrato interno ao Estado do foro a designação de uma lei estrangeira só pode constituir uma referência material. Não se trata de uma questão regulada na Convenção uma vez que não se suscita um conflito de leis.” Mas caso se trate de situações “em que os tribunais de um Estado são confrontados com um contrato meramente estrangeiro, pelas partes submetido ao direito do foro ou de um terceiro Estado...parece de admitir que nesta hipótese se suscita um conflito de leis no sentido do artigo 1.º da Convenção, visto que o tribunal competente tem de escolher entre as ordens em presença, qual a que será chamada a disciplinar o contrato.”

¹⁰⁷⁸ Manifestando-se quanto à inutilidade do considerando 13 e da autorização de incorporação por referência que o mesmo contém dado que, em qualquer hipótese, e no âmbito não regulado pelas disposições imperativas internas as partes já podem fazer tudo – mesmo que o contrato não seja internacional –, e concluindo que a internacionalidade não tem qualquer impacto sobre a faculdade de incorporação por referência, que poderia justificar a liberdade de as partes poderem escolher uma fonte não estadual, solução que não foi consagrada, WATT, Horatia Muir – Les limites du choix: dispositions impératives et internationalité du contrat. In Sabine Corneloup; Natalie Joubert (Dir.), Le règlement communautaire “Rome I” et le choix de loi dans les contrats internationaux. Bourgogne: Université de Bourgogne, 2010, p. 344.

¹⁰⁷⁹ PINHEIRO, Luís de Lima – Direito internacional privado. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. Vol. 2, p. 328.

¹⁰⁸⁰ PINHEIRO, Luís de Lima – Direito internacional privado. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. Vol. 2, p. 328.

¹⁰⁸¹ Também BORTOLOTTI, Fabio – Diritto dei contratti internazionali: manuale di diritto commerciale internazionale. Milano: CEDAM, 1997, p. 187.

¹⁰⁸² BORTOLOTTI, Fabio – Diritto dei contratti internazionali: manuale di diritto commerciale internazionale. Milano: CEDAM, 1997, p. 187, p. 329.

¹⁰⁸³ Reforçado com o disposto no n.º 4 do mesmo artigo e ainda mais restringido por força da consagração do regime das normas internacionalmente imperativas. Integrando a questão dos limites à autonomia da vontade na questão das relações entre imperatividade e internacionalidade no Regulamento Roma I e

se prende com o conhecimento da lei estrangeira. Tal questão, cujas dificuldades genéricas de aplicação fizemos referência anteriormente assume particular destaque no que se refere à necessidade de identificar as classificações de normas jurídicas *maxime* a distinção entre normas imperativas e supletivas na lei competente,¹⁰⁸⁴ sendo certo que essa distinção poderá nem existir no ordenamento jurídico ao qual a referência é feita.¹⁰⁸⁵

Consideramos que o sentido com que o preceito *sub iudice* foi elaborado foi o de se permitir a escolha de uma lei estrangeira para um contrato puramente interno, tal como consta do relatório explicativo da convenção e terá tido a sua origem na sugestão de peritos que consideraram que poderiam existir boas razões para permitir às partes num contrato puramente interno a escolha de uma lei estrangeira. É conhecida a elevada atratividade à escala mundial do direito certos ordenamentos jurídicos e em certas matérias especiais, ainda que para regular relações comerciais estabelecidas entre comerciantes sediados no mesmo Estado e em Estados diferentes daquele do qual esse direito é oriundo. Essa, em nossa perspetiva a verdadeira razão da consagração dessa possibilidade no preceito *sub iudice*.

A internacionalidade subjetiva caracteriza, neste âmbito, um enquadramento da autonomia da vontade ao nível do ordenamento jurídico da UE à semelhança do que vem sucedendo com outros institutos.

A solução encontrada é uma solução de compromisso entre a rigidez e a flexibilidade quanto à consagração da autonomia da vontade, no âmbito de um ordenamento jurídico em progresso na via da unificação, em que prevalece a perspetiva do seu todo, em desfavor da perspetiva isolada de cada Estado soberano. A prevalência das disposições relevantes dos Estados-Membros é importante e decisiva para a manutenção do equilíbrio, em certa medida institucional; a relativização do conceito de soberania e o

considerando que as normas internacionalmente imperativas só têm utilidade teórica se o contrato for internacional. WATT, Horatia Muir – Les limites du choix: dispositions impératives et internationalité du contrat. In Sabine Corneloup; Natalie Joubert (Dir.), Le règlement communautaire “Rome I” et le choix de loi dans les contrats internationaux. Bourgogne: Université de Bourgogne, 2010, p. 342.

¹⁰⁸⁴ O que não sucede quanto aos designados contratos celebrados com partes débeis (e.g., consumo, trabalho), em que a aplicação de disposições imperativas (não derogáveis por acordo) é imposta para assegurar a proteção dessas partes, consoante a ligação do contrato a um certo ordenamento jurídico. Assim, WATT, Horatia Muir – Les limites du choix: dispositions impératives et internationalité du contrat. In Sabine Corneloup; Natalie Joubert (Dir.), Le règlement communautaire “Rome I” et le choix de loi dans les contrats internationaux. Bourgogne: Université de Bourgogne, 2010, p. 342.

¹⁰⁸⁵ Trata-se, neste artigo, de determinar a existência de uma imperatividade normal ou interna *versus* normas supletivas, resultando a dificuldade quanto a essa determinação do facto de poderem certos sistemas jurídicos não teorizar a distinção entre imperativo e supletivo, como salienta WATT, Horatia Muir – Les limites du choix: dispositions impératives et internationalité du contrat. In Sabine Corneloup; Natalie Joubert (Dir.), Le règlement communautaire “Rome I” et le choix de loi dans les contrats internationaux. Bourgogne: Université de Bourgogne, 2010, p. 342.

esbatimento do conceito de fronteira, apresentam-nos um novo paradigma, uma relação menos formal, em matéria conceitual, entre Estados-Membros e UE e uma compreensão dos institutos, agora à luz dos valores e princípios dos direitos consagrados no direito originário e nos interesses da União de Estados considerados como interesses globais ou coletivos, reclamando assim a sua prevalência sobre os interesses individualmente considerados.

Neste domínio, o contrato regional assume uma preponderância particular, perdendo algum peso a discussão sobre os efeitos que, a esse nível, a manifestação de vontade das partes deva produzir. Assim como face ao exemplo da utilização do direito marítimo inglês à escala mundial, se conclui pelo pragmatismo da sua eleição ainda que as partes se encontrem estabelecidas num mesmo Estado, não se colocando qualquer dúvida sobre a legitimidade dessa opção, também noutros casos se deve considerar essa similitude de possibilidades. Tal será o caso, em nosso entendimento, relativamente ao regime a aplicar a obrigações comerciais, ainda que se mantenha o pressuposto da localização da sede ou do estabelecimento da pessoa coletiva num mesmo Estado. Podem existir idênticas, boas e legítimas razões que determinem o interesse das partes em sujeitar a regulação dos seus contratos a um determinado regime, sem que dessa escolha se retire qualquer intenção diferente da manifestada e estando assegurado o respeito pelas disposições imperativas do Estado no qual todos os elementos relevantes do contrato se situam no momento da celebração.¹⁰⁸⁶ Esta imposição, constituindo embora uma restrição à autonomia da vontade,¹⁰⁸⁷ impõe a manutenção da aplicação

¹⁰⁸⁶ Que na terminologia da Convenção de Roma são designadas como “disposições imperativas”. Aliás considera-se que a alteração terminológica introduzida pelo Regulamento, permite aclarar a distinção entre normas imperativas – agora designadas como normas não derogáveis por acordo – e normas absolutamente imperativas – normas de aplicação imediata, na aceção do Regulamento. As primeiras encontram a sua formulação essencial neste número 3 do artigo 3.º (embora se encontrem também previstas no número 2 do artigo 6.º, número 1 do artigo 8.º e número 5 do artigo 11.º) e as segundas, no artigo 9.º do Regulamento. No âmbito da Convenção de Roma não se fazia tal distinção, e aliás, na proposta de regulamento apresentada pela Comissão, ainda se previa, na epígrafe do artigo 8.º, “disposições imperativas”. A diferente consagração vertida no Regulamento, justifica-se desde logo porque podemos identificar uma classificação de normas imperativas em dois níveis: as normas imperativas de primeiro grau ou simplesmente imperativas, não podem ser afastadas por acordo das partes, ou seja, mediante a escolha de uma lei diferente e as normas de aplicação imediata. Quanto às primeiras destinam-se a salvaguardar a aplicação das disposições imperativas da lei que seria de outro modo aplicável. Diferente é a *ratio legis* das atualmente denominadas normas de aplicação imediata, pois essas não visam apenas proteger uma parte ou evitar a chamada fraude à lei, são determinadas pelo respeito devido a princípios considerados fundamentais “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”, como prevê o seu artigo 9.º. Retenha-se ainda o teor do considerando 37 da exposição de motivos do regulamento em análise, nos termos do qual as “considerações de interesse público justificam que, em circunstâncias excecionais, os tribunais dos Estados-Membros possam aplicar exceções, por motivos de ordem pública e com base em normas de aplicação imediata. O conceito de “normas de aplicação imediata” deverá ser distinguido da expressão “disposições não derogáveis por acordo” e deverá ser interpretado de forma mais restritiva.”

¹⁰⁸⁷ Alguma doutrina mais liberal considera que a manutenção da aplicação das disposições não derogáveis por acordo da lei do Estado no qual todos os elementos relevantes do contrato se situam no momento da sua celebração, se trata de uma restrição severa à autonomia da vontade. Neste sentido,

da lei que seria aplicável na falta da eleição efetuada. Outra é a questão da compatibilidade desta possibilidade com o âmbito de aplicação do regulamento e que corresponde, grosso modo, àquele que se encontrava previsto quanto à Convenção de Roma. Aparentemente se as partes se encontram sediadas ou têm os seus estabelecimentos estáveis no mesmo Estado, não seria fácil conceber a existência de um conflito de leis por forma a enquadrar a situação no âmbito de aplicação material dos instrumentos mencionados. Só a particularidade de as partes poderem ter interesse em sujeitar a regulação dos seus contratos a um regime consagrado num ordenamento jurídico diferente justifica o pragmatismo da solução consagrada, impondo-se um padrão mínimo de respeito pelas disposições imperativas do Estado no qual todos os elementos relevantes da situação estão situados. Considerações de enquadramento regional determinam ainda uma certa desvalorização dos tradicionais elementos de internacionalização nesta questão concreta.

A necessidade de salvaguarda das normas imperativas dos Estados e do Direito da UE, tendo em consideração sobretudo o contrato celebrado dentro desta última, como um contrato regional, aparece assim como ideia relevante. A limitação à autonomia da vontade, pela via da lei estatal ou de dispositivos supranacionais, pode revelar-se contraproducente atendendo às alternativas de regulação ao nível da contratação comercial internacional, quer ao nível dos meios alternativos de resolução de litígios. Embora nem uns nem outros sejam absolutamente autónomos, em face de ordens jurídicas estaduais ou supraestaduais, a tendência é para a sua autonomização parcial progressiva, na medida em que apresentam alguns atrativos, quer ao nível da regulação, que pode ser entendida como neutra, quer ao nível da resolução de conflitos, que se demarca sobretudo pela sua celeridade. No entanto, em caso de necessidade de execução da decisão arbitral, pelo menos, indispensável se torna o recurso aos meios estaduais.

CHUAH, Jason – Law of international trade: cross-border commercial transactions. New York: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2009, p. 657. Não acompanhamos essa posição por entendermos ser justificada a manutenção do respeito por essas normas considerando a existência de uma mera internacionalidade subjetiva a que se alude supra. Comentando a reação objetivista à teoria da autonomia da vontade, reconhecendo a existência de limites à autonomia da vontade, no sentido de que “se em direito interno a chamada autonomia privada não é afinal mais do que a liberdade reconhecida às partes de dispor dos efeitos das convenções, dentro dos quadros imperativamente fixados pela lei, no plano das relações internacionais não pode a dita autonomia mudar de caráter nem ganhar força de legislador. Também aqui há-de esbarrar nas normas imperativas que traçam o limite da sua atuação.” COLLAÇO, Isabel de Magalhães – Da compra e venda em direito internacional privado: aspectos fundamentais. Lisboa: AAFDL, 1954. Vol. 1, p. 132. Sobre os diferentes significados da autonomia privada, VICENTE, Dário Moura – La autonomía privada y sus distintos significados a la luz del derecho comparado. In Diego P. Fernández Arroyo/ José António Moreno Rodrigues (Directores). Contratos Internacionales: entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos. Buenos Aires: ASADIP, 2018, p. 59-89.

2.11. DA PROTEÇÃO ÀS DISPOSIÇÕES DE DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA NÃO DERROGÁVEIS POR ACORDO

O Regulamento vem acrescentar uma disposição inovadora em matéria de autonomia da vontade, acrescentando o número 4 do mesmo artigo, pelas mesmas razões, e em relação ao teor da Convenção de Roma, a situação em que todos os outros elementos relevantes da situação, se situem, no momento da escolha, num ou em vários Estados Membros, e as partes tenham escolhido a lei de um Estado não membro. Neste caso, o contrato é intraeuropeu¹⁰⁸⁸ e a escolha de lei só produz efeitos quanto às disposições de direito da UE com natureza supletiva. Nesta situação fica bloqueada a aplicação de disposições de natureza imperativa da lei escolhida. Diferente é a hipótese de um dos elementos relevantes se situar no terceiro Estado cuja lei foi escolhida. Nesse caso as exigências de proteção das disposições não derogáveis por acordo, do ordenamento jurídico da UE não prevalecem se, de acordo com o disposto no n.º 3 do mesmo preceito, se atribuir relevância a esse elemento.¹⁰⁸⁹ Não obstante o teor da disposição, se os elementos relevantes da situação se situarem, no momento da escolha, num Estado-Membro e a escolha incida sobre uma lei de um Estado não membro, não se vislumbra razão para proceder à aplicação desta disposição, sendo suficiente e adequado subsumi-la ao disposto no n.º 3 do artigo 3.¹⁰⁹⁰

É necessário considerar que esta disposição é aplicável mesmo aos Estados-Membros não vinculados pelo Regulamento nos quais os elementos relevantes da situação estejam localizados¹⁰⁹¹ e, em virtude de o Acordo sobre o Espaço Económico Europeu permitir à Islândia, ao Liechtenstein e à Noruega, participar sob certas condições, no mercado interno, deve a mencionada disposição aplicar-se-lhes por analogia.¹⁰⁹²

Por outro lado, este dispositivo consagra a obrigatoriedade de aplicação das normas do direito da UE não derogáveis por acordo. Neste aspeto a tarefa apresenta-se substancialmente mais facilitada, quando comparada com a obrigatoriedade de

¹⁰⁸⁸ WATT, Horatia Muir – Les limites du choix: dispositions impératives et internationalité du contrat. In Sabine Corneloup; Natalie Joubert (Dir.), Le règlement communautaire "Rome I" et le choix de loi dans les contrats internationaux. Bourgogne: Université de Bourgogne, 2010, p. 342.

¹⁰⁸⁹ CALLIESS, Graf-Peter – Rome regulations: commentary on the European rules of the conflict of laws. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2011, p. 84.

¹⁰⁹⁰ Neste caso é manifestamente suficiente a aplicação das disposições não derogáveis por acordo do Estado-Membro no qual se localizam todos os elementos relevantes da situação para alcançar a finalidade da proteção do ordenamento jurídico da União. Neste sentido CALLIESS, Graf-Peter – Rome regulations: commentary on the European rules of the conflict of laws. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2011, p. 85.

¹⁰⁹¹ Conforme previsto no n.º 4 do artigo 1.º do Regulamento. Neste caso, e neste momento, encontra-se nesta situação apenas a Dinamarca.

¹⁰⁹² CALLIESS, Graf-Peter – Rome regulations: commentary on the European rules of the conflict of laws. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2011, p. 84-85.

aplicação das normas dos Estados-Membros não derogáveis por acordo na medida em que naquele direito há, por regra, uma identificação da natureza atribuída às normas. No entanto, não existem regras sobre a delimitação espacial da esfera de aplicação do direito derivado daquele ordenamento jurídico o que pode conduzir a uma interpretação baseada nos interesses do mercado interno, cuja consideração pode induzir a conclusão da preponderância de uma Diretiva sobre a lei de um terceiro Estado¹⁰⁹³ como *lex contractus*. A dificuldade pode residir no facto de essas normas poderem ser consideradas simultaneamente como normas de aplicação imediata, de acordo com o disposto no artigo 9.º do Regulamento Roma I.¹⁰⁹⁴ Se, por outro lado, essas disposições não constarem de um normativo diretamente aplicável, mas constarem de uma Diretiva,

¹⁰⁹³ SÁNCHEZ LORENZO, Sixto – Choice of law and overriding mandatory rules in international contracts. *YPIL*, 12 (2010) 74.

¹⁰⁹⁴ Como sucedeu no processo Ingmar GB Ltd contra Eaton Leonard Technologies Inc (TJ 09.11.2000, proc. C-381/98 [CJ (2000) I-9325]. Neste processo a Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Reino Unido), remeteu ao Tribunal de Justiça, um reenvio prejudicial, nos termos do artigo 177.º do Tratado CE (artigo 234.º CE), solicitando que a respetiva pronuncia sobre a interpretação da Diretiva 86/653/CEE do Conselho, de 18 de dezembro de 1986, relativa à coordenação do direito dos Estados-Membros sobre os agentes comerciais (JO L 382, p. 17). No litígio foram partes a Ingmar GB Ltd. (Ingmar), sociedade estabelecida no Reino Unido, e a *Eaton Leonard Technologies Inc.* (Eaton), sociedade estabelecida na Califórnia. Nesta demanda, instaurada pela Ingmar em 1996 na *High Court of Justice* (England & Wales), *Queen's Bench Division* (Reino Unido), foi solicitada a condenação da Eaton no pagamento de uma comissão em dívida e, com fundamento no *Regulation 17*, a indemnização de clientela em virtude da cessação do contrato de agência, celebrado entre as partes em 1989, em virtude do qual a primeira foi designada agente comercial da segunda no Reino Unido. O contrato previa a sua sujeição à lei do Estado da Califórnia. Considerando que o contrato era regulado pela lei do Estado da Califórnia, a *High Court* recusou a aplicação das *Regulations*, por decisão de 23 de outubro de 1997. Não se conformando com a decisão, a Ingmar recorreu para o Tribunal *ad quem*, que, por sua vez, entendeu apresentar ao Tribunal de Justiça uma questão prejudicial com a seguinte formulação: “nos termos da lei inglesa deve ser promovida a aplicação da lei escolhida pelas partes salvo se existirem razões de ordem pública, como por exemplo uma disposição derogatória, para o não fazer. Em tais circunstâncias, as disposições da Diretiva 86/653/CEE do Conselho, tal como transpostas para as legislações dos Estados-Membros e, em especial, as disposições relativas ao pagamento de uma reparação aos agentes quando da cessação dos seus contratos com os comitentes, são aplicáveis quando: a) um comitente nomeia um agente exclusivo no Reino Unido e na República da Irlanda para aí vender os seus produtos; e b) no que se refere às vendas de produtos no Reino Unido, o agente exerce a sua atividade no Reino Unido; e c) o comitente é uma sociedade anónima constituída num Estado não membro da UE e, concretamente, no estado da Califórnia, EUA, e aí estabelecida; e d) a lei expressamente aplicável ao contrato entre as partes é a do estado da Califórnia, EUA?”. No acórdão o TJCE veio considerar que as disposições da Diretiva que protegem o agente no fim do contrato (artigos 17.º e 18.º) são disposições imperativas, entendendo que estas disposições “devem aplicar-se desde que o agente tenha exercido a sua atividade num Estado-Membro e mesmo que o comitente se encontre estabelecido num país terceiro, e que em virtude de uma cláusula do contrato, este seja regulado pela lei desse país.” Este acórdão deixa transparecer a dificuldade quanto à distinção entre imperatividade (normas não derogáveis por acordo) e normas internacionalmente imperativas, como dá nota WATT, Horatia Muir – Les limites du choix: dispositions impératives et internationalité du contrat. In Sabine Corneloup; Natalie Joubert (Dir.), *Le règlement communautaire “Rome I” et le choix de loi dans les contrats internationaux*. Bourgogne: Université de Bourgogne, 2010, p. 343. Para além da identificação desta dificuldade, esta autora questiona, ainda, o interesse em distinguir entre o regime constante do artigo 9.º do Regulamento que supõe a internacionalidade do contrato e o regime da disposição *sub iudice* (que entende desqualificar a autonomia nas situações intraeuropeias) considerando que todas as pressupostas normas são igualmente imperativas tendo em conta os países terceiros. Aparentemente existe um interesse considerando que as primeiras são de origem estatal e as segundas de origem supranacional. Por outro lado, e no sentido de que a regra introduzida pelo Regulamento não vai tão longe como o Tribunal de Justiça dado que ela limita a aplicação do direito de um país terceiro escolhido pelas partes no caso em que todos os elementos da situação estão localizados no interior da Comunidade Europeia, HOLLANDER, Pascal - Conflits de lois et de juridictions et questions touchant à l'arbitrage en matière de contrats de distribution commerciale. In Didier Putzeys (Dir.), *Regards croisés sur la distribution: concession, agence et franchise*. Bruxelles: Larcier, 2015, p. 149.

a disposição *sub iudice* prevê que os preceitos daquela devem ser aplicados tal como implementados pelo Estado-Membro do foro e não de acordo com a lei do Estado-Membro que seja considerada competente. Solução que, simplificando a missão do tribunal do foro, pode não contribuir para uma uniformização de soluções sobretudo considerando que no caso das diretivas de harmonização mínima, a transposição pelos Estados-Membros é efetuada normalmente com considerável variabilidade de conteúdo.¹⁰⁹⁵

O preceito começou a ser equacionado no Livro Verde relativo à transformação da Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais num instrumento comunitário e sua modernização¹⁰⁹⁶ (Livro Verde), no qual a Comissão ponderava a consagração de uma disposição que garantisse a aplicação da norma mínima comunitária, nas situações em que todos os elementos do contrato ou elementos significativos do contrato estivessem localizados na Comunidade. A redação proposta, não diverge em essência da que veio a ser aprovada, sendo a seguinte: “sempre que todos os elementos da situação se localizem num ou em diversos Estados-Membros no momento da conclusão do contrato, a escolha pelas partes da lei de um Estado terceiro não pode prejudicar a aplicação das disposições imperativas de direito comunitário.”¹⁰⁹⁷

Esta proposta suscitava alguns comentários, desde logo a referência às disposições imperativas de direito comunitário, que se supõe remeter quer para o direito originário,¹⁰⁹⁸ quer para as disposições contidas em diretivas. Apesar de não existir

¹⁰⁹⁵ Reportando-se aos resultados imprevisíveis a que a solução conduz no caso de mínima harmonização pelas Diretivas, CALLIESS, Grah-Peter – Rome regulations: commentary on the European rules of the conflict of laws. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2011, p. 85. Salientando os meios muito variados que são utilizados para esse fim e a recorrente incorreta transposição, SÁNCHEZ LORENZO, Sixto – Choice of law and overriding mandatory rules in international contracts. YPIL, 12 (2010) 75.

¹⁰⁹⁶ De 14 de janeiro de 2013. Documento COM (2002) 654 final (UNIÃO EUROPEIA. Comissão (2003) - Livro verde : relativo à transformação da Convenção de Roma de 1980...).

¹⁰⁹⁷ UNIÃO EUROPEIA. Comissão (2003) - Livro verde : relativo à transformação da Convenção de Roma de 1980..., p. 21.

¹⁰⁹⁸ Quanto ao direito comunitário originário aplicáveis aos contratos internacionais, como será por exemplo o caso das disposições relativas à liberdade de circulação de pessoas e de estabelecimento, serem aplicadas pelo Tribunal de Justiça com recurso a uma diferente intensidade de preocupação e proteção, sobretudo em matéria de fraude à lei. Assim, o Acórdão de 27 de setembro de 1988, caso *The Queen contra H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue*, ex parte *Daily Mail and General Trust plc*, proc. n.º 81/87 [CJ (1988) 5505] n.º 25. Neste acórdão, o Tribunal de Justiça, em face da pretensão de uma sociedade comercial constituída no Reino Unido que pretendia transferir a sua sede social para a Holanda para se subtrair à legislação fiscal britânica, decidiu que: “os artigos 52.º e 58.º do Tratado devem ser interpretados no sentido de que, no estágio actual do direito comunitário, não conferem a uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-Membro e que neste tenha a sua sede social, o direito de transferir a sede da sua administração para outro Estado-membro.” A suprema jurisdição comunitária alheou-se da análise da questão da suposta fraude à lei britânica. Diferentes foram as decisões proferidas nos supramencionados TJ 09.03.1999, caso *Centros Ltd contra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, proc. C- 212/97, [CJ (1999) I-1484 ss], e TJ 30.09.2003, caso *Inspire Art*, proc. C-167/01 [CJ (2003) I-10195 e ss]. Note-se que a questão suscitada pelo primeiro processo mencionado veio a ser objeto de um normativo comunitário, o regulamento (CE) n.º 2157/2001 do Conselho, de 8 de outubro de 2001, relativo ao estatuto da sociedade europeia (SE),

direito material unificado sobre a matéria dos contratos, a verdade é que existem diretivas que contêm comandos imperativos.¹⁰⁹⁹ Como se sabe as Diretivas têm por destinatários os Estados-Membros que ficam obrigados a transpô-las para o seu ordenamento jurídico respeitando os fins identificados no ato normativo da UE e o seu prazo de transposição, ficando salvaguardada aos Estados-Membros a escolha dos meios considerados mais adequados ao alcance do objetivo visado. A falta de transposição, a transposição fora do prazo ou a suposta transposição em violação do conteúdo da Diretiva não afasta o efeito direto das mesmas se as suas disposições forem suficientemente claras, precisas e incondicionais¹¹⁰⁰ e gera responsabilidade para o Estado faltoso.¹¹⁰¹ Por esse motivo, apesar de normalmente não ser reconhecido às diretivas efeito direto horizontal, ocorrendo qualquer das situações supramencionadas, pode o particular invocar os direitos que a mesma lhe confira, desde que o seu conteúdo seja suficientemente preciso.

Dado que esse efeito é admitido nesta matéria, apesar de tais normativos que visam proporcionar a harmonização das disposições legislativas entre os Estados-Membros, por regra, não terem efeito direto horizontal, mas tal efeito ser suscetível de invocação

cujo regime foi complementado na ordem jurídica nacional pelo regime jurídico das sociedades anónimas europeias, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 2/2005, de 4 de janeiro, retificado pela declaração de retificação nº 6/2005, de 17 de fevereiro e na redação que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março. Quanto às repercussões da jurisprudência Centros no direito internacional privado português, VICENTE, Dário Moura – Direito internacional privado: ensaios. Coimbra: Almedina, 2005. Vol. 2, p. 101-105, especialmente 101-102.

¹⁰⁹⁹ Como é exemplo a Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores (JO n.º L 095 21.04.1993, p. 29-34), na redação que lhe foi conferida pela Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, que altera a Diretiva 93/13/CEE do Conselho e a Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revoga a Diretiva 85/577/CEE do Conselho e a Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (JO n.º L 304/64, 22.11.2011, p. 64-88). A Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, impôs, ao nível interno, a alteração ao disposto no Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, que institui o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, alteração que foi introduzida pelo Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de agosto (objeto da Retificação n.º 114-B/95, de 31 de agosto), vindo, posteriormente, a ser objeto de novas alterações introduzidas pelos Decretos-Leis n.ºs 249/99, de 7 de julho e 323/2001, de 17 de dezembro.

¹¹⁰⁰ TJ 05-02-1963, caso NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming Van Gend & Loos contra Administração Fiscal neerlandesa, proc. 26/62 [CJ (1962-1964)].

¹¹⁰¹ PAIS, Sofia de Oliveira – O incumprimento das directivas comunitárias: do efeito directo à responsabilidade do Estado: dois temas de direito comunitário do trabalho. Porto: Publicações Universidade Católica, 2000 e MESQUITA, Maria José Rangel de – O poder sancionatório da União e das Comunidades Europeias sobre os Estados-Membros. Coimbra: Almedina, 2006.

nas indicadas circunstâncias, admite-se que alguns dos seus preceitos tenham natureza imperativa.^{1102, 1103}

Não podemos esquecer que o objetivo da proposta apresentada não se limitava apenas à modernização dos artigos 5.º e 6.º da Convenção de Roma, mas também a evitar que, quando uma Diretiva exige o respeito de regras mínimas, não devam as partes poder evitar a sua aplicação a contratos internos à comunidade, através da escolha de uma lei de um Estado terceiro.¹¹⁰⁴ Por tais motivos a proposta apresentada congregava quer a necessidade de proteção dos consumidores e trabalhadores, quer a consagração da figura do contrato comunitário, impondo a aplicação das disposições imperativas do direito da UE.¹¹⁰⁵

Por seu turno, o Grupo Europeu de Direito Internacional Privado (GEDIP),¹¹⁰⁶ havia sugerido, tendo em vista impossibilitar o afastamento do direito comunitário por disposições imperativas, um aditamento de um sub-parágrafo ao n.º 3 do artigo 3.º da Convenção de Roma. A disposição a aditar devia adaptar a previsão de “um único país” à consagração de um ato comunitário, que levasse a que apenas fosse considerada como internacional uma situação que tivesse elementos de ligação com um Estado terceiro,¹¹⁰⁷ e propôs uma redação com um sentido mais abrangente que consistia na referência a disposições imperativas com origem em normativos comunitários.¹¹⁰⁸

¹¹⁰² Como é o caso da Diretiva relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, mencionada supra. Em sentido contrário, entendendo que sendo as Diretivas desprovidas de efeito direto horizontal, as mesmas se traduzem em regras relativamente às quais o legislador comunitário exige que sejam consideradas imperativas nos sistemas jurídicos dos Estados-Membros, WILDERSPIN, Michael – *Le contrat: les perspectives de révision de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles*. In Angelica Fuchs [et al.], *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*. Paris: Dalloz, 2004, p. 181.

¹¹⁰³ A natureza imperativa pode resultar de uma opção voluntária por parte do legislador nacional que transpõe a Diretiva e neste caso seria discutível a obrigatoriedade de serem respeitadas tais disposições, desde logo porque a sua imperatividade não resulta de um ato de direito comunitário. Nesta situação e considerando que a proposta de redação de um novo artigo que preveja a consagração da norma mínima comunitária, se refere expressamente às normas imperativas de direito comunitário, nesse caso seria de difícil aplicação.

¹¹⁰⁴ UNIÃO EUROPEIA. Comissão (2003) - *Livro verde : relativo à transformação da Convenção de Roma de 1980...*, p. 21.

¹¹⁰⁵ Sucede, porém, que o desígnio de impor o respeito de regras mínimas previstas em diretivas comunitárias, que também se enquadra perfeitamente na ideia de norma mínima comunitária, parece suscitar ainda outras dificuldades. Como determinar a imperatividade de disposições de direito comunitário nas situações em que embora a Diretiva preveja apenas regras mínimas, os Estados em contato com a situação tenham procedido à transposição com conteúdo diferente, e até que tenham alargado o âmbito desse conteúdo mínimo. Como determinar quais as disposições que devem ser aplicadas, face à inexistência de uma hierarquia entre tais disposições consideradas imperativas.

¹¹⁰⁶ Ver relatório da nona reunião, In GROUPE EUROPÉEN DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ - *Neuvième réunion Oslo, 10 - 12 septembre 1999 : compte rendu des seances de travail* [Em linha]. [S.l.] : GEDIP, 1999.

¹¹⁰⁷ Seguindo a sugestão já anteriormente formulada por BASEDOW, Jürgen – *Materielle rechtsangleichung und kollisionsrecht*. In Anton K. Schnyder [et al.], *Internationales Verbraucherschutzrecht*. Leinen: Mohr Siebeck, 1995, p. 34.

¹¹⁰⁸ Com o seguinte teor “le choix par les parties de la loi d'un pays tiers, assorti ou non de celui d'un tribunal d'un pays tiers, ne peut, lorsque tous les autres éléments de la situation son localisés au moment du choix

Esta proposta encontrou eco no disposto no n.º 4 do artigo 3.º, no qual se prevê quer o contrato interno, quer o contrato intra-europeu, assimilado ao primeiro considerando que o território da União constitui uma unidade.¹¹⁰⁹ Tem-se dito que esta norma contém uma previsão que marca uma linha orientadora em matéria de DIP comunitário, a consagração de uma norma de conteúdo mínimo “comunitário”¹¹¹⁰ também designada como cláusula de mercado interno¹¹¹¹ que salvaguarda uma aplicação de disposições consideradas fundamentais para o ordenamento jurídico da UE no seu todo.¹¹¹² A consagração da aplicação das normas não derogáveis por acordo do Direito da UE, contribuindo para um aumento da aplicação uniforme do direito internacional privado, introduz com maior acuidade a questão da interferência crescente entre as competências da UE e as competências nacionais, quer dos Estados-Membros, quer de Estados terceiros.¹¹¹³ Acresce, como consequência lógica, a dificuldade de determinação das disposições não derogáveis por acordo desses diversos

dans un ou plusieurs Etats membres, porter atteinte aux dispositions impératives qui trouvent leur origine dans des actes de la Communauté et qui sont applicables dans un Etat membre dont la loi aurait été applicable à défaut de choix”, in Troisième version consolidée des propositions de modification des articles 1^{er}, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10 bis, 12 et 13 de la Convention de Rome du 19 juin de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, et de l’article 15 du règlement 44/2001/CE (Règlement Bruxelles I, p. 1). In GROUPE EUROPÉEN DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ - *Version consolidée des propositions de modification du règlement 44/2001 en vue de son application aux situations externes* (Bergen 2008, Padoue 2009, Copenhague 2010) [Em linha]. [S.l.] : GEDIP, 2012. No sentido de que esta redação permitiria ultrapassar a dificuldade resultante da necessidade de transposição das Diretivas, e ainda as dificuldades relacionadas com a consagração de soluções diferentes, de ser ampliado o âmbito do conteúdo mínimo, e até de ser conferido carácter imperativo a certas disposições por opção do Estado-Membro, uma vez que as disposições imperativas aplicáveis seriam as vigentes no Estado-Membro cuja lei fosse aplicável na falta de escolha. Considerando ainda que essa sugestão permitia identificar as leis potencialmente aplicáveis e a determinação concreta do conteúdo das normas, WILDERSPIN, Michael – Le contrat: les perspectives de révision de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles. In Angelica Fuchs [et al.], *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*. Paris: Dalloz, 2004, p. 181.

¹¹⁰⁹ Neste sentido, embora ainda a propósito da proposta apresentada pelo GEDIP quanto à consagração do conteúdo que veio a resultar nesta disposição, GAUDEMET-TALLON, Hélène – Le droit international privé des contrats dans un ensemble régional: l’exemple du droit communautaire. In Talia Einhorn; Siehr, Kurt (Ed.), *Intercontinental cooperation through private international law: essays in memory of Peter E. Nygh*. Den Haag: T.M.C. Asser Press, 2004, p. 133.

¹¹¹⁰ Considerando que neste caso se protege os *standards* jurídicos comuns, se for caso disso, tal como aplicadas pelo Estado-Membro do foro, constituídos pelas disposições de direito da UE não derogáveis por acordo, em relação à escolha de lei de países terceiros, MARTINY, Dieter – Vor Art. 3. In *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 5. Auflage. Munique: EGBGB, 2010. Vol. 10 p. 461.

¹¹¹¹ A “*Binnenmarktklausel*” a que alude KINDLER, Peter - Handelsvertreterrichtlinie und Rom I. In KRONKE, Herbert, Hrsg. ; THORN, Karsten, Hrsg. - *Grenzen überwinden-Prinzipien bewahren : Festschrift für Bernd von Hoffmann, zum 70. Geburtstag am 28. Dezember 2011*. Bielefeld : Ernst und Werner Gieseking, 2011, p. 199.

¹¹¹² Considerando que o n.º 4 do art.º 3.º é uma regra específica de situações intracomunitárias e que ressalva as disposições especiais de direito comunitário sobre as matérias inseridas no respetivo âmbito de aplicação, VICENTE, Dário Moura – *Direito internacional privado: ensaios*. Coimbra: Almedina, 2010. Vol. 3, p. 66.

¹¹¹³ GAUDEMET-TALLON, Hélène – Le droit international privé des contrats dans un ensemble régional: l’exemple du droit communautaire. In Talia Einhorn; Siehr, Kurt (Ed.), *Intercontinental cooperation through private international law: essays in memory of Peter E. Nygh*. Den Haag: T.M.C. Asser Press, 2004, p. 133.

ordenamentos jurídicos e a potencialidade de conflito relativamente à aplicação dessas normas a uma mesma situação.¹¹¹⁴

A proteção desses interesses relevantes implica na vertente oposta, uma clara limitação à autonomia da vontade das partes.¹¹¹⁵

É um regime inovador e relativamente ao qual importa delimitar o sentido em que essa proteção se projeta. Aparentemente, essa proteção ao ordenamento jurídico da UE não incidirá sobre disposições não derogáveis por acordo insertas em Regulamentos, nem sobre disposições constantes de Diretivas que determinem o seu próprio âmbito de aplicação, na medida em que a eficácia de tais disposições não está dependente da disposição em apreço resulta antes da força própria dos Regulamentos e, eventualmente do disposto no artigo 23.º do Regulamento Roma I.¹¹¹⁶ A disposição tem assim um objeto que é garantir a aplicação de disposições imperativas constantes de outras Diretivas, entendendo-se, deste modo, que este dispositivo visa as disposições imperativas internas, não derogáveis por acordo, adotadas na sequência da transposição de outras Diretivas, que não delimitam o seu próprio âmbito de aplicação.¹¹¹⁷ Estas disposições de direito interno têm a sua fonte supraestadual e quando transpostas para as ordens jurídicas nacionais vinculam quer os particulares quer os Estados, o mesmo sucedendo com os preceitos que complementarmente e ao abrigo do poder que reconhece aos Estados-Membros quanto à escolha dos meios adequados ao alcance do fim vinculativo previsto na Diretiva. Através da transposição, as disposições do direito da UE passam a estar em vigor em todos os Estados-Membros, sendo as suas disposições invocáveis pelos interessados. Tal faculdade assiste aos particulares mesmo no caso de falta de atempada transposição desses normativos pelos Estados-Membros, caso o conteúdo das disposições em questão seja suficientemente claro e preciso.¹¹¹⁸

Não se exclui que, apesar de a transposição introduzir as disposições não derogáveis por acordo do Direito da UE, as mesmas possam ter sofrido uma alteração no seu

¹¹¹⁴ GAUDEMET-TALLON, Hélène – Le droit international privé des contrats dans un ensemble regional: l'exemple du droit communautaire. In Talia Einhorn; Siehr, Kurt (Ed.), *Intercontinental cooperation trough private internacional law: essays in memory of Peter E. Nygh*. Den Haag: T.M.C. Asser Press, 2004, p. 133.

¹¹¹⁵ No sentido de esta limitação conduzir a uma relocalização do contrato, JACQUET, Jean Michel – La theorie de l'autonomie de la volonté. In Sabine Courmeloup; Natalie Joubert (Eds.), *Le Règlement Communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*. Paris: LexisNexis, 2011, p. 9.

¹¹¹⁶ PINHEIRO, Luís de Lima – *Direito internacional privado*. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. Vol. 2, p. 329.

¹¹¹⁷ No sentido de que a referência a normas não derogáveis por acordo no dispositivo em análise engloba ainda as normas de aplicação imediata tal como previstas no artigo 9.º, SÁNCHEZ LORENZO, Sixto – Choice of law and overriding mandatory rules in international contracts. *YPIL*. 12 (2010) 77.

¹¹¹⁸ TJ 05-02-1963, caso NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming Van Gend & Loos contra Administração Fiscal neerlandesa, proc. 26/62 [CJ (1962-1964)].

conteúdo, introduzida pela iniciativa do Estado-Membro respetivo. Tal será o caso de se conferir, no normativo de transposição ou noutro, um período de garantia para certos produtos, superior àquele que consta da Diretiva transposta.

A preocupação harmonizadora em termos absolutos é consagrada nas diretivas de harmonização plena,¹¹¹⁹ na qual ficam afastadas potenciais disparidades de conteúdo.¹¹²⁰ Não obstante as disposições do direito da UE possam vir a ser consagradas com ligeiras diferenças ao nível da legislação dos Estados-Membros, essas diferenças são identificáveis, não se justificando, em princípio, a não ser pela facilidade de administração da justiça pelo Estado-Membro do foro, a aplicação de outras disposições não derogáveis por acordo que não sejam as da lei com a qual está mais estreitamente relacionada. Mas esta nova figura contratual prevê, quer a ligação dos elementos do contrato com um Estado-Membro, quer com mais Estados-Membros.

Quanto à ligação do contrato apenas com um Estado-Membro e em face da escolha de uma lei de um Estado terceiro, a opção consagrada deslocaliza a proteção concedida às disposições não derogáveis por acordo. Essa diferente previsão normativa, que encontra na *mens legislatoris* a necessidade de proteção às disposições do direito da UE não derogáveis por acordo, consagra apenas a aplicação das disposições desse direito em face da *electio iuris* incidir sobre a lei de um terceiro Estado. Neste caso e comparativamente ao regime previsto para a situação de internacionalidade subjetiva do contrato no número anterior do preceito em análise, dir-se-á que por um lado, fica desprotegida a ordem jurídica com a qual os elementos do contrato, à exceção da escolha de lei, se encontram exclusivamente ligados em face do teor da nova disposição. Por outro lado, protegem-se as disposições não derogáveis por acordo do Direito da UE, tal como aplicadas pelo Estado-Membro do foro.

¹¹¹⁹ De que constituem exemplos a Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de Outubro de 2011 relativa aos direitos dos consumidores, que altera a Directiva 93/13/CEE do Conselho e a Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revoga a Directiva 85/577/CEE do Conselho e a Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, a Diretiva (UE) 2019/771 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019, relativa a certos aspetos dos contratos de compra e venda de bens que altera o Regulamento (UE) 2017/2394 e a Diretiva 2009/22/CE e que revoga a Diretiva 1999/44/CE e a Diretiva (UE) 2019/770 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019, sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais. O segundo e terceiro normativos identificados prevêm, nos seus artigos 4.º, que “Os Estados-Membros não podem manter ou introduzir no seu direito nacional disposições divergentes das previstas na presente diretiva, nomeadamente disposições mais ou menos estritas, que tenham por objetivo garantir um nível diferente de proteção dos consumidores, salvo disposição em contrário na presente diretiva.”

¹¹²⁰ Tratando-se de normativos que normalmente conferem alguma liberdade aos Estados quanto a certos aspetos, o que não sucede nesses casos dada a impossibilidade de manutenção ou introdução de disposições ao teor dessas propostas, afigura-se que esta modalidade de diretivas de harmonização plena não deixará de configurar um normativo híbrido.

Aparentemente esta distinção entre estas duas situações não justificará uma diferença de regime que se traduz numa degradação das disposições não derogáveis por acordo do Estado com o qual a situação se encontra conexcionada. É que, tais disposições do direito da UE seriam necessariamente respeitadas se prevalecesse a solução prevista no n.º 3, sendo-o de igual modo as disposições não derogáveis por acordo, de fonte interna. Esse é o regime aplicável caso a escolha de lei incida sobre uma lei de um Estado-Membro. Este, em nossa perspetiva, devia ser o regime a aplicar no caso de os elementos da situação se encontrem em conexão exclusiva com um Estado-Membro. Parece, assim, que o preceito promete mais do que alcança. Ao invés de conferir uma proteção acrescida ao contrato intraeuropeu, não só nada acrescenta ao regime previsto no n.º 3 do artigo 3.º em matéria de proteção às disposições não derogáveis do direito da UE que já se encontravam protegidas, não podendo ser afastadas em virtude da escolha de uma lei de um Estado-Membro diferente, como exclui a proteção às disposições não derogáveis por acordo em vigor no Estado com o qual a situação se apresenta exclusivamente em conexão ou se apresenta mais estreitamente relacionada. Este novo regime parece afinal, sob as vestes de proteção das disposições imperativas, acabar por ter o resultado de diminuir a imposição da aplicação de disposições não derogáveis por acordo do Estado cujo ordenamento reclamaria com maior intensidade a proteção dos seus comandos imperativos. Assim se afigura que a situação *sub iudice* deveria subsumir-se ao disposto no n.º 3 do artigo em análise, sob pena de ser por demais evidente a limitação dos efeitos da norma à proteção exclusiva das normas não derogáveis por acordo do direito da UE, acrescentando ainda que essa proteção apenas é conferida nos termos em que esses normativos sejam aplicados pelo Estado-Membro do foro. Em consequência, passou a admitir-se a postergação das disposições não derogáveis por acordo do Estado-Membro com o qual a situação se encontra exclusivamente relacionada, em prol da exclusiva imposição das normas não derogáveis por acordo, não do direito vigente nesse Estado, mas do direito da UE, e não como aplicado nesse Estado-Membro, mas exclusivamente como aplicado pelo Estado-Membro do foro. Admite-se, assim, uma internacionalidade subjetiva, protegendo-se em virtude da aplicação do n.º 4, exclusivamente, o ordenamento da UE.

Por tais motivos e, por uma questão de coerência, se entende que “[c]aso todos os [...] elementos relevantes da situação se situem, no momento da escolha, num” único Estado-Membro, a situação deve subsumir-se ao disposto no n.º 3 e as disposições de direito da UE suscetíveis de proteção e por tal motivo não derogáveis por acordo das partes deveriam ser as disposições do Estado-Membro no qual todos os elementos relevantes estão localizados. Para além de favorecer a boa aplicação da justiça no

Estado-Membro do foro, não vislumbramos outro fundamento para a defesa desta solução. Pelo menos neste caso concreto, considerando que a consagração da autonomia da vontade, quanto ao contrato interno, viabiliza a sua internacionalização subjetiva, mas a preocupação do legislador deve ser dirigida a garantir o respeito das disposições não derogáveis por acordo da lei que de outro modo seria aplicada¹¹²¹ e na qual se integram, por via da transposição, os normativos do direito da UE não derogáveis por acordo.

Diferente se apresenta a questão, caso a situação apresente elementos de conexão situados em mais de um Estado-Membro, pois nesse caso, existe um verdadeiro conflito de leis. Mas, mesmo nesse caso entendemos, na sequência do anteriormente expandido, que para este efeito, as disposições não derogáveis por acordo a salvaguardar deveriam corresponder à lei do Estado-Membro que seria aplicável se não tivesse sido eleita uma lei (neste caso de um Estado terceiro) e não as disposições não derogáveis por acordo com o conteúdo com que as mesmas são aplicadas pelo Estado-Membro do foro. Por outro lado, e tendo em conta o sentido útil deste preceito que se reconduz à proteção das normas não derogáveis por acordo insertas em Diretivas que não delimitam o seu âmbito de aplicação entende-se, como se referiu supra, que este normativo visa as disposições internas não derogáveis por acordo adotadas na sequência da transposição de Diretivas que as consagram.

Neste enquadramento, resultarão do regulamento Roma I dois níveis de internacionalidade, agora acrescentando a situação consagrada no n.º 4 deste artigo, relativa ao contrato intraeuropeu, que consagrando quer o contrato interno a um Estado-Membro, quer o contrato interno ao ordenamento da UE, prevê a internacionalidade subjetiva quanto ao primeiro, mas uma internacionalidade objetiva quanto ao segundo, nas situações em que as partes elegem a lei de um Estado terceiro.

Se, por um lado, se admite a internacionalidade subjetiva do contrato, compatível com o espírito de abertura à maior consagração da autonomia da vontade quanto à primeira previsão da figura do contrato interno a um Estado-Membro quando a *electio iuris* se projeta sobre a lei de um Estado terceiro, por outro, não pode deixar de se considerar a existência de um contrato intraeuropeu,¹¹²² em que se produz efetivamente um conflito

¹¹²¹ Neste sentido e suscitando a dúvida sobre saber se este desvio é intencional ou se se baseia na suposição de que o Estado do foro corresponde ao Estado da localização, PINHEIRO, Luís de Lima – Direito internacional privado. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. Vol. 2, p. 329-330.

¹¹²² GAUDEMET-TALLON, Hélène – Le droit international privé des contrats dans un ensemble regional: l'exemple du droit communautaire. In Talia Einhorn; Siehr, Kurt (Ed.), Intercontinental cooperation through private international law: essays in memory of Peter E. Nygh. Den Haag: T.M.C. Asser Press, 2004, p. 120.

de leis¹¹²³ ao nível do disposto no n.º 4 do artigo 3.º. É que, encontrando-se os elementos da situação dispersos por mais de um Estado-Membro, a escolha de lei sempre provocaria, do ponto de vista da doutrina tradicional do DIP, um conflito de leis. No entanto, atenta a previsão do artigo, e em nossa opinião, trata-se de um normativo ao qual deverão ser subsumíveis apenas as hipóteses de localização dos elementos de conexão em mais de um Estado-Membro, tem a doutrina caracterizado a previsão como contemplando a figura do contrato intracomunitário ou intraeuropeu. Esta disposição prevê, à semelhança do disposto no número anterior, uma limitação do efeito da escolha de uma lei de um Estado terceiro, uma desqualificação da autonomia da vontade¹¹²⁴ na situação em que os demais elementos do contrato estão em contato com um Estado-Membro, provocando um conflito de leis. Neste caso consideramos que esta situação concreta deve ser subsumida ao teor do disposto no n.º 3 do artigo *sub iudice*, atendendo à similitude da previsão da norma. Já no caso de os elementos da situação se encontrarem em contato com mais de um ordenamento jurídico de Estados-Membros da UE importa ponderar se efetivamente se justificará a diferente previsão normativa que visa corresponder a uma nova consagração contratual, neste caso o contrato intraeuropeu. Nesta última situação, a escolha de uma lei de um Estado terceiro é efetuada num enquadramento em que existe uma ligação do contrato com vários, pelo menos dois, ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros, motivo pelo qual se os elementos relevantes do contrato se localizarem em pelo menos dois Estados-Membros, a escolha de lei não configurará uma internacionalidade subjetiva devendo antes ser considerada uma eleição de lei no sentido conflitual. Não obstante, a impossibilidade de afastamento das disposições imperativas do direito da UE surge como uma limitação à autonomia da vontade, impedindo o efeito próprio de uma escolha de lei em sentido conflitual (*Kollisionsrechtliche Verweisung*) que em condições normais seria apta a limitar e até afastar a aplicação das disposições imperativas desse direito. Tem-se defendido que essa limitação tem por objeto a proteção das disposições imperativas do direito da UE, fundada na necessidade de proteger o seu mercado único, motivo pelo qual a escolha de lei apenas produz efeitos relativamente às disposições supletivas desse direito. Essa proteção traduz-se, também no que respeita ao preceito em análise, no facto de se possibilitar uma mera incorporação por referência das normas

¹¹²³ Em sentido aparentemente contrário, WATT, Horatia Muir – Les limites du choix: dispositions impératives et internationalité du contrat. In Sabine Corneloup; Natalie Joubert (Dir.), Le règlement communautaire “Rome I” et le choix de loi dans les contrats internationaux. Bourgogne: Université de Bourgogne, 2010, p. 342.

¹¹²⁴ Considerando a inexistência de um conflito de leis nesta situação em virtude da suposta desqualificação da autonomia da vontade, WATT, Horatia Muir – Les limites du choix: dispositions impératives et internationalité du contrat. In Sabine Corneloup; Natalie Joubert (Dir.), Le règlement communautaire “Rome I” et le choix de loi dans les contrats internationaux. Bourgogne: Université de Bourgogne, 2010, p. 343.

do direito escolhido,¹¹²⁵ que correspondem às disposições supletivas do Direito da UE, impedindo-se assim o afastamento das normas não derogáveis por acordo do direito da UE, mais especificamente, das disposições desse direito resultantes da transposição de Diretivas, ou desses normativos quando não transpostos dentro do prazo previsto. Fica assim claro o aumento da limitação à autonomia da vontade das partes, decorrente da consagração desta nova figura do contrato intraeuropeu que resulta da interrelação entre a imperatividade e a internacionalidade no Regulamento Roma I, afastando-se o regime consagrado quanto à nova consagração contratual de uma internacionalidade que lhe seria apontada no âmbito da Convenção de Roma. Por outro lado, a mera incorporação, por referência dos normativos do direito escolhido que correspondam às disposições supletivas do direito da UE não anulará, em todos os casos, a necessidade de determinação da lei aplicável, como será o caso de a escolha ser considerada inválida ou relativamente a aspetos não regulados pelo direito escolhido, nem pelas disposições do direito da UE não derogáveis por acordo. Quanto a esses aspetos não previstos, nem num, nem noutro caso, necessário se torna identificar a lei competente dentro do ordenamento jurídico da UE, por forma a verificar a existência de disposições não derogáveis. Desta feita, desse ordenamento jurídico concreto, que sempre terão de sobrepor-se aos critérios de preenchimento de lacunas da lei escolhida dado apenas se permitir a incorporação por referência das disposições da lei escolhida que correspondam a disposições supletivas do direito da UE.

As disposições não derogáveis por acordo do direito da UE são também disposições não derogáveis por acordo dos Estados-Membros, de fonte supraestadual, por tal motivo, a diferente consagração resulta afinal numa menor proteção do direito da UE no seu conjunto, na medida em que se proíbe apenas afastar disposições que em face do disposto no n.º 3 já não poderiam, em todo o caso, ser afastadas. Efeito aparentemente agravado em virtude de uma não aceitação da aplicação das disposições não derogáveis por acordo da lei que, dentro do ordenamento jurídico da UE, seria aplicável na falta de escolha de lei pelas partes.¹¹²⁶ Esta consequência parece, para além de desprotetora conduzir a resultados imprevisíveis. Tal conclusão resulta do facto de que, ainda que ficando essa proteção às disposições não derogáveis por acordo de fonte nacional da lei que seria aplicável na falta de escolha afastada, ainda assim deva a

¹¹²⁵ Neste sentido, WATT, Horatia Muir – Les limites du choix: dispositions impératives et internationalité du contrat. In Sabine Corneloup; Natalie Joubert (Dir.), Le règlement communautaire "Rome I" et le choix de loi dans les contrats internationaux. Bourgogne: Université de Bourgogne, 2010, p. 342.

¹¹²⁶ Salientando que tal parece ser conveniente para o juiz, mas pode conduzir a resultados imprevisíveis no caso de Diretivas de harmonização mínima que são transpostas de forma diferente pelos diversos Estados-Membros, CALLIESS, Galf-Peter – Rome regulations: commentary on the European rules of the conflict of laws. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2011, p. 85.

mesma ser determinada, para ser aplicada a todos os aspetos não previstos no âmbito da incorporação, por referência, permitida, nem nas disposições do direito da UE transpostas para os diferentes direitos nacionais, não derogáveis por acordo a que se acrescenta a possibilidade de invalidade da escolha/incorporação por referência.¹¹²⁷

Em tais situações, não pode negar-se a produção de um verdadeiro conflito de leis¹¹²⁸,¹¹²⁹ e em face do que antecede a necessidade de determinar a lei do Estado da UE que seria aplicável na falta de escolha de uma lei dentro do ordenamento jurídico da UE, no âmbito do Regulamento Roma I, com a necessária consequência de, neste caso concreto, se aplicar o regime aplicável aos contratos internacionais quanto às normas de aplicação imediata.¹¹³⁰ É que a todas as considerações expendidas acresce a dificuldade em distinguir as normas não derogáveis por acordo e as disposições de aplicação imediata, no caso concreto, insertas em Diretivas, como parece ter sido a qualificação atribuída pelo Tribunal de Justiça às normas constantes da Diretiva sobre o contrato de agência¹¹³¹ na jurisprudência Ingmar.¹¹³² Este normativo não abrange os problemas colocados pelo Acórdão Ingmar,¹¹³³ uma vez que apenas se aplica se os elementos do contrato estiverem relacionados com um ou vários Estados-Membros.

¹¹²⁷ Na medida em que seja intrinsecamente inválida, torne o contrato inválido por motivos substanciais ou formais ou ainda por desconsiderar direitos de terceiros.

¹¹²⁸ Neste sentido, considerando que “da mesma forma, nos termos do art.º 3.º n.º 4, para que uma norma imperativa com origem comunitária seja aplicada ao contrato em exclusão da lei – extracomunitária – escolhida, é suficiente demonstrar que o contrato, apesar de internacional, é intracomunitário, ou seja, só apresenta conexões com a União Europeia.” TELES, Eugénia Galvão – A noção de normas de aplicação imediata no Regulamento Roma I: uma singularidade legislativa. In Jorge Miranda [et al.], Estudos em homenagem a Miguel Galvão Telles. Coimbra: Almedina, 2012. Vol. 2, p. 804

¹¹²⁹ Considerando não existir conflito de leis na situação em apreço, WATT, Horatia Muir – Les limites du choix: dispositions impératives et internationalité du contrat. In Sabine Corneloup; Natalie Joubert (Dir.), Le règlement communautaire “Rome I” et le choix de loi dans les contrats internationaux. Bourgogne: Université de Bourgogne, 2010, p. 342.

¹¹³⁰ Em sentido contrário e considerando que as normas de aplicação imediata só têm utilidade teórica se o contrato for internacional e não apenas intraeuropeu, WATT, Horatia Muir – Les limites du choix: dispositions impératives et internationalité du contrat. In Sabine Corneloup; Natalie Joubert (Dir.), Le règlement communautaire “Rome I” et le choix de loi dans les contrats internationaux. Bourgogne: Université de Bourgogne, 2010, p. 342

¹¹³¹ Neste sentido, RAMOS, Rui Moura - O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a teoria geral do direito internacional privado: desenvolvimentos recentes. In Estudos de homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço. Coimbra: Almedina, 2002. Vol. 1, p. 461; WATT, Horatia Muir – Les limites du choix: dispositions impératives et internationalité du contrat. In Sabine Corneloup; Natalie Joubert (Dir.), Le règlement communautaire “Rome I” et le choix de loi dans les contrats internationaux. Bourgogne: Université de Bourgogne, 2010, p. 342; TELES, Eugénia Galvão – A noção de normas de aplicação imediata no Regulamento Roma I: uma singularidade legislativa. In Jorge Miranda [et al.], Estudos em homenagem a Miguel Galvão Telles. Coimbra: Almedina, 2012. Vol. 2, p. 814.

¹¹³² No acórdão Ingmar, supra citado, o Tribunal de Justiça confirmou o caráter imperativo das disposições da Diretiva que protegem o agente no fim do contrato (art.ºs 17.º e 18.º). Considerou essas disposições como normas de aplicação imediata, decidindo que estas mesmas “devem aplicar-se desde que o agente comercial exerceu a sua atividade num Estado-Membro, mesmo que o comitente esteja estabelecido num país terceiro, e que por força de uma cláusula do contrato, este se reja pela lei desse país.”

TJ 09.11.2000, caso Ingmar GB Ltd contra Eaton Leonard Technologies Inc, proc. n.º C-381/98, [CJ (2000) I-9335] n.º 26.

¹¹³³ CALLIESS, Graf-Peter – Rome regulations: commentary on the European rules of the conflict of laws. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2011, p. 84.

Nesta conformidade, a questão passa agora não só pela determinação da lei aplicável na falta de escolha para efeitos de proteção das disposições do Direito da UE não derogáveis por acordo, como ainda para efeitos da aplicação de disposições de aplicação imediata dessa lei e ainda da nova categoria supostamente emergente de disposições de aplicação imediata do Direito da UE.

Em face do que antecede, não pode, pois, deixar de se concluir que a disposição *sub iudice* consagrará uma menor proteção ao ordenamento da UE, no seu todo, relativamente àquela que resulta consagrada no n.º 3 do artigo em análise. Tal conclusão resulta, como se referiu, do facto de se considerar que não constituem objeto da disposição os normativos insertos em regulamentos, nem em Diretivas que delimitam o seu próprio âmbito de aplicação espacial, cuja atuação e força vinculante não resulta do preceito *sub iudice*, apenas se entende reconduzirem-se a tal previsão as disposições constantes de outras Diretivas. As disposições não derogáveis por acordo constantes dessas Diretivas integram, atenta a obrigatoriedade da sua transposição pelos Estados-Membros, o próprio direito desses Estados. A regra introduzida pelo artigo 3.º n.º 4 do regulamento em análise, não vai tão longe como o Tribunal de Justiça, dado que ela limita a aplicação do direito de um país terceiro escolhido pelas partes apenas no caso em que todos os elementos da situação estão localizados no interior da Comunidade Europeia.¹¹³⁴ Em face do quadro legal vigente e sem prejuízo de a decisão do tribunal poder atualmente ser no mesmo sentido, a interpretação mais provável, em nossa ótica, levaria a considerar a escolha de lei efetuada pelas partes nesse caso concreto, como uma verdadeira escolha no sentido do direito internacional privado.

Na medida em que todas as disposições não derogáveis por acordo cuja aplicação efetiva se pretende garantir, já o seriam de acordo com a previsão a que se alude por se encontrarem transpostas para o direito interno dos Estados-Membros, a sua proteção fica assegurada, apenas não se garantindo a proteção das disposições não derogáveis por acordo, não oriundas do direito da UE, da lei que de outro modo seria aplicável. Em tudo se saldando, a aplicação dessa disposição, em menor proteção do ordenamento jurídico da UE no seu todo, para além das dúvidas que a aplicação do regime previsto suscita quanto à distinção entre disposições não derogáveis por acordo e disposições absolutamente imperativas do direito da UE.¹¹³⁵

¹¹³⁴ HOLLANDER, Pascal - Conflits de lois et de juridictions et questions touchant à l'arbitrage en matière de contrats de distribution commerciale. In Didier Putzeys (Dir.), Regards croisés sur la distribution: concession, agence et franchise. Bruxelles: Larcier, 2015, p. 149

¹¹³⁵ Categoria que parece resultar da jurisprudência Ingmar.

A disposição tem, assim, um alcance muito reduzido, pois não se verifica uma verdadeira proteção ao ordenamento jurídico da UE que não se encontrasse já contemplada nos termos do n.º 3, a diferença é que o legislador protege agora essas disposições tal como aplicadas pelo Estado-Membro do foro – e não protege as normas não derogáveis por acordo do Estado respetivo, de fonte interna. Tal solução, retenha-se, não é a que se encontra consagrada nos seguintes casos: em que um contrato interno é sujeito a apreciação por um tribunal estrangeiro;¹¹³⁶ em que relativamente a um contrato interno se escolhe a lei de outro Estado-Membro;¹¹³⁷ e ainda quanto ao designado contrato intraeuropeu.¹¹³⁸ Acresce, ainda, salientar que o dispositivo *sub iudice* ao restringir a proteção ao direito imperativo da UE não constante de regulamentos, nem de diretivas que delimitem o seu próprio âmbito de aplicação, acaba por permitir uma ampla incorporação por referência do direito escolhido.

2.12. A EXISTÊNCIA E A VALIDADE DO CONSENTIMENTO DAS PARTES RELATIVAMENTE À ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL

A encerrar a consagração da autonomia da vontade em matéria de escolha de lei, o legislador da UE mantém a linha de continuidade, intencional, existente entre o instrumento em análise e o seu homólogo, a Convenção de Roma. A continuidade é assegurada mediante a previsão de que a existência e a validade do consentimento das partes quanto à escolha da lei aplicável, são aferidas de acordo com as leis respetivamente aplicáveis à existência e à validade substancial e formal do contrato, nos termos dos artigos 10, 11.º e 13.º do normativo em apreço (artigo 3.º, n.º 5).¹¹³⁹ Tal solução, corresponde àquela que se encontra consagrada no n.º 4 do artigo 3.º da Convenção de Roma.¹¹⁴⁰

As questões relativas aos vícios que afetam o consentimento das partes quanto à

¹¹³⁶ Caso no qual se procede à aplicação da lei com a qual os elementos do contrato se encontram exclusivamente conexados.

¹¹³⁷ Em que se procede à aplicação das disposições não derogáveis por acordo da lei com a qual todos os elementos do contrato se encontram relacionados e incorporação por referência das disposições da lei escolhida no que respeita ao direito supletivo da primeira lei.

¹¹³⁸ Aplicação das disposições não derogáveis por acordo do Direito da UE tal como aplicadas pelo Estado-Membro do foro e incorporação da lei de um Estado terceiro escolhida no que diz respeito às disposições supletivas do direito da UE.

¹¹³⁹ Assim RAMOS, Rui Moura – Estudos de direito internacional privado da União Europeia. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 83.

¹¹⁴⁰ Na Convenção de Roma prevê-se no n.º 4 do art.º 3.º a remissão para o art.º 8.º. Considerando que “no art.º 8.º n.º 1, da Convenção de Roma manda-se aplicar à existência e à validade do contrato ou de uma disposição deste a hipotética ou putativa lei reguladora da sua substância” e que “a mesma regra vale quanto à existência e validade do consentimento das partes relativamente à escolha da lei aplicável ao contrato, por força da remissão feita no artigo 3.º, n.º 4, da Convenção, para o artigo 8.º desta.” VICENTE, Dário Moura – A formação dos contratos internacionais. In Luís de Lima Pinheiro (Coord.), Estudos de direito comercial internacional. Coimbra: Almedina: 2004. Vol. 1, p. 207.

escolha de lei aplicável, são reguladas pela lei hipoteticamente¹¹⁴¹ escolhida pelas partes no pacto cuja validade se questiona.

O regulamento em apreço não submete a validade do pacto de escolha da lei aplicável ao contrato à condição de que a lei designada pelas partes para reger o contrato o torne válido, pelo contrário, é pela lei escolhida pelas partes para reger o contrato que se determina a validade e a existência do mesmo.¹¹⁴²

¹¹⁴¹ Neste sentido, LIMONES, Pilar Blanco-Morales – La autonomía de la voluntad en las relaciones plurilocalizadas. Autonomía de la voluntad. Elección de ley aplicable: consentimiento y forma de los actos. In Lorenzo Plats Albertosa (Coord.). Autonomía de la voluntad en el derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado. Madrid: Wolters Kluwer, 2012. Vol. 5, 63.

¹¹⁴² Assim, LIMONES, Pilar Blanco-Morales – La autonomía de la voluntad en las relaciones plurilocalizadas. Autonomía de la voluntad. Elección de ley aplicable: consentimiento y forma de los actos. In Lorenzo Plats Albertosa (Coord.). Autonomía de la voluntad en el derecho privado: Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado. Madrid: Wolters Kluwer, 2012. Vol. 5, p. 63.

3. LEI APLICÁVEL NA FALTA DE ESCOLHA

A determinação da lei aplicável a um contrato comercial internacional, no caso de ausência de escolha pelas partes ou de essa escolha ser inválida, ou de apenas ter sido escolhida a lei aplicável a uma parte do contrato, é efetuada, em geral, por recurso aos critérios subsidiários previstos no artigo 4.º do Regulamento Roma I.

No presente capítulo abordaremos o regime previsto, em geral, quanto a esta matéria e ainda o contrato de transporte de mercadorias, que no regulamento *sub iudice* é objeto de disposição autónoma (artigo 5.º), mas que na Convenção de Roma constitui objeto da disposição constante do artigo 4.º, n.º 4¹¹⁴³. Nesta abordagem, tentaremos especificar os aspetos mais notórios quanto às diferenças relativas aos regimes previstos em ambos os instrumentos que aqui deixaremos enunciadas.

3.1. REGIME GERAL DE DETERMINAÇÃO DA LEI APLICÁVEL NA FALTA DE ESCOLHA

É manifesta a estrutura inovadora do preceito em análise face ao preceito homólogo constante da Convenção de Roma. A Convenção de Roma consagra como conexão geral a cláusula geral de conexão mais estreita¹¹⁴⁴ e como “presunções”¹¹⁴⁵ que devem ser entendidas como directrizes interpretativas¹¹⁴⁶, as disposições constantes dos n.ºs

¹¹⁴³ Não constitui, assim, objeto do presente capítulo qualquer dos regimes que visam a proteção de partes mais fracas ou débeis, como os consagrados quanto aos seguintes contratos: transporte de passageiros (artigo 5.º, n.º 2), celebrados por consumidores (artigo 6.º), celebrados com trabalhadores (artigo 8.º) e ainda o contrato de seguro (artigo 7.º).

¹¹⁴⁴ Neste sentido, PINHEIRO, Luís de Lima – O novo regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais: uma introdução. In Luís de Lima Pinheiro, Estudos de direito internacional privado: contratos, obrigações extracontratuais, insolvência, operações bancárias, operações sobre instrumentos financeiros e reconhecimento de decisões estrangeiras. Coimbra: Almedina, 2009. Vol. 2, p. 427. No sentido de se tratar de um princípio geral, RAMOS, Rui Moura – Estudos de direito internacional privado da União Europeia. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 85; LAGARDE, Paul - Remarques sur la proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I). RCDIP. (2006) 331-349; LAGARDE, Paul; TENENBAUN, Aline – De la convention de Rome au règlement Rome I. RCDIP. 97 (2008) 727-780; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier – La cláusula de excepción y los contratos internacionales. In Carlos Esplugues Mota [et al.], Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues. Paris: Tiran lo Blanch, 2012, p. 468.

¹¹⁴⁵ Considerando que se tratam de presunções ilidíveis, BASEDOW, Jürgen – Lex mercatoria and the private international law of contracts in economic perspective. In Jürgen Basedow; Toshiyuki Kono (Ed.), An economic analysis of private international law. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 68 e ss. No sentido de que se tratam de presunções judiciais ilidíveis e ainda que essas presunções contidas nos n.ºs 2 a 4 servem o objetivo de concretizar o elemento de conexão da conexão mais estreita contido no n.º 1 do artigo 4.º da Convenção de Roma. FERRARI, Franco; BISCHOFF, Jan A. – Article 4: applicable law in the absence of choice. In Franco Ferrari (Ed.), Rome I regulation: pocket commentary. Munich: Selp, 2015, p. 122-169. Considerando que se tratam de presunções, RAMOS, Rui Moura – Estudos de direito internacional privado da União Europeia. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 85; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier – La cláusula de excepción y los contratos internacionales. In Carlos Esplugues Mota [et al.], Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues. Paris: Tiran lo Blanch, 2012, p. 468.

¹¹⁴⁶ Assim, PINHEIRO, Luís de Lima – O novo regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais: uma introdução. In Luís de Lima Pinheiro, Estudos de direito internacional privado: contratos,

2 a 4 do mesmo artigo 4.º. Destes preceitos, o n.º 2 consagra uma “presunção” de conexão mais estreita a favor da lei da residência habitual do prestador que efetua a prestação característica do contrato, o n.º 3 estabelece uma presunção relativa as contratos sobre imóveis e, por último, o n.º 4 prevê o regime aplicável ao contrato de transporte.¹¹⁴⁷ O preceito prevê ainda, no n.º 5, 2.ª parte, uma cláusula de exceção, que funciona como mecanismo corrector da solução alcançada por aplicação das anteriores previsões¹¹⁴⁸ no caso de o contrato apresentar uma conexão mais estreita com outro país. Para os casos de impossibilidade de determinação da prestação característica, prevê o instrumento mencionado um critério de determinação da lei aplicável, a designada conexão subsidiária (artigo 4.º, n.º 5, 1.ª parte), que recorre também à conexão mais estreita.

O regulamento afasta a cláusula geral de conexão mais estreita,¹¹⁴⁹ consagrado no n.º 1 do artigo 4.º da Convenção de Roma¹¹⁵⁰ e o sistema de “presunções” estabelecido nesse instrumento. A previsão do n.º 1 do artigo 4.º do regulamento em análise visa

obrigações extracontratuais, insolvência, operações bancárias, operações sobre instrumentos financeiros e reconhecimento de decisões estrangeiras. Coimbra: Almedina, 2009. Vol. 2, p. 427. Na ótica deste autor, à qual aderimos “não se tratam 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.”

¹¹⁴⁷ No sentido de que as presunções contidas nos números 3 e 4 têm prioridade sobre a presunção geral contida no n.º 2, FERRARI, Franco; BISCHOFF, JAN A. – Article 4: applicable law in the absence of choice. In Franco Ferrari (Ed.), Rome I regulation: pocket commentary. Munich: Selp, 2015, p. 123.

¹¹⁴⁸ Na Convenção de Roma, a relação entre as disposições iniciais do dispositivo e a cláusula de exceção funciona no sentido de se prever “a correção de um processo guiado por preceitos fixos, quando tal correção se afigure indispensável face à insatisfação dos resultados do processo, uma vez vistos à luz da ideia-força que o justifica”, como decorre do funcionamento da conexão mais estreita enquanto cláusula geral e o seu relacionamento com a cláusula de exceção baseada na mesma conexão, tal como salienta RAMOS, Rui Moura – Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional. Coimbra: Almedina, 1991, p. 569. No mesmo sentido, FERRARI, Franco; BISCHOFF, JAN A. – Article 4: applicable law in the absence of choice. In Franco Ferrari (Ed.), Rome I regulation: pocket commentary. Munich: Selp, 2015, p. 123, esclarecem que “só se procede à aplicação da lei determinada de acordo com as presunções se não se puder concluir que o contrato está mais estreitamente ligado a uma lei de outro país, donde resulta que este último requisito funciona como requisito negativo de aplicação da lei determinada de acordo com as presunções.” Consideram ainda estes autores que tal é equivalente à aplicação indireta da regra da conexão mais estreita consagrada no artigo 4.º, n.º 1 do Regulamento.

¹¹⁴⁹ PINHEIRO, Luís de Lima – O novo regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais: uma introdução. In Luís de Lima Pinheiro, Estudos de direito internacional privado: contratos, obrigações extracontratuais, insolvência, operações bancárias, operações sobre instrumentos financeiros e reconhecimento de decisões estrangeiras. Coimbra: Almedina, 2009. Vol. 2, p. 427, que considera que “o artigo 4.º da Convenção de Roma é no seu conjunto dominado pela cláusula de conexão mais estreita”. No mesmo sentido FERNANDES, Maria João Matias – Da Convenção de Roma ao Regulamento Roma I: a lei aplicável ao contrato na ausência de escolha pelas partes. In Vasco Pereira da Silva; Ingo Wolfgang Sarlet (Coord.), Portugal, Brasil e o mundo do direito. Coimbra: Almedina, 2009, p. 203.

¹¹⁵⁰ Que BARATA, Roberto - Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti. Milano: Giuffrè Editore, 1991, p. 134, considera que se trata de uma regra presuntiva geral de conexão mais estreita. Defende UBERTAZI, Benedetta – Il regolamento sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. Milano: Giuffrè Editore, 2008, p. 67, que esta disposição é uma disposição complexa na sua globalidade, posição que acompanhamos e que terá conduzido à necessidade de reformulação desse dispositivo, como resulta do novo n.º 4 do Regulamento Roma I; e que, na sua consagração ao nível do n.º 1 do artigo 4.º da Convenção de Roma pode ser entendida como uma não-regra. Neste sentido, entre outros, FERNANDES, Maria João Matias – Da Convenção de Roma ao Regulamento Roma I: a lei aplicável ao contrato na ausência de escolha pelas partes. In Vasco Pereira da Silva; Ingo Wolfgang Sarlet (Coord.), Portugal, Brasil e o mundo do direito. Coimbra: Almedina, 2009, p. 207.

aumentar a segurança jurídica mediante a previsão de uma solução mecanicista,¹¹⁵¹ que também consagra o princípio da proximidade.¹¹⁵² O sistema agora consagrado é caracterizado maioritariamente pela aplicação da doutrina da prestação característica, através da codificação das normas de conflitos,^{1153, 1154} afastando o recurso à conexão mais estreita da sua consagração como conexão geral e confinando a sua atuação estritamente à cláusula de exceção (n.º 3) e à conexão subsidiária (n.º 4). O legislador optou por uma solução que garante maior previsibilidade jurídica, prevendo no número 1 do artigo *sub iudice* oito tipos contratuais, e estabelecendo quanto aos mesmos, critérios rígidos¹¹⁵⁵ de determinação da lei aplicável, embora temperados pela possibilidade da sua derrogação, uma vez que estejam preenchidos os requisitos que permitem acionar a cláusula de exceção. Para o efeito estabeleceu qual a lei aplicável aos diversos tipos contratuais, consagrando como regra geral a doutrina da prestação característica, e como lei aplicável, em termos genéricos, a lei da residência habitual do prestador que a fornece. Para o caso de o/ou os contratos não se encontrarem previstos no n.º 1¹¹⁵⁶ ou de partes dos contratos serem abrangidas por mais do que uma das

¹¹⁵¹ Ou de um princípio de especialização, como entende RAMOS, Rui Moura – Estudos de direito internacional privado da União Europeia. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 84-85.

¹¹⁵² As alíneas c), d) e h) do n.º 1 do art.º 4.º aplicam o princípio da proximidade, como salienta CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier – La cláusula de excepción y los contratos internacionales. In Carlos Esplugues Mota [et al.], Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues. Paris: Tiran lo Blanch, 2012, p. 470.

¹¹⁵³ A sua previsibilidade leva alguma doutrina a considerar que, por razões de segurança jurídica, é previsível que os tribunais farão uma interpretação extensiva dos contratos contemplados no artigo 4.º, n.º 1. Assim CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier – Derecho internacional privado. 18ª ed. Madrid: Editorial Comares, 2018, Vol. 2, p. 997.

¹¹⁵⁴ Referindo-se à nova arquitetura do artigo 4.º quando comparada com o artigo 4.º do instrumento homólogo, FERNANDES, Maria João Matias – Da Convenção de Roma ao Regulamento Roma I: a lei aplicável ao contrato na ausência de escolha pelas partes. In Vasco Pereira da Silva; Ingo Wolfgang Sarlet (Coord.), Portugal, Brasil e o mundo do direito. Coimbra: Almedina, 2009, p. 205, descreve a nova opção legislativa como fazendo “desaparecer a ocasião para as perplexidades e dúvidas suscitadas pela convivência difícil entre a regra sedeada no número inaugural do artigo 4.º da Convenção de Roma e as indicações constantes dos números imediatamente subsequentes.”

¹¹⁵⁵ No sentido de que na disposição em referência se consagraram “...normas de conflitos de conteúdo rígido.”, BRITO, Maria Helena – Determinação da lei aplicável aos contratos internacionais: da Convenção de Roma ao Regulamento Roma I. In Armando Marques Guedes [et al.], Estudos em homenagem ao Professor Doutor Lebre de Freitas. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, Volume 1, p. 452.

¹¹⁵⁶ Identificando os contratos em que o legislador da UE consagrou uma proteção à parte mais fraca, transporte de passageiros, contratos de seguro, contratos celebrados com consumidores, e contratos de trabalho, questiona SYMEONIDES, Symeon – Party autonomy in Rome I and II: from a comparative perspective. In Katharina Boele-Woelki [et al.], Convergence and divergence in private international law: Liber amicorum Kurt Siehr. Zurich: Schulthess, 2010, p. 531, se o legislador não deveria ter providenciado a mesma proteção quanto a presuntivas partes fracas, tal como os franqueados e os distribuidores” (contratos que se encontram previstos nas als. e) e f) do n.º 1 do artigo 4.º). A disposição relativa aos contratos de franquia prevê que no caso de ausência de escolha o contrato é regido pela lei da residência habitual do franqueado. “Neste caso a escolha de lei ficará sujeita às pouco frequentemente utilizadas limitações constantes dos artigos 3 (3)-(4), 9 e 21 do regulamento Roma I.” No exemplo fornecido pelo autor, supondo que num contrato de franquia entre a Starbucks, companhia com sede no Estado de Washington, e um franqueado francês para constituir um Starbucks em França, contém uma cláusula de escolha da lei do reino amigo do Togo, bem como uma cláusula permitindo ao franqueador terminar o contrato unilateralmente de acordo com certas circunstâncias que não seriam suficientes de acordo com a lei de Washington nem de acordo com a lei francesa. Num caso desses, a cláusula facilmente passaria o teste dos números 3 e 4 do artigo 4.º porque uma importante conexão está localizada em Washington e por isso nem todos os elementos de conexão estão localizados num único país (França) ou em um ou mais

alíneas desse número prevê o legislador a sua sujeição à lei da residência habitual do prestador que efetua a prestação característica, nos termos do disposto no n.º 2 do preceito em análise. O Regulamento vem consagrar a doutrina da prestação característica no n.º 2 do artigo 4.^o¹¹⁵⁷ embora a mesma se encontre também presente em algumas soluções consagradas no n.º 1.¹¹⁵⁸ Se a lei aplicável não puder ser determinada de acordo com esses preceitos recorrer-se-á à conexão subsidiária contida no n.º 4 do mesmo artigo, aplicando-se “a lei do país com o qual o contrato apresenta uma conexão mais estreita.” Caso a lei aplicável seja determinada de acordo com os n.ºs 1 ou 2, a sua aplicação é derogada se resultar “claramente do conjunto das circunstâncias do caso que o contrato apresenta uma conexão manifestamente mais estreita com um país diferente” daquele cuja lei resultaria aplicável de acordo com o disposto no n.º 3 do artigo 4.^o. A regulação dos contratos por recurso à conexão mais estreita está, assim, confinada a duas possibilidades. Uma, que decorre da impossibilidade de determinação da lei aplicável em face dos números 1 e 2 do mesmo preceito. Outra, que corresponde à consagração da cláusula de exceção, que ocorre quando resultar “claramente do conjunto das circunstâncias do caso, que o contrato apresenta uma conexão manifestamente mais estreita com um país diferente daquele” cuja lei resultaria aplicável de acordo com os números 1 e 2 do mesmo artigo, aplicando-se nesse caso a lei daquele país (n.º 3). A intenção de limitação do recurso à cláusula de exceção contida neste preceito, resulta da nova arquitetura do dispositivo em face do correspondente preceito inserto no instrumento homólogo, e da maior clareza das previsões contidas no n.º 1. Tais previsões vão ao encontro do teor do considerando 16 que prevê que “a fim de contribuir para o objetivo geral do presente Regulamento que consiste em garantir a segurança jurídica no espaço de justiça europeu, as normas de conflitos de leis deverão apresentar um elevado grau de previsibilidade. Os tribunais deverão, porém, gozar de uma certa margem de apreciação a fim de determinar a lei que apresenta a conexão mais estreita com a situação.” Esta necessidade de previsibilidade, é alcançada mediante a consagração de regras com um conteúdo claro

países da UE. A cláusula também passaria o teste do artigo 9.^o, a menos que a lei escolhida: (a) viole normas de aplicação imediata francesas, quer seja como lei do foro [Art. 9(2)] ou como país do cumprimento da obrigação, mas neste último caso apenas se essas regras considerarem o contrato ilegal; ou b) seja manifestamente incompatível com a ordem pública francesa (Art. 21). Nada relativo a esses dois limites afastará a aplicação da lei do Togo.”

¹¹⁵⁷ Defendendo que se trata de um preceito com caráter subsidiário e que deve aplicar-se de modo residual, aos contratos não enquadráveis no artigo 4.^o, n.º 1; aos contratos mistos ou complexos, e aos contratos aos quais não se possa aplicar o artigo 4.^o, n.º 1 por motivos técnicos CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier – Derecho internacional privado. 18ª ed. Madrid: Editorial Comares, 2018, p. 997.

¹¹⁵⁸ No sentido de que as soluções consagradas no n.º 1 do artigo 4.^o podem ser consideradas como reflexos ou exemplos do princípio da prestação característica, MANKOWSKI, Peter – The principle of characteristic performance revisited yet again. In Katharina Boele-Woelki [et al.], Convergence and divergence in private international law: Liber amicorum Kurt Siehr. Zurich: Schulthess, 2010, p. 435.

capazes de potenciar quer a segurança quer a certeza jurídica.¹¹⁵⁹ É que estas regras apresentam, para além da certeza legal,¹¹⁶⁰ outras vantagens, designadamente em matéria de administração da justiça, revelando-se mais eficientes comparativamente com a utilização de critérios vagos, como sucede na solução prevista na Convenção de Roma, na medida em que, sendo facilmente compreensíveis, apresentam baixos custos de implementação. No entanto, também se deve considerar que as tentativas de elaboração de previsões exaustivas podem ser problemáticas, dado que para além de nunca estarem completas suscitam maior dificuldade quanto à sua submissão ao caso não previsto. No entanto, o recurso a um critério vago surge agora consagrado como mecanismo corretor de soluções alcançadas por via da subsunção do contrato a qualquer dos tipos contratuais previstos no n.º 1 ou pela determinação da prestação característica ou se o contrato se encontrar mais estreitamente relacionado com outra lei, mediante o recuso à cláusula de exceção.¹¹⁶¹

3.2. DETERMINAÇÃO DA LEI APLICÁVEL. ASPETOS GERAIS.

Foi sublinhado que a nova previsão constante do n.º 1 do artigo 4.º do Regulamento Roma I visa alcançar um maior grau de previsibilidade que proporcione o alcance da “segurança jurídica no espaço de justiça europeu.”¹¹⁶² Se a lei aplicável à regulação do contrato não puder ser determinada em função de um acordo das partes, por não ter sido escolhida, porque o acordo é inválido, porque a escolha é ambígua ou se trata de uma escolha parcial ou negativa ela tem de ser determinada mediante o recurso aos elementos de conexão objetivos previstos no artigo 4.º, caso não se trate de um contrato abrangido por outras disposições. A determinação da lei aplicável depende exclusivamente dos elementos de conexão estabelecidos pelo legislador, o que implica

¹¹⁵⁹ Neste sentido e salientando que nos Estados Unidos o processo de determinação da lei aplicável baseia-se atualmente sobretudo em ponderar interesses através da utilização de critérios relativamente vagos, SCHÄFER, Hans-Bernd; LAUTERMANN, Katrin – Choice of Law from an Economic Perspective. In Jürgen Basedow; Toshiyuki Kono (Ed.), An economic analysis of private international law. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 89.

¹¹⁶⁰ No sentido de que a aplicação destas regras claras como *lex fori*, *lex domicilii communis* ou outras, apenas é derogada pelos juízes em casos excecionais em que o objetivo é manter padrões mínimos de justiça ao nível constitucional ou infraconstitucional, SCHÄFER, Hans-Bernd; LAUTERMANN, Katrin – Choice of Law from an Economic Perspective. In Jürgen Basedow; Toshiyuki Kono (Ed.), An economic analysis of private international law. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 89.

¹¹⁶¹ Sendo quanto ao recurso a este tipo de cláusulas que se torna mais visível o papel dos juízes quanto à aplicação das disposições do direito internacional privado, solução que é a mais consentânea com o alcance da justiça das conexões. Não concordamos, no entanto, que as normas de direito internacional privado tenham por destinatário o juiz, como defende COURBE, Patrick – Le juge, la jurisprudence et le droit international privé. In Loïc Cadiet [et al.], Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Jacques Héron. Paris: LGDJ, 2008, p. 185. Na maioria das situações os litígios transnacionais são prevenidos, atuando os agentes económicos, nessas situações, como únicos destinatários das normas de conflitos.

¹¹⁶² Considerando n.º 16.

quer a impossibilidade de recurso a outros elementos de conexão, quer a inviabilidade de consideração da vontade hipotética das partes.¹¹⁶³

Neste preceito o legislador prevê agora, não uma cláusula geral de conexão mais estreita, mas uma conexão primária¹¹⁶⁴ (artigo 4.º 1 e 2), cujos resultados podem ser modelados mediante a aplicação da doutrina da conexão mais estreita.¹¹⁶⁵ Essa conexão primária baseia-se, maioritariamente, na doutrina da prestação característica. O Regulamento concretiza agora essa doutrina, em regras de conflitos autónomas,¹¹⁶⁶ relativamente a certos contratos, como sejam a venda de mercadorias, a prestação de serviços, a franquia e a distribuição. Tal concretização tem bastante utilidade sobretudo no que respeita a contratos em que se suscitam mais dúvidas como são os contratos de franquia e de distribuição.¹¹⁶⁷ Estes são regulados pela lei da residência habitual do franqueado e do distribuidor [artigo 4, 1, al.s e) e f)]. O elenco de contratos que o legislador consagrou foi considerado como contendo os contratos mais relevantes ao nível do comércio internacional.¹¹⁶⁸

3.2.1. DOCTRINA DA PRESTAÇÃO CARACTERÍSTICA

A previsão da doutrina da prestação característica remonta à Resolução de Florença de 1908,¹¹⁶⁹ que resultou dos trabalhos desenvolvidos na perspetiva da unificação das normas de conflitos em matéria de obrigações, pelo Instituto de Direito Internacional.¹¹⁷⁰

¹¹⁶³ FERRARI, Franco; BISCHOFF, Jan A. – Article 4: applicable law in the absence of choice. In Franco Ferrari (Ed.), Rome I regulation: pocket commentary. Munich: Selp, 2015, p. 121.

¹¹⁶⁴ PINHEIRO, Luís de Lima – O novo regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais: uma introdução. In Luis de Lima Pinheiro, Estudos de direito internacional privado: contratos, obrigações extracontratuais, insolvência, operações bancárias, operações sobre instrumentos financeiros e reconhecimento de decisões estrangeiras. Coimbra: Almedina, 2009. Vol. 2, p. 428.

¹¹⁶⁵ A conexão mais estreita intervém quer como cláusula de exceção, quer como conexão subsidiária (art. 4.º, 3 e 4) à semelhança dos correspondentes preceitos do instrumento homólogo (artigo 4.º, n.º 5, 2 e 1 partes).

¹¹⁶⁶ FERRARI, Franco; BISCHOFF, Jan A. – Article 4: applicable law in the absence of choice. In Franco Ferrari (Ed.), Rome I regulation: pocket commentary. Munich: Selp, 2015, p. 130.

¹¹⁶⁷ Considerando que estes são os casos em que é controversa a prestação característica, PINHEIRO, Luís de Lima – O novo regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais: uma introdução. In Luis de Lima Pinheiro, Estudos de direito internacional privado: contratos, obrigações extracontratuais, insolvência, operações bancárias, operações sobre instrumentos financeiros e reconhecimento de decisões estrangeiras. Coimbra: Almedina, 2009. Vol. 2, p. 428.

¹¹⁶⁸ FERRARI, Franco; BISCHOFF, Jan A. – Article 4: applicable law in the absence of choice. In Franco Ferrari (Ed.), Rome I regulation: pocket commentary. Munich: Selp, 2015, p. 129.

¹¹⁶⁹ O artigo 2.º da Resolução, que dispunha sobre a lei aplicável em caso de falta de escolha pelas partes, previa vários tipos contratuais aos quais correspondiam diferentes conexões e das quais resultava a importância atribuída à prestação característica, já que o elemento de conexão relevante era, no contrato de compra e venda entre comerciante e não comerciante, o lugar do estabelecimento comercial do vendedor, no contrato de prestação de uma atividade profissional, o lugar de exercício da atividade profissional, no contrato de seguro, o lugar do estabelecimento do segurador e no contrato de transporte, o lugar do estabelecimento do transportador.

¹¹⁷⁰ Trata-se de um conceito que foi, entretanto, tratado de forma mais aprofundada pela doutrina Suíça. Que aparece pela primeira vez tratado em SCHNITZER, Adolf Friedrich – Handbuch des internationalen Handels: wechsel-und checkrechts. Zurich: Verlag, 1938.

Vários foram os ordenamentos jurídicos e os instrumentos de direito internacional que a consagraram.¹¹⁷¹ Não obstante, a sua consagração no texto convencional motivou uma ampla discussão doutrinária. Os entusiastas da solução consagrada entenderam que a principal vantagem da sua previsão foi a de submeter o contrato à lei do seu ambiente económico-social.¹¹⁷² Já os críticos apontaram que a classificação dos contratos em diversas categorias era arbitrária dado não existirem características intrínsecas e imutáveis próprias a cada categoria; até a própria prestação característica não é individualizável sem margem para dúvidas. A previsão da prestação característica pode submeter o contrato à lei do contraente mais forte em termos económicos, por ser este, em regra, a parte que fornece a prestação não monetária e pode não ser adequada a providenciar a solução quanto a todos os tipos de contratos. Noutra perspetiva se tem invocado que a doutrina da prestação característica não se mostra adequada a todas as figuras contratuais, sobretudo quanto a contratos complexos e a figuras contratuais mais recentes.

Em face da impossibilidade de determinação da prestação característica do contrato, há que determinar a conexão mais estreita, missão largamente facilitada pela tentativa de aplicação da doutrina da prestação característica.¹¹⁷³ Trata-se de um princípio que visa abranger a generalidade dos casos, embora não alcance completamente tal objetivo. Ainda assim, a sua abrangência constitui a melhor opção conhecida a seguir para a determinação da lei aplicável na falta de escolha, pois não resta outra formula que não seja submeter a determinação da lei aplicável, na falta de aplicação desse princípio a normas de conflitos de conteúdo rígido,¹¹⁷⁴ solução parcialmente abraçada pelo legislador do Regulamento Roma I, sendo a sua aplicação temperada com o recurso à

¹¹⁷¹ Como a Lei suíça de Direito internacional privado (artigo 117.º) e a Convenção de Haia de 1955 sobre a venda internacional de bens corpóreos, mais propriamente a disposição do n.º 1 do seu art.º 3.º que submete o contrato de compra e venda à lei do país em que o vendedor tenha a sua residência habitual no momento em que recebe a encomenda. Sobre os instrumentos que consagraram esta doutrina, BARATA, Roberto - *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*. Milano: Giuffrè Editore, 1991, p. 146 e ss. e TELES, Eugénia Galvão - 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) 72 e ss.

¹¹⁷² RAMOS, Rui Moura - *Das relações privadas internacionais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 166, considera a prestação característica como o elemento chave do sistema. No mesmo sentido, considerando a prestação característica como a presunção mais importante de conexão mais estreita, BASEDOW, Jürgen - Lex mercatoria and the private international law of contracts in economic perspective. In Jürgen Basedow; Toshiyuki Kono (Ed.), *An economic analysis of private international law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 68 e ss.

¹¹⁷³ Neste sentido, MANKOWSKI, Peter - The principle of characteristic performance revisited yet again. In Katharina Boele-Woelki [et al.], *Convergence and divergence in private international law: Liber amicorum Kurt Siehr*. Zurich: Schulthess, 2010, p. 443.

¹¹⁷⁴ Neste sentido e considerando que essa solução poderia recolher mais críticas do que as que resultam de um princípio assistido por um mecanismo corretor, de utilização restrita e que concilia a rigidez com a flexibilidade, MANKOWSKI, Peter - The principle of characteristic performance revisited yet again. In Katharina Boele-Woelki [et al.], *Convergence and divergence in private international law: Liber amicorum Kurt Siehr*. Zurich: Schulthess, 2010, p. 446.

possibilidade de funcionamento da cláusula de exceção. As situações não abrangidas pela previsão desse critério, são apreciadas casuisticamente, podendo implicar o recurso a uma conexão subsidiária ou à cláusula de exceção.

No entanto, a doutrina da prestação característica possibilita a identificação de uma conexão que permite determinar a lei aplicável a um contrato – numa solução que conjuga rigidez e flexibilidade –, na falta de escolha pelas partes. Para além de concretizar a extensão do princípio do país de origem, que teve origem na liberdade (fundamental) de circulação de mercadorias, às obrigações contratuais¹¹⁷⁵, no que respeita à previsão da aplicação da lei da residência habitual do contraente que efetua a prestação característica do contrato. Paralelamente representa também uma solução eficaz ao nível do funcionamento do mercado,¹¹⁷⁶ na medida em que a sua aplicação é apta, em geral, a reduzir os custos dos bens e dos serviços,¹¹⁷⁷ sem prejuízo de alguns desvios.

3.2.1.1. DETERMINAÇÃO DA PRESTAÇÃO CARACTERÍSTICA

A Convenção de Roma e o Regulamento Roma I não fornecem nenhum conceito de prestação característica, nem providenciam qualquer exemplificação¹¹⁷⁸ exceto quanto a alguns dos contratos consagrados no n.º 1 do artigo 4.º do último normativo

¹¹⁷⁵ Esta consagração ao nível das soluções previstas no artigo 4.º do Regulamento Roma I, demonstra que existe uma conceção dominante cujas preocupações são mais profundas, essencialmente associadas à necessidade de eliminar restrições à colocação de bens económicos no mercado da UE, embora com a finalidade acessória de ser alcançada uma redução de custos. O Regulamento Roma I consagra elementos de conexão tradicionais a par dos elementos de conexão inspirados no país de origem e que remetem para a lei da residência habitual do fornecedor dos bens ou dos serviços, e que se traduz na concretização daquele princípio quanto às obrigações contratuais. No sentido de que esta opção, neste caso, não será a mais adequada à concretização dos valores tutelados por este ramo do Direito, sem prejuízo de poder ocorrer uma certa convergência de soluções, PINHEIRO, Luís de Lima – Direito internacional privado. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. 1, p. 396-397.

¹¹⁷⁶ Neste sentido e considerando que tal solução favorece o mercado interno – para cuja implementação se considerou ser da máxima relevância a unificação do DIP – na medida em que o artigo 49.º do Tratado CE, proíbe qualquer restrição à liberdade de circulação aplicada aos serviços; na medida em que a sua aplicação determina a aplicação da lei do local em que o obrigado à prestação característica do contrato tem o seu estabelecimento, JOBARD-BACHELLIER, Marie-Noëlle – *Les activités régulées: les services*. Mathias Audit, dir. [et al.] - Conflits de lois et régulation économique. Paris : LGDJ, 2008, p. 62 e ss. No mesmo sentido e especificando que o princípio da prestação característica reflete uma orientação para o mercado, MANKOWSKI, Peter – The principle of characteristic performance revisited yet again. In Katharina Boele-Woelki [et al.], Convergence and divergence in private international law: Liber amicorum Kurt Siehr. Zurich: Schulthess, 2010, p. 441-442.

¹¹⁷⁷ Considerando que o prestador característico poupa em custos com a obtenção de informações dado que não tem de investir para descobrir o conteúdo de uma lei com a qual não está familiarizado, pode recorrer ao seu apoio jurídico habitual e os seus conselheiros jurídicos conhecidos, não tem que ultrapassar barreiras linguísticas, nem suportar custos com transações nem os riscos de operar numa língua estrangeira, estando todos os tipos de contratos sujeitos à mesma lei, MANKOWSKI, Peter – The principle of characteristic performance revisited yet again. In Katharina Boele-Woelki [et al.], Convergence and divergence in private international law: Liber amicorum Kurt Siehr. Zurich: Schulthess, 2010, p. 436-437.

¹¹⁷⁸ Ao contrário do que sucede com a lei suíça (ver alíneas do número 3 do artigo 117.º da Lei suíça de direito internacional privado).

mencionado. Trata-se de um conceito, que à semelhança dos demais deve ser interpretado de forma autónoma.

Tem-se entendido que a prestação característica do contrato é aquela prestação que permite distinguir um contrato de outro¹¹⁷⁹ que permite identificar o tipo contratual.¹¹⁸⁰

A maioria dos contratos é identificável pela prestação de uma das partes, a qual caracteriza a operação pela sua função económica: na compra e venda a transferência de propriedade, no arrendamento a cedência do uso, no depósito a conservação, enquanto que a outra prestação não é mais do que a remuneração em dinheiro da primeira.

A doutrina tem distinguido vários tipos contratuais e vários critérios¹¹⁸² que podem permitir a identificação da prestação característica e de entre eles encontramos os

¹¹⁷⁹ Como a definem GAUDEMET-TALLON, Hélène – Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles: champ d'application, clauses generales. Paris: Juris-Classeur Europe, 1996, p. 248.

¹¹⁸⁰ FERRARI, Franco; BISCHOFF, JAN A. – Article 4: applicable law in the absence of choice. In Franco Ferrari (Ed.), Rome I regulation: pocket commentary. Munich: Selp, 2015, p. 162-163.

¹¹⁸¹ Acórdão do STJ de 18-03-2003, proc. n.º 03A581, Relator Afonso de Melo, que no âmbito de um contrato de colaboração celebrado entre A., empresa portuguesa e R., empresa italiana sediada em Milão, que visava o transporte de mercadorias e prestação de serviços pela empresa A. à R., entendeu que a prestação característica correspondia ao transporte de mercadorias e determinou a lei aplicável ao contrato, na ausência de escolha das partes com recurso ao disposto no número 5 do artigo 4.º, tendo entendido que “...os contratos de transporte a cargo da A têm conexão mais estreita com a lei portuguesa, sendo em Portugal, lugar do destino das mercadorias, que aquela tem a sua sede e dirigia a execução dos transportes.”

¹¹⁸² TELES, Eugénia Galvão – 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) 107-119, enumera os seguintes critérios: o que distingue os contratos sinalagmáticos dos não sinalagmáticos, o critério da prestação não pecuniária, a prestação contra pagamento ou retribuição, a prestação objeto de uma regulamentação material mais complexa, a prestação da parte que suporta maiores riscos no contrato, a prestação da parte com uma intervenção preponderante na modelação das condições contratuais. Quanto à determinação da prestação característica considera a mencionada autora como critérios de identificação dessa prestação, o critério da prestação não pecuniária e o seu desenvolvimento natural, o critério da prestação realizada contra pagamento e o critério da prestação profissional. Quanto ao critério da prestação profissional escreve a autora “considera-se característica do contrato a prestação realizada no âmbito da atividade desenvolvida de forma profissional ou empresarial”. Afigura-se-nos que a semelhante conclusão chegará o intérprete por aplicação do critério a que atrás se alude, da prestação realizada contra pagamento (Ob. cit., p. 119). Trata-se em todo o caso de uma prestação contra pagamento ou retribuição, determinável tendo em conta o seu centro de gravidade e a sua função socioeconómica. Num contrato que envolva uma prestação realizada no âmbito da atividade desenvolvida de forma profissional ou empresarial, o respetivo centro de gravidade, a sua função sócia económica, reside no próprio objeto social da entidade que a desenvolve e por cuja prestação é remunerada. Entendemos em suma que este critério, que de resto não é aplicável quando “ambas as prestações contratuais são realizadas no âmbito de uma atividade profissional”, em tudo se reconduz ao critério da prestação realizada contra pagamento. Em todo o caso, este critério não é suficiente para identificar a prestação característica em todos os contratos, já que em alguns deles pode não ser possível distinguir com clareza a prestação em contrapartida da qual o pagamento é devido. Sobre a aplicação deste critério ao contrato de empreendimento comum, PINHEIRO, Luís de Lima – Contrato de empreendimento comum ou jointventure em direito internacional privado. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1215 e ss.; GUARDIOLA SACARRERA, Enrique – Contratos de colaboración en el comercio internacional. Madrid: Bosch, 1998, p. 295 e ss.; BARATA, Roberto - Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti. Milano: Giuffrè Editore, 1991, p. 153 e ss. Neste caso a aplicação da disposição contida no número 2 do artigo 4.º é residual uma vez que não será sempre possível determinar a prestação característica, mas ainda que seja possível identificá-la, pode resultar do conjunto das circunstâncias que

contratos unilaterais e os contratos bilaterais ou sinalagmáticos. Quanto aos primeiros, o critério da prestação não pecuniária identifica com facilidade a prestação característica já que é a única existente, e por isso é o critério utilizado em primeiro lugar. Quanto aos contratos bilaterais ou sinalagmáticos, entende a doutrina que a prestação monetária não é apta a proceder à sua caracterização,¹¹⁸³ por um lado por estar presente na maioria dos contratos, o que impossibilita uma qualquer caracterização, e por outro, por ser até a sua contraprestação que traduz a função económico-social do contrato. O Relatório Giuliano-Lagarde¹¹⁸⁴ também assinala que não é a prestação monetária que caracteriza o contrato sinalagmático.¹¹⁸⁵ O contrato sinalagmático ou bilateral impõe obrigações recíprocas e a contraprestação de uma das partes consiste, regra geral, num pagamento em moeda. É o cumprimento em virtude do qual o pagamento é devido que identifica a prestação característica do contrato,¹¹⁸⁶ por isso tende a considerar-se como característica a prestação não monetária.¹¹⁸⁷ Mais complexa se adivinha a questão nos casos em que ambas as partes se obriguem a prestações não monetárias.

Aparentemente e desviando-se parcialmente deste conceito, o Regulamento Roma I terá reformulado o conceito de prestação característica quanto aos contratos mistos e complexos, devendo, quanto a estes, determinar-se a prestação característica do contrato tendo em conta o seu centro de gravidade.¹¹⁸⁸ Com esta alusão o legislador da

o contrato apresenta ligações mais estreitas com outro país e nesse caso confirma-se o carácter flexível da norma de conflitos, que permite a correção da situação mediante recurso ao prudente arbítrio do julgador, nos termos do disposto no número 5 do mesmo artigo.

¹¹⁸³ Neste sentido, o relatório de Giuliano e Lagarde (1980, p. 20) e SCHNITZER, Adolf Friedrich – *Handbuch des internationalen Handels: wechsel-und checkrechts*. Zurich: Verlag, 1938, p. 643.

¹¹⁸⁴ relatório GIULIANO, Mario ; LAGARDE, Paul (1980) – Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations ..., p. 20.

¹¹⁸⁵ No mesmo sentido FERRARI, Franco; BISCHOFF, JAN A. – Article 4: applicable law in the absence of choice. In Franco Ferrari (Ed.), *Rome I regulation: pocket commentary*. Munich: Selp, 2015, p. 165.

¹¹⁸⁶ FERRARI, Franco; BISCHOFF, Jan A. – Article 4: applicable law in the absence of choice. In Franco Ferrari (Ed.), *Rome I regulation: pocket commentary* (pp. 119-186). Munich: Selp, 2015, p. 165.

¹¹⁸⁷ BONOMI, Andrea – *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*. Zurich: Verlag, 1998, p. 31. Em sentido convergente, MANKOWSKI, Peter – The principle of characteristic performance revisited yet again. In Katharina Boele-Woelki [et al.], *Convergence and divergence in private international law: Liber amicorum Kurt Siehr*. Zurich: Schulthess, 2010, p. 437, alargando o espectro da prestação monetária considera que “*in dubio* a mera transferência financeira, o cumprimento pecuniário, o pagamento de dinheiro, a compensação em dinheiro, não é a prestação característica”. PINHEIRO, Luís de Lima – O novo regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais: uma introdução. In Luis de Lima Pinheiro, *Estudos de direito internacional privado: contratos, obrigações extracontratuais, insolvência, operações bancárias, operações sobre instrumentos financeiros e reconhecimento de decisões estrangeiras*. Coimbra: Almedina, 2009. Vol. 2, p. 426, refere-se à prestação característica, nos contratos que respeitam à troca de bens e serviços por dinheiro, como sendo a prestação que consiste na entrega da coisa, na cessação do uso da coisa ou na prestação do serviço. Já quanto aos contratos de empreendimento comum, salienta o mesmo autor, a dificuldade de aplicação deste critério, medida em que “salva a hipótese, excepcional, de *dépeçage* do contrato, parece que a “presunção” a favor da lei do devedor da prestação característica só poderá funcionar se o elemento a que disser respeito for o elemento preponderante do contrato.” Assim, PINHEIRO, Luís de Lima – *Contrato de empreendimento comum ou jointventure em direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1196-1220.

¹¹⁸⁸ Assim o Considerando 19 que prevê que “caso os contratos consistam num conjunto de direitos e obrigações suscetíveis de serem classificadas em vários tipos especificados de contratos, a prestação característica do contrato deverá ser determinada tendo em conta o seu centro de gravidade.”

UE deixa agora em aberto outra questão, o que deve entender-se, neste contexto, por centro de gravidade. Parecendo plausível que deva corresponder ao centro de gravidade as prestações mais complexas.¹¹⁸⁹

A adesão da Convenção de Roma a este critério identificativo leva a que a prestação característica seja determinada como a prestação em contrapartida da qual o pagamento é devido, ou seja, com a obrigação de prestar um serviço¹¹⁹⁰ ou realizar uma obra, com a transferência de direitos reais respeitantes a uma coisa móvel ou com a obrigação de não desenvolver uma determinada atividade.

A prestação característica é normalmente a mais complexa e, por esse motivo, a que se relaciona com a assunção do maior risco, o que justifica o interesse da parte que se obriga a realizá-la, em ver aplicada a lei que lhe é familiar. A aplicação da lei da residência habitual do prestador que efetua a prestação característica é explicada em função da exclusiva inserção do contrato na esfera económico-social do país do prestador que realiza a prestação característica.¹¹⁹¹

A este respeito se tem invocado que este princípio pode beneficiar a parte onerada com a prestação mais complexa que é prestada no âmbito do seu comércio ou profissão.¹¹⁹² De facto, efetuar um pagamento é considerada uma prestação menos complexa do que qualquer outra que importe a produção de um bem; desde a sua conceção até à sua entrega pode decorrer um processo mais ou menos longo, com diversas envolventes não só tecnológicas como criativas que lhe podem conferir um processo produtivo mais ou menos complexo. O mesmo raciocínio se aplicará a uma prestação de serviços. De este ponto de vista, a aplicação da lei do país da residência habitual do prestador que efetua a prestação mais complexa comporta alguns benefícios para o mesmo dado que os contratos que celebra são regulados, na falta de escolha, pela lei da sua residência habitual.¹¹⁹³ A tutela deste interesse assume uma ponderação ainda maior se o

¹¹⁸⁹ Neste sentido, CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier – Derecho internacional privado. 18ª ed. Madrid: Editorial Comares, 2018. Vol. 2, p. 1002-1003.

¹¹⁹⁰ Sobre contratos de colaboração (intermediação, agência, distribuição, transferência de tecnologia, *joint venture* e agrupamentos de empresas) GUARDIOLA SACARRERA, Enrique – Contratos de colaboración en el comercio internacional. Madrid: Bosch, 1998.

¹¹⁹¹ Tal pressupõe que o contrato não seja inserível na mesma esfera no país do outro contraente. No entanto, PINHEIRO, Luís de Lima – O novo regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais: uma introdução. In Luís de Lima Pinheiro, Estudos de direito internacional privado: contratos, obrigações extracontratuais, insolvência, operações bancárias, operações sobre instrumentos financeiros e reconhecimento de decisões estrangeiras. Coimbra: Almedina, 2009. Vol. 2, 431, considera que “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.”

¹¹⁹² Nesse sentido, FERRARI, Franco; BISCHOFF, Jan A. – Article 4: applicable law in the absence of choice. In Franco Ferrari (Ed.), Rome I regulation: pocket commentary. Munich: Selp, 2015, p. 164.

¹¹⁹³ MANKOWSKI, Peter – The principle of characteristic performance revisited yet again. In Katharina Boele-Woelki [et al.], Convergence and divergence in private international law: Liber amicorum Kurt Siehr. Zurich: Schulthess, 2010, p. 437.

prestador obrigado à prestação característica desenvolve uma atividade empresarial no âmbito da qual se procede à chamada contratação em massa. Neste caso, não só se tutela o interesse de ser aplicada à relação contratual a lei que é conhecida do prestador, por ser a que lhe é mais próxima, mas ao mesmo tempo permite tutelar o interesse de aplicação de um regime uniforme a uma multiplicidade de relações jurídicas com as mesmas características que se enquadram na contratação em larga escala.

3.2.2. RESIDÊNCIA DO PRESTADOR CARATERÍSTICO

Para determinar a lei aplicável ao contrato é necessário determinar a prestação característica, e para além disso, e na medida em que a prestação característica não é um elemento de conexão, é ainda necessário determinar a residência habitual da parte que a efetua. A fundamentação para a escolha deste elemento de conexão é a de que é a residência habitual da parte que efetua a prestação característica do contrato que “constitui o centro de gravidade” e a função socioeconómica do contrato.¹¹⁹⁴ O conceito de residência habitual atualmente vem consagrado no artigo 19.º do Regulamento Roma I.¹¹⁹⁵ A residência habitual pode, de acordo com esse dispositivo, ser determinada de diferentes formas, dependendo de se tratar de uma sociedade ou de outras entidades, dotadas ou não de personalidade jurídica ou de uma pessoa singular. No primeiro caso e de acordo com o n.º 1 do mencionado preceito, considera-se que a residência habitual se localiza no lugar onde se situa a sua administração central, no caso de uma pessoa singular que se encontra no exercício da sua atividade profissional, o local onde se situa o seu estabelecimento principal. No entanto, se a celebração do contrato decorrer da

¹¹⁹⁴ Cfr. GIULIANO, Mario ; LAGARDE, Paul (1980) – Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations..., p. 20. No mesmo sentido, SCHNITZER, Adolf Friedrich – Les contrats internationaux en droit international privé Suisse. RCADI. 123 (1968) 579 e ss.

¹¹⁹⁵ O Regulamento consagrou uma noção de residência habitual. Não obstante, tal não afasta a possibilidade de surgirem dificuldades relativas à localização do comerciante dado que o mesmo pode indicar como a sua residência habitual um local que não corresponda efetivamente ao local onde tem a sua administração central. Neste sentido, MANKOWSKI, Peter – The principle of characteristic performance revisited yet again. In Katharina Boele-Woelki [et al.], Convergence and divergence in private international law: Liber amicorum Kurt Siehr. Zurich: Schulthess, 2010, p. 451. Entende este autor a este respeito que “É referido, por um lado, que muitas vezes o fornecedor dos bens pode ter apenas uma pequena relação com o contrato, e por outro, o país no qual o comerciante tem a sua sede pode ser apenas um paraíso fiscal que corresponda à sede de uma companhia subsidiária, cumprindo o contrato através daquela. Alegadamente, estes resultados, que são descritos como sendo artificiais, podem encorajar contraentes sem escrúpulos a estabelecerem-se em jurisdições que prevêm menor proteção aos adquirentes de bens e de serviços. Em primeiro lugar deve-se atuar no sentido de identificar as partes corretas no contrato e as suas respetivas funções no que respeita ao contrato. Se a empresa subsidiária é formalmente uma parte no contrato enquanto que a empresa do mesmo grupo não é, sendo, no entanto, a que desenvolve as atividades relevantes, essa empresa intervém para “emprestar a sua sede à subsidiária. O Acórdão no Caso Schotte Rothschild sublinhou esta perspetiva no que respeita à aplicação do artigo 5.º, n.º 5 (TJ 09.12.1987, caso SAR Schotte GmbH contra Parfums Rothschild SARL, proc. 218/86 [CJ (1987) 4920] n.º 16). Se a residência habitual, isto é, a sede do comerciante se localiza num paraíso fiscal, é altamente improvável que não exista outra sede localizada noutro local, através da qual o contrato é cumprido. A solução passa sempre pela aplicação da lei que tem a conexão real com o caso, mesmo que determinada pela aplicação da cláusula de escape.”

atividade social de uma sucursal, agência ou qualquer outro estabelecimento ou se a responsabilidade pelo cumprimento das obrigações do mesmo emergentes recai sobre uma sucursal, agência ou estabelecimento, entende-se que as mesmas têm residência habitual no local onde se situa a sucursal, agência ou outro estabelecimento. No entanto, pode suceder que apesar de uma sociedade não ter uma sucursal, agência ou estabelecimento num Estado diferente daquele onde se situa a sua administração central, atue naquele Estado por intermédio de uma sociedade local. Nesse caso, deve em certas circunstâncias atribuir-se relevância à administração central dessa outra sociedade independente, através da qual a sociedade com administração central noutro Estado atua. Assim julgou a suprema jurisdição da UE no Caso que opôs a SAR Chotte GmbH à Parfums Rothschild.¹¹⁹⁶

A residência habitual a ter em consideração depende da data da celebração do contrato. Tal determinação, não deriva do disposto no artigo 4.º, n.º 2, mas está expressamente prevista no artigo 19.º, n.º 3. Desta previsão resulta que qualquer alteração posterior a este momento não produz quaisquer efeitos no que respeita à lei aplicável. A determinação da lei aplicável, de acordo com critérios de conexão objetivos, não está sujeita a alterações. Pode suceder que, devido a uma alteração de circunstâncias, a lei a aplicar a um contrato seja uma lei com a qual a parte que está vinculada a fornecer a prestação característica do contrato não tenha já qualquer ligação,¹¹⁹⁷ mas em todo o caso trata-se de uma solução que visa a proteção das expectativas legítimas das partes quanto à aplicação de uma certa lei, identificável no momento em que o contrato foi celebrado.¹¹⁹⁸

¹¹⁹⁶ TJ 09.12.1987, caso SAR Schotte GmbH contra Parfums Rothschild SARL, proc. 218/86 [CJ (1987) 4920], n.º 17. O acórdão nestes autos foi proferido na sequência de um pedido de reenvio prejudicial, formulado pelo Oberlandesgericht de Dusseldorf no qual esta instância formulou uma questão prejudicial respeitante à interpretação do n.º 5 do artigo 5.º da Convenção de Bruxelas. Essa questão visava a pronúncia do tribunal quanto à questão de saber se se pode equiparar a situação de uma sociedade ter uma sucursal, agência ou qualquer outro estabelecimento noutro Estado à situação de usar uma sociedade de direito local com a mesma firma da sociedade principal, a mesma administração e que celebra contratos e atua em nome daquela. Em face da factualidade dos autos, resultava que no caso concreto a sociedade de direito francês Parfums Rothschild SARL, negociava e celebrava contratos na Alemanha através da sociedade Rothschild GmbH. Considerando o tribunal que o artigo 5.º, n.º 5 da convenção mencionada deve ser interpretado no sentido de que se aplica ao caso de uma pessoa coletiva estabelecida num Estado contratante, e que ainda que não explore uma sucursal, agência ou estabelecimento noutro Estado, exerce, todavia, as suas atividades nesse Estado através de uma sociedade independente que tem o mesmo nome e a mesma direção, que celebra contratos em seu nome, em tudo aparentando ser um seu prolongamento.

¹¹⁹⁷ FERRARI, Franco; BISCHOFF, Jan A. – Article 4: applicable law in the absence of choice. In Franco Ferrari (Ed.), *Rome I regulation: pocket commentary*. Munich: Selp, 2015, p. 168.

¹¹⁹⁸ FERRARI, Franco; BISCHOFF, Jan A. – Article 4: applicable law in the absence of choice. In Franco Ferrari (Ed.), *Rome I regulation: pocket commentary*. Munich: Selp, 2015, p. 168.

3.3. REGIME APLICÁVEL AOS CONTRATOS ESPECIALMENTE PREVISTOS

Foi referido que a previsão do artigo 4.º, n.º 1 do regulamento em análise visa o alcance de maior certeza jurídica através da consagração de normas que preveem critérios precisos de determinação da lei aplicável. Não se trata verdadeiramente de normas com conteúdo rígido na medida em que o legislador, apesar de ter optado por prever expressamente qual a lei aplicável a certos contratos não afasta a possibilidade de correção dos resultados alcançados. A solução foi sugerida na proposta de regulamento Roma I.

Em face da falta de escolha da lei aplicável sugeria a Comissão, essencialmente para os serviços, a manutenção da submissão do contrato à lei da residência habitual do prestador, concebida como a lei à qual se encontra submetida a parte que fornece a prestação considerada característica neste tipo de contratos.¹¹⁹⁹ No entanto, a manutenção da consagração da aplicação da lei do país, no qual reside habitualmente a parte a quem incumbe realizar a prestação considerada característica, é então proposta com uma diferença muito importante relativamente à Convenção de Roma. Com o intuito de reforçar a segurança jurídica relativamente à previsibilidade de decisões judiciais, a proposta previa a lei a aplicar a um conjunto de contratos,¹²⁰⁰ deixando implícita a consideração sobre qual a prestação característica em cada tipo contratual. A proposta transformava assim o sistema de “presunções” estabelecido no artigo 4.º da Convenção de Roma em previsão de diversos contratos e da lei aplicável a cada um deles, evitando a ponderação pelo juiz sobre qual a prestação característica

¹¹⁹⁹ JOBARD-BACHELLIER, Marie-Noëlle – Les activités régulées: les services. Mathias Audit, dir. [*et al.*] - *Conflits de lois et régulation économique*. Paris : LGDJ, 2008, p. 64.

¹²⁰⁰ Nos termos da proposta é aplicável a lei da residência habitual do prestador que efetua a prestação característica nos seguintes contratos: do vendedor no contrato de venda de mercadorias [al. a)], do prestador no contrato de prestação de serviços [al. b)], do transportador no contrato de transporte [al. c)], do proprietário relativamente ao contrato de arrendamento concluído por um lapso temporal não superior a seis meses consecutivos, desde que o arrendatário seja uma pessoa singular e tenha a sua residência habitual nesse país [al. e)], do titular dos direitos de propriedade intelectual ou industrial no contrato de transferência ou cedência desses direitos [al. f)]; do franqueado no contrato de franquia [al. g)] e do distribuidor no contrato de distribuição [al. h)]. A única exceção à aplicação da lei da residência do prestador característico consiste na aplicação da *lex rei sitae* aos contratos que tenham por objeto um direito real ou um direito de uso sobre um bem imóvel, sendo o arrendatário uma pessoa singular e residente habitual nesse mesmo país [al. d)]. O legislador não manteve as previsões contidas nas als. b) e e) e incluiu duas previsões na proposta, “o contrato de compra e venda de mercadorias em hasta pública” (g) e 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” (h).

do contrato.^{1201, 1202} No caso de a situação não se enquadrar em nenhum dos tipos contratuais é competente a lei do país da residência habitual do prestador característico.

Na proposta apresentada pela Comissão previa-se que a aplicação da lei que apresentasse conexões mais estreitas com o contrato só se verificava se não fosse possível determinar a prestação característica do contrato.¹²⁰³

A proximidade da versão final com a proposta de regulamento pode ser encontrada na previsão de tipos contratuais, embora não exatamente correspondentes. O contrato de transporte vem previsto em disposição autónoma (artigo 5.º) e os contratos relativos à propriedade intelectual ou industrial não foram consagrados na versão final do diploma. Foram introduzidos na versão final os contratos de “compra e venda de mercadorias em hasta pública” [alínea g)] e ainda os contratos celebrados “no âmbito de um sistema multilateral que permita ou facilite o encontro de múltiplos interesses de terceiros na compra ou venda de instrumentos financeiros” [alínea h)]. Naturalmente que o regime proposto quanto à determinação da lei aplicável não deixava de conhecer as limitações resultantes da possibilidade de aplicação de disposições imperativas e ainda de disposições legais “destinadas a promover o bom funcionamento do mercado interno”, limitações consagradas nos artigos 10.º e alínea c) do artigo 22.º da proposta.¹²⁰⁴

Na perspetiva da Comissão foi entendida como oportuna a previsão de uma nova norma específica de aplicação aos contratos celebrados por intermediários, a qual passaria a prever as relações jurídicas que se estabelecessem entre o representado e o intermediário.¹²⁰⁵ Esta proposta não teve acolhimento na versão final.

¹²⁰¹ No sentido de que a proposta de Regulamento Roma I tem o mérito de adotar soluções mais diretas quanto a certos contratos evitando uma determinação da prestação característica pelo juiz, KENFAC, Huges - *Droit du commerce international*. 2ª ed. Paris: Dalloz, 2006, p. 19.

¹²⁰² Por esse motivo, entende HARTLEY, Trevor C. – The proposed “Rome I” regulation: applicable law in the absence of choice: article 4. In Tristan Azi (Red.), *Vers des nouveaux équilibres entre ordres juridiques*. Paris: Dalloz, 2008, p. 718, que a proposta afastava o princípio geral consagrado na Convenção de Roma e apresentava um conjunto de presunções [alíneas a) a h) da proposta] transformadas em regras.

¹²⁰³ Que tem o seguinte teor: “os contratos não incluídos no n.º 1 são regulados pela lei do país em que a parte que deve fornecer a prestação característica tem, aquando da celebração do contrato, a sua residência habitual. Quando a prestação característica não pode ser determinada, o contrato é regulado pela lei do país com que o mesmo apresenta conexões mais estreitas.”

¹²⁰⁴ Relativamente a esta última disposição, o Comité Económico e Social Europeu, no seu parecer de 13 de setembro de 2006 (publicado no JO C 318, de 23.12.2006, p. 60), sugeriu a sua supressão, por considerar que o seu teor não seria de compreensão fácil, considerando que tal disposição podia ser interpretada como facultando aos atos comunitários que viessem a ser aprovados a possibilidade de estabelecer regras de conflito próprias com prevalência sobre o regulamento, o que provocaria uma indesejável multiplicidade de regras com conteúdo divergente.

¹²⁰⁵ De acordo com o disposto no artigo 7.º da proposta seria aplicável em princípio, aos contratos de representação a lei da residência habitual do intermediário. Essa lei regeria também as relações entre o representado e terceiros e o intermediário e terceiros. Para uma apreciação crítica desta previsão da proposta, KENFAC, Huges - *Droit du commerce international*. 2ª ed. Paris: Dalloz, 2006, p. 21.

Prevê-se no regime vigente que “[o] contrato de compra e venda de mercadorias é regulado pela lei do país em que o vendedor tem a sua residência habitual”,¹²⁰⁶ “[o] contrato de prestação de serviços é regulado pela lei do país em que o prestador tem a sua residência habitual;” tal como quanto aos contratos de franquia¹²⁰⁷ e de distribuição aos quais se aplica a lei do país da residência habitual do franqueado e do distribuidor, respetivamente.

Ao contrato de compra e venda de mercadorias em hasta pública, aplica-se a lei do país em que ele se realiza e “[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, na aceção do ponto 17) do n.º 1 do artigo 4.º da Diretiva 2004/39/CE, de acordo com regras não discricionárias e regulado por uma única lei, é regulado por essa lei” [alínea g)].

Aos contratos que têm “por objeto um direito real sobre um bem imóvel ou o arrendamento de um bem imóvel” aplica-se a *lex rei sitae* [alínea c)].¹²⁰⁸ No entanto, não se aplica a lei do lugar da situação do imóvel se o arrendamento for celebrado para uso pessoal temporário por um período máximo de seis meses consecutivos, caso em que será regulado pela lei do país da residência habitual do proprietário, desde que o locatário seja uma pessoa singular e tenha a sua residência habitual nesse mesmo país [alínea d.)].

A solução consagrada poderá, numa futura revisão do regulamento, ser ampliada a outros contratos como medida tendente ao reforço da redução de soluções casuísticas. Longe de uma perspetiva de previsão exaustiva de soluções alargadas acredita-se que a ampliação da solução consagrada a outros contratos poderá contribuir para uma maior unificação da interpretação do direito contratual da UE. O conforto proporcionado pela perenidade das decisões do tribunal de justiça pode, assim, constituir um fator potenciador da eficiência do direito aplicável aos contratos comerciais internacionais.

¹²⁰⁶ Artigo 4.º, n.º 1 al. a).

¹²⁰⁷ Enquanto que algumas das situações previstas constituem uma aplicação da regra da prestação característica, outras são influenciadas por outras considerações, como seja a localização dos imóveis ou a proteção à parte supostamente fraca al. e) como salientam FERRARI, Franco; BISCHOFF, Jan A. – Article 4: applicable law in the absence of choice. In Franco Ferrari (Ed.), *Rome I regulation: pocket commentary*. Munich: Selp, 2015, p. 129.

¹²⁰⁸ Os contratos sobre bens imóveis vêm regulados na Convenção de Roma no n.º 3 do artigo 4.º. Tendo o contrato por objeto um direito real sobre um bem imóvel ou um direito de uso de um bem imóvel, é derogada a presunção de proximidade estabelecida pelo número 2 quanto ao domicílio da parte que esteja obrigada a fornecer a prestação característica, em favor da presunção de proximidade fornecida pela *lex rei sitae*. A opção pela lei da localização do imóvel, terá sido preferida à da residência habitual da parte obrigada à prestação característica, por razões de maior uniformização do regime aplicável a este tipo de bens.

Esta maior eficiência constituirá um elemento da maior relevância tendo em vista a manutenção do controlo dos Estados relativamente à contratação internacional.

Diferente é a solução vertida no número 1 do artigo 4.º da Convenção de Roma. Este normativo determina que na falta de designação pelas partes, “o contrato é regulado pela lei do país com o qual apresente uma conexão mais estreita.”^{1209, 1210} Prevê-se, assim, nesta disposição, uma cláusula geral de conexão mais estreita,^{1211, 1212} mas que necessita de ser concretizada pelo intérprete, tendo em conta as circunstâncias ao mesmo atinentes. Esta consagração do princípio da proximidade,¹²¹³ legitima a atribuição de competência para reger o contrato, à lei do país que apresente os vínculos mais estreitos com o mesmo contrato.

A concretização da conexão mais estreita não depende de um elemento de conexão determinado, mas antes da ponderação de todos os elementos relacionados com o contrato. Face à previsão geral contida no n.º 1 do artigo 4.º e às necessidades de aplicação uniformizada da Convenção, aliadas às dificuldades que a própria concretização da conexão mais estreita implica, em termos de uniformização, o legislador socorreu-se de diretrizes interpretativas que designou de presunções quanto à determinação da conexão mais estreita.

Face à impossibilidade de estabelecer uma regra geral de determinação da lei aplicável a todos os tipos contratuais, optou o legislador convencional pela consagração de um

¹²⁰⁹ Diferente era a versão do anteprojeto apresentado em 1972. Nesta previa-se que na falta de escolha explícita ou implícita, o contrato era regulado pela lei do país com o qual apresentasse uma conexão mais estreita. Sobre o ponto, BARATA, Roberto - Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti. Milano: Giuffrè Editore, 1991 e BALLARINO, Tito - Diritto internazionale privato. 3ª ed. Padova: Cedam, 1999, p. 624 e ss.

¹²¹⁰ Esta disposição é de teor semelhante ao disposto no número 1 do artigo 9.º da Convenção Inter-Americana sobre a lei aplicável aos contratos internacionais. O DIP português, consagra uma solução totalmente diferente, uma vez que nos termos do disposto no artigo 42.º do CC, aplicável em caso de inexistência de escolha de lei pelas partes, aplicar-se-á aos contratos internacionais, a lei da residência habitual comum e na sua falta, a lei da residência habitual daquele que atribui o benefício, tratando-se de um contrato gratuito, ou a lei do lugar da celebração nos restantes casos.

¹²¹¹ Devido à conceção de justiça que lhe subjaz, este princípio tem sido tradicionalmente usado desde a sua descoberta por Savigny. SAVIGNY, F. C. - System des heutigen Römischen Rechts. Berlin: Veit, 1849. Vol. 8, p. 18 e 28.

¹²¹² Alguma doutrina considera que esta disposição não contém uma verdadeira norma de conflitos; neste sentido AUDIT, Bernard - Droit international privé. 4ª ed. Paris: Economica, 2006, p. 664 e 665 e BALLARINO, Tito - Diritto internazionale privato. 3ª ed. Padova: Cedam, 1999, p. 624. Em sentido oposto, BARATA, Roberto - Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti. Milano: Giuffrè Editore, 1991, p. 128. Ver também PINHEIRO, Luís de Lima - Contrato de empreendimento comum ou jointventure em direito internacional privado. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1204, que considera tratar-se de uma cláusula geral de conexão mais estreita. PINHEIRO, Luís de Lima - O novo regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais: uma introdução. In PINHEIRO, Luis de Lima - Estudos de direito internacional privado: contratos, obrigações extracontratuais, insolvência, operações bancárias, operações sobre instrumentos financeiros e reconhecimento de decisões estrangeiras. Coimbra: Almedina, 2009. Vol. 2, p. 424.

¹²¹³ A consagração do princípio da proximidade, não afasta a dificuldade relacionada com a determinação do Estado que efetivamente tem os laços mais estreitos.

princípio que garante a máxima adequação ao caso concreto, remetendo ao juiz a função de encontrar a lei que melhor serve os interesses de cada contrato, analisada a sua economia própria.¹²¹⁴ Esta construção, prejudicando a certeza e a previsibilidade da lei aplicável, também não resolve todos os casos, daí que o legislador tenha sentido a necessidade de prever regras que permitam ultrapassar as dificuldades, estabelecendo um sistema de “presunções”. No entanto, a cláusula geral de conexão mais estreita, não consagra uma hierarquia quanto aos elementos de conexão existentes¹²¹⁵ que permita identificar o elemento decisivo, nem restringe a natureza dos elementos a considerar. Este sistema consagra em primeiro lugar como sendo a lei subsidiariamente aplicável na falta de escolha pelas partes, a lei determinável nos termos da cláusula geral de conexão mais estreita, a lei do lugar com o qual o contrato apresenta a conexão mais estreita, para passar a presunções¹²¹⁶ especiais. Após enunciar essa cláusula, o legislador vai então tentar concretizá-la, estabelecendo um sistema de conexões especiais aplicáveis a tipos contratuais previamente definidos. As situações especiais constam dos números e artigos seguintes, e são, em primeiro lugar, a lei do país da residência ou administração principal da parte que está obrigada a fornecer a prestação característica do contrato, no momento da sua celebração. Em segundo lugar, a lei do local da situação do imóvel, relativamente aos contratos que tenham por “objeto um direito real sobre um bem imóvel, ou um direito de uso sobre um bem imóvel.” E em terceiro lugar, a lei do lugar onde se situa o estabelecimento principal do transportador, se esse país coincidir com o lugar da carga ou descarga da mercadoria, ou com o lugar do estabelecimento principal do expedidor, quanto ao contrato de transporte de mercadorias.

¹²¹⁴ Outra era a solução proposta no anteprojeto, conforme dá conta Giuliano e Lagarde, 1980, p. 8. Dada a preocupação fundamental do grupo de trabalho responsável pela elaboração do anteprojeto consistir na preocupação uniformizadora do Direito internacional privado dos Estados-Membros, teve o mesmo o ensejo de sugerir a consagração de um acervo de regras uniformes sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, bem como de certas regras gerais de Direito internacional privado, na medida em que as questões objeto das mesmas apresentassem ligações à matéria das obrigações, uma solução considerada intermédia em que se adotariam regras gerais, que seriam complementadas por algumas regras específicas para determinadas categorias de contratos. Tal sugestão não veio a merecer acolhimento por ter sido entendido que a solução consagrada permitia alcançar soluções satisfatórias para a maioria dos contratos, bastando introduzir-lhe as exceções que constam do artigo 4.º.

¹²¹⁵ Neste sentido, PINHEIRO, Luís de Lima – Contrato de empreendimento comum ou jointventure em direito internacional privado. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1199.

¹²¹⁶ BARATA, Roberto - Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti. Milano: Giuffrè Editore, 1991, p. 166 e ss., entende não poder considerar-se a existência de presunções em sentido próprio. No sentido de se tratarem de presunções, RAMOS, Rui Moura – Das relações privadas internacionais. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 166 e MÉLIN, François – Droit international privé. 3ª ed. Paris: Gualino, 2008. p. 181. Em sentido diferente, PROENÇA, José João Gonçalves de – Tratado elementar de direito internacional privado. Lisboa: Universidade Lusitana, 2005. Vol. 2, p. 138, entende que se trata de “uma regra-presunção, uma regra que não funciona se se provar o contrário do que nela se estabelece.”

O âmbito deste critério geral não resulta, assim, apenas do n.º 1 do artigo 4.º, mas das suas concretizações ao nível do disposto nos n.ºs 2 a 4 e ainda da sua conjugação com o disposto no n.º 5 do mesmo artigo,¹²¹⁷ na medida em que este último permite afastar os critérios vertidos nos n.ºs 2 a 4 dentro seu âmbito de aplicação, ou seja, “sempre que resulte do conjunto das circunstâncias que o contrato apresenta uma conexão manifestamente mais estreita com outro país.” Esta disposição permite o afastamento quer do critério geral, quer das suas concretizações (n.ºs 2 a 4) nas condições nele vertidas. Por esse motivo, considera a maioria da doutrina, que a disposição que consagra a possibilidade de afastamento desses critérios se trata de uma cláusula de exceção.¹²¹⁸ No entanto, uma parte da doutrina entende que não se trata de uma verdadeira cláusula de exceção, mas de uma disposição que visa, quando analisada conjuntamente com o disposto no n.º 1, erigir a consagração efetuada no n.º 1 à categoria de princípio geral.¹²¹⁹ Pela nossa parte entendemos que tais conceções não são contraditórias, mas antes convergentes.

É patente a pertinência da sua principal virtualidade quanto ao alcance da “justiça do direito de conflitos”, por recurso “à lei que esteja ligada à situação da vida em causa pelos vínculos mais significativos, pela conexão mais estreita.”¹²²⁰ No entanto, a necessidade de desenvolvimento de critérios de determinação da conexão mais estreita deixa transparecer a principal objeção à sua consagração, enquanto formulação vaga que conduz a uma apreciação casuística.¹²²¹

¹²¹⁷ PINHEIRO, Luís de Lima – O novo regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais: uma introdução. In Luis de Lima Pinheiro, Estudos de direito internacional privado: contratos, obrigações extracontratuais, insolvência, operações bancárias, operações sobre instrumentos financeiros e reconhecimento de decisões estrangeiras. Coimbra: Almedina, 2009. Vol. 2, p. 427.

¹²¹⁸ RAMOS, Rui Moura – Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional. Coimbra: Almedina, 1991, p. 402; RAMOS, Rui Moura – Das relações privadas internacionais. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 297; SANTOS, António Marques dos – As normas de aplicação imediata no direito internacional privado: esboço de uma teoria geral. Coimbra: Almedina, 1991, p. 397 e ss.

¹²¹⁹ Neste sentido, BARATA, Roberto - Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti. Milano: Giuffrè Editore, 1991, p. 132, considera que “secondo un’opinione dottrinaia piuttosto diffusa, nell’art. 4 il principio del collegamento più stretto si articola su tre livelli”; BRITO, Maria Helena – Os contratos bancários e a Convenção de Roma de 19 de junho de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais. Revista da Banca, 28 (1993) 101; TELES, Eugénia Galvão – 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) 150 e ss.

¹²²⁰ Como salienta CORREIA, António Ferrer – Direito internacional privado: alguns problemas. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 101.

¹²²¹ Neste sentido, CORREIA, António Ferrer – Direito internacional privado: alguns problemas. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 101-102. Considerando igualmente tratar-se a conexão mais estreita de um termo vago, FERRARI, Franco; BISCHOFF, Jan A. – Article 4: applicable law in the absence of choice. In Franco Ferrari (Ed.), Rome I regulation: pocket commentary. Munich: Selp, 2015, p. 178.

3.4. LEI APLICÁVEL POR RECURSO À PRESTAÇÃO CARACTERÍSTICA

Os contratos não expressamente previstos no n.º 1 do artigo 4.º ou que se enquadrem em mais de uma das suas alíneas são regulados pela lei da residência habitual do contraente que deve efetuar a prestação característica do contrato, de acordo com o disposto no n.º 2 do dispositivo referido. Como supramencionado a doutrina da prestação característica prevista neste normativo encontra-se também espelhada naquele normativo, em algumas das suas soluções. No Regulamento Roma I a consagração desta doutrina é inovadora relativamente à Convenção de Roma na medida em que agora se encontra inserida numa norma de conflitos autónoma abandonando a missão que lhe subjaz no âmbito da Convenção de Roma, de servir de linha orientadora quanto à concretização da conexão mais estreita. A consagração da doutrina da prestação característica deixou de ser efetuada enquanto “presunção”¹²²² de conexão mais estreita. O correspondente preceito da Convenção de Roma (n.º 2 do artigo 4.º) contém uma “presunção” relativamente à determinação da conexão mais estreita, prevendo “que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com o país onde a parte que está obrigada a fornecer a prestação característica tem, no momento da celebração do contrato, a sua residência habitual,” ou ou administração central, tratando-se de uma sociedade, associação ou pessoa coletiva. Relativamente aos contratos celebrados no âmbito de uma atividade económica ou profissional, a conexão mais estreita verifica-se relativamente ao país no qual se situa o estabelecimento principal da parte obrigada à prestação característica, que neste caso é a que resulta do exercício da atividade económica ou profissional da respetiva parte contratante. Exclui-se desta hipótese, o facto de o contrato prever o fornecimento da prestação em local diverso daquele em que se situa o estabelecimento principal. Neste caso a conexão mais estreita verifica-se relativamente à lei do país da situação do estabelecimento responsável pela prestação.

Embora a primeira parte do n.º 2 do artigo em análise contenha uma “presunção” de que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com a residência habitual¹²²³ no caso de uma pessoa singular ou com a administração central, no caso de uma pessoa coletiva, a determinação da lei competente só é possível após individualização da prestação característica.

¹²²² Como havia sido sugerido pelo GROUPE EUROPÉEN DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ - *Douzième réunion* : Paris, 20 - 22 septembre 2002 : *compte rendu des seances de travail* [Em linha]. [S.l.] : GEDIP, 2012.

¹²²³ Cuja determinação deve seguir os critérios previstos no artigo 19.º do Regulamento Roma I.

Tanto a determinação da prestação característica, quanto a conclusão relativa à impossibilidade da sua determinação, estão sob a alçada do intérprete, a quem compete em face desse juízo, decidir sobre o afastamento da presunção. Ao intérprete é confiada a tarefa de estabelecer a relação entre a conexão mais estreita, a identificação da prestação característica do tipo contratual em causa, para poder concretizar a conexão, e determinar que tal, ou não se afigura possível ou que resulta “claramente do conjunto das circunstâncias que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com” outro país, sem deixar de ter presente o teor do artigo 18.º da Convenção.¹²²⁴

No desenvolvimento do seu raciocínio, o intérprete pode ver-se confrontado com a necessidade de hierarquizar os elementos de que dispõe para instruir a sua decisão. É neste momento do seu esforço interpretativo que se pode colocar a questão de saber se a previsão constante do número 2 do artigo mencionado é uma verdadeira concretização do princípio da conexão mais estreita¹²²⁵, uma presunção¹²²⁶ ou se é antes uma mera indicação¹²²⁷ ou diretriz interpretativa¹²²⁸ sem relevância decisiva, que o interprete deve ter em conta tal como os demais elementos de conexão e apenas nessa medida.

Em nossa perspectiva, o preceito não traduz mais do que uma orientação possível quanto à determinação da lei aplicável e que apenas se concretiza caso resulte do conjunto das circunstâncias que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com o país da residência habitual do prestador que efetua a prestação característica. Essa consagração parte do pressuposto da integração do contrato na esfera socioeconómica

¹²²⁴ Nos termos do qual o intérprete deve encontrar uma solução que conduza a uma interpretação e aplicação uniformes das normas convencionais, disposição que encontra a sua *ratio legis* no esforço uniformizador do regime das obrigações contratuais ao nível do território da UE.

¹²²⁵ Neste sentido, AUDIT, Bernard – Droit international privé. 4ª ed. Paris: Economica, 2006, p. 664; BALLARINO, Tito – Diritto internazionale privato. 3ª ed. Padova: Cedam, 1999, p. 624 e ss.; JACQUET, Jean-Michel – Le contrat international. 2ª ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 48 e ss.; TELES, Eugénia Galvão – 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) 81.

¹²²⁶ Nesta ótica e defendendo que “A presunção do n.º 2 do artigo 4.º não tem carácter absoluto, é ilidível...”, BRITO, Maria Helena – Determinação da lei aplicável aos contratos internacionais: da Convenção de Roma ao Regulamento Roma I, In Armando Marques Guedes [et al.], Estudos em homenagem ao Professor Doutor Lebre de Freitas. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, Volume 1, p. 452.

¹²²⁷ Assim BARATA, Roberto - Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti. Milano: Giuffrè Editore, 1991, p. 130 e ss., 172 e 174 e ss. Este autor entende que a regra geral contida no artigo respetivo é a da conexão mais próxima, que ao juiz cabe determinar, por isso “atribuir um papel secundário ao princípio da conexão mais estreita, em relação ao que considera a existência de presunções suscetíveis de prova em contrário, significa efetuar uma inversão da disciplina prevista no artigo 4.º, a qual assume como premissa a ideia de relacionar cada *fattispecie* contratual com a lei com a qual essa esteja mais proximamente e não presuntivamente conexa.”

¹²²⁸ Como supramencionado.

do país da residência habitual do prestador que efetua a prestação característica,¹²²⁹ em desfavor de outros elementos.¹²³⁰

Tendo considerado a residência habitual como elemento determinante da conexão mais estreita, a Convenção reservou ao intérprete, a tarefa de alcançar o verdadeiro sentido da declaração negocial e nesse âmbito determinar qual é a prestação característica, antes de concluir pela impossibilidade da sua determinação. Nesta medida, afigura-se nos que a opção legislativa contida na Convenção de Roma apresenta uma vantagem irrefutável; o ordenamento jurídico cuja aplicação se determina tem a vantagem de ser sempre familiar a pelo menos uma das partes. Se as partes residirem no mesmo país, será essa lei do país da residência habitual a aplicável, independentemente do lugar da conclusão ou do cumprimento do contrato, solução que desde logo apresenta uma inegável vantagem de segurança e de certeza jurídicas. A determinação da *lex contractus* no caso de as partes terem residência em países diferentes levanta mais dificuldades, mas é precisamente para as dirimir que a Convenção de Roma adota o critério da prestação característica, que caso não possa ser individualizada determina a remessa da solução para a conexão mais estreita. Por outro lado, semelhante interpretação é a que melhor tutela o interesse das partes, pois apesar de não terem expressamente previsto a lei aplicável ao contrato, podem prever a lei que se lhe aplicará com maior facilidade, com a vantagem de reduzir essa possibilidade a apenas dois ordenamentos jurídicos, e de um deles ser naturalmente conhecido de uma das partes. Em todo o caso, limita a possibilidade conferida ao intérprete de concluir pela aplicação de um ordenamento jurídico com cuja aplicação as partes não contavam ao mesmo tempo que afasta possíveis ligações com elementos de conexão que podem ser puramente acidentais. É evidente que a procedência da aplicação deste critério está dependente de uma conclusão positiva quanto à interpretação a que chegue o intérprete, pois se for de todo o modo impossível determinar a prestação característica,

¹²²⁹ SCHNITZER, Adolf Friedrich – Les contrats internationaux en droit international privé Suisse. RCADI. 123 (1968) 579 e ss.

¹²³⁰ Como é o caso do lugar do cumprimento da obrigação, o qual em muitas situações apresenta um grau de determinabilidade bastante impreciso, como sucede com a venda internacional, em que o lugar do cumprimento pode ser determinado em função de fatores meramente organizacionais, como sejam as rotas predefinidas para certo tipo de transporte, bem como a sua organização, a repartição de riscos, entre outras questões que transcendem a perspectiva jurídica do contrato e que são acidentais. Salientando que o lugar do cumprimento é mais convincente do que o lugar da conclusão do contrato e defendendo a submissão do contrato à lei do lugar da execução da prestação característica do contrato, não obstante conclua que não foi essa a opção escolhida nos textos europeus (Convenção de Roma e Regulamento Roma I) que consagraram a “aplicação da lei da residência habitual da parte que fornece a prestação característica,” por ser considerada menos incerta do que a lei do lugar da execução da prestação, AUDIT, Bernard; D’AVOUT, Louis – Droit international privé. 8e éd. Paris: L.G.D.J., 2018, p. 223 e 224.

então fica esgotado o âmbito de aplicação do número 2, passando-se à subsunção da situação ao disposto no número 5 1.^a parte do mesmo artigo.

No entanto a Convenção, após estabelecer a cláusula geral de conexão mais estreita e de estabelecer as diretrizes interpretativas quanto à concretização da conexão mais estreita com a residência habitual ou administração que a parte, obrigada a fornecer a prestação característica, tem no momento da celebração do contrato, aplicáveis aos contratos em geral, prevê outros elementos de conexão. É o que sucede com os contratos que tenham por objeto um direito real sobre um bem imóvel, ou um direito de uso sobre um bem imóvel e quanto aos contratos de transporte de mercadorias.

O preceito homólogo do Regulamento Roma I não se traduz numa orientação quanto à lei que apresenta uma conexão mais estreita com o contrato. Consagra uma norma de conflitos autónoma prevendo como elemento de conexão a residência habitual da parte que efetua a prestação característica.

Apesar das críticas a esta doutrina,¹²³¹ a sua adoção constitui sinal da sua previsão enquanto solução aceitável¹²³² o que representa uma mais valia efetiva.¹²³³

3.5. REGIME APLICÁVEL POR RECURSO À CLÁUSULA DE EXCEÇÃO. ASPETOS GERAIS.

A identificação da lei aplicável ao contrato em virtude da sua subsunção a qualquer dos previstos no n.º 1 do artigo 4.º, quer em virtude da identificação da prestação característica do contrato por aplicação do n.º 2, não determina necessariamente a aplicação desse regime. À semelhança da solução prevista na Convenção de Roma,¹²³⁴

¹²³¹ Considera PINHEIRO, Luís de Lima – O novo regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais: uma introdução. In Luis de Lima Pinheiro, Estudos de direito internacional privado: contratos, obrigações extracontratuais, insolvência, operações bancárias, operações sobre instrumentos financeiros e reconhecimento de decisões estrangeiras. Coimbra: Almedina, 2009. Vol. 2, 432, que “o reforço do papel atribuído à lei do devedor da prestação característica pelo Regulamento Roma I não é (...) 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 exceção”, concluindo que a subordinação da lei que apresenta a conexão mais estreita à lei do devedor da prestação característica, representa um sacrifício da justiça da conexão.

¹²³² Neste sentido, MANKOWSKI, Peter – The principle of characteristic performance revisited yet again. In Katharina Boele-Woelki [et al.], Convergence and divergence in private international law: Liber amicorum Kurt Siehr. Zurich: Schulthess, 2010, p. 441-442, considera tratar-se de uma solução técnica explicável pelos seus antecedentes, quer legislativos, quer pelas respostas do mercado na vertente da sua eficiência económica, mas concebida tendo em vista o alcance da melhor conexão aplicável aos casos a que se destina.

¹²³³ Como sublinham FERRARI, Franco; BISCHOFF, Jan A. – Article 4: applicable law in the absence of choice. In Franco Ferrari (Ed.), Rome I regulation: pocket commentary. Munich: Selp, 2015, p. 164, trata-se de “uma solução de trabalho que provou ser bastante valiosa na prática.”

¹²³⁴ Embora alguma doutrina considere que na Convenção de Roma se consagra uma cláusula de escape. Neste sentido, FERRARI, Franco; BISCHOFF, Jan A. – Article 4: applicable law in the absence of choice.

também o Regulamento Roma I vem consagrar a possibilidade de a identificação da lei aplicável se fazer por recurso à conexão mais estreita, através da designada cláusula de exceção. Prevê o seu n.º 3 que “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 números 1 e 2, é aplicável a lei desse outro país.” Tal disposição não constava da proposta de Regulamento apresentada pela Comissão ao Conselho.^{1235, 1236} A exclusão da previsão de uma cláusula de exceção visava corresponder às críticas de que este mecanismo foi sendo alvo, sobretudo relativas à imputação da responsabilidade pela quebra da aplicação unificada do regime contido na Convenção de Roma.

No entanto, a própria exclusão dessa cláusula da proposta apresentada não pôde ser mantida devido a ter granjeado elevado criticismo, reconduzido ao estrito mecanicismo do preceito que seria, assim incapaz, em geral, de dar resposta adequada à determinação da lei mais adequada a fornecer o regime aplicável ao contrato, considerando a justiça das conexões.¹²³⁷ A possibilidade de ponderação de uma solução

In Franco Ferrari (Ed.), *Rome I regulation: pocket commentary*. Munich: Selp, 2015, p. 170 e CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier – La cláusula de excepción y los contratos internacionales. In Carlos Esplugues Mota [et al.], *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues*. Paris: Tiran lo Blanch, 2012, p. 459-470.

¹²³⁵ Já no Livro Verde relativo à transformação da Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais num instrumento comunitário e sua modernização [COM (2002) 654 final], se fazia alusão à intenção de evitar o recurso à exceção contida no número 5 do artigo 4.º da Convenção de Roma, sem estar esgotada a possibilidade de subsunção da matéria na cláusula geral de presunção contida no número 2 do mesmo artigo. A ponderação baseava-se entre a opção pela maior proximidade possível, objetivo que seria assegurado pelo recurso sistemático ao número 5 do artigo 4.º, ou pela melhor segurança jurídica, suscetível de ser alcançada pela via da aplicação rigorosa da presunção do número 2 do artigo 4.º. Manifestou a Comissão a preferência pela segurança jurídica, entendendo que só nos casos em que a tentativa de aplicação da presunção contida no número 2 do artigo identificado, conduzisse à determinação de uma lei que se mostrasse pouco adequada, deveria o tribunal socorrer-se da exceção do número 5 do artigo em análise. A este respeito a Comissão fazia ainda referência à solução consagrada no anteprojeto de proposta de regulamento do Conselho relativo à lei aplicável às obrigações contratuais “Roma II”, que na cláusula de exceção contida no número 3 do seu artigo 3.º introduzia duas novas condições relativamente à Convenção de Roma: exigia por um lado que o delito apresentasse ligações “substancialmente” mais estreitas com uma outra lei e, por outro lado, que existisse “uma conexão significativa entre o delito e o país cuja lei seria aplicável” por força dos números 1 e 2. A proposta adotava, assim, uma solução tendente a garantir o aumento da segurança jurídica, a supressão da cláusula de exceção contida no número 5, cuja existência na Convenção de Roma permitia ao aplicador do direito julgar o litígio de acordo com a lei que apresente uma conexão mais estreita com outro país. A existência desta disposição, foi sempre bastante criticada sobretudo pela sua conversão quase generalizada em regra, sem prejuízo de a sua consagração ser defendida, especialmente quanto ao que respeita aos grupos de contratos, devendo a mesma previsão separar duas hipóteses, aquela em que a determinação da prestação característica é problemática e a cláusula de exceção propriamente dita. Desempenhando a conexão mais estreita, no primeiro caso, a função de uma conexão subsidiária. Assim GROUPE EUROPÉEN DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ - *Douzième réunion* : Paris, 20 - 22 septembre 2002 : *compte rendu des seances de travail* [Em linha]. [S.l.] : GEDIP, 2012.

¹²³⁶ Para uma apreciação crítica deste ponto da proposta CORTESE, B. – La proposta di regolamento “Roma I”: spunti critici sul collegamento obiettivo e rapporti con le convenzioni di diritto internazionale privato uniforme. In Franzina, Pietro (Ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento “Roma I”*. Padova: Cedam, 2006, p. 42-44.

¹²³⁷ FERRARI, Franco; BISCHOFF, Jan A. – Article 4: applicable law in the absence of choice. In Franco Ferrari (Ed.), *Rome I regulation: pocket commentary*. Munich: Selp, 2015, p. 124, consideram que na medida em que a proposta previa oito tipos contratuais não sujeitos a qualquer cláusula de escape, tal implicava

mais adequada, apenas se encontrava prevista para os casos em que a situação não fosse subsumível aos critérios do dispositivo mencionado ou para aqueles outros em que não fosse possível determinar a prestação característica. Apenas nestas situações a proposta previa a ponderação sobre a aplicação da lei que apresentasse a conexão mais estreita.¹²³⁸ A versão final do regulamento quanto a esta matéria constitui uma solução intermédia entre a proposta apresentada pela Comissão e a versão consagrada, e resulta de uma solução de compromisso entre o artigo 4.º da Convenção de Roma e a proposta da Comissão.¹²³⁹ Esta solução de compromisso tem em vista a limitação do recurso a essa cláusula, não deixando de se conferir ao juiz o indispensável papel de determinar a lei mais apropriada ao contrato.¹²⁴⁰

A previsão da cláusula de exceção foi introduzida – em virtude das sugestões efetuadas particularmente pelo Parlamento Europeu – na versão de proposta de Regulamento de abril de 2007.¹²⁴¹

Nesta conformidade, aplica-se a lei que tenha as ligações mais estreitas com o contrato, salvo se existir designação da lei aplicável pelas partes e eventual aplicação de normas de aplicação imediata¹²⁴².

Donde resulta claramente o reconhecimento à conexão mais estreita, de uma importância fundamental, pois em última análise e em caso de litígio compete aos tribunais determinar qual a lei aplicável a um contrato internacional e essa lei poderá ser sempre a lei do país com o qual o contrato apresente ligações mais estreitas.

que a proposta da Comissão fosse incapaz de ter em consideração as necessidades de justiça nesses casos específicos.

¹²³⁸ No sentido de que apenas neste caso a proposta da Comissão mostrava alguma flexibilidade, na medida em que a regra da conexão mais estreita fosse também ela flexível, FERRARI, Franco; BISCHOFF, Jan A. – Article 4: applicable law in the absence of choice. In Franco Ferrari (Ed.), Rome I regulation: pocket commentary. Munich: Selp, 2015, p. 124.

¹²³⁹ WAGNER, Rolf – Der grundsatz der rechtswahl und das mangels rechtswahl anwendbare recht (Rom I-Verordnung). IPRax. (2008) 377-386; UBERTAZI, Benedetta – Il regolamento sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. Milano: Giuffrè Editore, 2008, p. 87.

¹²⁴⁰ BASEDOW, J.; WURMNEST, W. (Coord.) – 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). RabelZ. 71 (2007) 256-259.

¹²⁴¹ Como consta do Projeto de Relatório do P.E. de 22 de agosto de 2006, Documento 2005/0261 (COD) e da posição adotada pelo Conselho, em abril de 2007, vertidas ambas no Documento PE-CONS 3691/07, versão da proposta em 31 de março de 2008 (UNIÃO EUROPEIA. Parlamento ; UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Regulamento (CE) N.º .../2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I) [Em linha]. Bruxelas : UE, 2008.). Nesta versão da proposta, verifica-se um regresso à consagração da cláusula de exceção, pois apesar do enunciado de tipos contratuais e da identificação da lei aplicável a cada um deles, a proposta vem contemplar a possibilidade de aplicação de outra lei, caso “resulte claramente do conjunto das circunstâncias do caso que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com outro país”, solução constante da proposta no n.º 3 do artigo 4.º.

¹²⁴² As quais na Proposta inicial eram designadas como Normas Imperativas.

No fundo e à semelhança do que se verifica com a aplicação prática da Convenção de Roma, o Regulamento permite aos tribunais utilizar a cláusula de exceção enquanto instrumento de flexibilidade, consagrado para permitir a ponderação do conjunto das circunstâncias do caso.¹²⁴³ Deste ponto de vista, não deixará de se considerar que a conexão mais estreita constitui um dos principais critérios consagrados pelo Regulamento Roma I, em caso de falta de escolha da lei aplicável. Tal solução de flexibilidade – que comporta uma certa diminuição da aplicação unificada da lei – e que permite aos aplicadores do direito determinarem casuisticamente a lei aplicável a cada contrato, foi intencional, inequívoca e perfeitamente sopesada pelo legislador como demonstra o seu procedimento legislativo¹²⁴⁴ acompanhado pela doutrina.¹²⁴⁵ Na verdade, prevê o segundo § do Considerando 16 do Regulamento que “os tribunais

¹²⁴³ Esta solução de flexibilidade não está prevista no ordenamento jurídico português. A regra de conflitos do regime legal português, em matéria contratual é rígida. Neste caso a lei portuguesa, tem apenas uma única regra, diferenciando apenas conforme o contrato em questão seja oneroso ou gratuito, pois a lei da residência habitual das partes é a regra, e na falta de uma residência habitual comum, recorremos à lei da residência habitual da parte beneficiada no caso de um negócio jurídico gratuito e à lei do lugar da conclusão tratando-se de negócios jurídicos onerosos. Por isso conclui, RAMOS, Rui Moura – Das relações privadas internacionais, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 166, que “o direito português continua muito amarrado à segurança. Uma segurança que, no entanto, nem sempre conduz à localização mais conveniente para o contrato.” No entanto, o mesmo autor chama a atenção para o facto de o legislador português já ter flexibilizado a rigidez que lhe é reconhecida no que respeita à responsabilidade extracontratual e num caso especial que é o da vítima e do autor do facto danoso terem a mesma nacionalidade ou a mesma residência habitual e se encontrarem ocasionalmente no país onde o facto ilícito é cometido. Neste caso, o legislador português afastou a aplicação da lei do lugar da ocorrência do facto ilícito em favor da lei da nacionalidade ou residência habitual comuns. Esta especialização devia ser estendida aos contratos, pois com a especialização ganharíamos em flexibilização.

¹²⁴⁴ O esforço que o legislador demonstrou – ao prever esta solução – de se conseguir alcançar a composição de interesses mais justa para as partes em litígio, contende com a preocupação vertida na alínea c) do artigo 22.º da proposta inicial de Regulamento, em matéria de bom funcionamento do mercado interno. Tal dispositivo legal, sob a epígrafe “Relações com outras disposições de direito comunitário”, epígrafe que se manteve no Regulamento *sub iudice*, tinha a seguinte redação: “o presente regulamento não afeta a aplicação nem a adoção de atos por parte de instituições das Comunidades Europeias que: c) estabeleçam regras destinadas a promover o bom funcionamento do mercado interno na medida em que estas regras não possam ser aplicadas conjuntamente à lei designada pelas regras de direito internacional privado.” A atual redação apenas prevê que: “à exceção do artigo 7.º, o presente regulamento não prejudica a aplicação das disposições de direito comunitário que, em matérias específicas, regulem os conflitos de leis em matéria de obrigações contratuais.” O que significa que, no confronto entre os dois interesses, o da salvaguarda do mercado interno através da consagração de soluções legais aptas a proporcionar segurança jurídica ao agente económico, e o interesse de possibilitar uma aplicação corretiva do regulamento, que permita salvaguardar a justiça das conexões, deu-se prevalência a este segundo interesse. No entanto, é de ter em consideração que entre a entrega da proposta e a aprovação do Regulamento, decorreram dois anos e meio e o mesmo só entrou em vigor em 24 de julho de 2008, embora só passasse a ser aplicável aos contratos celebrados a partir de 19 de dezembro de 2009. Pelo que a preocupação com o mercado interno se terá tornado menos importante, provavelmente em consequência do seu atual nível de funcionamento em moldes perfeitamente satisfatórios. Neste sentido, JOBARD-BACHELLIER, Marie-Noëlle – *Les activités régulées: les services*. Mathias Audit, dir. [et al.] - Conflits de lois et régulation économique. Paris : LGDJ, 2008, p. 64 e ss.

¹²⁴⁵ Em defesa da manutenção da cláusula de exceção, considerando que as diferentes interpretações a que conduz por parte dos tribunais nacionais se devem à inexistência de interpretação comum com autoridade, obstáculo que desaparecerá com a aprovação do regulamento uma vez que ficará imediatamente submetido à interpretação do Tribunal de Justiça, BASEDOW, Jürgen; WURMNEST, W. (Coord.) – *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)*. *RabelZ.* 71 (2007) 258.

deverão, porém, gozar de uma certa margem de apreciação a fim de determinar a lei que apresenta a conexão mais estreita com a situação.”

A consagração de uma cláusula de exceção é bem-vinda apesar de poder ser responsável por alguma quebra da unificação,¹²⁴⁶ não se concebe a determinação da lei aplicável apenas com base em previsões rígidas que podem, afinal, não corresponder à economia do contrato e à justiça da conexão.¹²⁴⁷

3.6. PROPOSTAS DE LIMITAÇÃO DO RECURSO À CLÁUSULA DE EXCEÇÃO

Para além da exclusão da cláusula de exceção da proposta de regulamento apresentada pela Comissão, enquanto solução mais radical, outras soluções intermédias foram sugeridas, dando expressão de monta ao entendimento de que o vício do sistema que adota a solução das regras com conteúdo preciso é aparentemente constituído pela consagração de cláusulas de exceção. Tais cláusulas funcionam como mecanismo corretor do formalismo e mecanicismo normalmente criticado no direito internacional privado, permitindo ao órgão aplicador do direito regular a questão que lhe é presente pela lei que considera que apresenta uma conexão manifestamente mais estreita com o conjunto das circunstâncias do caso. Entre essas sugestões encontra-se a de limitação destas cláusulas a casos excepcionais, bem como, tendo em vista evitar um recurso excessivo a esse tipo de cláusulas, a sugestão de submissão da sua admissibilidade a uma decisão judicial por maioria qualificada ou até por unanimidade.¹²⁴⁸ Para além desse método de limitação do recurso à cláusula de exceção sugeriu-se, ainda, um outro método que consistiria na adoção de um procedimento de referência (*referral procedure*) que transferiria a decisão quanto ao uso

¹²⁴⁶ Em sentido contrário, considerando que tal solução implica o inconveniente da aplicação pouco uniforme do regulamento e não corresponde à lei com cuja aplicação as partes razoavelmente contavam (doutrina das expectativas razoáveis), sendo a prestação característica a doutrina que permite determinar a aplicação da lei que as partes razoavelmente esperavam que se aplicasse ao seu contrato, HARTLEY, Trevor C. – The proposed “Rome I” regulation: applicable law in the absence of choice: article 4. In Tristan Azi (Red.), *Vers des nouveaux equilibres entre ordres juridiques*. Paris: Dalloz, 2008, p. 718 e 719.

¹²⁴⁷ Criticando a nova previsão do n.º 4, PINHEIRO, Luís de Lima – O novo regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais: uma introdução. In Luis de Lima Pinheiro, *Estudos de direito internacional privado: contratos, obrigações extracontratuais, insolvência, operações bancárias, operações sobre instrumentos financeiros e reconhecimento de decisões estrangeiras*. Coimbra: Almedina, 2009. Vol. 2, 433; HARTLEY, Trevor C. – The proposed “Rome I” regulation: applicable law in the absence of choice: article 4. In Tristan Azi (Red.), *Vers des nouveaux equilibres entre ordres juridiques*. Paris: Dalloz, 2008, p. 718-719, manifesta-se contra a não aplicação da “lei que não é a do Estado que apresenta a conexão mais estreita, só porque é a lei do devedor da prestação característica”, na medida em que tal “representa um sacrifício da justiça da conexão.”

¹²⁴⁸ SCHÄFER, Hans-Bernd; LAUTERMANN, Katrin – Choice of Law from an Economic Perspective. In Jürgen Basedow; Toshiyuki Kono (Ed.), *An economic analysis of private international law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 92.

destas cláusulas a um tribunal superior mais especializado, tal como o Tribunal de Justiça.¹²⁴⁹

3.6.1. APRECIÇÃO CRÍTICA

A consagração de um procedimento de referência, tal como sugerido pelo Grupo de Hamburgo, nos Comentários à proposta de Regulamento sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, e reforçado por alguma doutrina,¹²⁵⁰ poderia funcionar como baluarte da unificação do direito da UE, na vertente da sua aplicação e não deixaria de acarretar um certo número de consequências. O objetivo da consagração de um tal procedimento consistiria em impor um recurso parcimonioso e mediante observância de idênticos critérios, à possibilidade que maior suscetibilidade tem apresentado de desvirtuar o objetivo da unificação. Se esse argumento é ponderoso outros não deixarão de poder ser considerados e que podem sugerir entraves quanto à sua consagração. Por um lado, pelas dificuldades que o entendimento de que o Tribunal de Justiça assumiria nessa matéria um maior grau de especialização, pode suscitar. Este Tribunal, tem, nesta matéria específica a competência relativa à decisão sobre questões prejudiciais relativas a questões de interpretação do direito da UE, formuladas através do mecanismo do reenvio prejudicial. Esta competência constitui sem dúvida uma importante ferramenta ao serviço da unificação na medida em que, nessa perspetiva, providencia pela aplicação uníssona do direito da UE em todos os Estados-Membros. Mas esse diálogo institucionalizado entre a instância da União e as instâncias nacionais não afeta as competências destas últimas, nem impõe qualquer relação de hierarquia entre essas instâncias. Esse procedimento, com a amplitude que a questão coloca, extensível a todos os tribunais e não só aos que julgam em última instância, como sucede com o reenvio prejudicial, implicaria, por um lado, uma carga burocrática dificilmente comportável pelo Tribunal de Justiça. Por outro, afigura-se que submeter a decisão sobre o recurso à cláusula de exceção a essa instância, implicaria de alguma forma que a mesma tomasse conhecimento sobre os factos subjacentes ao litígio. A ponderação sobre o afastamento da aplicação da lei, determinada nos termos das conexões estabelecidas nos números 1 e 2 do artigo 4.º do Regulamento Roma I, impõe uma decisão sobre os motivos de se considerar que outra lei, que não a que é determinada de acordo com esses dispositivos, deva ser aplicada ao julgamento da

¹²⁴⁹ Tal como sugerido por BASEDOW, Jürgen; WURMNEST, W. (Coord.) – 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). *RechtsZ.* 71 (2007) 225-344.

¹²⁵⁰ SCHÄFER, Hans-Bernd; LAUTERMANN, Katrin – Choice of Law from an Economic Perspective. In Jürgen Basedow; Toshiyuki Kono (Ed.), *An economic analysis of private international law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 92.

causa. Tal juízo, aparentemente, só pode ser efetuado após se concluir pela fatualidade provada, o que exceto no que respeita aos factos assentes por acordo das partes ou confissão de uma delas, só ocorre após a produção de prova em sede de audiência de discussão e julgamento. No limite, a admissibilidade do recurso quanto à cláusula de exceção imporia também um juízo sobre os factos assentes e não assentes em função da prova produzida nessa fase processual. Tal redundaria em algo próximo ao chamamento do Tribunal de Justiça aos autos nacionais, como uma espécie de tribunal de recurso, que na verdade não é, nem pode ser, em face da arquitetura judiciária europeia, tal como decorrente dos Tratados institutivos. Esse exercício, próprio de uma estrutura federal com as mais valias que lhe possam estar subjacentes, poderá ser pensável num diferente modelo jurídico político da UE, tal como o que foi recentemente rejeitado e que constava do Tratado Constitucional Europeu.

São bem conhecidas as críticas àquele dispositivo, mormente em matéria de labor de sentido contrário ao da unificação, na medida em que terá, num número muito significativo de casos, fundamentado a aplicação pelos tribunais dos Estados-Membros da UE da sua *lex fori*.¹²⁵¹ A necessidade de assegurar mecanismos de correção das soluções a que podem conduzir as regras de conflitos, mantém-se enquanto modelo de referência de uma justa composição de um litígio mediante a sujeição à sua regulação pela lei mais apropriada. A resposta a esta crítica determina que deva continuar a ser mantido um mecanismo de equilíbrio das soluções finais, sendo concedido ao órgão aplicador do direito a possibilidade de corrigir o resultado a que se chegaria em função da aplicação da lei competente de acordo com a norma de conflitos respetiva. Esta solução apenas é aplicável se esse órgão entender que resulta “do conjunto das circunstâncias do caso, que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com” um país diferente daquele cuja lei, de outro modo, resultaria aplicável. Essa correção implica necessariamente a existência de flexibilidade, que é alcançada mediante o recurso à cláusula mencionada.

No entanto, a necessidade de flexibilidade, por si, não permite concluir sobre a possibilidade de limitação, em medida aceitável, do recurso a estas cláusulas. A submissão da decisão quanto ao recurso a tal cláusula, a um veredito de um tribunal superior, por maioria qualificada ou até por unanimidade, não sendo inexecutível, parece não ser apta a garantir uma alteração substancial da situação. Paralelamente, pode comportar um acréscimo do lapso temporal de tramitação processual, para além de não evidenciar diferente proporção de recurso judiciário à cláusula de exceção. Por outro

lado, a introdução da necessidade de uma prévia decisão colegial sobre a admissibilidade de recurso à cláusula de exceção, em nossa perspectiva, não é de molde a garantir o objetivo visado, pondo em causa a eficácia da medida. Se analisarmos o núcleo essencial das motivações, supostas ou reais, que determinaram o recurso à mencionada cláusula em importantes instrumentos de unificação,¹²⁵² concluímos que independentemente da fundamentação concreta que subjaz a essa decisão, a mesma poderá não assentar numa maior proximidade da *lex fori* com a situação *sub iudice*. A questão do recurso à disposição mencionada (artigo 4.º, n.º 5 da Convenção de Roma) foi objeto de atenção quer pela doutrina, quer ao nível dos estudos que antecederam a aprovação do regulamento *sub iudice*, por se ter verificado um uso consideravelmente elevado da cláusula de exceção e por tal se mostrar contrário ao objetivo essencial que presidiu à elaboração e aprovação de tal instrumento. A unificação das normas de conflitos visa a maior certeza e segurança no plano jurídico, mas também económico e o alcance da harmonia internacional de julgados. O recurso sistemático a uma cláusula de exceção, no âmbito de aplicação material quer desse, quer de qualquer outro instrumento de unificação, tem um efeito de sentido inverso àquele que se pretende com a sua aprovação. Noutra perspectiva se dirá que a aplicação unificada do direito da UE não pode ser entendida como um fim último ao qual todos os demais se curvem, mas antes como um objetivo a alcançar num quadro de aplicação da lei mais apropriada aos atos pelo mesmo direito regidos. Entre as causas mais frequentes que poderão estar na origem deste desvio são elencadas quer a dificuldade relacionada com a aplicação da lei estrangeira, quer e conseqüentemente, a facilidade resultante da aplicação da *lex fori*. Não obstante, não descobriu ainda a ciência jurídica um instrumento mais adequado a possibilitar uma certa medida de flexibilidade ao órgão aplicador do direito, que lhe permita afastar a aplicação da lei que resultaria competente por força dos critérios de direito internacional privado, mas que no caso concreto pode não se revelar a que apresenta a conexão mais estreita com a situação, de modo a regulá-la da forma mais justa.

O facto de a decisão de recurso à cláusula de exceção ser tomada individualmente ou colegialmente, seja por maioria qualificada, seja por unanimidade, parece-nos assim um fator de escassa relevância que pouco pode contribuir para uma diminuição do recurso a essa disposição, nos exatos termos em que a sua previsão terá sido pensada e consagrada. O aumento de intervenientes na deliberação não significa necessariamente a adoção de um critério de avaliação diferente daquele que com alguma amplitude vem

¹²⁵² Como foi o caso da Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais.

sendo usado. Acresce que a adoção de tal procedimento importaria um inevitável aumento de burocratização, que contraria a tendência transversal a todos os ordenamentos jurídicos e que vai no sentido de descentralizar competências tradicionalmente jurisdicionais, para outros organismos que não os tribunais¹²⁵³ acompanhada pela expansão do recurso aos meios alternativos de resolução de litígios.

3.7. CLÁUSULA DE EXCEÇÃO

Sendo a previsibilidade necessária, também a aplicação da lei mais apropriada ao contrato se apresenta como essencial. Neste sentido os instrumentos em geral devem prever em paralelo com as normas rígidas¹²⁵⁴ uma possibilidade de uma certa margem de apreciação por parte dos órgãos aplicadores do direito na determinação do direito aplicável *in casu*, que como mencionámos supra, necessariamente limita o âmbito da uniformização, da segurança e da certeza jurídicas.

A cláusula de exceção¹²⁵⁵ foi materializada no n.º 3 do artigo 4.º do Regulamento Roma I, permitindo o afastamento da lei que de outro modo seria aplicável.¹²⁵⁶ Este normativo tem por objeto a necessidade de aplicar ao contrato, na falta de designação da lei aplicável pelas partes, a lei que apresenta uma ligação mais estreita com o mesmo. Trata-se de uma cláusula que garante a aplicação da lei melhor posicionada relativamente ao litígio¹²⁵⁷ e que por isso se considera que apresenta a maior proximidade com o contrato,¹²⁵⁸ quer porque corresponde às expetativas das partes

¹²⁵³ Embora se equipare, em algumas matérias, as decisões de outros organismos às decisões dos tribunais, como sucede em Portugal, nomeadamente com as decisões proferidas por Conservadores do Registo Civil, Decreto-Lei n.º 272/2001, de 3 de outubro, retificado pela Retificação n.º 20-AR/2001, de 30 de novembro, na redação que lhe foi conferida pelos seguintes atos normativos: Decreto-Lei n.º 324/2007, de 28 de setembro; Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro e Decreto-Lei n.º 122/2013, de 26 de agosto.

¹²⁵⁴ No sentido de que as normas do regulamento (4/1/2) não são rígidas quando comparadas com as previsões da proposta de regulamento, FERRARI, Franco; BISCHOFF, Jan A. – Article 4: applicable law in the absence of choice. In Franco Ferrari (Ed.), Rome I regulation: pocket commentary. Munich: Selp, 2015, p. 171.

¹²⁵⁵ Também designada por alguma doutrina como cláusula de escape. Neste sentido, VAN CALSTER, Geert – European private international law. Oxford: Oxford Hart Publishing, 2013, p. 127.

¹²⁵⁶ LIEBLE, Stefan; MÜLLER, Michael – The idea of a “Rome 0 Regulation”. YPIL. 16 (2012/2013) 137-152.

¹²⁵⁷ E que por esse motivo evita o efeito surpresa a que se refere CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier – La cláusula de excepción y los contratos internacionales. In Carlos Esplugues Mota [et al.], Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues. Paris: Tiran lo Blanch, 2012, p. 461, que surge se as partes forem confrontadas com a aplicação de normas com que não contavam.

¹²⁵⁸ ZABALO ESCUDERO, Elena – Ley aplicable al contrato internacional de trabajo en el sector transporte: la continuidad en la jurisprudencia del TJUE. In Alegría Borrás [et al.], Entre Bruselas y la Haia: estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional. Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 582.

quanto à lei que deve reger o seu contrato, quer acessoriamente, por corresponder à lei que implica custos conflituais mais reduzidos.¹²⁵⁹

Neste contexto a proximidade traduz-se em previsibilidade do regime jurídico ao qual a regulação do contrato é submetida.

3.7.1. DETERMINAÇÃO DA CONEXÃO MAIS ESTREITA

A nova redação do preceito introduz algumas alterações face à sua previsão na Convenção de Roma. Neste último instrumento a exceção funciona se resultar do conjunto de circunstâncias que o contrato apresenta uma ligação mais estreita com um determinado país.¹²⁶⁰ Esta ligação é necessariamente diferente daquela que determina a lei aplicável por força do normativo constante do número 2 artigo 4.º, como decidiu a suprema jurisdição da UE.¹²⁶¹

O Regulamento Roma I tem uma disposição diferente da que se encontra consagrada na Convenção de Roma, na medida em que prevê que deve resultar “claramente do conjunto das circunstâncias do caso que o contrato apresenta ligações manifestamente mais estreitas com” outro país, distinto daquele cuja lei seria aplicável por aplicação dos n.ºs 1 e 2 do artigo 4.º. Tal significa, por um lado, que a ligação com o país identificado por força desses dispositivos deve ser uma ligação não significativa.¹²⁶² Ao aplicar a cláusula de exceção, o juiz deve verificar os resultados obtidos com aqueles que resultam da aplicação do disposto nos números 1 ou 2 do artigo 4.º. Se o resultado for coincidente não há razão para recorrer à cláusula de exceção, dado não ser possível encontrar uma ligação mais estreita. Por outro lado, os adjetivos “claramente” e “manifestamente”, tornam a disposição mais exigente,¹²⁶³ em face da disposição

¹²⁵⁹ Como salienta CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier – La cláusula de excepción y los contratos internacionales. In Carlos Esplugues Mota [et al.], Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues. Paris: Tiran lo Blanch, 2012, p. 461.

¹²⁶⁰ Neste sentido, BASEDOW, Jürgen; WURMNEST, W. (Coord.) – 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). RabelZ. 71 (2007) 258. Nesta situação entendem FERRARI, Franco; BISCHOFF, JAN A. – Article 4: applicable law in the absence of choice. In Franco Ferrari (Ed.), Rome I regulation: pocket commentary. Munich: Selp, 2015, p. 170, que a falta de uma conexão mais estreita apurada de acordo com as presunções legais contidas nos n.ºs 2 a 4 do artigo 4.º funciona como requisito negativo de aplicação da cláusula de escape.

¹²⁶¹ Neste sentido Acórdão do TJ, 06.10.2009, caso Intercontainer Interfrigo SC (ICF) contra Balkenende Oosthuizen BV e MIC Operations BV, proc. C-133/08 [CJ (2009)].

¹²⁶² Considerando que essa ligação não deve ser substancial, nem real, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier – La cláusula de excepción y los contratos internacionales. In Carlos Esplugues Mota [et al.], Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues. Paris: Tiran lo Blanch, 2012, p. 463.

¹²⁶³ No sentido de o artigo 4.º, n.º 3 prevê condições mais restritas de aplicação FERRARI, Franco; BISCHOFF, JAN A. – Article 4: applicable law in the absence of choice. In Franco Ferrari (Ed.), Rome I regulation: pocket commentary. Munich: Selp, 2015, p. 172.

homóloga da Convenção de Roma,¹²⁶⁴ o que faz supor que a exigência de que resulte do conjunto de circunstâncias, claramente, que o contrato tem ligações mais estreitas com outra lei deve ser facilmente apreensível.

3.7.1.1. AS CIRCUNSTÂNCIAS ATENDÍVEIS

O Regulamento não contém qualquer especificação das circunstâncias a que se deve atender, nem qualquer noção de vínculos mais estreitos¹²⁶⁵ tal como acontece com a Convenção de Roma.¹²⁶⁶ A ponderação sobre a aplicação do normativo em questão implica a consideração de todas as circunstâncias do caso, ao invés do que sucede com o correspondente normativo da Convenção de Roma que apenas prevê a existência de uma conexão mais estreita com outro país. A concretização da conexão mais estreita não depende, assim, de um elemento de conexão determinado, mas antes da ponderação do conjunto de circunstâncias do caso, o que inclui os laços que se estabelecem com certos ordenamentos jurídicos, independentemente da natureza dos mesmos¹²⁶⁷ e de qualquer hierarquia.¹²⁶⁸ A doutrina tem aludido a circunstâncias suscetíveis de indicar uma forte ligação com um certo país, ou fatores com forte potencial localizador e outras circunstâncias com menor potencial localizador embora os critérios não sejam absolutamente convergentes. De algum modo é consensual que o recurso aos elementos previstos nos artigos 4.º de ambos os instrumentos é revelador,¹²⁶⁹ sendo a residência habitual (o estabelecimento principal no caso de se tratar de uma pessoa singular, a administração central, no caso de se tratar de uma

¹²⁶⁴ Neste sentido implicitamente FERRARI, Franco; BISCHOFF, JAN A. – Article 4: applicable law in the absence of choice. In Franco Ferrari (Ed.), Rome I regulation: pocket commentary. Munich: Selp, 2015, p. 130.

¹²⁶⁵ FERRARI, Franco – Quelques remarques sur le droit applicable aux obligations contractuelles en l'absence de choix des parties (art. 4 du règlement Rome I). RCDIP. (2009) 460-482; FERRARI, Franco – From Rome to Rome via Brussels: remarks on the law applicable to contractual obligations absent a choice by the parties (art. 4 of the Rome I Regulation). RabelsZ. 3 : 4 (2009) 750-769.

¹²⁶⁶ MARTINY, Dieter – Europäisches internationales vertragrecht erosion der Römischen Konvention? Zurich: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, 1997, p. 107-129.

¹²⁶⁷ PINHEIRO, Luís de Lima – O novo regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais: uma introdução. In Luis de Lima Pinheiro, Estudos de direito internacional privado: contratos, obrigações extracontratuais, insolvência, operações bancárias, operações sobre instrumentos financeiros e reconhecimento de decisões estrangeiras. Coimbra: Almedina, 2009. Vol. 2, p. 424-425.

¹²⁶⁸ PINHEIRO, Luís de Lima – Contrato de empreendimento comum ou jointventure em direito internacional privado. Coimbra: Almedina, 2003, p. 199.

¹²⁶⁹ Apesar de FERRARI, Franco; BISCHOFF, JAN A. – Article 4: applicable law in the absence of choice. In Franco Ferrari (Ed.), Rome I regulation: pocket commentary. Munich: Selp, 2015, p. 119-186, considerarem que as demais regras contidas no artigo 4.º da Convenção de Roma não servem o objetivo de se conferir uma forma específica e objetividade à conexão mais estreita, não significando tal que os elementos previstos nesses outros preceitos não possam ser usados para determinar a conexão mais estreita.

sociedade ou outra entidade dotada ou não de personalidade jurídica^{1270, 1271}), um dos elementos a que se atribui maior potencial localizador. Entre os elementos com maior relevância, para além da residência habitual, deve ser considerada a relação estreita do contrato com outros contratos ou com uma série de contratos.¹²⁷² Se existir uma dependência em relação ao objeto dos contratos, por exemplo, um dos contratos prever condições relativas ao cumprimento do contrato principal ou se destinar a corrigi-lo ou se tratar de documento do qual constem as posições de princípio das partes relativamente às negociações, que se podem traduzir em memorandos de entendimento e, sendo as mesmas as partes contratuais, não fará sentido os contratos serem regulados por leis diferentes. Se as partes forem diferentes não existirá qualquer óbice à aplicação de leis diferentes.

Também a situação dos bens, o contexto económico do contrato¹²⁷³ e a escolha do forum¹²⁷⁴ ou a nova *lex mercatoria* e os usos comerciais¹²⁷⁵ serão elementos relevantes a considerar. Para além destes e apesar de se encontrar previsto no artigo 4.º [n.º 1, alínea g)], o lugar da conclusão do contrato não é, em geral, muito revelador de uma ligação estreita com um determinado país. Entre os elementos aos quais deve ser atribuída menor relevância surge o lugar do cumprimento da obrigação, embora o facto de a lei aplicável considerar o contrato válido ou inválido deva ser considerado;¹²⁷⁶ lugar onde ocorreram as negociações; os interesses das partes; o idioma do contrato; a moeda de pagamento; a nacionalidade das partes, que se for comum deve conduzir à aplicação da lei da residência habitual das mesmas, ou no caso de venda de bens móveis sujeitos a registo, o lugar no qual o registo da aquisição foi efetuado. Alguma doutrina considera que quanto à conexão mais estreita se deve considerar, para além da proximidade e da previsibilidade, circunstâncias asseguradas pela ponderação dos elementos mencionados, a diminuição de custos.¹²⁷⁷ Não defendemos esta perspectiva

¹²⁷⁰ O n.º 2 da Convenção de Roma prevê esta solução no caso de se tratar de uma sociedade, associação ou pessoa coletiva.

¹²⁷¹ Sendo o contrato celebrado no exercício da atividade económica ou profissional da parte, especifica a segunda parte do n.º 2 do artigo 4.º da Convenção de Roma que “o país a considerar será aquele em que se situa o seu estabelecimento principal ou, se, nos termos do contrato, a prestação deverá ser fornecida por estabelecimento diverso do estabelecimento principal, o da situação desse estabelecimento. Em sentido próximo o disposto no n.º 2 do artigo 19.º do Regulamento Roma I.

¹²⁷² Conforme previsto no Considerando n.º 21.

¹²⁷³ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier – Derecho internacional privado. 18ª ed. Madrid: Editorial Comares, 2018. Vol. 2, p. 1009.

¹²⁷⁴ FERRARI, Franco; BISCHOFF, Jan A. – Article 4: applicable law in the absence of choice. In Franco Ferrari (Ed.), Rome I regulation: pocket commentary. Munich: Selp, 2015, p. 183.

¹²⁷⁵ Especialmente no contexto dos contratos comerciais internacionais, nos quais as regras não estaduais, designadamente os princípios Unidroit e os usos comerciais podem desempenhar um papel de relevo no sentido da aproximação do contrato a um determinado país.

¹²⁷⁶ FERRARI, Franco; BISCHOFF, Jan A. – Article 4: applicable law in the absence of choice. In Franco Ferrari (Ed.), Rome I regulation: pocket commentary. Munich: Selp, 2015, p. 182.

¹²⁷⁷ Neste sentido, CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier – Derecho internacional privado. 18ª ed. Madrid: Editorial Comares, 2018. Vol. 2, p. 1006-1007, concluem que a lei do

na medida em que sendo a eficiência económica ao nível do direito internacional privado importante, essa importância não poderá suplantar a relevância atribuída à justiça da conexão¹²⁷⁸ que ficaria desvirtuada em face da tomada em consideração desse fator.

Atenta a natureza excecional da disposição,^{1279, 1280} a sua aplicação fica confinada à verificação dos pressupostos na mesma previstos, caso em que o juiz poderá afastar a conexão estabelecida por força quer do n.º 1 quer do n.º 2 do mesmo dispositivo.

3.7.2. PONDERAÇÃO DA CONEXÃO MAIS ESTREITA PELO TRIBUNAL

A diferente previsão do artigo 4.º do Regulamento Roma I, relativamente à Convenção de Roma, demonstra que o primeiro instrumento privilegiou a previsibilidade, sem afastar a ponderação que os juízes devem fazer sobre a lei a aplicar.¹²⁸¹ O facto de o Regulamento mencionado não consagrar o princípio da proximidade como cláusula geral de conexão mais estreita e, por outro lado, ter introduzido conexões fixas, o que teve em conta a necessidade de garantir maior previsibilidade das decisões judiciais, significa que as condições de recurso à cláusula de exceção são agora,

país mais estreitamente conectado com o contrato é a lei cuja aplicação comporta menores custos processuais para ambas as partes.

¹²⁷⁸ Criticando a solução consagrada no n.º 1 do artigo 4.º do Regulamento Roma I, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier – La cláusula de excepción y los contratos internacionales. In Carlos Esplugues Mota [et al.], *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues*. Paris: Tiran lo Blanch, 2012, p. 470, considera que o legislador comunitário mantém relações perigosas com os princípios da segurança e da certeza jurídicas, as quais o fizeram confundir o automatismo da designação da lei aplicável com previsibilidade jurídica.

¹²⁷⁹ No mesmo sentido CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier – La cláusula de excepción y los contratos internacionales. In Carlos Esplugues Mota [et al.], *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues*. Paris: Tiran lo Blanch, 2012, p. 464. Este autor atribui o caráter excecional à prossecução de vários objetivos. Em primeiro lugar, reforçar a rigidez do sistema de conexões através de uma limitação da discricionariedade judicial. O reforço da rigidez conflitual, permite, na perspetiva do autor salvaguardar a segurança jurídica das conexões. Garante-se que a conexão seja a mais segura possível e não se preste a discussões entre as partes nem a dúvidas ao juiz. As normas devem assegurar a previsibilidade da conexão. Em segundo lugar, evitar a prática perversa, muito difundida pelos tribunais de numerosos Estados-Membros de recorrer a esta cláusula com a finalidade exclusiva de aplicar a *lex fori*, com ou sem razão, por pura comodidade judicial. Não concordamos com o objetivo assinalado em primeiro lugar, uma vez que, não parece decorrer do caráter excecional da disposição o reforço da rigidez das conexões, que se encontram já previstas com o objetivo de limitar o recurso à cláusula de exceção. Foi o objetivo do legislador de introduzir maior previsibilidade, que conduziu à previsão de conexões rígidas, em desfavor da justiça da conexão, como supra se assinalou. No entanto, essa limitação não é absoluta. A reposição do equilíbrio é encontrada neste mecanismo de flexibilidade.

¹²⁸⁰ Que não é como tal identificada no Acórdão Intercontainer Interfrigo, proferido a propósito da Convenção de Roma. Neste sentido, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier – La cláusula de excepción y los contratos internacionales. In Carlos Esplugues Mota [et al.], *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues*. Paris: Tiran lo Blanch, 2012, p. 464.

¹²⁸¹ Em sentido favorável à reintrodução da cláusula de exceção na versão final do Regulamento FERNANDES, Maria João Matias – Da Convenção de Roma ao Regulamento Roma I: a lei aplicável ao contrato na ausência de escolha pelas partes. In Vasco Pereira da Silva; Ingo Wolfgang Sarlet (Coord.), *Portugal, Brasil e o mundo do direito*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 209, providencia vários exemplos de decisões proferidas por vários tribunais estrangeiros em desvio às soluções consagradas no n.º 1 do artigo 4.º, que de outro modo teriam outra solução que não a que efetivamente tiveram e que favorece a justiça da conexão.

significativamente mais exigentes.¹²⁸² Tal exigência garante simultaneamente uma interpretação mais uniforme.¹²⁸³ Tal conclusão não afasta, contudo, a total liberdade de apreciação dos factos e de determinação da lei aplicável que já se encontra abrangida pela previsão homóloga constante da Convenção de Roma. Continua, em nossa perspetiva, a não existir qualquer limitação à ponderação do juiz sobre saber se resulta claramente do conjunto de circunstâncias que o contrato apresenta uma conexão manifestamente mais estreita com outra lei.¹²⁸⁴ Noutra perspetiva, a das partes, se entende que não resulta do teor da nova disposição, qualquer cautela ou impulso processual adicionais aos quais as mesmas não estivessem já sujeitas, não resultando qualquer novo dever para as partes nessa matéria, designadamente quanto à obrigação de invocação dessa conexão.¹²⁸⁵ Essa ponderação deve ser efetuada por corresponder a imperativos de justiça e é independente de qualquer invocação ou prova das partes nesse sentido.^{1286, 1287}

¹²⁸² FERRARI, Franco; BISCHOFF, Jan A. – Article 4: applicable law in the absence of choice. In Franco Ferrari (Ed.), Rome I regulation: pocket commentary. Munich: Selp, 2015, p. 126, consideram que os requisitos do n.º 3 do artigo 4.º do Regulamento Roma I são mais restritivos do que os previstos no n.º 5 da Convenção de Roma.

¹²⁸³ ASENSIO, Pedro A. de Miguel – The law applicable to contractual obligations: the Rome I regulation in comparative perspective. In Jürgen Basedow; Knut B. PiBler (Eds), Private international law in Mainland China, Taiwan and Europe. Zurich: Mohr Siebeck, 2014, p. 206.

¹²⁸⁴ Neste sentido, implicitamente FERRARI, Franco; BISCHOFF, Jan A. – Article 4: applicable law in the absence of choice. In Franco Ferrari (Ed.), Rome I regulation: pocket commentary. Munich: Selp, 2015, p. 175. Em sentido oposto, considerando que ao contrário do que sucedia quanto à Convenção de Roma, por aplicação da qual os juizes estavam obrigados a aplicar a lei do país com o qual a situação se encontrasse mais estreitamente relacionada, independentemente de as partes invocarem qual era o país com o qual o contrato tinha maior proximidade, o que não sucede relativamente ao Regulamento Roma I dado que não prevê o princípio da proximidade como regra geral, daí concluindo que o juiz não é obrigado a ter de ponderar *ex officio* qual a lei com a qual o contrato está mais estreitamente relacionado CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier – La cláusula de excepción y los contratos internacionales. In Carlos Esplugues Mota [et al.], Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues. Paris: Tiran lo Blanch, 2012, p. 465.

¹²⁸⁵ Também neste sentido, em relação à Convenção de Roma, FERNANDES, Maria João Matias – Da Convenção de Roma ao Regulamento Roma I: a lei aplicável ao contrato na ausência de escolha pelas partes. In Vasco Pereira da Silva; Ingo Wolfgang Sarlet (Coord.), Portugal, Brasil e o mundo do direito. Coimbra: Almedina, 2009, p. 203.

¹²⁸⁶ Assim e no que respeita à Convenção de Roma, TJ, 06.10.2009, caso Intercontainer Interfrigo SC (ICF) contra Balkenende Oosthuizen BV e MIC Operations BV, proc. C-133/08 [CJ (2009)].

¹²⁸⁷ Em sentido contrário, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier – La cláusula de excepción y los contratos internacionales. In Carlos Esplugues Mota [et al.], Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues. Paris: Tiran lo Blanch, 2012, p. 467, refere que cabe ao interessado demonstrar que existe uma lei de um país com o qual o contrato tem ligações mais estreitas, que deve por esse motivo ser aplicada em desfavor da lei cuja competência resultaria das conexões precedentes. O recurso a esta cláusula fica dependente da sua invocação e comprovação pela parte interessada, ficando dependente do livre arbítrio do tribunal, que fica vinculado a fundamentar a decisão quer no sentido da adoção de outra lei, dando guarida à invocação da parte, quer no sentido de não afastamento do critério geral de determinação da lei aplicável, insito nas disposições mencionadas.

O recurso a esta cláusula fica confinado a situações particulares em que existe claramente uma conexão mais estreita com outra lei, apurada de acordo com as circunstâncias do caso concreto.¹²⁸⁸

O recurso a esta cláusula é também configurado quanto aos contratos com os quais, aquele cuja apreciação se procede, se encontram relacionados.¹²⁸⁹ A consagração no Regulamento Roma I de um poder conferido aos tribunais no sentido de determinar a lei que apresenta a conexão mais estreita configura um desvio ao desígnio de previsibilidade que o normativo pretende acautelar,¹²⁹⁰ mas que se traduz numa ponderação de boa aplicação do direito. A consagração de uma cláusula de salvaguarda, na terminologia do Regulamento Roma I,¹²⁹¹ de uma cláusula de exceção, à semelhança do que acontece na Convenção de Roma¹²⁹² garante uma flexibilização dos critérios de determinação da lei aplicável na ausência de escolha pelas partes. Tal flexibilização fica entregue ao prudente arbítrio do julgador que tem o poder de afastar os critérios sucessivamente estabelecidos em ambos os instrumentos.

3.8. CONEXÃO SUBSIDIÁRIA

Se a prestação característica não pode ser determinada,¹²⁹³ a lei aplicável ao contrato é a lei do país com o qual apresenta uma conexão mais estreita nos termos do disposto no n.º 4 do artigo 4.º do Regulamento Roma I. Trata-se de uma consagração do princípio da proximidade, enquanto conexão subsidiária, em moldes iguais aos constantes da disposição homóloga da Convenção de Roma. É uma regra de conflitos autónoma que funciona em caso de falência de aplicação dos regimes previstos nos n.ºs 1 e 2 do artigo mencionado.

¹²⁸⁸ Considerando que tal será o caso em que a sede do prestador característico é circunstancial ou temporal (paraísos fiscais), CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier – La cláusula de excepción y los contratos internacionales. In Carlos Esplugues Mota [et al.], Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues. Paris: Tiran lo Blanch, 2012, p. 467.

¹²⁸⁹ Nos termos do considerando 20 do Regulamento Roma I.

¹²⁹⁰ Cfr. Considerando 16.º do Regulamento Roma I.

¹²⁹¹ Cfr. Considerando 20.º. do Regulamento Roma I.

¹²⁹² Prevista no n.º 5 do artigo 4.º.

¹²⁹³ “2. Caso os contratos não sejam abrangidos pelo n.º 1, ou se partes dos contratos forem abrangidas por mais do que uma das alíneas a) a h) do n.º 1, esses contratos são regulados pela lei do país em que o contraente que deve efectuar a prestação característica do contrato tem a sua residência habitual. [...] 4. Caso a lei aplicável não possa ser determinada nem em aplicação do n.º 1 nem do n.º 2, o contrato é regulado pela lei do país com o qual apresenta uma conexão mais estreita.” In UNIÃO EUROPEIA. Parlamento ; UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I).

3.8.1. IMPOSSIBILIDADE DE DETERMINAÇÃO DA PRESTAÇÃO CARACTERÍSTICA

Sendo inviável subsumir o contrato a qualquer dos tipos contratuais previstos no n.º 1, ou impossível determinar a prestação característica, o contrato é regido pela lei do país com o qual apresenta uma conexão mais estreita (artigo 4, n.º 4). Trata-se de uma solução que corresponde à solução consagrada no artigo 4.º, n.º 5, 1.ª parte da Convenção de Roma. Diferentemente do que sucede quanto à cláusula de exceção, neste caso o legislador não prevê a consideração do conjunto de circunstâncias do caso. A impossibilidade de determinação da prestação característica pode ocorrer especialmente nos casos relativos a contratos complexos, como é o caso do contrato de empreendimento comum em que frequentemente não é possível a individualização da prestação característica¹²⁹⁴ e também nos casos em que não existe prestação característica,¹²⁹⁵ como é o caso dos contratos de permuta.¹²⁹⁶ Para além dos casos relativos aos contratos sem prestação característica, outros existem em que é normalmente difícil identificar essa prestação, como é o caso do contrato de empreendimento comum.¹²⁹⁷ Destes casos, de verdadeira impossibilidade de determinação da prestação característica devem distinguir-se os casos em que é possível determiná-la, mas em que tal determinação não faculta a aplicação de um único regime jurídico, como será o caso em que existam vários obrigados à prestação característica, situando-se a residência habitual dos mesmos em diferentes países,¹²⁹⁸

¹²⁹⁴ E que de acordo com PINHEIRO, Luís de Lima – Contrato de empreendimento comum ou jointventure em direito internacional privado. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1217 e ss., correspondem aos casos em que uma das partes contribui preponderantemente com transferência de tecnologia, ou em que uma das partes assume o encargo da administração da organização instituída diretamente pelo empreendimento comum, ou os contratos de objeto complexo.

¹²⁹⁵ Como ocorre em alguns contratos correntes na prática comercial internacional, em que as partes se obrigam a dar, fazer ou não fazer, em que não existe contraprestação monetária como salientam CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier – Derecho internacional privado. 18ª ed. Madrid: Editorial Comares, 2018, Vol. 2, p. 1004.

¹²⁹⁶ No entanto, podem ainda ser enquadrados nos contratos sem prestação característica os contratos de permuta de mercadorias, os contratos de intercâmbio de serviços, em particular contratos de *swap*, contratos de joint-venture, contratos de conta corrente entre empresas, contratos de intercâmbio eletrónico de dados, contratos de edição, contrato preparatório ou preliminar ou pré-contrato, contrato de parceria, contrato de alimentos, contrato de transação, contratos no sector audiovisual: pré-produção e coprodução como salientam CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier – Derecho internacional privado. 18ª ed. Madrid: Editorial Comares, 2018, p. 1004-1005 e FERRARI, Franco; BISCHOFF, Jan A. – Article 4: applicable law in the absence of choice. In Franco Ferrari (Ed.), Rome I regulation: pocket commentary. Munich: Selp, 2015, p. 119-186.

¹²⁹⁷ Fora dos casos frequentes em que não é possível a individualização da prestação característica e que de acordo com PINHEIRO, Luís de Lima – Contrato de empreendimento comum ou jointventure em direito internacional privado. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1217 e ss., correspondem aos casos em que uma das partes contribui preponderantemente com transferência de tecnologia e a outra parte assume o encargo da administração da organização instituída diretamente pelo empreendimento comum, ou os contratos de objeto complexo.

¹²⁹⁸ Como foi o caso sobre o qual foi proferida a Sentença de *Court of Appeal Civil Division, England and Wales*, de 28 de julho de 1998, D. Butcher, em que existia uma garantia oferecida por dois sujeitos com residência em Inglaterra e Gales. Nestes casos a lei aplicável não pode ser determinada de acordo com o artigo 4.º, n.º 2 nem da Convenção de Roma que prevê o fracionamento em casos excecionais, nem do Regulamento Roma I que não prevê o fracionamento. A determinação da lei aplicável faz-se por recurso à

para além de outros. Nestes casos, o regime do contrato é determinado por recurso à conexão subsidiária.

O n.º 4 do artigo 4.º do Regulamento Roma I não impõe explicitamente a consideração do conjunto das circunstâncias do caso. No entanto, um único elemento não é suficiente para estabelecer a conexão mais estreita, devendo ser ponderados todos os elementos disponíveis.¹²⁹⁹ Se todos os elementos apontarem para a lei de um Estado será essa a lei aplicável. Nem sempre tal ocorre pelo que nesse caso os elementos disponíveis estarão sujeitos a uma ponderação global.

O artigo 4.º, n.º 4 não estabelece um momento temporal como decisivo para efeitos de se determinar a conexão mais estreita, mas esta falta de previsão não deve levar à adoção de soluções que desprotejam as legítimas expetativas das partes. Neste caso considera-se que a determinação do momento relevante deve ser feita em consonância com o disposto no n.º 3 do artigo 19.º, atendendo-se à data da celebração do contrato, por ser esse o momento em que as partes terão fundado as suas expetativas legítimas¹³⁰⁰ quanto à lei aplicável.

conexão mais estreita, nos termos do disposto no n.º 5 da Convenção de Roma e n.º 4 do Regulamento Roma I.

¹²⁹⁹ No sentido de que raramente os elementos disponíveis apontam para a lei de um único Estado. FERRARI, Franco; BISCHOFF, Jan A. – Article 4: applicable law in the absence of choice. In Franco Ferrari (Ed.), Rome I regulation: pocket commentary. Munich: Selp, 2015, p. 186.

¹³⁰⁰ FERRARI, Franco; BISCHOFF, Jan A. – Article 4: applicable law in the absence of choice. In Franco Ferrari (Ed.), Rome I regulation: pocket commentary. Munich: Selp, 2015, p. 186.

4. CONTRATO DE TRANSPORTE DE MERCADORIAS

4.1. ASPETOS GERAIS

À semelhança do que sucede com o seu instrumento homólogo, o Regulamento Roma I prevê o contrato de transporte mercadorias,¹³⁰¹ encontrando-se o mesmo regulado no seu artigo 5.º (e no artigo 4.º, n.º 4 da Convenção de Roma).

Dada a sua relevância no âmbito do comércio internacional, algumas referências parecem indispensáveis a uma melhor compreensão do seu regime, isto sem esquecer que a sua previsão, neste instrumento, tem um âmbito de aplicação limitado pelos instrumentos internacionais (Convenções internacionais e direito uniforme) e pelo direito derivado da UE.

A interpretação dos preceitos relativos ao contrato de transporte de mercadorias deve estar em linha com os Regulamentos Bruxelas I bis e Roma II nos termos dos considerandos 7 e 17.¹³⁰² Devendo ser alcançada uma interpretação uniforme relativamente a todos os instrumentos internacionais na matéria e ao regime europeu.

O preceito visa apenas bens corpóreos e não inclui a transferência de dados¹³⁰³.

O Regulamento Roma I não prevê, expressamente, ao contrário do que sucede com a convenção de Roma, uma noção de contrato de transporte de mercadorias. A Convenção de Roma consagra uma noção de contrato de transporte de mercadorias como sendo o contrato de fretamento relativo a uma única viagem ou outro tipo de contratos que tenham por objeto principal o transporte de mercadorias. De acordo com o disposto no artigo 4.º, n.º 4, 3.ª parte da Convenção de Roma, este contrato é o que tem por objeto principal o transporte de mercadorias, ou seja, deslocar bens de um local

¹³⁰¹ O contrato de transporte de mercadorias é uma espécie do contrato de transporte. Assim também SCHULTSZ, J. C. – The concept of characteristic performance and the effect of the e.e.c. convention on carriage of goods. In P. M. North (Ed.), Contract conflicts: the E.E.C. Convention on the law applicable to contractual obligations: a comparative study. New York: North Holland Publishing Company, 1982, p. 185.

¹³⁰² Apesar de estes considerandos se referirem ao Regulamento Bruxelas I, na medida em que o mesmo já não se encontra em vigor, tendo sido substituído pelo Regulamento Bruxelas I bis, deve considerar-se a referência feita a esse Regulamento como abrangendo o normativo que lhe sucedeu. De igual modo há que ter em consideração o artigo 7.º do Regulamento Bruxelas I bis e não o artigo 5.º do Regulamento Bruxelas I.

¹³⁰³ Assim DORNIS, Tim W. – Article 5: Contracts of Carriage. In Franco Ferrari (Ed.), Rome I regulation: pocket commentary. Munich: Selp, 2015, p. 187-191.

para outro¹³⁰⁴, embora inclua os contratos de fretamento relativos a uma viagem.¹³⁰⁵ Esta previsão pressupõe, por um lado, a colocação dos meios necessários ao transporte dos bens à disposição do co-contratante, por outro, a obrigação de os transportar em condições adequadas.¹³⁰⁶

Tal conceito é objeto de referência no Acórdão Interfrigo.¹³⁰⁷ Esta noção não afasta a possibilidade de, face aos direitos nacionais, se poder considerar o objeto do contrato em desfavor da sua designação para se concluir sobre a realidade contratual respetiva. Nos termos do Acórdão Interfrigo “para definir este objeto, cumpre ter em conta a finalidade da relação contratual e consequentemente o conjunto das obrigações das partes”¹³⁰⁸ especificando que “uma das finalidades da referida disposição é estender o âmbito de aplicação da regra de direito internacional privado, prevista no artigo 4.º, n.º 4, segundo período, da Convenção, a contratos que, mesmo que sejam qualificados à luz do direito nacional de contratos de fretamento, tenham por objeto principal o transporte de mercadorias.”¹³⁰⁹ A determinação do sentido e alcance da vontade das partes depende “da finalidade da relação contratual e, consequentemente, do conjunto das obrigações da parte que fornece a prestação característica.”

Em sentido próximo, e ponderando sobre se um contrato de comissão de transporte pode ser considerado um contrato de transporte de mercadorias para os efeitos previstos no n.º 4 do artigo 4.º da Convenção de Roma, o acórdão Haeger & Schmidt¹³¹⁰ considera relevante ter em conta “a finalidade da relação contratual, da prestação real efectuada e de todas as obrigações da parte que deve fornecer a prestação característica”.¹³¹¹

¹³⁰⁴ PAUKNEROVÁ, Monika – Presumptions, Escape Clauses and International Carriage of Goods Contracts. In Katharina Boele-Woelki [et al.], Convergence and divergence in private international law: Liber Amicorum Kurt Siehr. The Hague: Eleven International Publishing, 2010, p. 486.

¹³⁰⁵ A questão que se suscita quanto a estes contratos é que a sua distinção relativamente aos contratos de transporte de mercadorias pode ser difícil, sobretudo considerando as diferentes dicotomias utilizadas na legislação dos Estados-Membros, sendo o fator relevante a execução de transporte de mercadorias.

¹³⁰⁶ Considerando que é concebível que as obrigações do proprietário respeitem não apenas à disponibilização dos meios adequados ao transporte, mas também de transportar os bens em boas condições, MORSE, Robin – Contracts of carriage and the conflicts of laws. In Katharina Boele-Woelki [et al.], Convergence and divergence in private international law: Liber Amicorum Kurt Siehr. The Hague: Eleven International Publishing, 2010, p. 467.

¹³⁰⁷ TJ, 06.10.2009, caso Intercontainer Interfrigo SC (ICF) contra Balkenende Oosthuizen BV e MIC Operations BV, proc. C-133/08 [CJ (2009)] n.ºs 33 a 35.

¹³⁰⁸ N.º 34.

¹³⁰⁹ N.º 34.

¹³¹⁰ TJ 23.10.2014, caso Haeger & Schmidt GmbH contra Mutuelles du Mans assurances IARD (MMA IARD), Jacques Lorio, Dominique Miquel, na qualidade de liquidatário da Safram Intercontinental SARL, Ace Insurance SA NV, Va Tech JST SA, Axa Corporate Solutions SA, proc. C-305/13 [CJ (2014)].

¹³¹¹ Acórdão citado, n.º 28.

As partes no contrato de transporte de mercadorias são o expedidor e o transportador. Considera-se expedidor, qualquer pessoa que celebre um contrato de transporte¹³¹² com o transportador.¹³¹³ O transportador é a parte que se obriga a transportar as mercadorias, independentemente de efetuar ele próprio o transporte.^{1314, 1315}

É de salientar que o princípio da continuidade dos conceitos confortado pelo considerando 22¹³¹⁶ e ainda pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, desempenham, também nesta matéria, um papel fundamental. Em nosso entendimento é a mesma a noção de contrato de transporte de mercadorias que deve ser retida no âmbito do Regulamento Roma I.

Por outro lado, a previsão a que se alude supra, integra também a possibilidade de se tratar de um contrato misto. Quanto ao contrato misto poderão ser aplicáveis diferentes leis, se se verificarem os pressupostos de aplicação da segunda parte do n.º 1 do artigo 4.º.

A Convenção de Roma, ao contrário do Regulamento Roma I, prevê a possibilidade de fracionamento do regime legal do contrato. É assim necessário aferir em primeiro lugar se uma parte do contrato é separável do resto do contrato e cumulativamente se essa parte do contrato apresenta uma ligação mais estreita com outro país. Se tais pressupostos se verificarem é possível aplicar a essa parte a lei desse outro país. Se do mesmo contrato resultarem obrigações de transporte cumuladas com outras obrigações, como a venda de bens ou o transporte de passageiros, consideram-se essas partes como sendo separáveis do resto do contrato, posto que se traduzem em contratos respetivamente de compra e venda e de transporte de passageiros, aplicando-se, caso apresentem uma conexão mais estreita com a lei de um país diferente daquele com o qual o contrato de transporte de mercadorias se encontra mais estreitamente relacionado, a respetiva lei. A aplicação desta figura ao contrato de transporte de

¹³¹² Cfr. Considerando n.º 22 do Regulamento Roma I.

¹³¹³ Neste âmbito, concluindo que sempre que exista uma parte que seja portadora de conhecimentos de embarque num contrato, haverá outra parte que é o expedidor, SCHULTSZ, J. C. – The concept of characteristic performance and the effect of the E.E.C. convention on carriage of goods. In P. M. North (Ed.), Contract conflicts: the E.E.C. Convention on the law applicable to contractual obligations: a comparative study. New York: North Holland Publishing Company, 1982, p. 195.

¹³¹⁴ O relatório GIULIANO, Mario ; LAGARDE, Paul (1980) – Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations, prevê que o termo transportador tal como usado no n.º 4 do artigo 4.º, significa a parte no contrato que se obriga a transportar os bens, seja ou não a obrigação cumprida pelo próprio.

¹³¹⁵ Os mais modernos conhecimentos de embarque contêm uma cláusula que identifica se o navio é propriedade ou é fretado pela companhia em cujo nome foi emitido esse conhecimento de embarque como salienta SCHULTSZ, J. C. – The concept of characteristic performance and the effect of the E.E.C. convention on carriage of goods. In P. M. North (Ed.), Contract conflicts: the E.E.C. Convention on the law applicable to contractual obligations: a comparative study. New York: North Holland Publishing Company, 1982, p. 195.

¹³¹⁶ No qual se faz constar que “não se pretende fazer qualquer alteração substancial em relação à terceira parte do n.º 4 do artigo 4.º da Convenção de Roma”.

mercadorias foi objeto de pronúncia pelo tribunal de justiça, entendendo este órgão que para ser aplicada uma lei diferente a uma parte do contrato, essa parte deve ter um objeto autónomo.¹³¹⁷ Apesar de o fracionamento não se encontrar previsto no artigo 5.º do Regulamento Roma I, entendemos que não se encontra comprometida a possibilidade de recurso a essa possibilidade.

4.2. LEI APLICÁVEL NA FALTA DE ESCOLHA

Do número 1 do artigo 5.º do Regulamento Roma I não resulta qualquer restrição quanto à convenção das partes relativamente à lei aplicável a este tipo de contratos, desde que a mesma se efetue dentro dos parâmetros estabelecidos no artigo 3.º. Se as partes não tiverem escolhido a lei aplicável ao contrato de transporte de mercadorias de acordo com o regime geral, o contrato é regido pela lei da residência habitual do transportador “desde que o local da receção ou da entrega ou a residência habitual do expedidor se situem igualmente nesse país.”

A Convenção de Roma contém, quanto a estes contratos, uma “presunção” de “conexão mais estreita com o país em que, no momento da celebração do contrato, o transportador tem o seu estabelecimento principal, se o referido país coincidir com aquele em que se situa o lugar da carga ou da descarga ou do estabelecimento principal do expedidor.” Na proposta de regulamento apresentada pela Comissão, este contrato vinha previsto na alínea c) do número 1 do artigo 4.º, prevendo-se que a lei aplicável ao mesmo é a lei do país em que o transportador tem a sua residência habitual. No entanto, tal proposta não teve acolhimento na versão final do regulamento, prevendo o legislador um contrato, em dispositivo autónomo, que versa sobre o contrato de transporte de mercadorias e sobre o contrato de transporte de passageiros, distinguindo os respetivos regimes.¹³¹⁸ A solução genérica constante da proposta da Comissão que determinava que na falta de escolha da lei aplicável, o contrato fosse regido pela lei da residência habitual do transportador, foi apenas consagrada quanto ao contrato de transporte de passageiros.

¹³¹⁷ Cfr. TJ, 06.10.2009, caso Intercontainer Interfrigo SC (ICF) contra Balkenende Oosthuizen BV e MIC Operations BV, proc. C-133/08 [CJ (2009)], n.º 48.

¹³¹⁸ A previsão autónoma do contrato de transporte de passageiros, tem em vista, atenta a natureza específica do mesmo, consagrar um nível adequado de proteção a este consumidor em particular, conforme previsto no § 32 da exposição de motivos do instrumento em análise, razão que determinou a previsão deste tipo de contrato em norma especial, afastando assim a aplicação do regime dos contratos celebrados por consumidores. Tal conclusão funda-se na consagração desta norma especial, da sua inserção sistemática em artigo que precede a consagração dos contratos celebrados por consumidores e ainda da previsão constante do número 1 do artigo 6.º “Sem prejuízo do disposto nos artigos 5.º e 7.º...”.

A aplicação da lei da residência habitual do transportador mantém-se e vem prevista no artigo 5.º n.º 1 do Regulamento Roma I.¹³¹⁹ Também os elementos de conexão previstos na disposição mencionada foram alterados relativamente à disposição homóloga.

O Regulamento Roma I prevê uma norma de conflitos, que tal como a norma respetiva do seu instrumento homólogo, se socorre de várias conexões. O artigo 5.º do Regulamento Roma I, atribui relevância à residência habitual, ao local da receção ou da entrega, enquanto que a Convenção de Roma atribui relevância para além da residência habitual, ao lugar da carga ou da descarga. A previsão do local da receção substitui a expressão local da carga utilizada na correspondente disposição da Convenção de Roma. Esta alteração pode ser entendida como pretendendo ser mais específica do que a correspondente disposição da Convenção de Roma, significando o local onde o transportador entra na posse dos bens,¹³²⁰ ao invés do local onde são carregados para o meio de transporte contratado. Já a alteração da previsão respetiva para lugar da entrega em vez de lugar da descarga, parece apontar para a necessidade de o transportador entregar os bens num certo local,¹³²¹ que pode ou não ser coincidente com o lugar da descarga. Estes locais, respetivamente, da receção e da entrega são os acordados aquando da celebração do contrato, ou na sua falta, os determinados de acordo com as disposições da lei competente.

Quanto ao local da residência habitual quer do transportador quer do expedidor, o mesmo é determinado de acordo com o artigo 19.º do Regulamento¹³²². A residência habitual do transportador é o local que corresponde ou à sua administração central, no caso de se tratar de uma sociedade ou outra entidade dotada ou não de personalidade jurídica ou o local onde se situa o seu estabelecimento principal, tratando-se de uma pessoa singular. Caso a celebração do contrato decorra do exercício da atividade económica de uma sucursal, agência ou qualquer outro estabelecimento, considera-se

¹³¹⁹ DORNIS, Tim W. – Article 5: Contracts of Carriage. In Franco Ferrari (Ed.), Rome I regulation: pocket commentary. Munich: Selp, 2015, p. 189. No mesmo sentido, PINHEIRO, Luís de Lima – O novo regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais: uma introdução. In Luis de Lima Pinheiro, Estudos de direito internacional privado: contratos, obrigações extracontratuais, insolvência, operações bancárias, operações sobre instrumentos financeiros e reconhecimento de decisões estrangeiras. Coimbra: Almedina, 2009. Vol. 2, p. 423-471, considera que “a regra sobre o contrato de transporte de mercadorias é inspirada na “presunção” contida no artigo 4.º, n.º 4 da Convenção de Roma, mas agora com reformulação e elevação à categoria de regra primariamente aplicável.”

¹³²⁰ MORSE, Robin – Contracts of carriage and the conflicts of laws. In Katharina Boele-Woelki [et al.], Convergence and divergence in private international law: Liber Amicorum Kurt Siehr. The Hague: Eleven International Publishing, 2010, p. 471.

¹³²¹ MORSE, Robin – Contracts of carriage and the conflicts of laws. In Katharina Boele-Woelki [et al.], Convergence and divergence in private international law: Liber Amicorum Kurt Siehr. The Hague: Eleven International Publishing, 2010, p. 471.

¹³²² Sobre o conceito de residência habitual ver PINHEIRO, Luís de Lima – Article 19. Habitual residence. In MAGNUS, Ulrich, ed. ; MANKOWSKI, Peter, ed. - European Commentaries on private international law. Rome I regulation. [S.l.] : SELP, 2017. Vol. 2, p. 799-810.

que a residência habitual corresponde ao local onde se situam essas realidades, a mesma solução se aplicando ao caso de, nos termos do contrato, o cumprimento das obrigações dele decorrentes ser da responsabilidade de uma sucursal, agência ou estabelecimento. Para todos os efeitos, a residência habitual é a existente à data da celebração do contrato.

4.3. CONEXÃO SUBSIDIÁRIA

Se os demais requisitos agora previstos não se preencherem aplica-se a lei do lugar da entrega dos bens tal como acordado pelas partes. Nesta medida o regime introduzido pelo regulamento é dotado de maior previsibilidade¹³²³ e menor flexibilidade. Consagrou o legislador a aplicação de uma lei que tenha efetivamente ligação com o contrato, prevendo no segundo parágrafo do artigo em análise que “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.”

Resulta assim do regime consagrado, que a aplicação da lei do país da residência do prestador que efetua a prestação característica, só se concretiza se coincidir com um de três elementos de conexão alternativos, a saber, o local da receção ou da entrega da mercadoria ou da residência habitual do expedidor. Caso tal não se verifique, o legislador optou pela consagração da aplicação da lei do país em que se situa o local de entrega que as partes convencionaram.

Esta solução só é aplicável se não concorrerem nos termos previstos os elementos de conexão supramencionados, pois em primeiro lugar, o legislador entendeu que esses elementos de conexão, a existirem, proporcionarão a aplicação de uma lei que as partes conhecem melhor e com cuja aplicação podem efetivamente contar para regular o seu contrato, protegendo assim as suas legítimas expectativas em relação ao teor do contrato, à sua execução e ao seu cumprimento. Dada a previsão adicional de outros elementos por forma a que seja aplicável a lei da residência habitual da parte que efetua a prestação característica, resulta do regime do contrato de transporte de mercadorias uma relativização da doutrina da prestação característica.¹³²⁴

¹³²³ Por esse motivo, alguma doutrina considera que a nova estrutura e conteúdo da previsão contém normas mais sólidas quanto à determinação da lei aplicável aos contratos de transporte de mercadorias. Neste sentido, PAUKNEROVÁ, Monika – Presumptions, Escape Clauses and International Carriage of Goods Contracts. In Katharina Boele-Woelki [et al.], Convergence and divergence in private international law: Liber Amicorum Kurt Siehr. The Hague: Eleven International Publishing, 2010, p. 489.

¹³²⁴ Considerando que “a doutrina da prestação característica tem aqui uma relevância muito limitada”, PINHEIRO, Luís de Lima – O novo regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais: uma introdução. In Luis de Lima Pinheiro, Estudos de direito internacional privado: contratos, obrigações

Não se verificando tais condições, não prevalece o pressuposto em que assenta a aplicação dessa lei, optando-se pela aplicação do local da entrega que não é um elemento de conexão muito revelador.

Suponhamos que um comerciante português contrata um transportador alemão para lhe entregar mercadorias em França. Neste caso, a lei aplicável é a lei francesa, por não se verificarem os pressupostos de aplicação da lei da residência habitual do transportador. O local da receção situa-se em Portugal, o local da entrega em França e a residência habitual do expedidor em Portugal.

Não existe, neste exemplo, qualquer elemento de conexão que possa ser considerado mais relevante em relação aos demais, em termos de proteção das expectativas jurídicas das partes, por esse motivo optou o legislador comunitário pela aplicação da lei do país da entrega da mercadoria, único elemento de conexão comum a ambas as partes e nessa perspetiva o mais adequado a regular o contrato.

Diferente é a solução consagrada na Convenção de Roma. Neste instrumento o contrato de transporte de mercadorias vem consagrado no n.º 4 do artigo 4.º. Neste dispositivo vem o legislador prever que se consideram “como contratos de transporte de mercadorias os contratos de fretamento relativos a uma única viagem ou outros contratos que tenham por objeto principal o transporte de mercadorias.” Este dispositivo exclui do seu âmbito de aplicação os contratos de fretamento para mais do que uma viagem.¹³²⁵

Igualmente estabelece o legislador uma “presunção” de que o contrato de transporte de mercadorias, qualquer que seja o meio de transporte utilizado, “apresenta uma conexão

extracontratuais, insolvência, operações bancárias, operações sobre instrumentos financeiros e reconhecimento de decisões estrangeiras. Coimbra: Almedina, 2009. Vol. 2, p. 436. O mesmo autor salienta ainda que “a lei do país da residência habitual do transportador só é aplicável se concorrer outro laço significativo com esse país. Caso isto não se verifique, aplica-se, em princípio, a lei do lugar da entrega, o que em certas modalidades de transporte pode ser justificado pela existência de regimes imperativos, que se destinam em primeira linha a proteger o destinatário das mercadorias no tráfego da importação.”

¹³²⁵ Considerando, PINHEIRO, Luís de Lima – O novo regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais: uma introdução. In Luis de Lima Pinheiro, Estudos de direito internacional privado: contratos, obrigações extracontratuais, insolvência, operações bancárias, operações sobre instrumentos financeiros e reconhecimento de decisões estrangeiras. Coimbra: Almedina, 2009. Vol. 2, p. 436, que “a regra não é aplicável aos contratos de fretamento para várias viagens entre portos diferentes que caem dentro do âmbito de aplicação do art.º 4, 2 e 3.” A suprema jurisdição da UE decidiu no mesmo sentido, considerando no Acórdão Intercontainer Interfrigo que o critério de conexão previsto no artigo 4.º, n.º 4, segundo período da Convenção de Roma, “só se aplica a um contrato de fretamento, que não seja relativo a uma única viagem, se não tiver por objeto principal a simples disponibilização de um meio de transporte, mas o transporte das mercadorias propriamente dito.” TJ, 06.10.2009, caso Intercontainer Interfrigo SC (ICF) contra Balkenende Oosthuizen BV e MIC Operations BV, proc. C-133/08 [CJ (2009)], n.º 37. No mesmo sentido, PINHEIRO, Luís de Lima – O novo regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais: uma introdução. In Luis de Lima Pinheiro, Estudos de direito internacional privado: contratos, obrigações extracontratuais, insolvência, operações bancárias, operações sobre instrumentos financeiros e reconhecimento de decisões estrangeiras. Coimbra: Almedina, 2009. Vol. 2, p. 423-471.

mais estreita com o país em que, no momento da celebração do contrato, o transportador tem o seu estabelecimento principal, se o referido país coincidir com aquele em que se situa o lugar da carga ou da descarga ou do estabelecimento principal do expedidor.” A exclusão da aplicação da cláusula geral de conexão mais estreita prevista no n.º 2 do mesmo dispositivo, implica que no caso de não estarem verificados os requisitos previstos no n.º 4, a determinação da lei aplicável seja feita por recurso à cláusula geral contida no n.º 1 do artigo 4.¹³²⁶ sem o auxílio de qualquer presunção.¹³²⁷

4.4. CLÁUSULA DE EXCEÇÃO

Apesar de prever o contrato de transporte de mercadorias em dispositivo autónomo o Regulamento Roma I também previne a hipótese de poder resultar “claramente do conjunto das circunstâncias do caso que o contrato apresenta uma conexão manifestamente mais estreita com um país diferente” daquele cuja lei resultaria aplicável de acordo com o n.º 1 do artigo 3.º. Nesse caso é aplicável a lei desse outro país, conforme se prevê no número 3 do artigo *sub iudice*.¹³²⁸ A cláusula de exceção prevista no dispositivo em questão funciona em termos idênticos àqueles em que funciona a mesma cláusula prevista na Convenção de Roma.¹³²⁹

¹³²⁶ Neste sentido, MORSE, Robin – Contracts of carriage and the conflicts of laws. In Katharina Boele-Woelki [et al.], *Convergence and divergence in private international law: Liber Amicorum Kurt Siehr*. The Hague: Eleven International Publishing, 2010, p. 464. Esta a posição que o Tribunal de Jutiça adotou em 2014, TJ 23.10.2014, caso Haeger & Schmidt GmbH contra Mutuelles du Mans assurances IARD (MMA IARD), Jacques Lorio, Dominique Miquel, na qualidade de liquidatário da Safram Intercontinental SARL, Ace Insurance SA NV, Va Tech JST SA, Axa Corporate Solutions SA, proc. C-305/13 [CJ (2014)] n.º 42. Em sentido diferente, a anterior decisão da suprema jurisdição da União Europeia no caso Intercontainer Interfrigo SC (ICF) v. Balkenende Oosthuizen BV, considerando que “(...) o artigo 4.º, n.º 5 da Convenção deve ser interpretado no sentido de que, quando resultar claramente do conjunto das circunstâncias que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com um país diferente do país determinado com base nos critérios previstos no mencionado artigo 4.º n.ºs 2 a 4, o juiz deve afastar esses critérios e aplicar a lei do país com o qual o referido contrato tem uma conexão mais estreita”. In TJ, 06.10.2009, caso Intercontainer Interfrigo SC (ICF) contra Balkenende Oosthuizen BV e MIC Operations BV, proc. C-133/08 [CJ (2009)], n.º 64.

¹³²⁷ Sobre o ponto considera SCHULTSZ, J. C. – The concept of characteristic performance and the effect of the E.E.C. convention on carriage of goods. In P. M. North (Ed.), *Contract conflicts: the E.E.C. Convention on the law applicable to contractual obligations: a comparative study*. New York: North Holland Publishing Company, 1982, p. 185, que “*prima facie* esta previsão dá a impressão de oferecer uma regra negativa, não prevendo o recurso a quaisquer elementos de conexão tradicionais tais como *locus conclusionis* ou *locus executionis* ou à vontade presumida das partes.”

¹³²⁸ Quanto a esta matéria remetemos para as considerações sobre a cláusula de exceção formuladas *supra*.

¹³²⁹ RAMOS, Rui Moura – *Estudos de direito internacional privado da União Europeia*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 88.

5. NORMAS DE APLICAÇÃO IMEDIATA

5.1. ANTECEDENTES

A faculdade reconhecida às partes de escolherem a lei que pretendem que seja aplicável aos seus contratos comerciais internacionais não é absoluta.

A escolha de um elemento de ligação de natureza voluntarista, em matéria de contratos internacionais, funda-se na atribuição de predominância à liberdade contratual em desfavor do dirigismo contratual, enquanto expressão da intervenção dos Estados.

Existem vários limites ao exercício dessa faculdade que se destinam a impor a observância das disposições não derogáveis por acordo da lei que seria aplicável na falta de escolha, quer a lei escolhida seja a de um Estado-Membro, quer a escolha tenha incidido sobre uma lei de um Estado terceiro,¹³³⁰ e que foram atrás considerados. Para além desses limites, outros decorrem do facto de que algumas leis reclamam a sua aplicação ao caso concreto tendo em conta a sua ligação aos elementos do contrato, e independentemente da lei escolhida pelas partes para o reger e da lei que resulte aplicável em função dos critérios supletivos.¹³³¹ Tal é o caso de certas leis que visam a proteção de interesses considerados fundamentais pelos Estados e ainda de certas normas destinadas a assegurar a proteção da parte mais fraca na relação contratual.¹³³² Estando em causa interesses que os Estados consideram fundamentais para a execução das suas políticas, a proteção desses interesses é salvaguardada mediante a imposição do respeito pelas disposições que visam a satisfação dos mesmos relativamente à lei escolhida pelas partes ou à lei que resulte aplicável ao caso em virtude da aplicação de critérios supletivos. Sendo em face da proteção conferida a estes interesses que a problemática relativa às normas de aplicação imediata, e na expressão

¹³³⁰ Na primeira situação, tem-se em vista a imposição da aplicação de disposições imperativas da lei do Estado que de outro modo regularia a respetiva situação jurídica, evitando o seu afastamento pelas partes através do mero exercício da faculdade de opção, quanto a uma situação conectada apenas com um único ordenamento jurídico. Na segunda, tem-se em vista a proteção do ordenamento jurídico da UE, impondo-se a observância das suas disposições de natureza imperativa quando a lei escolhida for a lei de um Estado terceiro, nas situações em que o elemento ou os elementos de conexão relevantes se localizam em Estados-Membros da UE.

¹³³¹ Causando na expressão de NUYTS, Arnaud - L'application des lois de police dans l'espace. RCDIP. 88 (1999) 34, uma interferência relativamente ao direito que seria normalmente aplicado.

¹³³² Como é o caso dos contratos celebrados com consumidores, dos contratos celebrados com trabalhadores, os quais não se encontram abrangidos pelo âmbito do presente trabalho, e ainda dos contratos comerciais internacionais em que uma das partes é considerada mais vulnerável, como sucede no contrato de agência com o agente comercial.

de Rui Moura Ramos “marca claramente a penetração dos valores de natureza pública no campo do DIP.”¹³³³

Estas leis que reclamam a sua aplicação *in casu* foram denominadas por Francescakis como normas de aplicação imediata^{1334, 1335} a quem se atribui a sua redescoberta.¹³³⁶

Para o mencionado autor, as leis de aplicação imediata são normas “dont l’observation est nécessaire pour la sauvegarde de l’organisation politique, social et économique du pays.”¹³³⁷ Na verdade, e considerando o exemplo da interdição da exportação de cereais ou a regulamentação dos pesos e medidas, como exemplo de *lois de police*, explica Francescakis que tal significa “que se cometem a esta categoria os casos em que não está apenas em causa a proteção de interesses particulares, nem o interesse comum

¹³³³ RAMOS, Rui Moura – Direito internacional privado e Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 112-113.

¹³³⁴ Publicado pela primeira vez em EHRENZWEIG, Albert A. – La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé. Paris: Sirey, 1958, p. 11 e ss.; FRANCESCAKIS, Phocion – Quelques précisions sur les «lois d’application immédiate» et leurs rapports avec les règles de conflits de lois. RCDIP. 55 (1966) 2 e ss.; FRANCESCAKIS, Phocion – Conflits de lois (principes généraux). In Répertoire Dalloz Droit International. Paris: Dalloz, 1968. T. 1, p. 480 e ss.; FRANCESCAKIS, Phocion – Lois d’application immédiate et droit du travail: l’affaire du comité d’entreprise de la Compagnie des wagons-lits. RCDIP. (1974) 273 e ss. Anteriormente NUSSBAUM, Arthur – Principles of private international law. Columbia Law Review. 44 : 2 (1943) 69-73, havia designado estas normas como normas internas espacialmente auto-limitadas e NOVA, M. de – I confliti di leggi e le norme con apposita delimitazione della sfera di efficacia. In Diritto Internazionale. Milano: Giuffrè Editore, 1959, p. 13, designou como normas que fixam o seu próprio âmbito de aplicação. Já Mancini caracterizava estas normas como de ordem pública, tal como Pillet que aludia a normas de garantia social ou de ordem pública, enfatizando o fim social perseguido pelas leis. Sobre a consideração das normas de aplicação imediata como normas de ordem pública. RAMOS, Rui Moura – Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional. Coimbra: Almedina, 1991, p. 669-670 e NUSSBAUM, Arthur – Principles of private international law. Columbia Law Review. 44 : 2 (1944) 293-295. Na doutrina portuguesa, COLLAÇO, Isabel de Magalhães – Da compra e venda em direito internacional privado: aspectos fundamentais. Lisboa: AAFDL, 1954. Vol. 1, p. 311-313, referia a existência de regras materiais imperativas. O tema desde cedo interessou a doutrina portuguesa, como se constata em MACHADO, J. Batista – Âmbito de eficácia e âmbito de competência das leis: limites das leis e conflitos de leis. Coimbra: Almedina, 1970, p. 280; CORREIA, António Ferrer – A codificação do direito internacional privado. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 51 (1975) 1-113; SOARES, Maria Ângela Bento; RAMOS, Rui Moura Ramos – Contratos internacionais. Coimbra: Almedina, 1986, p. 24; BRITO, Maria Helena – O contrato de concessão comercial. Coimbra: Almedina, 1990, p. 135; SANTOS, António Marques dos – As normas de aplicação imediata no direito internacional privado: esboço de uma teoria geral. Coimbra: Almedina, 1991; RAMOS, Rui Moura – Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional. Coimbra: Almedina, 1991, p. 656-720; RAMOS, Rui Moura – Direito internacional privado e Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 112-113; RAMOS, Rui Moura – Das relações privadas internacionais. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 197-241.

¹³³⁵ Juntando Francescakis nessa designação, quer as *lois de police et de surété*, previstas no artigo 3.º do *Code Civil des français*, quer as leis de ordem pública, de criação jurisprudencial. FRANCESCAKIS, Phocion – Quelques précisions sur les “lois d’application immédiate” et leurs rapports avec les règles de conflits de lois. RCDIP. 55 (1966) 3-4.

¹³³⁶ Salientando que Francescakis concetualizou as normas de aplicação imediata, que redescobriu de um fenómeno existente desde os estatutários e da *unilateralist trend*, GUEDJ, Thomas G. – The theory of the “lois de police”: a functional analysis in continental private international law. a comparative analysis with modern american theories. Harvard: Harvard Law School, 1989, p. 6. Não obstante a invocação da titularidade dessa redescoberta por Sperduti num trabalho que publicou em 1950, no qual concebeu o conceito de normas de aplicação necessária. In SPERDUTI, G. – Sulla capacità in diritto internazionale privato con particolare riguardo alla capacità di obbligarsi per fatto illecito. Rivista italiana per le scienze giuridiche. (1950) 350 e ss.

¹³³⁷ FRANCESCAKIS, Phocion – Conflits de lois (principes généraux). In Répertoire Dalloz Droit International. Paris: Dalloz, 1968. T. 1, p. 480. Esta definição é próxima daquela que se encontra consagrada no n.º 2 do artigo 7.º da Convenção de Roma e especialmente da vertida no n.º 1 do artigo 9.º do Regulamento Roma I.

enquanto soma dos interesses particulares, mas antes o conjunto destes interesses quando são importantes para a organização estadual.¹³³⁸ É a importância reconhecida “aos objetivos políticos, culturais, sociais e económicos que o Estado desenvolve através das suas estruturas, que confere a estas normas,”¹³³⁹ na ótica de Francescakis, um domínio de aplicação específico, que assegura a sua eficácia. Este autor defende que “num plano puramente formal, deve dizer-se que de cada vez que a organização do Estado está em causa, a aplicação de leis estrangeiras pode parecer difícil, ou intolerável, ou impossível, porque faz parte da própria organização não sofrer a intrusão de elementos heterogêneos.”¹³⁴⁰ Assim entendia a aplicação de normas materiais internas em desfavor da lei escolhida pelas partes. Na sua perspetiva essas normas são unilaterais¹³⁴¹ e apresentam um traço comum, colocam em causa a organização estadual.¹³⁴²

O reconhecimento de relevância às leis de aplicação imediata implicou a afirmação crescente da existência de um novo método¹³⁴³ de determinação da lei aplicável em concorrência com o método conflitual.¹³⁴⁴ Este novo método, redescoberto por

¹³³⁸ FRANCESCAKIS, Phocion – Quelques précisions sur les “lois d’application immédiate” et leurs rapports avec les règles de conflits de lois. *RCDIP*. 55 (1966) 12. Esta posição mantém a sua atualidade na medida em que também os entraves às trocas se encontram previstos em normativos que se enquadram na qualificação de normas de ordem pública ou de normas de aplicação imediata ou necessária como salienta FALLON, Marc – Note sous C.J.C.E., 23 novembre 1999. *RCDIP*. 89 (2000) 729.

¹³³⁹ FRANCESCAKIS, Phocion – Quelques précisions sur les “lois d’application immédiate” et leurs rapports avec les règles de conflits de lois. *RCDIP*. 55 (1966) 12.

¹³⁴⁰ FRANCESCAKIS, Phocion – Quelques précisions sur les “lois d’application immédiate” et leurs rapports avec les règles de conflits de lois. *RCDIP*. 55 (1966) 12-13. Em sentido próximo AUDIT, Bernard – Le caractère fonctionnel de la règle de conflit de lois (sur la crise des conflits de lois). *RCADI*. 186 (1984) 254. Entende este autor que “a descoberta das *lois de police*” está ligada à constatação de que a autoridade do foro trata, em certos casos, uma situação internacional como se se tratasse de uma situação interna, porque se lhe afigura que o fim por ela prosseguido reclama imperativamente esse tratamento.”

¹³⁴¹ Francescakis entende que se a sua teoria é unilateral, esse unilateralismo é apenas parcial, pois apenas tem por objetivo determinar o âmbito de aplicação de certas normas que colocam em causa a organização estadual, tudo o que ultrapassa esse âmbito cai na alçada no método conflitual. FRANCESCAKIS, Phocion – Quelques précisions sur les “lois d’application immédiate” et leurs rapports avec les règles de conflits de lois. *RCDIP*. 55 (1966) 1-18. Salientando a natureza unilateral das leis de aplicação imediata, AUDIT, Bernard – *Droit international privé*, 6ª ed. Paris: Economica, 2010, p. 108; VISCHER, F. – General Course on Private International Law. *RCADI*. 232 (1992) 42-43.

¹³⁴² FRANCESCAKIS, Phocion – Quelques précisions sur les “lois d’application immédiate” et leurs rapports avec les règles de conflits de lois. *RCDIP*. 55 (1966) 1-18. É esta justificação para a existência das normas de aplicação imediata que demarca a construção de Francescakis da de Pillet. Enquanto que este autor funda a sua teoria na existência de normas de garantia social ou de ordem pública, distinguindo-as das demais em função do fim social por elas prosseguido, Francescakis defende que o que está em causa é o lugar que as normas em questão ocupam na organização estadual.

¹³⁴³ Que Francescakis reconhece que utiliza o procedimento tradicional da teoria dos estatutos e o procedimento posto em prática por Savigny, do primeiro retira a fixação unilateral do âmbito de aplicação da norma, do segundo a determinação, num plano de concorrência entre a lei francesa e as leis estrangeiras, a lei que considera aplicável às relações internacionais, na medida em que elas não coincidam com a ação prioritária da lei francesa. FRANCESCAKIS, Phocion – Quelques précisions sur les “lois d’application immédiate” et leurs rapports avec les règles de conflits de lois. *RCDIP*. 55 (1966) 1-18. Salientando que se tratam de métodos claramente diferentes, mas não incompatíveis, GUEDJ, Thomas G. – *The theory of the “lois de police”: a functional trend in continental private international law. a comparative analysis with modern american theories*. Harvard: Harvard Law School, 1989, p. 35.

¹³⁴⁴ Considerando que “a existência desta figura é crescente e dominantemente apresentada como revelando a existência de um outro método, concorrente com o conflitual e limitando, portanto, o alcance

Francescakis é descrito como sendo um método oposto ao de Savigny.¹³⁴⁵ Enquanto Savigny partia de uma certa relação humana, indagando em seguida sobre qual o regime jurídico adequado à sua regulamentação, Francescakis constata que nestas normas, que designou como normas de aplicação imediata dado que a sua aplicação não depende do método conflitual,¹³⁴⁶ se parte de uma certa lei para se questionar a que relações humanas ela se aplica.¹³⁴⁷ Tal não significa que o próprio Savigny não

deste, ao negar a sua universal utilização, mas que não perturba o funcionamento do método de determinação da lei aplicável nos casos (que constituem a larga maioria) em que a sua atuação se mantém, aí seguindo inalterada”, RAMOS, Rui Moura – Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional. Coimbra: Almedina, 1991, p. 177-178. No mesmo sentido e sublinhando que “as normas de aplicação imediata constituem um dos métodos do DIP – o que implica um tratamento unitário e autónomo de todas estas regras, quer pertençam à ordem jurídica do foro, quer provenham de sistemas estrangeiros –, e são hoje em dia uma das suas dimensões mais significativas.” SANTOS, António Marques dos – As normas de aplicação imediata no direito internacional privado: esboço de uma teoria geral. Coimbra: Almedina, 1991, p. 1069. Ainda no sentido de se tratar de um método autónomo, PISSARA, Nuno Andrade; CHABET, Susana, Normas de aplicação imediata, ordem pública internacional e direito comunitário. Coimbra: Almedina, 2004, p. 17.

¹³⁴⁵ Não obstante seja considerado um método híbrido, um misto de método funcional e conflitual por GUEDJ, Thomas G. – The theory of the “lois de police”: a functional trend in continental private international law. a comparative analysis with modern american theories. Harvard: Harvard Law School, 1989, p. 16-17. Este autor considera que o novo método é claramente diferente do método conflitual uma vez que determina a aplicação das suas normas em função de objetivos substanciais, funciona também como “*jurisdiction selecting rules*”, na medida em que essas normas atribuem jurisdição à ordem legal a que pertencem.

¹³⁴⁶ Neste sentido considerando que “o que significa (como também se reconheceu) que tais leis são aplicadas de imediata, isto é, que a sua aplicação dispensa o passo intermédio que é dado pela regra de conflitos que em primeiro lugar designa como aplicável um determinado ordenamento jurídico.” RAMOS, Rui Moura – Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional. Coimbra: Almedina, 1991, p. 666. Também assim a conclusão de MARQUES, Cláudia Lima; JACQUES, Daniela Corrêa – Normas de aplicação imediata como um método para o direito internacional privado de proteção do consumidor no Brasil. In Jorge Miranda [et al.], Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos. Coimbra: Almedina, 2005, p. 100. Entendem estas autoras que “como a chamada lei de aplicação imediata é direta ou resolve o conflito diretamente, sua aceitação e identificação hierárquica dentro do DIP é uma técnica (por sinal cada vez mais usada) de “materialização” das novas regras de conflitos de leis.” Em sentido diverso PINHEIRO, Luís de Lima – Direito internacional privado. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. 1, p. 278, entende que “se a aplicação de uma norma material do foro depende de uma norma *ad hoc* ou de uma valoração conflitual característica, esta norma, nunca é, por certo imediatamente aplicável. A diferença relativamente à regulação por via do sistema de Direito de Conflitos é técnica: resulta da substituição deste sistema por normas de conflitos *ad hoc* ou por uma valoração conflitual casuística.” Por esta razão prefere o autor a expressão aplicação necessária a aplicação imediata. No mesmo sentido REMY, Benjamin – Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé. Paris: Dalloz, 2008, p. 173, considera que o imediatismo da aplicação de uma norma não constitui a essência do mecanismo das *lois de police*, sendo concebível e desejável, na ótica deste autor, a determinação da lei normalmente aplicável, para se perceber se essa lei contraria o objetivo que o autor da lei de police desejava ver realizado.

¹³⁴⁷ FRANCESCOAKIS, Phocion – Quelques précisions sur les “lois d’application immédiate” et leurs rapports avec les règles de conflits de lois. RCDIP. 55 (1966) 2 e ss., constatou que quanto à determinação da lei aplicável por recurso ao método conflitual, “a ordem pública intervém após a determinação da lei competente para afastar a sua aplicação sempre que a lei estrangeira seja contrária a certos princípios fundamentais (e, portanto, não necessariamente escritos) da ordem jurídica do foro. Ela intervém sempre *a posteriori*, após a aplicação da regra de conflitos, para afastar a lei normalmente competente. Para a jurisprudência francesa, tudo se passa como se existissem leis francesas aplicáveis imediatamente. Mas a mesma jurisprudência considera as disposições francesas em questão tanto como *lois de police et de sûreté*, como de ordem pública. As *lois de police* e de *sûreté* estão previstas no artigo 3.º, n.º 1 do Code Civil: “*Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire*”. No entanto, este autor conclui que essa disposição não corresponde ao tipo de regra ao tempo considerada como regra de conflito de leis. “Ela não toma em consideração desde o início um tipo de relações humanas para indicar que lei lhe é aplicável. Ela considera ao invés, um tipo de leis para dizer qual é o seu campo de aplicação. Quanto às leis de ordem pública, a sua existência é afirmada pela jurisprudência sem apoio de qualquer texto. Elas constituem uma herança doutrinária. Essas leis de ordem pública, ao menos a coberto desse vocábulo, têm origem na doutrina de Mancini, mas o raciocínio ao qual elas correspondem é do mesmo tipo que o do artigo 3.º n.º 1 do Code Civil. Aqui igualmente se parte de uma categoria de leis fixando-se o seu âmbito de

tivesse já consciência da existência dessas normas,¹³⁴⁸ pelo contrário e como o próprio Francescakis evidencia, as mesmas eram por aquele autor mencionadas como encontrando-se fora da “comunidade de direito” entre as nações, na qual ele encontrava o fundamento para o direito internacional privado.¹³⁴⁹ Antecipando críticas ao seu raciocínio, designadamente resultantes do facto da superior complexidade resultante deste novo método em face da simplicidade resultante da “aplicação universal e generalizada do método herdado de Savigny” relembra que a metodologia que propõe, que ao invés do método conflitual que não é “único e universal para o próprio Savigny que o criou”, é plenamente satisfatória e que a dualidade de métodos que a sua “concepção pressupõe, corresponde a um percurso natural do espírito.”¹³⁵⁰ Numa ótica de minorar o efeito da dualidade de métodos sempre se deve considerar, como o fez o seu expoente máximo, a raridade de tais normas¹³⁵¹ e o seu carácter excecional.¹³⁵²

É na organização estadual e na necessidade da sua salvaguarda que Francescakis encontra o fundamento para a justificação das normas de aplicação imediata, enquanto normas que escapam ao padrão vigente, de acordo com o qual as questões suscitadas no âmbito internacional são reguladas exclusivamente pelo direito privado e por recurso ao método conflitual.¹³⁵³

A par de esses interesses públicos, a que aludia Francescakis, entende-se contemporaneamente que também certas disposições que visam proteger a parte mais fraca na relação contratual merecem a tutela dos interesses conferida a interesses públicos *strictu sensu*, o que tem vindo a ser afirmado pelo Tribunal de Justiça. No entanto, o facto de uma disposição se destinar a proteger a parte mais fraca não lhe confere de modo automático a caracterização de norma de aplicação imediata desde que

aplicação. Existe assim algo em comum na solução escrita do artigo 3.º do C.C. e a solução jurisprudencial que se baseia na noção de leis de ordem pública. Daí advém a ideia de reunir estas duas soluções sobre a designação comum de leis de aplicação imediata, ficando o adjetivo imediata encarregado de sugerir que o raciocínio não passa pelo processo intermediário de conflito de leis tal como a doutrina o concebe”. Ob. cit., p. 3-4.

¹³⁴⁸ Que designava como leis absolutas. Neste sentido FOYER, Jacques – Lois de police et principe de souveraineté. In Louis d'Avout [et al.], *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit: les relations privées internationales*. Paris: LGDJ, 2014, p. 356.

¹³⁴⁹ FRANCESCAKIS, Phocion – Quelques précisions sur les “lois d'application immédiate” et leurs rapports avec les règles de conflits de lois. *RCDIP*. 55 (1966) 11.

¹³⁵⁰ FRANCESCAKIS, Phocion – Quelques précisions sur les “lois d'application immédiate” et leurs rapports avec les règles de conflits de lois. *RCDIP*. 55 (1966) 17.

¹³⁵¹ E, ainda, salientando que as mesmas podem ser escritas ou não escritas, FRANCESCAKIS, Phocion – Quelques précisions sur les “lois d'application immédiate” et leurs rapports avec les règles de conflits de lois. *RCDIP*. 55 (1966) 10.

¹³⁵² Considerando que as normas de aplicação necessária ou imediata “são um conjunto de hipóteses particulares que fogem à actuação normal do sistema conflitual tal como ele é geralmente concebido, mas em virtude da sua especificidade própria e sem que daí se devesse concluir pela sua falência,” RAMOS, Rui Moura – *Direito internacional privado e Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 113.

¹³⁵³ FRANCESCAKIS, Phocion – Lois d'application immédiate et droit du travail: l'affaire du comité d'entreprise de la Compagnie des wagons-lits. *RCDIP*. (1974) 694.

o objetivo da norma possa ser alcançado¹³⁵⁴ e seja assegurada uma proteção justa dos interesses das partes. Demarcando-se a natureza dos interesses protegidos da tese de Francescakis¹³⁵⁵ uma vez que normalmente essa proteção resulta das disposições de direito de conflitos gerais sendo os próprios legisladores que devem formular os seus normativos de direito de conflitos de forma a assegurarem essa proteção às partes mais fracas.¹³⁵⁶ Tratam-se de normas de direito material¹³⁵⁷ que se caracterizam por apresentarem uma “radical autonomia do âmbito de aplicação no espaço”¹³⁵⁸ – embora sendo “um modo de atuação de certas normas autolimitadas.”¹³⁵⁹

As normas de aplicação imediata constituem uma das modalidades de atuação da *lex limitatis*,¹³⁶⁰ podendo ser normas do foro ou ainda de um Estado terceiro e que reclamam

¹³⁵⁴ SCHÄFER, Kerstin Ann-Susann – Application of mandatory rules in private international law of contracts. Frankfurt: Peter Lang, 2010, p. 124.

¹³⁵⁵ A doutrina e a jurisprudência têm feito referências às leis de aplicação imediata, a coberto de distintas expressões. Sobre as diferentes designações utilizadas e os seus sentidos nem sempre consonantes, RAMOS, Rui Moura – Direito internacional privado e Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 112-113, nota 150.

¹³⁵⁶ Incumbindo aos legisladores a proteção das partes mais fracas, a orientação quanto à identificação das normas de aplicação imediata deve passar por excluir todas as normas de direito privado especiais, ou considerar que a norma prossiga um interesse público adicional ou no mínimo que defenda principalmente interesses públicos, e defendendo que de acordo com essas linhas orientadoras uma norma internacionalmente imperativa não pode aplicar-se ao disposto nos artigos 5.º ou 6.º da Convenção de Roma e ao mesmo tempo uma norma que caia no âmbito de aplicação dos mencionados artigos não pode ser considerada internacionalmente imperativa, SCHÄFER, Kerstin Ann-Susann – Application of mandatory rules in private international law of contracts. Frankfurt: Peter Lang, 2010, p. 125. No mesmo sentido, conclui a autora mencionada que “uma norma não pode servir simultaneamente interesses que são predominantemente privados e interesses que são predominantemente públicos. Uns ou outros interesses devem prevalecer. A questão centra-se, nesta ótica, no critério de determinação de prevalência dos interesses.” Sobre a questão conclui a mesma autora que não é possível determinar as fronteiras entre interesses político-económicos e interesses das partes contratantes, no entanto adicionando o facto de a maioria da doutrina não excluir as normas de direito privado especial por si só do âmbito do artigo 7.º da Convenção de Roma, mas restringe a possibilidade de uma norma ter uma natureza de norma internacionalmente imperativa às situações nas quais o âmbito internacional é expressamente determinado ou o objetivo e a política legislativa expressa numa norma que justifique essa conclusão. Nesse caso, entende a referida autora, que havendo dúvida a norma não deve ser considerada internacionalmente imperativa. Ob. cit., p. 126.

¹³⁵⁷ SANTOS, António Marques dos – As normas de aplicação imediata no direito internacional privado: esboço de uma teoria geral. Coimbra: Almedina, 1991, p. 943.

¹³⁵⁸ Assim SANTOS, António Marques dos – As normas de aplicação imediata no direito internacional privado: esboço de uma teoria geral. Coimbra: Almedina, 1991, p. 942. Explica o autor que é nessa perspetiva que entende a afirmação de COLLAÇO, Isabel de Magalhães (– Da compra e venda em direito internacional privado: aspectos fundamentais. Lisboa: AAFDL, 1954. Vol. 1, p. 323-325), no sentido de que relativamente a estas normas materiais “estamos fora, a bem dizer, do plano dos conflitos de leis, estamos no domínio em que a lei local se reserva soberanamente o poder de afastar qualquer legislação estrangeira que decida em sentido contrário.”

¹³⁵⁹ PINHEIRO, Luís de Lima – Direito internacional privado. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. 1, p. 270.

¹³⁶⁰ Quanto à questão de saber por que lei se definem os limites à aplicação das normas de aplicação imediata, a designada *lex limitatis*, elenca SYMEONIDES várias possibilidades. Identificando as posições adotadas recentemente nas codificações e convenções de direito internacional privado, agrupando-as em três grupos, *lex fori*, *lex causae* e *lex fori* conjugada com normas de outro Estado, que pode ser o da *lex causae* ou outro e concluindo pela adoção, em número mais significativo, da solução do reconhecimento de relevância como *lex limitatis* à *lex fori* em codificações e Convenções internacionais, SYMEONIDES, Symeon C. – The Hague principles on the choice of law for international contracts: preliminary comments. AM. J. COMP. L., 61 : 4 (2013) 882-883.

a sua aplicação *in casu*.¹³⁶¹ Quanto às normas de um Estado terceiro apenas relevam, na ótica do presente trabalho, as normas cujo ordenamento apresenta especial proximidade com o contrato, no caso de se tratar de normas do Estado no qual “as obrigações decorrentes do contrato devam ser ou tenham sido executadas,” desde que de acordo com essa lei, a execução do contrato seja considerada ilegal. Diferentemente, o instrumento homólogo ao Regulamento Roma I, a Convenção de Roma, confere relevância às normas internacionalmente imperativas de um Estado terceiro (estrangeiras) desde que apresentem uma conexão estreita e reclamem a sua aplicação ao caso.

5.2. NORMAS DE APLICAÇÃO IMEDIATA. CONCEITO LEGAL

O artigo 9.º n.º 1 do regulamento *sub iudice* vem consagrar uma noção de normas de aplicação imediata, prevendo que se trata de “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.”¹³⁶² ¹³⁶³ Trata-se, assim, de uma norma que deve ter uma natureza imperativa, que deve de ser entendida como essencial para a salvaguarda do interesse público e que deve ser aplicada “independentemente da lei que de outro modo seria aplicável ao contrato.”

¹³⁶¹ TORREMANS, Paul – Conflict of law in intellectual property: the clip principles and commentary. Oxford: European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, 2013, p. 371.

¹³⁶² As normas de aplicação imediata vêm identificadas no artigo 30.º do Regulamento (UE) n. 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu, sob a epígrafe “Regras especiais que imponham restrições quanto à sucessão ou a afetem relativamente a certos bens”, e nos artigos 30.ºs dos Regulamentos (UE) 2016/1103 do Conselho, de 24 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais; e 2016/1104 do Conselho de 24 de junho de 2016 que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de efeitos patrimoniais das parcerias registadas. Nestes dois últimos regulamentos, a previsão está em linha com o artigo 9.º, n.º 1 do Regulamento Roma I, mas não existe qualquer consagração relativamente às normas de aplicação imediata de Estados terceiros. O Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais (Roma II), sem consagrar qualquer noção de normas de aplicação imediata, refere-se às normas de aplicação imediata da *lex fori* (artigo 16.º), enquanto que o artigo 17.º, não tendo como epígrafe normas de aplicação imediata, consagra um preceito de conteúdo semelhante ao previsto no artigo 9.º n.º 3 do Regulamento Roma I, embora com um âmbito de aplicação mais limitado. Assim BONOMI, Andrea – Article 9. In MAGNUS, Ulrich, ed. ; MANKOWSKI, Peter, ed. - European Commentaries on private international law. Rome I regulation. [S.l.] : SELP, 2017. Vol. 2, p. 607.

¹³⁶³ Diferentemente os Princípios da Haia não preveem qualquer conceito de normas de aplicação imediata, o que resultou da falta de consenso quanto à consagração da noção contida no Regulamento Roma I, discussão que recaiu também sobre a necessidade de atualização do respetivo teor.

Esta definição encontrava-se prevista na proposta de regulamento sobre a lei aplicável às obrigações contratuais apresentada pela Comissão e terá tido a sua fonte inspiradora mais próxima no acórdão Jean-Claude Arblade e Arblade & Fils SARL,¹³⁶⁴ a qual considerou que as disposições que constituem normas de aplicação imediata são “as disposições nacionais cuja observância foi considerada crucial para a salvaguarda da organização política, social ou económica do Estado-Membro em causa, a ponto de impor o seu respeito a qualquer pessoa que se encontre no território nacional desse Estado-Membro ou a qualquer relação jurídica neste localizada.” O qual, por sua vez se inspira claramente na noção de Francescakis.¹³⁶⁵ A jurisprudência mencionada foi mantida em seguida no Acórdão Mazzoleni.¹³⁶⁶ Embora naquele acórdão o tribunal não tivesse esse objetivo, a apreciação da matéria dos autos conduziu a jurisdição suprema à consagração da noção de normas de aplicação imediata, com o que o alcance dessa decisão acabou por ter repercussões nas relações entre o direito dos Estados-Membros e o direito da UE.¹³⁶⁷ Analisando as disposições nacionais aplicáveis ao setor da construção e a liberdade de prestação de serviços, o Tribunal de Justiça consagrou o primado do direito comunitário sobre os direitos nacionais e criou uma nova hierarquia entre o direito interno dos Estados-Membros e o direito comunitário.¹³⁶⁸

O Regulamento adotou um conceito misto de norma de aplicação imediata. Por um lado, define-se esse tipo de normas por apelo ao critério formal, atendendo a que em determinadas situações essas normas reclamam a sua aplicação *in casu*,¹³⁶⁹

¹³⁶⁴ TJ 23.11.1999, proc. C-369/96 [CJ (1999) I-8512], n.º 30.

¹³⁶⁵ Neste sentido, PINHEIRO, Luís de Lima – O novo regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais: uma introdução. In Luis de Lima Pinheiro, Estudos de direito internacional privado: contratos, obrigações extracontratuais, insolvência, operações bancárias, operações sobre instrumentos financeiros e reconhecimento de decisões estrangeiras. Coimbra: Almedina, 2009. Vol. 2, p. 464.

¹³⁶⁶ TJ 15.03.2001, caso processo-crime contra André Mazzoleni e Inter Surveillance Assistance SARL, civilmente responsável, com intervenção de: Eric Guillaume e o., proc. C-165/98, [CJ (2001) I-2213].

¹³⁶⁷ GAUDEMET-TALLON, Hélène – La clause attributive de jurisdiction et les lois de police. In Talia Einhorn/Boele-Woelki (Eds), Convergence and divergence in private international law. The Hague: Eleven International Publishing, 2010, p. 707.

¹³⁶⁸ Em comentário ao mencionado Acórdão, entendendo que “não se reconhece a qualquer outra norma contida em legislação nacional, da mesma forma que não se reconhece às normas de aplicação imediata, a possibilidade de colocarem entraves às trocas no mercado interno e de se sobreporem às disposições de direito comunitário. Sendo inovadora esta jurisprudência, da mesma não resulta qualquer desvio às necessidades de bom funcionamento do mercado interno e às respetivas previsões jurídicas. Os entraves às trocas são previstos em normas que de acordo com o direito interno respetivo, são qualificadas como normas de ordem pública ou de normas de aplicação imediata ou necessária”, FALLON, Marc – Note sous C.J.C.E., 23 novembre 1999. RCDIP. 89 (2000) 729.

¹³⁶⁹ PINHEIRO, Luís de Lima – Direito internacional privado. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. 1, p. 270; SCHÄFER, Kerstin Ann-Susann – Application of mandatory rules in private international law of contracts. Frankfurt: Peter Lang, 2010, p. 96 e ss.

independentemente da lei considerada competente de acordo com o direito de conflitos geral.^{1370, 1371}

Tal corresponde à previsão contida no n.º 1 do artigo 9.º quanto a normas aplicáveis “independentemente da lei que de outro modo seria aplicável ao contrato.”¹³⁷² Também a Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais considera esse critério, atendendo à redação do n.º 1 do artigo 7.º na parte em que menciona disposições aplicáveis “qualquer que seja a lei reguladora do contrato” e no n.º 2 do mesmo artigo “independentemente da lei aplicável ao contrato”. Por outro lado, o Regulamento consagra também nessa definição o designado critério material, cujo conceito vinha sendo concebido até ao momento pela doutrina e pela jurisprudência, que construíram uma noção de normas de aplicação imediata partindo do n.º 1 do artigo 7.º da Convenção de Roma¹³⁷³ que as concebe como “disposições imperativas aplicáveis qualquer que seja a lei reguladora do contrato.”

O Regulamento prevê, de acordo com o critério material, como normas de aplicação imediata as “disposições cujo respeito é considerado fundamental para um país para a salvaguarda do interesse público, designadamente a sua organização política, social ou económica” (artigo 9.º, n.º 1). Não existe uma posição uníssona na doutrina quanto a este critério. Aparentemente a definição de norma de aplicação imediata nesta perspetiva pressupõe que a mesma prossiga “fins com determinada natureza ou intensidade valorativa.”¹³⁷⁴ Assim o Regulamento Roma I identifica aparentemente as normas de aplicação imediata com a prossecução do interesse público, apesar de tal não resultar nem da proposta de regulamento nem do seu relatório explicativo. No mesmo sentido, a doutrina dominante na Alemanha considera que o artigo 7.º da

¹³⁷⁰ Aludindo à definição funcional das *lois de police* como correspondendo às normas substantivas internas de uma lei que reclamam a sua aplicação sem que tenham sido determinadas pelas regras sobre a eleição de lei do foro e defendendo que o seu âmbito de aplicação é determinado por referência ao seu objeto e finalidade, GUEDJ, Thomas G. – The theory of the “lois de police”: a functional trend in continental private international law. a comparative analysis with modern american theories. Harvard: Harvard Law School, 1989, p. 13.

¹³⁷¹ No sentido de que a aplicação da lei escolhida depende de o seu conteúdo não ser contrário ao das normas internacionalmente imperativas e à ordem pública da *lex fori* e considerando que se trata de uma das três possibilidades em matéria de identificação da *Lex limitatis*, na qual se enquadra a previsão do Regulamento Roma I, SYMEONIDES, Symeon C. – The Hague principles on the choice of law for international contracts: preliminary comments. AM. J. COMP. L. 61 : 4 (2013) 884.

¹³⁷² SCHÄFER, Kerstin Ann-Susann – Application of mandatory rules in private international law of contracts. Frankfurt: Peter Lang, 2010, p. 99.

Também o Regulamento Roma II sobre a lei aplicável às obrigações contratuais recorre ao mesmo critério tal como consta do disposto no artigo 16.º na menção a disposições que “regulem imperativamente o caso concreto independentemente da lei normalmente aplicável à obrigação extracontratual.”

¹³⁷³ TELES, Eugénia Galvão – A noção de normas de aplicação imediata no Regulamento Roma I: uma singularidade legislativa. In Jorge Miranda [et al.], Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina, 2012. Vol. 2, p. 802.

¹³⁷⁴ Como menciona PINHEIRO, Luís de Lima – Direito internacional privado. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. 1, p. 271.

Convenção de Roma consagra apenas as designadas “*Einsgriffsnormen*”, as normas de intervenção.¹³⁷⁵

Retenha-se, ainda, que em 2005 o Supremo Tribunal Federal Alemão (Bundesgerichtshof)¹³⁷⁶ considerou que a aplicação de normas de aplicação imediata deve proteger interesses públicos (Schutz der Gemeinwohlinteressen) em termos restritivos.

No entanto, e apesar da noção consagrada que parece conformar exclusivamente as normas de aplicação imediata a normas de direito público, já Francescakis considera que estas normas se situam numa zona cinzenta entre direito público e direito privado. Nesse sentido conflui a sucessiva pronúncia do Tribunal de Justiça sobre diversos casos, nos quais tem sustentado, quanto a normas que caracteriza como normas de aplicação imediata, a prossecução de interesses que não são suscetíveis de ser enquadrados num conceito restrito de interesse público. Tal vem sucedendo quanto a normas que estabelecem regimes mais favoráveis, designadamente quanto aos agentes comerciais¹³⁷⁷ e quanto aos trabalhadores.¹³⁷⁸ Para além destes casos afigura-se ser defensável que algumas disposições relativas à proteção dos consumidores sejam de aplicação imediata,¹³⁷⁹ sem prejuízo de os entraves às trocas serem previstos

¹³⁷⁵ As *Parteischutzvorschriften* que têm como objetivo assegurar o equilíbrio entre os interesses das partes num contrato seriam reconduzíveis ao disposto nos artigos 5 e 6.º da Convenção de Roma.

¹³⁷⁶ Bundesgerichtshof, 13 Dezembro de 2005, Proc. 82/05. Sobre o ponto, BONOMI, A. – Overriding mandatory provisions in the Rome I Regulation on the law applicable to contracts. *YPIIL*, (2008) 289.

¹³⁷⁷ Neste sentido o citado Acórdão proferido no caso Ingmar. TJ 09.11.2000, caso Ingmar GB Ltd contra Eaton Leonard Technologies Inc, proc. C-381/98 [CJ (2000) I-09325].

¹³⁷⁸ No sentido de que a *Cour de Cassation* tende a considerar que o conjunto das disposições do direito belga do trabalho constituem leis de police na medida em que seja previsto um regime considerado imperativo em favor do trabalhador, sendo essa também a posição da jurisprudência da maioria dos países vizinhos, JAFFERALI, Rafael – Actualité jurisprudentielle dans le domaine du droit applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles (2007-2012). In Arnaud Nuyts (Coord.), *Actualités en droit international privé*. Paris: Bruylant, 2013, p. 156-157. Também a prestação de serviços deslocalizada suscita bastantes dúvidas quanto à determinação do regime aplicável, embora Elena Zabalo Escudero seja de opinião que não pode aplicar-se diretamente a conexão *forum ius* que se aplicou e continua a aplicar quanto ao contrato de trabalho, fundada na necessidade de garantir a aplicação das disposições imperativas de proteção ao trabalhador da lei do lugar onde o trabalho é prestado. In ZABALO ESCUDERO, Elena – Ley aplicable al contrato internacional de trabajo en el sector transporte: la continuidad en la jurisprudência del TJUE. In Alegria Borrás [et al.], *Entre Bruselas y la Haia: estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional*. Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 749-766. Em todo o caso, é patente a distinção entre a proteção garantida pelo artigo 8.º n.º 1 e aquela que resulta do artigo 9.º nesta matéria. Enquanto o primeiro garante a mínima proteção aos trabalhadores impedindo o afastamento da aplicação de uma certa lei que considera como não derogável por acordo, o segundo consiste na expressão de um nível mais elevado de autoridade para além da proteção concedida pelo primeiro, como nota CARBALLO PIÑEIRO, Laura – *International maritime labour law*. London: Springer, 2015, p. 213.

¹³⁷⁹ Considerando que as disposições inseridas em certas Diretivas sobre proteção aos consumidores também contêm normas de aplicação imediata, como é o caso das normas decorrentes da transposição da Diretiva 93/13/CEE, de 5.4.1993, BONOMI, Andrea – La Convenzione di Roma sulle legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. In Paolo Cendon (Dir.), *Il diritto privato nella giurisprudenza*. Torino: UTET, 2004. Vol. 11, p. 665.

em normas que de acordo com o respetivo direito interno são qualificadas como normas de normas de aplicação imediata ou necessária.¹³⁸⁰

Quanto aos agentes comerciais, também eles, objeto de proteção, prevê o respetivo regime jurídico interno¹³⁸¹ que sendo o contrato de agência executado totalmente ou preponderantemente em Portugal, lhe são aplicáveis as disposições sobre a cessação do contrato de agência previstas na lei portuguesa, independentemente da *lex contractus*, exceto se essa lei previr um regime mais favorável. Tal como a jurisdição suprema já confirmou, as disposições contidas nos artigos 17.º e 18.º da Diretiva 86/653/CEE do Conselho de 18 de dezembro relativa à coordenação do direito dos Estados-membros sobre os agentes comerciais, são de aplicação imediata, mas têm em vista a proteção dos interesses do agente. Essa caracterização tem sido recorrente também em matéria de disposições de direito do trabalho, e também nesta matéria a proteção conferida pela norma apenas se projeta no trabalhador. Algumas dessas normas não têm em vista a proteção da organização política, social ou económica do Estado, mas antes a proteção da parte mais fraca ou débil numa determinada relação contratual. Em face desta constatação se tem suscitado a dúvida relativamente a saber se o âmbito da norma (artigo 9.º do Regulamento Roma I) abrange ainda estas situações, melhor enquadradas na proteção de interesses privados¹³⁸² e a que apenas pode corresponder uma proteção de interesses públicos entendidos estes em sentido muito amplo,¹³⁸³ ou a uma protecção indirecta de interesses de natureza pública.¹³⁸⁴

¹³⁸⁰ FALLON, Marc – Note sous C.J.C.E., 23 novembre 1999. *RCDIP*. 89 (2000) 729.

¹³⁸¹ Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de julho (alterado pelo Decreto-Lei n.º 118/93, de 13 de abril), artigo 38.º.

¹³⁸² No sentido de as normas que visam a proteção da parte mais fraca são também enquadáveis no art.º 9.º n.º 1, TELES, Eugénia Galvão – A noção de normas de aplicação imediata no Regulamento Roma I: uma singularidade legislativa. In Jorge Miranda [*et al.*], *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*. Coimbra: Almedina, 2012. Vol. 2, 813. No mesmo sentido, considerando que a formulação permite uma certa margem de manobra, na medida em que há normalmente uma mistura de proteção entre os interesses privados dos contraentes e a salvaguarda de interesses públicos do Estado nas regras de direito privado dos contratos, LOUSSOUARN, Yvon ; BOUREL, Pierre ; VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de – *Droit international privé*. 10ª ed. Paris : Dalloz, 2013, p. 583.

¹³⁸³ Neste sentido, implicitamente, BONOMI, Andrea – Le norme di applicazioni necessaria nel regolamento “Roma I”. In Nerina Boschiero (Ed.), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*. Torino: Giappichelli Editore, 2009, p. 175. AUDIT, Bernard – Du bon usage des lois de police. In Vincent Heuzé [*et al.*], *Mélanges en l’honneur du Professeur Pierre Mayer*. Paris: LGDJ, 2015, p. 27, defende a adoção de uma conceção restritiva de leis de police que o Tribunal de Justiça parece ter adotado no acórdão Unamar, TJ 17.10.2013, caso United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV contra Navigation Maritime Bulgare, proc. C-184/12 [CJ (2013)]. n.º 49, e reconduz a proteção das partes mais fracas à proteção de um interesse geral.

¹³⁸⁴ Assim BONOMI, Andrea – Article 9. In MAGNUS, Ulrich, ed. ; MANKOWSKI, Peter, ed. - *European Commentaries on private international law. Rome I regulation*. [S.l.] : SELP, 2017. Vol. 2, p. 621-622. Em sentido convergente, questionando a existência de uma clara contradição entre interesses públicos e privados, na medida em que todos os interesses públicos são construídos sobre interesses dos indivíduos e por outm lado, que os interesses dos indivíduos, pelo menos aqueles que afectam um número considerável, podem ser identificados como interesse público, ZACHARUASIEWICZ, Maria-Anna - The need for a flexible approach with regard to mandatory provisions in private international law. In HEIDERHOFF, Bettina, ed. ; QUEIROLO, Ilaria, ed. - *European and international cross-border private and economic relationships and individual rights*. Roma : ARACNE, 2016, p. 54.

Alguma doutrina entende que “muitas normas de aplicação necessária não são expressão do intervencionismo estatal, mas visam antes, proteger a parte contratual tipicamente mais fraca, sem que prossigam, simultaneamente um fim coletivo.”¹³⁸⁵ Daí que uma parte da doutrina entenda que, considerando uma multiplicidade de finalidades que podem prosseguir¹³⁸⁶ as normas de aplicação imediata não podem ser definidas pela sua natureza,¹³⁸⁷ pelo seu conteúdo e pelo seu fim^{1388, 1389}. Em consequência do que se afigura que a dificuldade constatada pela doutrina em geral quanto à definição destas normas se mantém^{1390, 1391}. Para além de que a sua excecionalidade, tal como afirmada pelo considerando 37 do Regulamento *sub iudice*, deve continuar a ser assegurada quer pelos legisladores nacionais e pelos juízes, quer, atendendo à nova fonte supraestadual, pelo legislador da UE.¹³⁹² O Considerando 37 do regulamento *sub*

¹³⁸⁵ PINHEIRO, Luís de Lima – Direito internacional privado. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. 1, p. 272.

¹³⁸⁶ Acrescentando a este tipo de normas, que prosseguem interesses privados também o “exemplo de normas suscetíveis de aplicação necessária nos embargos e outras sanções económicas decretadas por organizações internacionais ou supranacionais, *maxime* a ONU e a União Europeia. Trata-se, neste caso, de normas imperativas de fonte supraestadual que operam como um limite autónomo à aplicação do Direito competente”; PINHEIRO, Luís de Lima – Direito internacional privado. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. 1, p. 272. No mesmo sentido e integrando ainda nesta categoria as disposições que intervêm em relações de direito privado para realizar objetivos políticos ou económicos do Estado que as adotou e ainda muitas outras normas reconduzíveis à noção de direito público da economia tais como as normas que impõem preços mínimos ou máximos para certos produtos ou serviços ou determinada modalidade de venda ou de comercialização, as normas fiscais e as normas *antitrust*, BONOMI, Andrea – *La Convenzione di Roma sulle legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*. In Paolo Cendon (Dir.), *Il diritto privato nella giurisprudenza*. Torino: UTET, 2004. Vol. 11, p. 663.

¹³⁸⁷ Acompanhando o raciocínio de Francescakis, de que as normas de aplicação imediata têm uma natureza única, no sentido de que “não é a natureza das relações que implica esta fuga ao método conflitual, mas antes a natureza das normas internas, o seu teor ou função, que a impõe.” RAMOS, Rui Moura – Direito internacional privado e Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 114. Afastando a natureza especial destas normas, embora em sentido aparentemente convergente, AUDOLANT, Ariane – *Les lois de police en droit international privé*. In Catherine Thibierge [et al.], *La force normative: naissance d'un concept*. Paris: LGDJ, 2009, p. 312, defende que “as normas de aplicação imediata têm a mesma natureza que as outras leis, são leis ordinárias, é o objetivo perseguido que lhe atribui o seu caráter *de loi de police*.” Em sentido oposto, defendendo que “nenhuma lei é, pela sua natureza ou pelo seu conteúdo, uma *loi de police*”, GUEDJ, Thomas G. – *The theory of the “lois de police”: a functional trend in continental private international law: a comparative analysis with modern american theories*. Harvard: Harvard Law School, 1989, p. 32.

¹³⁸⁸ Assim PINHEIRO, Luís de Lima – Direito internacional privado. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. 1, p. 272.

¹³⁸⁹ Em função da dificuldade de encontrar uma noção aceitável de normas de aplicação imediata e considerando que o que as descreve melhor é o seu mecanismo de aplicação, GUEDJ, Thomas G. – *The theory of the “lois de police”: a functional trend in continental private international law: a comparative analysis with modern american theories*. Harvard: Harvard Law School, 1989, p. 32.

¹³⁹⁰ Por isso se entende que continua atual a conclusão de PATAUT, Étienne – *Principe de souveraineté et conflits de juridictions*. Paris: LGDJ, 1999, p. 560, que ao referir-se às *lois de police* e às múltiplas tentativas de definição das mesmas decorrentes da complexidade reconhecida a este tipo de normas como “*l'introuvable critère des lois de police*”. No mesmo sentido, considerando que “*finding a uniform all-embracing definition has, however, proved to be an extremely difficult task*”, SCHÄFER, Kerstin Ann-Susann – *Application of mandatory rules in private international law of contracts*. Frankfurt: Peter Lang, 2010, p. 96.

¹³⁹¹ Também a noção de Francescakis é objeto de reparos. É-lhe apontado o facto de se tratar de “uma noção inexata porque caracteriza as *lois de police* pela sua diferente natureza, considerando a doutrina que se tratará de uma diferença de grau”, LOUSSOARN, Y. – *Cours général de droit international privé*. RCADI. 139 : 2 (1973) 271 e ss. Noutra perspetiva a noção daquele autor é incompleta porque não resolve o problema da sua identificação.

¹³⁹² No que respeita às normas de aplicação imediata implícitas maiores dificuldades se advinham na sua subsunção à noção agora contida no n.º 1 do art.º 9.º. Sobre as normas de aplicação imediata implícitas,

iudice prevê 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. O conceito de normas de aplicação imediata deverá ser distinguido da expressão disposições não derogáveis por acordo e deverá ser interpretado de forma mais restrita.” Apesar de este considerando apontar apenas para o interesse público, a jurisprudência suprema tem, como atrás se referiu, qualificado como normas de aplicação imediata, normas aplicáveis a agentes comerciais e a trabalhadores, e mesmo quanto a estes casos, tem invocado razões imperiosas de interesse geral.¹³⁹³ No acórdão Unamar,¹³⁹⁴ proferido também sobre a Convenção de Roma, o tribunal seguiu a jurisprudência Jean-Claude Arblade e Arblade & Fils SARL.¹³⁹⁵ Resulta deste acórdão o carácter restrito com que as normas de aplicação imediata devem ser interpretadas, medida derogatória expressamente referenciada num outro acórdão mais recente, o acórdão Republik Griechenland contra Grigorios Nikiforidis.¹³⁹⁶ Neste acórdão, o tribunal reafirma que o catálogo de normas de aplicação imediata a ter em consideração, enquanto normas jurídicas, é exaustivo.¹³⁹⁷ É, exclusivamente, aquele que resulta do artigo 9.º, ou seja, para além das normas de aplicação imediata do foro, as normas do país no qual “obrigações decorrentes do contrato devam ser ou tenham sido executadas” e não as normas de aplicação imediata de um Estado terceiro.¹³⁹⁸ Mas não afasta a possibilidade de consideração de normas de aplicação imediata de um Estado estrangeiro, ao abrigo do princípio da cooperação leal, enquanto elemento de fato “na medida em que uma regra material do direito aplicável ao contrato, nos termos das disposições do (...) regulamento, o preveja.”¹³⁹⁹ Sob esta fórmula inovadora para a jurisprudência da União Europeia, o Tribunal, no primeiro acórdão nesta matéria proferido sobre o regulamento Roma I, abre a porta à aplicação de normas de aplicação imediata de Estados

RAMOS, Rui Moura – *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 790 e PINHEIRO, Luís de Lima – *Direito internacional privado*. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. 1, p. 279.

¹³⁹³ Acórdão TJ 23.11.1999, caso Jean-Claude Arblade e Arblade & Fils SARL (C-369/96) e Bernard Leloup, Serge Leloup e Sofrage SARL (C-376/96), [CJ (1999) I-8512], n.º 31.

¹³⁹⁴ TJ 17.10.2013, caso United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV contra Navigation Maritime Bulgare, proc. C-184/12 [CJ (2013)].

¹³⁹⁵ TJ 23.11.1999, caso Jean-Claude Arblade e Arblade & Fils SARL (C-369/96) e Bernard Leloup, Serge Leloup e Sofrage SARL (C-376/96), [CJ (1999) I-8512], n.º 30.

¹³⁹⁶ TJ 18.10.2016, caso Republik Griechenland contra Grigorios Nikiforidis, proc. C-135/15 [CJ (2016)], n.º 44. Neste caso foram submetidas três questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça pelo Bundesarbeitsgericht (Supremo Tribunal do Trabalho alemão) relativas ao âmbito de aplicação temporal do regulamento Roma I, ao âmbito de aplicação do artigo 9.º, n.º 3 e ainda uma questão relativa ao princípio da colaboração leal quanto a saber se este princípio, consagrado no artigo 4.º, n.º 3, do TUE, tem relevância jurídica a ponto de informar a decisão dos tribunais quanto à aplicação de normas de aplicação imediata de outro Estado-Membro.

¹³⁹⁷ Acórdão citado n.º 49.

¹³⁹⁸ Acórdão citado n.ºs 50 e 55.

¹³⁹⁹ Acórdão citado n.ºs 51 e 55.

estrangeiros, a título de matéria de facto. Embora afirmando a impossibilidade de aplicação de normas de aplicação imediata de Estados estrangeiros, fora do catálogo restritivo do disposto no n.º 3 do artigo do regulamento, em face das necessidades de segurança jurídica¹⁴⁰⁰, o tribunal acaba por conceder sobre a aplicação indirecta de normas de aplicação imediata, aparentemente sem se verificarem os requisitos cumulativos do dispositivo mencionado. Esta conclusão resulta da significativa importância de *in casu* se poder considerar, ainda que como elemento de fato, o teor de normas de aplicação imediata de um Estado estrangeiro (indiretamente), no caso vertente a Grécia, dado que essa consideração pode assumir carácter essencial para a tomada de decisão. A questão é ainda mais interessante se analisada, não só deste ponto de vista, mas propondo a conjugação do mesmo com a incompatibilidade do teor entre essas normas no caso concreto e as normas de aplicação imediata do Estado do foro, que é simultaneamente o país do cumprimento das obrigações contratuais, a República Federal da Alemanha. No caso em apreço, as normas de aplicação imediata cuja consideração como elemento de facto depende das disposições da lei alemã, são incompatíveis com as normas de aplicação imediata da lei alemã sobre salários. De facto, enquanto as normas da lei grega em apreço prevêm a redução de salários do trabalhador, as normas da lei alemã proibem essa redução. Abstraindo da decisão dos autos principais, que acabou por não proceder à aplicação das normas de aplicação imediata gregas, a verdade é que a decisão prejudicial em apreço ainda que fundamentando a possibilidade de considerar normas de aplicação imediata de um Estado terceiro, nas condições supra identificadas, no princípio da cooperação leal, vem abrir a porta à sua tomada em consideração, deixando patente a possibilidade de aumento de conflitos entre normas de aplicação imediata e a necessidade de repensar o sistema previsto no artigo 9.º. Note-se, ainda, que o teor do acórdão não parece conferir um poder descricionário nessa matéria, ou seja, a tomada em consideração dessas normas, desde que previstas nas normas de direito material da lei competente, deve ser efetuada. Não pode deixar de se considerar que essa solução acaba por se posicionar muito proximamente do sistema previsto na Convenção de Roma. Ao permitir tomar em consideração normas internacionalmente imperativas, ainda que apenas como matéria de facto, que não têm origem na lei do foro, nem na lei do lugar do cumprimento das obrigações e que não tornam o cumprimento do contrato ilegal, reforçam uma interpretação do interesse público que se reconduz também ao interesse privado e reduz a expectativa de aplicação minimizada destas normas.¹⁴⁰¹ Por tais

¹⁴⁰⁰ Acórdão citado n.ºs 45 a 47.

¹⁴⁰¹ Ao contrário do que seria expectável na sequência das alterações introduzidas pelo regulamento Roma I. Nesse sentido e entendendo que “o papel reconhecido a estas normas surge num complexo

motivos se entende que o interesse público prosseguido por essas normas deve ser interpretado num sentido amplo, integrando-se nesse conceito não só a proteção do interesse público propriamente dito, como as situações em que está em causa a proteção de interesses privados,¹⁴⁰² designadamente a proteção da parte mais fraca ou débil numa relação contratual.^{1403, 1404}

Se, em geral, se verifica um consenso quanto à natureza das normas que visam a defesa dos interesses dos Estados relativamente ao decretamento de embargos, ao controlo das exportações, dos câmbios, da defesa da concorrência, que são entendidas como normas de aplicação imediata, já se verifica existir paralelamente um âmbito indefinido no qual se podem enquadrar normas que visam tutelar quer interesses privados quer interesses públicos, suscetíveis de serem caracterizados da mesma forma.¹⁴⁰⁵ Mesmo relativamente às normas que visam tutelar exclusivamente interesses privados não existe uma linha orientadora comum a todos os tipos de interesses. Enquanto a tendência jurisprudencial vai no sentido de considerar algumas das disposições sobre o contrato de agência e sobre os contratos de trabalho como normas de aplicação imediata, já o mesmo não se verifica quanto aos contratos de consumo, cujas normas são normalmente consideradas como normas não derogáveis por acordo e só em casos muito restritos impõem a classificação de certas normas como normas

redimensionado. As modificações introduzidas ao artigo 9.º terão provavelmente o efeito de frenar a tentação dos juízes nacionais de aplicar o de dar eficácia a normas imperativas do foro ou de Estados terceiros.”, BONOMI, Andrea – Le norme di applicazionii necessaria nel regolamento “Roma I”. In Nerina Boschiero (Ed.), La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I). Torino: Giappichelli Editore, 2009, p. 189.

¹⁴⁰² No sentido de que as normas jurídico-públicas podem ter uma incidência nas relações interpartes e, ao mesmo tempo, determinadas normas genuinamente contratuais poderiam considerar-se leis de polícia, dando o exemplo das leis que regulam o salário mínimo, GARDEÑES SANTIAGO, Miguel – Normas materiales imperativas o leyes de policia en matéria de trabajo. In Jorge Miranda [*et al.*], Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos. Coimbra: Almedina, 2005, p. 387.

¹⁴⁰³ Sobre a questão de saber se a referência constante do artigo 9.º n.º 1 do Regulamento à salvaguarda dos interesses públicos não será apta a proibir a qualificação de *lois de police* relativamente a disposições que protegem interesses privados, e em sentido contrário a essa posição entendendo que tal como o ilustra perfeitamente a categoria das nulidades relativas em direito interno, a realização do interesse geral passa por vezes, e mesmo frequentemente, pela proteção dos interesses de uma parte em posição de inferioridade. JAFFERALI, Rafael – Actualité jurisprudentielle dans le domaine du droit applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles (2007-2012). In Arnaud Nuyts (Coord.), Actualités en droit international privé. Paris: Bruylant, 2013, p. 157-158.

¹⁴⁰⁴ No entanto a distinção entre normas de direito público e normas de direito privado não se mostra útil para distinguir as normas de aplicação imediata, tendo sido rejeitada pela maioria da doutrina, uma vez que a linha divisória entre o direito público e o direito privado é permeável, e resulta de circunstâncias históricas específicas, como dá nota SCHÄFER, Kerstin Ann-Susann – Application of mandatory rules in private international law of contracts. Frankfurt: Peter Lang, 2010, p. 100 e ss. Invocando a inutilidade da distinção na medida em que também as normas de direito privado são passíveis de serem classificadas como normas de aplicação imediata, como nota PIÑEIRO, Laura Carballo– International maritime labour law. London: Springer, 2015, p. 216. Essa distinção não é aceite por Giuliano e Lagarde, nem esteve na base do artigo 34 do EGBGB, disposição alemã equivalente ao artigo 7.º n.º 2 da Convenção de Roma. (GIULIANO, Mario ; LAGARDE, Paul (1980) – Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations...).

¹⁴⁰⁵ SCHÄFER, Kerstin Ann-Susann – Application of mandatory rules in private international law of contracts. Frankfurt: Peter Lang, 2010, p. 102-103.

de aplicação imediata.¹⁴⁰⁶ Tal realidade fundamenta a impossibilidade de estabelecimento de um critério que permita a identificação das normas *sub iudice*, que são assim identificadas caso a caso,¹⁴⁰⁷ o que implica que não seja fácil conceber uma definição consensual. Apesar das dificuldades da noção constante do Regulamento, sempre será de sublinhar que essa consagração tem aspetos positivos como seja uma base de trabalho¹⁴⁰⁸ para uma discussão que se pretende frutuosa quer na perspetiva da introdução de uma versão melhorada quanto à aplicação do regulamento, quer numa perspetiva de influência quanto a outros instrumentos, designadamente dos Princípios da Haia. O conceito de normas de aplicação imediata, carecido de uma reformulação que o adeque pelo menos ao âmbito de aplicação que lhe tem sido, maioritariamente, reconhecido, quer quanto à proteção de interesses públicos quer quanto à proteção de interesses privados, deverá integrar o elenco de questões que merecem ser revisitadas numa futura reformulação do Regulamento. Tal necessidade é de resto sugerida pelas dificuldades suscitadas quanto à consagração de uma noção de normas de aplicação imediata ao nível dos Princípios da Haia, relativamente aos quais e em face da inexistência de consenso se terá optado pela não consagração de qualquer noção, remetendo a questão para os critérios da *lex fori*.

Pela nossa parte, entendemos que a jurisprudência Jean-Claude Arblade e Arblade & Fils SARL poderá servir de ponto de referência para uma consagração mais consentânea com a aplicação que essas normas vêm merecendo.¹⁴⁰⁹ Eventualmente a

¹⁴⁰⁶ Neste sentido BONOMI, Andrea – *La Convenzione di Roma sulle legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*. In Paolo Cendon (Dir.), *Il diritto privato nella giurisprudenza*. Torino: UTET, 2004. Vol. 11, p. 665.

¹⁴⁰⁷ Assim, CLAVEL-THORAVALL, Julie - *Les indispensables du droit international privé*. Paris : Ellipses, 2019, p. 326. Em sentido convergente, apelando ao conteúdo e à finalidade da norma, ZACHARUASIEWICZ, Maria-Anna - The need for a flexible approach with regard to mandatory provisions in private international law. In HEIDERHOFF, Bettina, ed. ; QUEIROLO, Ilaria, ed. - *European and international cross-border private and economic relationships and individual rights*. Roma : ARACNE, 2016, p. 60. Já BONOMI refere como outras condições de aplicação das normas de aplicação imediata o seu alcance imperativo, a sua compatibilidade quer com o direito da União Europeia, quer com o Direito internacional público e a existência de uma conexão com o Estado de origem da disposição, que apesar de estar prevista no nn.º 3 do artigo 9.º, não se encontra consagrada nos números 1 e 2 do mesmo dispositivo, entendendo o autor que tal ligação é implicitamente requerida para os fins do artigo 9.º. BONOMI, Andrea – Article 9. In MAGNUS, Ulrich, ed. ; MANKOWSKI, Peter, ed. - *European Commentaries on private international law. Rome I regulation*. [S.l.] : SELP, 2017. Vol. 2, p. 626-629.

¹⁴⁰⁸ Salientando que a disposição permite um novo nível de exame de conformidade, BONOMI, A. – Overriding mandatory provisions in the rome i regulation on the law applicable to contracts. *YPII*. (2008) 289.

¹⁴⁰⁹ A dificuldade de conceber uma definição de norma de aplicação imediata que abarca quer as normas do foro quer as normas de um Estado estrangeiro, prende-se também com o facto de uma disposição poder, num contexto internacional, ser considerada como norma de aplicação imediata, e noutro, como uma mera disposição imperativa. Nestes casos, e como salienta AUDIT, a distinção parece ser muito esquemática. In AUDIT, Bernard – Du bon usage des lois de police. In Vincent Heuzé [et al.], *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*. Paris: LGDJ, 2015, p. 41. Assim, afigura-se que um conceito que se pretenda preciso, para além das dificuldades quanto à sua conceção, que advinham inevitáveis problemas de falta de consenso, facilmente poderá ser ultrapassado pelas circunstâncias de um futuro caso concreto. Neste âmbito, defendendo que o recurso às normas de aplicação imediata e à exceção de ordem pública será reduzido devido ao facto de as respetivas disposições (artigos 9.º e 21.º) imporem um limite substantivo

referência à proteção de interesses privados fundada em “razões imperiosas de interesse geral” utilizada no acórdão *Arblade*, sem aludir à distinção entre direito público e direito privado, que não releva para o caso, poderá agilizar a noção consagrada dotando-a de maior conexão com a sua aplicação prática.

5.3. NORMAS DE APLICAÇÃO IMEDIATA DO ESTADO DO FORO

Normalmente uma norma só se aplica a um contrato se for a lei que o disciplina ou se se tratar uma norma de natureza processual. As normas de aplicação imediata constituem uma exceção a essa regra geral, encontrando entre as principais razões que determinam o seu carácter imperativo o facto de a *mens legislatoris*, considerada a propósito da regulação de certas matérias, poder não ser alcançada se as partes pudessem escolher outro regime para regular o seu contrato,¹⁴¹⁰ ou mesmo optar pela escolha de regras não estatais.¹⁴¹¹ A atribuição de prevalência a normas cuja observância é considerada fundamental para o Estado do foro decorre da fixação de competência internacional a favor dos tribunais de um certo Estado. Tal tarefa é levada a efeito por recurso ao direito da competência internacional que tem em conta princípios

mais alto do que deveriam, SYMEONIDES, Symeon – Party autonomy in Rome I and II: from a comparative perspective. In Katharina Boele-Woelki [et al.], *Convergence and divergence in private international law: Liber amicorum Kurt Siehr*. Zurich: Schulthess, 2010, p. 351.

¹⁴¹⁰ Neste sentido, MORSE, C. G. J. – *Morris, Dicey, & Collins on the conflict of laws*. Londres: Sweet & Maxwell, 2014. Vol. 2, p. 25.

¹⁴¹¹ Aparentemente poder-se-ia pensar que a escolha de uma norma não estatal afasta o problema da aplicação das normas de aplicação imediata. De facto, a escolha de normativos como os mencionados deslocaliza a necessidade de proteção a interesses de um Estado ou de vários Estados, ou mesmo das partes mais fracas ou débeis, dado a relação jurídica não se encontrar sediada em nenhuma ordem jurídica estatal. Esta questão suscita as questões a que supra fizemos referência, designadamente a questão central de dificilmente ser concebível uma desconexão total de um ou mais ordenamentos jurídicos estatais na medida em que tais normativos serão, na maioria dos casos, insuficientes para providenciar a regulação de todas as questões que se suscitem, por um lado, e a necessidade de execução de uma sentença arbitral voltar a apelar à soberania estatal, por outro. Mas não se trata aqui de determinar qual o regime a aplicar a um ponto não especificamente regulado pelas regras não estatais, mas antes de indagar qual a relação das mesmas com normas que visam a proteção de interesses considerados essenciais para os Estados ou para os particulares. A questão convoca a necessidade de estabelecimento de novas hierarquias entre instrumentos, necessidade que vem sendo satisfeita, de algum modo, mediante a consagração de disposições específicas nesses normativos sobre o lugar que devem ocupar as normas de aplicação imediata. Os instrumentos mais relevantes em matéria de contratação comercial internacional como sejam os princípios UNIDROIT, os PDEC e mais recentemente os Princípios da Haia consagram disposições especiais relativamente à matéria em questão, respetivamente nos artigos 1.4, 1:103 e 11.º n.ºs 1 e 2. Esta última disposição, consagra a regra relativa a normas de aplicação imediata, preservando a sua supremacia sobre os princípios. Não obstante as partes possam ter recorrido aos princípios, em caso de litígio, a submissão a um tribunal ou à arbitragem não afasta a aplicação das normas de aplicação imediata do *forum* que se sobrepõem à lei escolhida pelas partes. Trata-se de uma disposição de coordenação entre distintos instrumentos jurídicos. A reconhecida importância destes dispositivos é também realçada na salvaguarda da posição hierárquica prevalecente das normas de disposições imediata, mantendo a harmonia jurídica internacional ao nível das relações entre normativos com origem estatal e não estatal. De todo o modo, fica ainda a nota relativa à possibilidade de eleição de regras não estatais, acompanhada da eleição da jurisdição arbitral como forma de evitar a aplicação das disposições de aplicação imediata.

e valores que divergem dos fins prosseguidos pelo direito de conflitos.¹⁴¹² É na medida em que a competência internacional seja fixada em favor dos tribunais de um certo Estado, e concretizada a sua jurisdição, o que implica uma relação, em princípio estreita com o litígio, que se pode determinar a existência de normas que visam a proteção de interesses, cuja salvaguarda é considerada essencial para um certo Estado de tal forma que reclamam a sua aplicação a um certo caso.

A utilização das normas de aplicação imediata do foro é consagrada no artigo 9.º n.º 2, à semelhança do disposto no correspondente número do artigo 7.º do instrumento homólogo, a Convenção de Roma.¹⁴¹³ De acordo com esta disposição, a aplicação das disposições de aplicação imediata da lei do foro não pode ser restringida pelas disposições do regulamento.¹⁴¹⁴ O fundamento para esta previsão consiste no facto de o juiz não poder sobrepor a autonomia das partes às normas de aplicação imediata do país no qual se localiza o tribunal que aprecia a questão¹⁴¹⁵ que são aplicáveis à situação *sub iudice* por reclamarem a sua aplicação *in casu*¹⁴¹⁶ e que afastam os efeitos da escolha de lei no seu âmbito de aplicação.¹⁴¹⁷ Esta disposição aplica-se quer a lei aplicável ao contrato tenha sido objeto de escolha, quer seja determinada de acordo

¹⁴¹² Quer se trate do princípio da proximidade, quer do princípio da eficácia prática da decisão ou de outros princípios, considerados na elaboração das correspondentes disposições legislativas nacionais ou supraestaduais. Sobre a matéria, PINHEIRO, Luís de Lima – Direito internacional privado. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2012. Vol. 3, p. 26 e ss.

¹⁴¹³ Criticando a sistematização da Convenção de Roma na medida em que previa as disposições imperativas estrangeiras antes das normas do foro e concluindo que estas últimas encontraram o seu lugar em termos de precedência lógica de previsão no Regulamento Roma I. FOYER, Jacques – *Lois de police et principe de souveraineté*. In Louis d'Avout [et al.], Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit: les relations privées internationales. Paris: LGDJ, 2014, p. 349.

¹⁴¹⁴ Neste sentido, MORSE, C. G. J. – Morris, Dicey, & Collins on the conflict of laws. Londres: Sweet & Maxwell, 2014. Vol. 2, p. 1834. No entanto, e de acordo com a jurisprudência UNAMAR, uma vez que se reconhece a aplicação das disposições de aplicação imediata com origem no ordenamento da UE tal como aplicadas pelo Estado do foro, na medida em que consagrem um tratamento mais favorável ao visado, surge a dúvida quanto a saber se não deverá ser concedida prevalência a disposições da *lex contractus* que consagrem, por sua vez, um tratamento mais favorável relativamente àquele que é conferido pela lei que transpõe disposições de aplicação imediata do direito da UE, tal como transposto pelo Estado do foro. Neste caso e por igualdade de razão, afigura-se que a prevalência deveria ser dada às disposições adotadas pelo Estado da *lex contractus* escolhida pelas partes ou que resulte como lei competente de acordo com os critérios supletivos.

¹⁴¹⁵ MORSE, C. G. J. – Morris, Dicey, & Collins on the conflict of laws. Londres: Sweet & Maxwell, 2014. Vol. 2, p. 1834, consideram que sempre que uma disposição imperativa se aplique independentemente da lei que regula o contrato, o efeito da escolha de lei pelas partes fica limitado ao âmbito da disposição imperativa.

¹⁴¹⁶ Este efeito pode verificar-se também quanto às normas de direito público do Estado do foro na medida em que estas normas são aplicáveis independentemente das normas de conflitos e na medida em que reclamem aplicação ao caso. Neste sentido, SCHÄFER, Kerstin Ann-Susann – Application of mandatory rules in private international law of contracts. Frankfurt: Peter Lang, 2010, p. 110.

¹⁴¹⁷ No sentido de que algumas vezes o efeito da norma de aplicação imediata é o de anular ou de qualquer modo afetar a própria escolha de lei, MORSE, C. G. J. – Morris, Dicey, & Collins on the conflict of laws. Londres: Sweet & Maxwell, 2014. Vol. 2, p. 1834. No mesmo sentido SCHÄFER, Kerstin Ann-Susann – Application of mandatory rules in private international law of contracts. Frankfurt: Peter Lang, 2010, p. 105.

com os critérios supletivos e independentemente de uma ligação ao foro.¹⁴¹⁸ Para determinar se a norma reclama aplicação e na falta de um critério definitivo que permita identificar as normas de aplicação imediata, o tribunal pode ter em consideração a *mens legislatoris* que determinou a adoção de uma certa disposição, entendendo que a norma reclama aplicação se o propósito subjacente deva ser imperativamente alcançado.¹⁴¹⁹ Sendo identificada uma norma de aplicação imediata do foro, a *lex fori* passa a ser no âmbito dessa disposição, a lei aplicável.¹⁴²⁰

No entanto, dado o carácter excecional destas normas¹⁴²¹ o tribunal fica vinculado à sua interpretação em termos restritos e a proceder à sua aplicação com contenção. A norma de aplicação imediata aplica-se independentemente da lei escolhida para regular o contrato, condicionando os efeitos da escolha de uma lei estrangeira. A *lex contractus* é aplicada em todos os aspetos não abrangidos pelo âmbito de aplicação reclamado pela norma de aplicação imediata. Por regra, o carácter imperativo de tais normas não suscita questões de invalidade quanto à *electio iuris*,¹⁴²² embora a sua aplicação possa anular o efeito da escolha. Podem ser aplicadas normas que apenas tenham entrado em vigor após a celebração do contrato desde que estejam em vigor à data do vencimento da obrigação ou obrigações decorrentes do contrato.¹⁴²³

¹⁴¹⁸ A questão é objeto de controvérsia, sendo sublinhado que nos termos do n.º 1 do artigo 7.º da Convenção de Roma se exige uma ligação estreita, donde alguma doutrina faça referência a essa necessidade de uma ligação estreita com o Estado do foro que não se encontra prevista ao nível do n.º 2 do artigo 7.º da Convenção de Roma, nem por sua vez no âmbito do disposto no n.º 2 do artigo 9.º do Regulamento Roma I, nem se encontra vertida no n.º 3 do mesmo Regulamento. No entanto à determinação da competência dos tribunais do Estado do foro subjaz alguma ligação estreita com a situação, mas fundada nos valores e princípios aos quais se conforma o direito da competência internacional. No sentido de não ser exigível uma ligação estreita com a situação para ponderação da aplicação das normas de aplicação imediata do Estado do foro, SCHÄFER, Kerstin Ann-Susann – Application of mandatory rules in private international law of contracts. Frankfurt: Peter Lang, 2010, p. 113.

¹⁴¹⁹ SCHÄFER, Kerstin Ann-Susann – Application of mandatory rules in private international law of contracts. Frankfurt: Peter Lang, 2010, p. 115.

¹⁴²⁰ Considerando que nesse caso a norma de aplicação imediata passa a ser a lei normalmente aplicável FRANCESCAKIS, Phocion – Quelques précisions sur les “lois d’application immédiate” et leurs rapports avec les règles de conflits de lois. TCFDIP. 69 (1966) 157.

¹⁴²¹ Salientando o carácter excecional destas normas considerando que “se a *lex contractus* escolhida pelas partes se destina a uma função interpretativa, será necessário garantir a aplicação de disposições de aplicação de qualquer lei com uma ligação estreita com o contrato”. SÁNCHEZ LORENZO, Sixto – Choice of law and overriding mandatory rules in international contracts. YPIL. 12 (2010) 81.

¹⁴²² Neste sentido e entendendo que é suficiente para tal acontecer, que as partes tenham escolhido certa lei com conteúdo diverso da lei em vigor no país no qual as obrigações decorrentes do contrato devam ser ou tenham sido cumpridas, visando afastar a sua aplicação e, em fase de litígio, o tribunal venha entender que as disposições de aplicação imediata do país do cumprimento da obrigação devem ser aplicadas, na medida em que tornam a execução do contrato ilegal, MORSE, C. G. J. – Morris, Dicey, & Collins on the conflict of laws. Londres: Sweet & Maxwell, 2014. Vol. 2, p. 1834.

¹⁴²³ SCHÄFER, Kerstin Ann-Susann – Application of mandatory rules in private international law of contracts. Frankfurt: Peter Lang, 2010, p. 99.

5.4. NORMAS DE APLICAÇÃO IMEDIATA DE ESTADOS ESTRANGEIROS

O reconhecimento de relevância às normas de aplicação imediata de Estados estrangeiros (e de fonte supraestadual) consagrado no Regulamento Roma I, resultou de um processo de afirmação gradual,¹⁴²⁴ iniciado, do ponto de vista legislativo e na Europa, pela Convenção de Roma em termos amplos, reafirmado pelo regulamento *sub iudice* em termos mais restritos e objeto de previsão nos Princípios da Haia.¹⁴²⁵

As normas de aplicação imediata estrangeiras são as que não pertencem nem à *lex fori* [previstas no artigo 9.º (2)], nem à *lex contractus* (determinada de acordo com o artigo 3.º ou 4.º do Regulamento, ou de acordo com as *leges specialis* e que não se encontram previstas no artigo 9.º)¹⁴²⁶ e cuja identificação depende quer das obrigações que decorrem do contrato, quer do lugar do respetivo cumprimento. Neste caso coloca-se a

¹⁴²⁴ Para uma análise contrastada da evolução das normas de aplicação imediata estrangeiras e o princípio geral da admissibilidade do reconhecimento das normas de aplicação imediata estrangeiras no Estado do foro, SANTOS, António Marques dos – As normas de aplicação imediata no direito internacional privado: esboço de uma teoria geral. Coimbra: Almedina, 1991, p. 978 e ss. Considerando que “quanto às normas de aplicação necessária e imediata, é sabido que não é pacífico que elas se limitem a produzir a correlação *forum-ius*, podendo levar ao resultado contrário, sobretudo se aceitarmos a possibilidade de verdadeira aplicação in foro das normas de aplicação necessária e imediata pertencentes às ordens jurídicas estrangeiras, possibilidade hoje defendida por certos sectores doutrinários.” RAMOS, Rui Moura – Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional. Coimbra: Almedina, 1991, p. 177.

¹⁴²⁵ A solução dos Princípios, nesta matéria, é a da atribuição de relevância a uma lei de um Estado terceiro de acordo com os critérios da lei do foro. De todo o modo, e em termos gerais, sempre que consideremos a questão no âmbito de um instrumento que viabilize a escolha de regras não estatais, existe a suscetibilidade de ponderação desta mesma questão na hipótese anteriormente aventada dado que a expectativa de regulação absoluta da questão pelas normas objeto de escolha se deve considerar sempre diminuta. As regras não estatais tal como as leis, embora a tendência seja sobretudo muito mais acentuada quanto às primeiras, não preveem toda a realidade que se pretenda ou deva subsumir-se-lhes, contêm previsões limitadas. Na expressão de um insigne jurista, a vida é muito mais rica do que a própria imaginação do legislador. Donde o fenómeno da possível existência de lacunas não deva ser concluído com surpresa. Por tal motivo e tendo presente que o recurso à *lex fori* se impõe, designadamente quanto às suas disposições de direito de conflitos, como forma de determinação da lei aplicável as matérias sobre as quais o tribunal deva pronunciar-se e que não se encontrem previstas nas regras não estatais escolhidas pelas partes, de igual modo se impõe, em geral, a fixação da *lex limitatis*. Os Princípios não introduzem quaisquer limitações ou condições das quais se faça depender a possibilidade de aplicação das normas de aplicação imediata. Essa lei pode ser a que seria aplicável se as partes não tivessem exercido a sua faculdade de escolha. Neste sentido, THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW - Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts [Em linha]. The Hague : Hague Conference on Private International Law, 2015, § 11.19, p. 75. Mas a consideração de normas de aplicação imediata de Estados terceiros não se reconduz exclusivamente a essa possibilidade, essa será a hipótese mais óbvia para lá da qual existem outras potenciais leis cujas disposições com essa natureza poderão reclamar a sua aplicação *in casu*. Alguma norma de uma outra lei especialmente relacionada com a execução da prestação, seja o lugar da execução mais comumente ponderado, seja a residência habitual do prestador característico ou outra conexão, podem ser aplicadas pelo tribunal do foro com prevalência sobre as demais disposições aplicáveis, na medida em que sejam caracterizadas dentro dessa categoria de normas.

¹⁴²⁶ Apesar da existência de outra perspetiva no sentido de que a referência a uma *lex contractus* estrangeira não engloba as normas de aplicação imediata desse ordenamento jurídico, considerando que os critérios de aplicação das normas de aplicação imediata podem não coincidir com os elementos de conexão adotados pelas normas de conflitos sobre escolha de lei, dependendo a sua aplicação de normas de conflitos especiais diferentes daquelas que regulam o contrato. A consequência prática da defesa desta posição é a da estrita aplicação dessas normas no âmbito de aplicação do artigo 9.º, n.º 3. Considerando que esta posição doutrinária não se enquadra no sistema do regulamento, BONOMI, Andrea – Article 9. .In MAGNUS, Ulrich, ed. ; MANKOWSKI, Peter, ed. - European Commentaries on private international law. Rome I regulation. [S.l.] : SELP, 2017. Vol. 2, p. 632-634.

questão de saber em que medida é que uma disposição que não é oriunda nem da *lex contractus*, nem da *lex fori*, pode ser aplicada e eventualmente afetar os direitos das partes. Nesta matéria o regulamento consagra as condições de aplicabilidade de uma lei estrangeira, dispondo que pode ser dada prevalência às normas de aplicação imediata de uma lei estrangeira, que no âmbito do regulamento será apenas a que corresponde à “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.” Mais se prevê no mencionado dispositivo que a decisão sobre a atribuição de prevalência a essas normas, tomará em consideração a natureza e o objeto das disposições *sub iudice* e ainda as consequências da sua aplicação ou da sua não aplicação.

No que respeita à aplicação das normas de aplicação imediata de uma lei estrangeira, a previsão do artigo 9.º n.º 3 do Regulamento Roma I é mais restritiva¹⁴²⁷ do que a Convenção de Roma [Artigo 7.º (1)].¹⁴²⁸ De acordo com esta última disposição, o juiz pode aplicar disposições imperativas de qualquer Estado com o qual o processo em análise tenha uma conexão estreita,¹⁴²⁹ desde que essas disposições reclamem a sua aplicação.”¹⁴³⁰

Neste caso, a expressão disposições imperativas é usada na Convenção com o sentido de normas de aplicação imediata, como resulta da previsão do artigo ao limitar a aplicação da lei desse outro país ao facto de essas disposições serem aplicáveis, qualquer que seja a lei reguladora do contrato. Esta disposição não é, contudo, aplicável de modo automático, depende de uma ponderação feita pelo tribunal relativamente à

¹⁴²⁷ O que terá o efeito de reduzir a classificação de normas como normas de aplicação imediata pelos juízes nacionais, atendendo ao carácter excecional com que a disposição deve ser aplicada. Sobre a matéria e considerando o efeito da limitação apontada, BONOMI, Andrea – Le norme di applicazionii necessaria nel regolamento “Roma I”. In Nerina Boschiero (Ed.), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*. Torino: Giappichelli Editore, 2009, p. 189.

¹⁴²⁸ Trata-se esta disposição de uma norma de reconhecimento de normas de aplicação imediata estrangeiras. Neste sentido, SANTOS, António Marques dos – *Direito internacional privado*. Lisboa: AAFDL, 2001, p. 300-307. No mesmo sentido, salientando embora que se trata de uma possibilidade não isenta de críticas fundadas na indeterminação, GARDEÑES SANTIAGO, Miguel – Normas materiales imperativas o leyes de policia en matéria de trabajo. In Jorge Miranda [et al.], *Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 391-392.

¹⁴²⁹ Criticando a necessidade de, de acordo com este dispositivo, a lei de um terceiro Estado ter de provar uma relação estreita que muitas vezes não existe com a *proper law* se a *lex contractus* tiver sido escolhida pelas partes, nem numa *lex fori* determinada por um pacto de jurisdição, concluído que a previsão da Convenção de Roma parece mais razoável tendo em vista a implementação de um sistema ideal, em contraste com o artigo 9.º do Regulamento Roma I cujo limitado âmbito de aplicação se deveu ao desejo de o mesmo instrumento ser aplicável ao Reino Unido e satisfazer os Estados-Membros que formularam reservas à aplicação do artigo 7.º da Convenção de Roma, SÁNCHEZ LORENZO, Sixto – Choice of law and overriding mandatory rules in international contracts. *YPIL*. 12 (2010) 82-83.

¹⁴³⁰ A aplicação das normas de aplicação imediata de uma terceira lei, pode recair de acordo com o critério da Convenção de Roma, não só sobre as disposições da *lex causae* como de uma terceira lei que apresente uma estreita ligação com o contrato.

existência de uma relação estreita com o contrato. Nessa ponderação, o juiz tomará em consideração, para além dessa conexão estreita, a natureza e o objeto das respetivas disposições e as consequências da sua aplicação ou da sua não aplicação. Assim, e só após essa ponderação, pode ser derogada a escolha de lei efetuada pelas partes ou a lei determinada como competente por recurso aos critérios supletivos. A decisão sobre a atribuição de efeitos à lei de um ou mais Estados Estrangeiros, nestes termos, apresenta inegáveis vantagens, permitindo a ponderação sobre a aplicação de normas de aplicação imediata com conexão estreita com o contrato.¹⁴³¹ No entanto, tal possibilidade pode conduzir a uma significativa incerteza quanto aos resultados da aplicação da disposição, efeito que resulta da margem de discricionariedade conferida ao juiz, sem prejuízo de um amplo *depeçage*,¹⁴³² o que pode fazer perigar os objetivos da unificação.¹⁴³³ O Reino Unido opôs-se à ideia da previsão de um poder discricionário quanto à possibilidade de aplicação de disposições imperativas de um país que não é nem o país da *lex contractus*, nem o país da *lex solutionis* sobretudo pela incerteza que tal previsão era apta a gerar.¹⁴³⁴ Devido a essa oposição foi decidido introduzir uma disposição no sentido de poderem os Estados formular reservas à aplicação do normativo em questão, que foi utilizado por vários Estados.¹⁴³⁵

Na proposta de regulamento sobre a lei aplicável às obrigações contratuais constava uma disposição idêntica à vertida no artigo 7.º n.º 1 da Convenção de Roma¹⁴³⁶ quanto

¹⁴³¹ Considerando que se trata de uma disposição que permite tomar em consideração a incidência que as mais variadas normas de intervenção podem ter sobre a vida do contrato, modelando os seus efeitos sobre o mesmo e dando como exemplo a ponderação sobre a existência de uma determinada proibição no país no qual deva efetuar-se uma diligência justifica ou não um possível incumprimento, e ainda que essa disposição oferecendo ao juiz um leque alargado de soluções a ponderar, permitiria orientar a solução concreta no sentido de maximizar a proteção da parte débil. GARDEÑES SANTIAGO, Miguel – Normas materiales imperativas o leyes de policia en materia de trabajo. In Jorge Miranda [et al.], *Estudios em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 392.

¹⁴³² Neste sentido, PHILIP, A. – Mandatory rules, public law and choice of law. In P. M. North (Ed.), *Contract conflicts: the E.E.C. Convention on the law applicable to contractual obligations: a comparative study*. New York: North Holland Publishing Company, 1982, p. 104.

¹⁴³³ Assim BONOMI, Andrea – *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*. Zurich: Verlag, 1998, p. 13-14.

¹⁴³⁴ Que juntamente com previsível acréscimo de despesas e de atrasos na justiça, formaram o conjunto de aspetos que opunham o Reino Unido à disposição constante do artigo 7.º da Convenção de Roma, como explica NORTH, P. M., - The E.E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (1980) : Its History and Main Features. In NORTH, P. M., ed., *Contract conflicts: the E.E.C. Convention on the law applicable to contractual obligations: a comparative study*. New York: North Holland Publishing Company, 1982, p. 19-20.

¹⁴³⁵ Disposição que contou com a oposição da delegação inglesa e que também não logrou alcançar consenso entre os Estados signatários da Convenção de Roma e que determinou a previsão da possibilidade de formulação de reservas. Assim GIULIANO, Mario ; LAGARDE, Paul (1980) – Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations..., p. 28. No uso desta faculdade, inúmeros Estados vieram formular reservas, desde logo o Reino Unido, mas também a Alemanha, a Eslovénia, a Irlanda, a Letónia, o Luxemburgo e Portugal. A introdução das disposições de aplicação imediata na lei inglesa foi efetuada pela Convenção de Roma. Na jurisprudência anterior não era feita qualquer distinção entre aplicação de normas imperativas e *public policy*. Neste sentido, SCHÄFER, Kerstin Ann-Susann – *Application of mandatory rules in private international law of contracts*. Frankfurt: Peter Lang, 2010, p. 91.

¹⁴³⁶ A disposição no anteprojeto de 1972 previa “qualquer conexão”, passando durante as negociações a constar conexão significativa e na versão final conexão estreita. Na ótica de PHILIP a primeira versão

à ponderação das consequências da sua aplicação ou da sua não aplicação, mas aditava ainda “pelo objetivo prosseguido pela disposição imperativa em causa bem como relativamente às partes”. A consagração de uma disposição com essa previsão suscitou controvérsia dada a sua amplitude que podia resultar em incerteza¹⁴³⁷ e determinou que o Reino Unido não tivesse pretendido vincular-se inicialmente ao regulamento.¹⁴³⁸ Sendo entendido, quanto à proposta de regulamento Roma I, que se impunha uma solução mais restritiva¹⁴³⁹ por forma a assegurar uma maior previsibilidade¹⁴⁴⁰ e que correspondesse à possibilidade de aplicação da lei do país no qual as obrigações decorrentes do contrato devam ser ou tenham sido cumpridas, no caso de, de acordo com a lei vigente nesse país o cumprimento fosse considerado contrário à lei.¹⁴⁴¹ Não obstante a alteração à previsão inicial assentasse na necessidade de maior previsibilidade, nem sempre a mesma fornece soluções adequadas, por um lado, nem reduz substancialmente a incerteza,¹⁴⁴² vetando-a a um criticismo

correspondia ao litígio sobre que versou o caso Analti (RCDIP (1967) 522) no qual se considerou que podem existir normas numa lei estrangeira, que para um tribunal estrangeiro são tão importantes que o juiz deve aplicá-las em desfavor de uma lei diferente escolhida pelas partes. Salienta ainda o mencionado autor que essa alusão pode ser interpretada como uma possível restrição à autonomia das partes, em favor da lei aplicável no caso de ausência de escolha de lei. Assim PHILIP, A. – *Mandatory rules, public law and choice of law*. In P. M. North, ed., *Contract conflicts: the E.E.C. Convention on the law applicable to contractual obligations: a comparative study*. New York: North Holland Publishing Company, 1982, p. 103.

¹⁴³⁷ Considerando que “o papel que possa jogar o artigo 7.º com respeito à finalidade da Convenção é muito controverso. Parte da doutrina manifesta o receio de que a incerteza associada a essa regra e a ampla margem de discricionariedade reconhecida ao juiz quanto à sua aplicação possam prejudicar gravemente os objetivos de uniformidade e incentivar o *forum shopping*”. BONOMI, Andrea – *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*. Zurich: Verlag, 1998, p. 14.

¹⁴³⁸ Neste sentido, MORSE, C. G. J. – *Morris, Dicey, & Collins on the conflict of laws*. Londres: Sweet & Maxwell, 2014. Vol. 2, p. 1835.

¹⁴³⁹ Apesar de a sua previsão ter sido mantida neste normativo, a verdade é que, “Durante as negociações que conduziram à aprovação deste Regulamento, encarou-se a possibilidade de suprimir a referência às normas internacionalmente imperativas estrangeiras, à semelhança do que sucedeu com o Regulamento Roma II...”, como salienta BRITO, Maria Helena – *Determinação da lei aplicável aos contratos internacionais: da Convenção de Roma ao Regulamento Roma I*, In Armando Marques Guedes [et al.], *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Lebre de Freitas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, Volume 1, p. 471-472.

¹⁴⁴⁰ Neste sentido, SÁNCHEZ LORENZO, Sixto – *Choice of law and overriding mandatory rules in international contracts*. YPIL. 12 (2010) 83.

¹⁴⁴¹ Esta acabou por ser a solução que permitiu aos Estados que haviam formulado reservas à disposição homóloga da Convenção de Roma, passarem a estar vinculados a uma disposição que lhes permite considerar normas de aplicação imediata de Estados terceiros. No entanto, alguns desses Estados já tinham em consideração essas normas aplicando-as indirectamente como matéria de facto, como salienta BONOMI, Andrea – *Article 9*. In MAGNUS, Ulrich, ed. ; MANKOWSKI, Peter, ed. - *European Commentaries on private international law. Rome I regulation*. [S.l.] : SELP, 2017. Vol. 2, p. 626-629.

No sentido de que se tratou de uma previsão essencial ao alcance de um consenso quanto à redação do n.º 3 deste artigo, MCPARLAND, Michael – *The Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 697. No mesmo sentido, MORSE, C. G. J. – *Morris, Dicey, & Collins on the conflict of laws*. Londres: Sweet & Maxwell, 2014. Vol. 2, p. 1836.

¹⁴⁴² Como exemplo de uma solução aparentemente desadequada, a situação em que um contrato cria obrigações que violam as leis da concorrência do lugar do seu cumprimento, BONOMI, Andrea – *Article 9*. In MAGNUS, Ulrich, ed. ; MANKOWSKI, Peter, ed. - *European Commentaries on private international law. Rome I regulation*. [S.l.] : SELP, 2017, Vol. 2, p. 639-640

Quanto às situações que continuam a gerar incerteza identifica BONOMI três situações: (1) a qualificação de uma norma proibitiva, como norma de aplicação imediata na ordem jurídica a que pertence, sobretudo pela avaliação descricionária efetuada pelo tribunal, (2) a dificuldade de interpretação suscitada pela referência a disposições que tornam o cumprimento do contrato ilegal, (3) a determinação do lugar do cumprimento da obrigação poder rodear-se de sérias dificuldades. In BONOMI, Andrea – *Article 9*. In

acentuado.¹⁴⁴³ A necessidade de alcance de harmonia internacional de julgados e de reforço da cooperação internacional, não se compadece com uma solução legislativa pensada e aplicável à generalidade das situações, sem providenciar soluções adequadas à regulamentação integral do fenómeno respetivo. Por isso, essa solução manteve em aberto a possibilidade de aplicação indireta de normas de aplicação imediata para além do estritamente preceituado no dispositivo *sub iudice*, considerando-as como matéria de facto. Tal possibilidade, que remonta a Ehrenzweig,¹⁴⁴⁴ e vem sendo defendida na doutrina e aplicada em alguns países, é objeto de consagração pelo Tribunal de Justiça no caso *Republik Griechenland contra Grigorios Nikiforidis*.^{1445 1446} Neste acórdão, o tribunal invoca o princípio da cooperação leal para admitir a tomada em consideração de normas gregas, na condição de essa tomada em consideração ser admitida pelas disposições de direito material aplicáveis ao contrato.

MAGNUS, Ulrich, ed. ; MANKOWSKI, Peter, ed. - European Commentaries on private international law. Rome I regulation. [S.l.] : SELP, 2017, Vol. 2, p. 639-640. Em termos mais amplos a crítica de BOLLÉE, Sylvain - *La prise en considération des lois de police étrangères dans le Règlement Rome I*. In ANCEL, Marie-Elodie, ed. [et al.] - Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel. Paris, Madrid : LGDJ, Iprolex, 2018, p. 204-205. Salienta este autor as enormes dificuldades de interpretação suscitadas pela quase totalidade do dispositivo, quer quanto ao que possa entender-se por obrigações decorrentes do contrato (se se tratará da prestação característica, da obrigação litigiosa, de qualquer obrigação resultante do contrato mesmo que não diga respeito ao objeto do litígio), quer quanto ao método a seguir para localizar essas obrigações (considerando as vicissitudes de interpretação da regra de competência em matéria contratual na Convenção de Bruxelas de 1968 e depois no regulamento Bruxelas I são sintomáticas quanto esta questão), ou o que se deva entender por disposições que cominam a execução do contrato com a ilegalidade e sobretudo saber se o dispositivo em questão prevê exclusivamente a aplicação de normas de aplicação imediata dentro dos estritos termos que nele se encontram previstos ou se permite qualquer forma de tomar em consideração normas de aplicação imediata estrangeiras.

¹⁴⁴³ A nova redação foi bastante criticada; desde logo porque não se dá muito importância à questão de saber como os requisitos de aplicação do dispositivo são ponderados, como salienta MORSE, C. G. J. - Morris, Dicey, & Collins on the conflict of laws. Londres: Sweet & Maxwell, 2014. Vol. 2, p. 1836. Por outro lado, a possibilidade de aplicação exclusiva da lei do país no qual as obrigações tenham sido ou devam ser cumpridas é muito restritiva porque é suscetível de afastar a aplicação de normas de aplicação imediata de outros países que podem ter interesses legítimos na sua aplicação. Assim LEHMANN, Mathias ; UNGERER, Johannes - *Applying or taking account of foreign overriding mandatory provisions : sophism under the rome I regulation*. Comments on the ECJ Case C-135/15. YPIL, 19 (2017/2018) 61-62 e BOLLÉE, Sylvain - *La prise en considération des lois de police étrangères dans le Règlement Rome I*. In ANCEL, Marie-Elodie, ed. [et al.] - Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel. Paris, Madrid : LGDJ, Iprolex, 2018, p. 204. Por outro lado, também a consagração da exclusiva aplicação das normas que determinam a ilegalidade do cumprimento do contrato é, de igual modo, bastante restritiva como adiante melhor trataremos e assinalam LEHMANN, Mathias ; UNGERER, Johannes - *Applying or taking account of foreign overriding mandatory provisions : sophism under the rome I regulation*. Comments on the ECJ Case C-135/15. YPIL, 19 (2017/2018) 62.

¹⁴⁴⁴ EHRENZWEIG, Albert A. - *Local and moral data in the conflict of laws: terra incógnita*. Buffalo Law Review, 16 (1966) 55-60.

¹⁴⁴⁵ TJ 18.10.2016, caso *Republik Griechenland contra Grigorios Nikiforidis*, proc. C-135/15 [CJ (2016)].

¹⁴⁴⁶ Sobre as possíveis aceções de tomar em consideração e a sua distinção relativamente à aplicação das normas de aplicação imediata estrangeiras, BOLLÉE, Sylvain - *La prise en considération des lois de police étrangères dans le Règlement Rome I*. In ANCEL, Marie-Elodie, ed. [et al.] - Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel. Paris, Madrid : LGDJ, Iprolex, 2018.

É o carácter restritivo da disposição em análise e a pertinência das críticas¹⁴⁴⁷ que lhe são formuladas, que acabam por justificar a assunção desta opção pela jurisprudência, demonstrando a debilidade da solução de consenso alcançada. É uma solução que vem preencher o vazio resultante da nova consagração legal da figura, resolvendo problemas que merecem séria ponderação, abrindo a porta à ponderação de soluções adequadas à solução dos litígios.¹⁴⁴⁸ Nessa medida entendemos que essa jurisprudência contribui, em abstrato, para a boa administração da justiça e, nessa medida, favorece o alcance de harmonia internacional de julgados e fortalece a cooperação leal.¹⁴⁴⁹

5.4.1. REQUISITOS DE APLICAÇÃO DAS NORMAS DE APLICAÇÃO IMEDIATA DO PAÍS DO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES

5.4.1.1. DECISÃO SOBRE PREVALÊNCIA

A decisão quanto à prevalência das normas de aplicação imediata do país no qual as obrigações decorrentes do contrato tenham sido ou devam ser cumpridas, depende da ponderação quanto à sua natureza e quanto ao seu objeto e ainda quanto às consequências resultantes da sua aplicação ou da sua não aplicação.

A norma atribui um poder discricionário ao Tribunal para decidir se dá ou não prevalência a essas disposições.¹⁴⁵⁰

¹⁴⁴⁷ A nova redação foi bastante criticada; desde logo porque não se dá muito importância à questão de saber como os requisitos de aplicação do dispositivo são ponderados, como salienta MORSE, C. G. J. – *Morris, Dicey, & Collins on the conflict of laws*. Londres: Sweet & Maxwell, 2014. Vol. 2, p. 1836. Por outro lado, a possibilidade de aplicação exclusiva da lei do país no qual as obrigações tenham sido ou devam ser cumpridas é muito restritiva porque é suscetível de afastar a aplicação de normas de aplicação imediata de outros países que podem ter interesses legítimos na sua aplicação. Assim LEHMANN, Mathias ; UNGERER, Johannes - Applying or taking account of foreign overriding mandatory provisions : sophism under the rome I regulation. Comments on the ECJ Case C-135/15. *YPIL*, 19 (2017/2018) 61-62 e BOLLÉE, Sylvain - La prise en considération des lois de police étrangères dans le Règlement Rome I. In ANCEL, Marie-Elodie, ed. [et al.] - *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*. Paris, Madrid : LGDJ, Iprolex, 2018, p. 204. Por outro lado, também a consagração da exclusiva aplicação das normas que determinam a ilegalidade do cumprimento do contrato é, de igual modo, bastante restritiva como adiante melhor trataremos e assinalam LEHMANN, Mathias ; UNGERER, Johannes - Applying or taking account of foreign overriding mandatory provisions : sophism under the rome I regulation. Comments on the ECJ Case C-135/15. *YPIL*, 19 (2017/2018) 62.

¹⁴⁴⁸ Ainda que suceda, como no caso vertente, que o tribunal federal do trabalho, não tenha, no caso concreto, tomado em consideração as normas de aplicação imediata da lei grega, em virtude da existência de disposição legal alemã que não permite a redução do salário nas circunstâncias dos autos mas apenas por acordo, conforme decisão do Bundesarbeitsgericht, 26.04.2017, *Republik Griechenland v Grigorios Nikiforidis*, 5 AZR 962/13, disponível em: <https://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=en&Datum=2017-4&nr=19456&pos=23&anz=47> [consultado em 30.03.2019].

¹⁴⁴⁹ Criticando a solução adotada pelo tribunal por permitir "...uma nova e desordenada aplicação das disposições de aplicação imediata...", LEHMANN, Mathias ; UNGERER, Johannes - Applying or taking account of foreign overriding mandatory provisions : sophism under the rome I regulation. Comments on the ECJ Case C-135/15. *YPIL*, 19 (2017/2018) 64.

¹⁴⁵⁰ Poder esse que apenas se encontra limitado ao facto de os efeitos da aplicação dessa norma não poderem ser contrários à ordem pública do foro (Art.º 21.º do Reg. Roma I). Neste sentido, BONOMI, Andrea

Este poder decisório admite a interpretação no sentido de que as normas de aplicação imediata estrangeiras não são objeto de uma verdadeira consagração autónoma, mas apenas de uma consagração condicionada à verificação dos respetivos pressupostos de aplicação e à decisão descricionária sobre a sua aplicação, condicionamento esse tanto mais acentuado quanto a sua potencial aplicação for concorrente com a aplicação de uma norma de aplicação imediata do foro.^{1451, 1452}

5.4.1.2. OBRIGAÇÕES DECORRENTES DO CONTRATO

As obrigações decorrentes do contrato são todas as obrigações inerentes à sua celebração, mesmo que não se encontrem expressamente previstas, nem especificadas.¹⁴⁵³ Também a Comissão entendeu que as obrigações podem não ter sido previstas no contrato,¹⁴⁵⁴ para este efeito não se exige que tenha de ser a prestação característica do contrato nem que seja a obrigação principal, o que releva é a conexão dessa obrigação com o contrato.

5.4.1.3. LUGAR DO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES

O Regulamento veio limitar a possibilidade de ponderação de leis de aplicação imediata estrangeiras do lugar do cumprimento da obrigação, numa tentativa de recurso a esse tipo de normas e aumentar a previsibilidade do preceito. Não existe uma noção europeia sobre o lugar do cumprimento das obrigações. Esta ausência de um tal conceito suscita

– Article 9. In MAGNUS, Ulrich, ed. ; MANKOWSKI, Peter, ed. - European Commentaries on private international law. Rome I regulation. [S.l.] : SELP, 2017. Vol. 2, p. 651.

¹⁴⁵¹ Assim AUDIT, Bernard – Du bon usage des lois de police. In Vincent Heuzé [et al.], Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer. Paris: LGDJ, 2015, p. 26, considera que as *lois de police* estrangeiras não serão aplicadas se estiver em causa a aplicação de uma lei de police do foro.

¹⁴⁵² A este respeito defende PINHEIRO, Luís de Lima – O novo regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais: uma introdução. In Luis de Lima Pinheiro, Estudos de direito internacional privado: contratos, obrigações extracontratuais, insolvência, operações bancárias, operações sobre instrumentos financeiros e reconhecimento de decisões estrangeiras. Coimbra: Almedina, 2009. Vol. 2, p. 465, que “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.” Mais defende o mesmo autor que “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.” No entanto, considera que “a formulação do art. 9.º/3 do Regulamento parece demasiado restritiva”, defendendo que “o preceito poderá ser interpretado no sentido de abranger não só as normas suscetíveis de aplicação necessária relativas à execução do contrato, mas também as que estabelecem requisitos de validade do conteúdo e do fim do contrato.”

¹⁴⁵³ Nesta matéria entende Michael McParland que “a obrigação decorrente do contrato, não significa o mesmo que obrigações nele incluídas. Não se exige que essas obrigações tenham de estar especificadas no contrato.” MCPARLAND, Michael – The Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 697 e p. 706 e ss.

¹⁴⁵⁴ Esta questão já havia sido objeto de análise no Caso Regazzoni V K C Sethia (1944) Ltd. Neste caso o contrato envolvia a importação de juta da Índia para Itália para ser vendida na África do Sul, mas o contrato não previa expressamente essa situação. Não obstante, o tribunal pode considerar que uma obrigação tem uma conexão suficiente com o contrato de modo a poder ser considerada como decorrente dele.

a dúvida sobre saber se a determinação do lugar do cumprimento do contrato depende da *lex contractus* ou da *lex loci solutionis*.¹⁴⁵⁵ A versão final desta parte da previsão foi alcançada após ponderação de várias propostas e teve em conta a necessidade de consagração de uma previsão ampla de lugar do cumprimento de quaisquer obrigações decorrentes do contrato, expressa ou implicitamente previstas e ainda o cumprimento de obrigações executado num Estado em particular, desde que a execução nesse local decorra do contrato.¹⁴⁵⁶ Não se enquadra nesta disposição o cumprimento da obrigação num local diferente do previsto no contrato, por acaso, ou em virtude de uma decisão unilateral¹⁴⁵⁷ dado não corresponder à *mens legislatoris*. Esta parte do dispositivo inclui quer o cumprimento defeituoso quer o incumprimento ou a simples mora. Aparentemente a ponderação quanto à aplicação das disposições de aplicação imediata deve ocorrer exclusivamente quanto à lei do país onde as obrigações contratuais devam ser ou tenham sido cumpridas, limitação que suscitou as principais críticas à disposição. As críticas apontam ao dispositivo um carácter muito restritivo¹⁴⁵⁸ que pode afastar a possibilidade de aplicação de normas de aplicação imediata de outros países com interesses legítimos a proteger,¹⁴⁵⁹ como pode suceder visivelmente nos casos de decretamento de embargos, proibição de venda de armas, proibição de práticas concertadas, proibição de venda de bens culturais, entre outros.¹⁴⁶⁰

¹⁴⁵⁵ Neste sentido SÁNCHEZ LORENZO, Sixto – Choice of law and overriding mandatory rules in international contracts. *YPIL*. 12 (2010) 85.

¹⁴⁵⁶ Assim MCPARLAND, Michael – *The Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 697 e ss. e p. 706.

¹⁴⁵⁷ Como salienta MCPARLAND, Michael – *The Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 697 e ss. e p. 707.

¹⁴⁵⁸ Considerando que este aspeto inovador do regulamento que condiciona a aplicação das “normas de aplicação imediata de uma ordem jurídica terceira às que se encontrem na *lex loci executionis* e que tornem ilegal a execução do contrato”, apesar de poder coincidir com a maioria dos casos que se colocam, “não parece encontrar grande justificação à luz do desenho da figura.”

¹⁴⁵⁹ Neste sentido BONOMI, Andrea – Article 9. In MAGNUS, Ulrich, ed. ; MANKOWSKI, Peter, ed. - *European Commentaries on private international law. Rome I regulation*. [S.l.] : SELP, 2017. Vol. 2, p. 640 e LEHMANN, Mathias ; UNGERER, Johannes - Applying or taking account of foreign overriding mandatory provisions : sophism under the rome I regulation. Comments on the ECJ Case C-135/15. *YPIL*. 19 (2017/2018) 61-62. Entende o primeiro autor que a referência à lei do lugar do cumprimento das obrigações é muito restritiva, sendo mais apropriada a solução de poder ser dada prevalência às normas de aplicação imediata da *lex loci solutionis*, em especial quando segundo essas normas a execução do contrato for ilegal. Se a razão para atribuir relevância a uma norma estrangeira do país do cumprimento das obrigações se destina a proteger uma das partes de um conflito de deveres, então a lei do Estado do domicílio da parte respetiva parece particularmente relevante. Considera ainda BONOMI que se a finalidade é promover a harmonia internacional e prevenir o *forum shopping*, um tribunal devia ser autorizado a considerar as leis dos Estados, nos quais a ação judicial foi ou podia ter sido instaurada por uma das partes. Ainda invoca o mesmo autor que se o tribunal se prepara para auxiliar Estados terceiros a prosseguir a aplicação das suas políticas específicas, ou a prevenir a evasão à sua lei, deveria ser permitido dar prevalência às disposições de todos os países que tenham, no caso concreto, um interesse legítimo em impor o cumprimento das suas leis, especialmente no que respeita ao Estado cuja lei teria sido aplicada na falta de escolha pelas partes.

¹⁴⁶⁰ Neste caso, tome-se em consideração o exemplo de Lehmann e Ungerer sobre a celebração de um contrato de venda de bens culturais proibida no Estado A, mas que deve ser cumprido no Estado B e relativamente ao qual as partes escolhem a lei do Estado B como lei aplicável. Questionando-se os autores se neste caso o Estado A não terá um interesse legítimo na aplicação da sua lei. In LEHMANN, Mathias ; UNGERER, Johannes - Applying or taking account of foreign overriding mandatory provisions : sophism under the rome I regulation. Comments on the ECJ Case C-135/15. *YPIL*. 19 (2017/2018) 61. No mesmo

5.4.1.4. SEGUNDO ESSAS NORMAS O CUMPRIMENTO DO CONTRATO SEJA ILEGAL

Para que se conclua que o cumprimento do contrato é ilegal deve ser ponderada a aplicação das normas de aplicação imediata do *locus executionis* no sentido de se apurar se tal consequência decorre das normas aplicáveis,¹⁴⁶¹ “...não sendo suficiente que o contrato seja inexecutível, nem que o contrato seja considerado inválido se for celebrado no país em cujo território deva ser executado.”¹⁴⁶² Neste âmbito, as disposições que podem ser aplicadas são as que consideram o cumprimento do contrato ilegal, não o sendo as disposições de cuja aplicação se conclua pela ilegalidade do contrato ou pela ilegalidade das obrigações.¹⁴⁶³ Em todo o caso, a ilegalidade do cumprimento das obrigações pode reportar-se apenas ao cumprimento de algumas das obrigações, ficando a análise da ilegalidade do contrato no seu todo dependente da *lex contractus*.¹⁴⁶⁴ Por outro lado, não é exigível que a ilegalidade do cumprimento das obrigações resulte de legislação em vigor desde o momento da celebração do contrato, sendo suficiente a sua vigência na data do vencimento das obrigações resultantes do contrato. Também este requisito de aplicação da disposição em análise tem merecido reparos. Em particular, é-lhe apontado o facto de excluir a possibilidade de aplicação de normas de aplicação imediata que embora não cominando o cumprimento do contrato

sentido SÁNCHEZ LORENZO, Sixto – Choice of law and overriding mandatory rules in international contracts. *YPII*, 12 (2010) 85.

¹⁴⁶¹ Esta solução terá os seus antecedentes na conhecida jurisprudência do English Court of Appeal, *Ralli Bros v Companhia Naviera Sota y Aznar*, de 1920. Neste processo, uma sociedade inglesa havia fretado um navio espanhol a uma empresa espanhola para efetuar o transporte de juta de Calcutá para Barcelona ao preço de 50£ a tonelada. Posteriormente uma lei espanhola, vem estabelecer um preço mais elevado, tendo sido recusado, pelos destinatários da mercadoria, o pagamento superior de acordo com a nova lei. Foi instaurado um processo judicial em Inglaterra que tinha como objeto o reconhecimento do valor contratualmente fixado. A lei aplicável era a lei inglesa, mas mesmo assim o tribunal considerou que o cumprimento era inviável nos termos acordados, em virtude da lei em vigor no lugar do cumprimento da obrigação. Sobre este ponto, FAWCETT, James – A United Kingdom perspective on the Rome I Regulation. In Nerina Boschiero (Ed.), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*. Torino: Giappichelli Editore, 2009, p. 204 e ss.

¹⁴⁶² MORSE, C. G. J. – *Morris, Dicey, & Collins on the conflict of laws*. Londres: Sweet & Maxwell, 2014. Vol. 2, p. 1836.

¹⁴⁶³ Assim SÁNCHEZ LORENZO, Sixto – Choice of law and overriding mandatory rules in international contracts. *YPII*, 12 (2010) 85. Considera este autor que também se suscita a dúvida quanto a saber se as regras a serem consideradas são as relativas ao cumprimento do contrato ou se as relativas à conclusão e ao conteúdo são também relevantes, tendo estas últimas um impacto apenas indireto no cumprimento. Neste âmbito refere BONOMI que embora “[n]uma primeira análise o n.º 3 do artigo 9.º não abranja disposições que impõem um comportamento específico das partes relativamente ao contrato, tal como a obrigação de reparação de prejuízos em caso de negligência grosseira ou incumprimento intencional do contrato, ou a obrigação de pagar uma compensação ou uma indemnização no caso de cessação antecipada do contrato.”, uma vez que “...o não cumprimento desses deveres normalmente também torna o contrato (e o seu cumprimento) ilegal, tem-se entendido que essas regras também se enquadram no âmbito de aplicação do n.º 3 do artigo 9.º.” BONOMI, Andrea – Article 9. In MAGNUS, Ulrich, ed. ; MANKOWSKI, Peter, ed. - *European Commentaries on private international law. Rome I regulation*. [S.l.] : SELP, 2017. Vol. 2, p. 644.

¹⁴⁶⁴ Em sentido convergente, BONOMI, Andrea – Article 9. In MAGNUS, Ulrich, ed. ; MANKOWSKI, Peter, ed. - *European Commentaries on private international law. Rome I regulation*. [S.l.] : SELP, 2017. Vol. 2, p. 644.

com a ilegalidade, prescrevem certos requisitos a observar no seu cumprimento, que podendo não conduzir à mesma consequência visam o cumprimento do contrato em termos compatíveis com o interesse público.¹⁴⁶⁵

5.4.1.5. NATUREZA E OBJETO DAS NORMAS E CONSEQUÊNCIAS DA SUA APLICAÇÃO OU DA SUA NÃO APLICAÇÃO

O número 3 do artigo 9.º consagra a possibilidade de aplicação das disposições de “aplicação imediata da lei do país em que as obrigações decorrentes do contrato devam ser, ou tenham sido executadas,”¹⁴⁶⁶ na medida em que, de acordo com essas disposições, a execução do contrato seja ilegal. Trata-se de uma disposição que prevê a aplicação de uma norma emanada de um país estrangeiro ou de uma organização supranacional, nela não se enquadrando a possibilidade de aplicação das disposições de aplicação imediata da lei aplicável em virtude de escolha das partes, já que essas disposições fazem parte da *lex contractus*. Por outro lado, as disposições sobre as quais há-de recair a decisão sobre a prevalência são apenas as normas de aplicação imediata de acordo com a noção constante do n.º 1 do artigo 9.º do normativo *sub iudice*. Tal significa que mesmo que se constate que se trata de uma norma reputada como norma de aplicação imediata no país do cumprimento das obrigações decorrentes do contrato,¹⁴⁶⁷ o tribunal deve verificar se essa qualificação corresponde aos padrões exigidos especificamente pelo regulamento, contribuindo para a unificação da sua aplicação. Significa isto que o tribunal deve indagar se a norma em questão é entendida como essencial para a salvaguarda do interesse público desse Estado, de acordo com a conceção de interesse público contida no regulamento.¹⁴⁶⁸

¹⁴⁶⁵ Neste sentido e considerando que tal pode suceder se forem impostos deveres de conduta e de segurança, relativos à observância de legislação laboral e de respeito pelo meio ambiente, deveres de informação na venda ou fornecimento de bens ou serviços e disposições que se destinam a garantir o equilíbrio contractual, como o direito à indemnização por clientela no *terminus* do contrato de concessão, LEHMANN, Mathias ; UNGERER, Johannes - Applying or taking account of foreign overriding mandatory provisions : sophism under the rome I regulation. Comments on the ECJ Case C-135/15. *YPIL*. 19 (2017/2018) 62.

¹⁴⁶⁶ Considerando ser comum no âmbito da identificação da *lex limitatis* através da *lex fori* a limitação da lei escolhida à ordem pública e às normas internacionalmente imperativas da *lex fori* e simultaneamente prever que um tribunal possa aplicar ou tomar em consideração as normas internacionalmente imperativas de um Estado terceiro que tenha conexão mais estreita com a situação, SYMEONIDES, Symeon C. – The Hague principles on the choice of law for international contracts: preliminary comments. *AM. J. COMP. L.*. 61 : 4 (2013) 884.

¹⁴⁶⁷ Se a norma tiver um conteúdo idêntico a uma norma de aplicação imediata do foro, mas não for reputada como tal no país terceiro, não há que proceder a qualquer ponderação, por não estarem verificados os requisitos do artigo 9.º, n.º 3. Em caso de dúvida o tribunal pode recorrer ao mecanismo do reenvio prejudicial, embora possa simplesmente fazer uso do poder discricionário que lhe é conferido, entendendo que a norma não é aplicável *in casu*.

¹⁴⁶⁸ Neste sentido BONOMI, Andrea – Article 9. In MAGNUS, Ulrich, ed. ; MANKOWSKI, Peter, ed. - *European Commentaries on private international law. Rome I regulation*. [S.l.] : SELP, 2017. Vol. 2, p. 643.

O tribunal toma ainda em consideração a natureza e o objeto das normas a aplicar. Quanto à natureza das normas, a disposição é muito vaga. Tal significa que o tribunal toma conhecimento do conteúdo das normas mas apenas pode ter em consideração as normas que tornem o cumprimento das obrigações decorrentes do contrato ilegal. Nesta matéria o tribunal tem um poder estritamente vinculado. No entanto, o tribunal pode conhecer sobre a natureza pública ou privada das normas a aplicar, se o sistema jurídico em questão conhecer essa distinção e ter em conta o tipo de sanções previstas.¹⁴⁶⁹ No que respeita ao objeto das normas, a previsão é mais acertiva na medida em que apenas se admite a possibilidade de aplicação de normas de aplicação imediata que sejam como tal qualificadas no país do cumprimento das obrigações e que sejam consideradas como essenciais para a proteção do interesse público do Estado em questão.

Para além de ter em consideração a natureza e o objeto das normas, o tribunal terá em consideração as consequências da sua aplicação ou da sua não aplicação.¹⁴⁷⁰ Esta referência à ponderação sobre as consequências da aplicação de tais normas ou da sua não aplicação, pode ser entendida como uma medida de compromisso entre o poder concedido ao tribunal para decidir se atribui prevalência à norma em questão e a necessidade de fundamentação circunstanciada da decisão, considerando todas as circunstâncias do caso, que parece resultar da disposição. A necessidade de fundamentação da decisão funciona, aparentemente, como medida restritiva do poder concedido, na medida em que demonstra a factualidade e o direito tido em consideração, explicando a decisão de atribuir ou não relevância a determinada norma.¹⁴⁷¹

Neste aspeto as consequências suscetíveis de ponderação são várias, desde logo o interesse público que o Estado estrangeiro visa proteger, os interesses das partes em litígio, o interesse do Estado do foro quanto ao alcance da harmonia internacional de julgados e a prevenção do *forum shopping*. Relativamente aos interesses do Estado estrangeiro que consagrou a norma em questão, e que são os preponderantes

¹⁴⁶⁹ Entendendo que quanto às sanções aplicáveis as sanções criminais e administrativas têm mais peso do que as sanções de direito privado, BONOMI, Andrea – Article 9. In MAGNUS, Ulrich, ed. ; MANKOWSKI, Peter, ed. - European Commentaries on private international law. Rome I regulation. [S.l.] : SELP, 2017. Vol. 2, p. 650.

¹⁴⁷⁰ A previsão tem um conteúdo vago, oriundo do artigo 7.º do instrumento homólogo.

¹⁴⁷¹ Nessa vertente a necessidade de justificação das consequências decorrentes da aplicação ou da não aplicação de uma determinada norma, funciona também como catalisador da unificação no âmbito da União Europeia. Não se afasta, neste âmbito, a possibilidade de recurso ao reenvio prejudicial relativamente à omissão de ponderação das consequências resultantes da aplicação ou da não aplicação de uma norma de aplicação imediata de um Estado-membro ou de um Estado terceiro, apesar de o poder de atribuir prevalência a tal norma ser muito amplo, sob pena de a obrigação de fundamentação da decisão tomada não ter qualquer efeito útil.

relativamente aos interesses das partes¹⁴⁷² o tribunal pondera as consequências que resultam para esse Estado da aplicação ou da não aplicação de norma que visa tutelar interesses considerados fundamentais para o mesmo.¹⁴⁷³ A não ser assim, a consideração da existência de disposições de aplicação imediata de um Estado estrangeiro não teria qualquer efeito.¹⁴⁷⁴ Este dispositivo, apesar de apontar diretamente para a ponderação das consequências da sua aplicação ou da sua não aplicação relativamente às disposições do Estado estrangeiro, não exclui, aparentemente, a possibilidade de ponderação conjunta de disposições do Estado do foro,¹⁴⁷⁵ o que pode ser tanto mais importante quanto possam existir disposições de sentido divergente. Nesse caso, entendemos que deveria ser possível ao juiz ponderar, com total liberdade, sobre qual a norma de aplicação imediata a aplicar. É que a solução da prevalência da norma de aplicação imediata do foro, laborando no sentido da aplicação unificada do regulamento, não permite a sua derrogação ainda que justificada.¹⁴⁷⁶ A ponderação a efetuar pelo tribunal versa sobre a possibilidade de aplicação da norma de um Estado estrangeiro¹⁴⁷⁷ e não sobre a possibilidade de ponderação da não aplicação da norma do Estado do foro. Para o tribunal poder aferir convenientemente das consequências da decisão de aplicar ou não aplicar as mencionadas normas tem de ser habilitado com a máxima informação possível para poder ponderar todos os prós e contras do veredito. Mas os interesses das partes em litígio, sendo embora menos importantes, também justificam ponderação pelo tribunal¹⁴⁷⁸. Acresce ainda considerar o interesse quanto ao alcance da harmonia internacional de julgados, que assume especial importância ao

¹⁴⁷² Neste sentido, MCPARLAND, Michael – The Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 712.

¹⁴⁷³ Considerando que o objetivo da norma é particularmente importante quando a razão para lhe atribuir prevalência consiste em auxiliar o Estado estrangeiro a prosseguir as suas políticas e que esse objetivo apenas se torna relevante quando a política subjacente à disposição estrangeira é de alguma forma partilhada com o foro, e que essa política partilhada existe quando o cumprimento da norma estrangeira também promove diretamente os interesses do foro ou os interesses do União Europeia ou da comunidade internacional, dando como exemplo a norma que proíbe o tráfico de armas ou de drogas ou a exportação abusiva de bens culturais, BONOMI, Andrea – Article 9. In MAGNUS, Ulrich, ed. ; MANKOWSKI, Peter, ed. - European Commentaries on private international law. Rome I regulation. [S.l.] : SELP, 2017. Vol. 2, p. 650.

¹⁴⁷⁴ Neste sentido, MCPARLAND, Michael – The Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 697 e ss. e 712.

¹⁴⁷⁵ Considerando MCPARLAND, Michael – The Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 697 e ss. e 712-713, que “em alguns casos, podem ser consideradas as consequências para o próprio Estado do foro e os seus próprios interesses: por exemplo considerando relações com o terceiro Estado cujas normas de aplicação imediata estão em causa.” Refere-se o autor à possibilidade de ter em consideração as relações do Estado do foro com esse terceiro Estado.

¹⁴⁷⁶ A propósito ainda da Convenção de Roma, BONOMI, Andrea – Le norme imperative nel diritto internazionale privato. Zurich: Verlag, 1998, p. 13.

¹⁴⁷⁷ Assim BONOMI, Andrea – Le norme imperative nel diritto internazionale privato. Zurich: Verlag, 1998, p. 13.

¹⁴⁷⁸ Neste âmbito considera BONOMI que se a questão se reportar a um conflito de deveres de uma das partes o tribunal pode optar por atribuir prevalência a uma norma, que tem subjacente uma certa política mesmo se essa política não existir no Estado do foro. BONOMI, Andrea – Article 9. In MAGNUS, Ulrich, ed. ; MANKOWSKI, Peter, ed. - European Commentaries on private international law. Rome I regulation. [S.l.] : SELP, 2017. Vol. 2, p. 650.

nível dos objetivos da União Europeia na qual se prevê a livre circulação de sentenças judiciais entre os Estados-Membros. A decisão sobre atribuir prevalência a uma certa norma pode ainda decorrer da necessidade de prevenir o *forum shopping* quanto a um Estado-Membro estrangeiro, nas situações em que o tribunal desse Estado-Membro também tivesse competência jurisdicional. Desta forma evita-se a formação de jurisprudência dispar e o recurso privilegiado aos tribunais de um Estado em desfavor dos tribunais de outro Estado em virtude das decisões tomadas.¹⁴⁷⁹

5.4.2. TOMADA DE POSIÇÃO

A diferente redação da disposição em face do instrumento homólogo ao Regulamento Roma I possibilitou o consenso quanto à sua adoção, mas conduz às principais críticas de que a sua formulação é alvo. Tais críticas dirigem-se sobretudo ao carácter restritivo do n.º 3 do artigo 9.º do regulamento *sub iudice*, quanto comparada com a disposição correspondente do instrumento homólogo. Esse carácter restritivo deve-sse essencialmente a dois motivos. O primeiro é que apenas se permite atribuir efeitos às disposições de aplicação imediata da lei do local do cumprimento das obrigações, negando efeitos a outras leis que podem acolher interesses igualmente legítimos. O segundo é que partindo da limitação anterior, apenas são elegíveis as normas daquela lei que cominem a ilegalidade do cumprimento do contrato. Tudo acrescido da ponderação da sua natureza, objeto e consequências da sua aplicação ou da sua não aplicação. É neste parâmetro de aplicação do regulamento que surge o recente acórdão do Tribunal de Justiça no caso Republik Griechenland contra Grigorios Nikiforidis que vem acolher a possibilidade de serem tomadas em consideração normas de aplicação imediata estrangeiras que não correspondam ao país do cumprimento da obrigação, embora enquanto elemento de facto. Esta possibilidade de aplicação indireta, reconhecida pelo tribunal, vem revolucionar a matéria das normas de aplicação imediata, passando agora o seu regime a constar quer do disposto no regulamento, quer do acórdão mencionado, e existindo, agora, a possibilidade de conferir decisões adequadas áqueles casos que a doutrina longamente identificou, como sendo situações que não podiam ser objeto de uma boa solução jurídica em face dos meios até então disponíveis. Nesta perspetiva, esta abertura trazida pelo acórdão supra mencionado não

¹⁴⁷⁹ BONOMI considera que neste caso pode ser apropriado atribuir prevalência às disposições de aplicação imediata oriundas de um Estado-Membro estrangeiro no qual o tribunal teria tido competência para julgar o processo. BONOMI, Andrea – Article 9. In MAGNUS, Ulrich, ed. ; MANKOWSKI, Peter, ed. - European Commentaries on private international law. Rome I regulation. [S.l.] : SELP, 2017. Vol. 2, p. 651.

pode deixar de ser considerada como positiva, embora se trate de uma solução, também ela, não isenta de críticas.

Em termos de unidade do sistema, e tendo em vista uma futura reformulação do regulamento *sub iudice*, entendemos que, neste particular, e contrariando a tendência inovadora do tribunal que tem sido o precursor de alterações à legislação, não deve ser consagrada a solução providenciada no acórdão Republik Griechenland contra Grigorios Nikiforidis. Entendemos que, em geral, a solução consagrada na Convenção de Roma é a que melhor se adequa a este tipo de normas,^{1480 1481} -independentemente de estar em causa a aplicação de normas de aplicação imediata da *lex causae* ou de outra lei-¹⁴⁸² em face da solução adotada pelo TJ. Esta última supõe um recurso à aplicação indirecta de normas de aplicação imediata de outros Estados estrangeiros enquanto matéria de facto. A primeira prevê a prevalência das normas de aplicação imediata da lei estrangeira que tenha uma conexão estreita com o contrato, passando as mesmas a ser subsumidas ao caso concreto com o seu exato teor. A solução da aplicação indirecta dessas normas enquanto matéria de facto, não garante a aplicação fiel e unificada do teor das disposições a aplicar indirectamente. Tal falta de aplicação unificada fica a dever-se ao facto de que, nessa situação, a determinação das consequências da inobservância dessas disposições da lei estrangeira é feita por recurso à *lex contractus*.¹⁴⁸³ Em face desta contingência, as consequências da inobservância das disposições da lei estrangeira podem ser as mais variadas dependendo dos critérios acolhidos por cada *lex contractus*.

¹⁴⁸⁰ Neste sentido, RAMOS, Rui Moura – Estudos de direito internacional privado da União Europeia. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 96-97 e SÁNCHEZ LORENZO, Sixto – Choice of law and overriding mandatory rules in international contracts. *YPIL*. 12 (2010) 82. Defendendo que "...seria recomendável introduzir uma disposição no regulamento que preveja que a cooperação internacional não se restringe às normas que invalidam o cumprimento do contrato.", LEHMANN, Mathias ; UNGERER, Johannes - Applying or taking account of foreign overriding mandatory provisions : sophism under the rome I regulation. Comments on the ECJ Case C-135/15. *YPIL*. 19 (2017/2018) 64.

¹⁴⁸¹ Em sentido aparentemente próximo, considerando que deve ser atribuída relevância à norma estrangeira à qual as partes pretendem subtrair-se, PLENDER, Richard; WILDERSPIN, Michael – The European private international law of obligations. 3ª ed. London: Sweet & Maxwell, 2009, p. 348-351. No entanto, acentuando que essa aplicação só deve ter lugar desde que essa lei apresente uma ligação estreita com o lugar do cumprimento da obrigação, MORSE, C. G. J. – Morris, Dicey, & Collins on the conflict of laws. Londres: Sweet & Maxwell, 2014. Vol. 2, p. 1837. Questionando esta necessidade, em face do atual regime, dando o exemplo de a lei nacional do país no qual o fornecedor tem o seu estabelecimento poder prever a nulidade do contrato de seguro se o fornecedor não estiver autorizado, independentemente do lugar do cumprimento, SÁNCHEZ LORENZO, Sixto – Choice of law and overriding mandatory rules in international contracts. *YPIL*. 12 (2010) 85.

¹⁴⁸² Como defende, embora sem referência ao regime da Convenção de Roma ou do Regulamento Roma I, RAMOS, Rui Moura – Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional. Coimbra: Almedina, 1991, p. 720.

¹⁴⁸³ No sentido de que em caso de aplicação indirecta das normas de aplicação imediata estrangeiras, essas regras "e a sua inobservância, são consideradas apenas como matéria de facto, cujas consequências legais são determinadas pela *lex contractus*.", BONOMI, Andrea - Article 9. In MAGNUS, Ulrich, ed. ; MANKOWSKI, Peter, ed. - European Commentaries on private international law. Rome I regulation. [S.l.] : SELP, 2017. Vol. 2, p. 651.

Por outro lado, entendemos que em caso de incompatibilidade entre uma disposição de aplicação imediata da *lex fori* e uma lei estrangeira, deve ser dada abertura à possibilidade de ponderação sobre qual das leis aplicar, tendo em conta a economia do contrato.

Estas soluções podem ter um pequeno impacto o grau de unificação na aplicação do direito, no entanto, afiguram-se mais adequadas do que o recurso sistemática à aplicação indireta do tipo de normas em questão por recurso à jurisprudência recente. Nesta medida a unificação, ainda que atenuada, deve prevalecer, consagrando-se a solução que melhor proteja os interesses em presença, sem deixarmos de ter em conta que as normas de aplicação imediata constituem, efetivamente, o último reduto da soberania dos Estados em face do atual enquadramento jurídico da contratação internacional.

5.5. NORMAS DE APLICAÇÃO IMEDIATA DA UE

Ao mesmo tempo que as designadas normas de aplicação imediata constituem, por um lado, um importante limite à autonomia da vontade, constituem também um importante reduto, sem esquecer o papel da ordem pública,¹⁴⁸⁴ e segundo alguma doutrina, o último

¹⁴⁸⁴ A ordem pública intervém como limite à aplicação do direito estrangeiro tendo em vista a proteção dos valores considerados fundamentais pelos Estados. Acentuando o caráter excecional do recurso à sua utilização como *ultimum remedium* para proteger as normas e valores dos Estados. VLAS, Paul – Public policy in private international law and its continuing importance. In HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau - A commitment to private international law: essays in honour of Hans Van Loon. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 628. O seu conceito difere de Estado para Estado e de época para época, por isso se pode fazer menção a duas características importantes da ordem pública a sua variabilidade geográfica e temporal. Neste sentido, KUYVEN, Luis Fernando Martins – Les limitations à l'autonomie de la volonté contractuelle. In Michel Stork [et al.], Les frontières entre liberté et interventionnisme en droit français et en droit brésilien: études de droit comparé. Strasbourg: L'Harmattan, 2010, p. 431-432. No entanto trata-se também de um conceito mutável. No sentido de que esta exceção deve adaptar-se constantemente às necessidades da sociedade para a qual é definida, incluindo a tomada em consideração dos comportamentos inovadores dos operadores. O seu conteúdo tem de evoluir, por vezes mesmo rapidamente, se bem que o juiz deva tomar em consideração a ordem pública do momento em que julga e não do dia em que ocorreu o comportamento". KESSEDJIAN, Catherine – Le droit international privé et l'intégration juridique européenne. In Talia Einhorn; Siehr, Kurt (Ed.), Intercontinental cooperation through private international law: essays in memory of Peter E. Nygh. Den Haag: T.M.C. Asser Press, 2004, p. 195-196; POINGT, Patrice – Approche philosophique. In Annie Cudennec (Dir.), Ordre public et la mer. Paris: Pedone, 2012; AMURE, Umr – Centre de Droit et d'Economie de la Mer. Paris: Pedone, 2012, p. 17, salienta que apesar de a ordem pública ser instituída de forma voluntária e ser constituída por uma lógica interna de auto-organização social, é uma ordem paradoxalmente instável, “pois por um lado visa a perenidade do quadro estabelecido, mas por outro lado é alterável em função de uma procura crescente e centrifuga de liberdades.” A exceção da ordem pública vem consagrada no artigo 21.º do Regulamento Roma I, prevendo-se que só poderá ser afastada a aplicação de uma lei determinada de acordo com o regulamento com fundamento na manifesta incompatibilidade com a ordem pública do foro. A preocupação relativa à salvaguarda da ordem pública é objeto de previsão no n.º 3 do artigo 11.º dos Princípios da Haia. Neste dispositivo se prevê que um tribunal só poderá afastar a aplicação de uma previsão da lei escolhida pelas partes se, e na medida em que, os seus efeitos forem manifestamente incompatíveis com as noções fundamentais de ordem pública do foro. Neste contexto, VLAS, Paul – Public policy in private international law and its continuing importance. In HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau – A commitment to private international law: essays in honour of Hans Van Loon. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 628, manifesta a sua preferência, ainda relativamente

reduto da soberania dos Estados.¹⁴⁸⁵ É que a possibilidade de as partes se subtraírem à sua aplicação através da sujeição da apreciação dos seus litígios à arbitragem, por via da previsão de uma cláusula compromissória ou de uma cláusula atributiva de jurisdição¹⁴⁸⁶ pode determinar o seu afastamento da influência das disposições de aplicação imediata.¹⁴⁸⁷ Por esse motivo, também os Princípios da Haia consagram a prevalência das normas de aplicação imediata sobre a lei estatal ou as regras não estatais escolhidas (artigo 11, n.ºs 1 e 2).¹⁴⁸⁸

Neste domínio, "...a globalização ameaça a implementação de políticas reguladoras do Estado do foro"¹⁴⁸⁹ mas também de outros Estados. Simultaneamente à proteção das disposições de aplicação imediata e ao bem fundado da sua supremacia sobre as demais categorias de normas imperativas, como são as normas não derogáveis por acordo, parece emergir a categoria de disposições de aplicação imediata já não relativamente aos ordenamentos jurídicos estaduais, mas quanto ao ordenamento jurídico supraestadual, neste caso europeu. Essa revelação, oriunda do espírito criador do Tribunal de Justiça, parece ancorar-se no acórdão Ingmar,¹⁴⁹⁰ no qual o Tribunal atribuiu prevalência a uma Diretiva da UE sobre a lei aplicável ao contrato,¹⁴⁹¹ por

ao projeto de Princípios da Haia sobre a escolha de lei nos contratos comerciais internacionais, pela consagração da expressão constante de vários outros instrumentos da Conferência da Haia "manifestamente contrários à ordem pública do foro." O nº 4 do mesmo artigo prevê que é a *lex fori* que determina quando um tribunal pode ou deve aplicar ou tomar em consideração a ordem pública do Estado cuja lei seria aplicável na falta de escolha pelas partes. Essa previsão restringe a avaliação sobre a aplicabilidade da *lex causae*, em matéria de ordem pública, ao conteúdo das disposições de direito substantivo da *lex fori*.

¹⁴⁸⁵ No sentido de que as normas imperativas são em larga medida, a par com a exceção de ordem pública, o último baluarte das ordens jurídicas nacionais contra as iniciativas privadas de desregulamentação. KINSCH, Patrick – Quel droit international privé pour une époque néolibérale? In Vincent Heuzé [et al.], *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*. Paris: LGDJ, 2015, p. 387.

¹⁴⁸⁶ Sobre a matéria BEAUMONT, Paul; YÜKSEL, Burcu – The validity of choice of court agreements under Brussels I Regulation and the Hague choice of court agreements convention. In Katharina Boele-Woelki [et al.], *Convergence and divergence in private international law: Liber Amicorum Kurt Siehr*. The Hague: Eleven International Publishing, 2010, p. 563-721.

¹⁴⁸⁷ Como salienta GAUDEMET-TALLON, Hélène – La clause attributive de juridiction et les lois de police. In Talia Einhorn Boele-Woelki (Ed.), *Convergence and divergence in private international law*. The Hague: Eleven International Publishing, 2010, p. 707. Para esta autora deve evitar-se que a opção pelas soluções neo-liberais seja apresentada como uma opção puramente técnica, mas antes como uma escolha de ordem política, tendo consciência de outras questões que não as relativas à técnica jurídica.

¹⁴⁸⁸ Não obstante as partes possam ter recorrido àqueles princípios, em caso de litígio, a submissão do mesmo a um tribunal judicial ou a um tribunal arbitral, não afasta a aplicação das normas de aplicação imediata do *forum* ou de terceiros Estados, que se sobrepõem à escolha das partes. Trata-se de uma disposição de coordenação entre normas estatais e regras não estatais.

¹⁴⁸⁹ BASEDOW, Jürgen – The effects of globalization on private international law. In Jürgen Basedow; Toshiyuki Kono (Eds.), *Legal aspects of globalization*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law, 2000, p. 10.

¹⁴⁹⁰ Tribunal de Justiça 9.11.2000, proc. C-381/98, no qual o Tribunal de Justiça entendeu as disposições constantes dos artigos 17.º e 18.º da Diretiva 86/653 CEE como normas de aplicação imediata.

¹⁴⁹¹ No sentido de que este acórdão estabeleceu dois critérios de aplicação de normas de aplicação imediata, em primeiro lugar a sua aplicação territorial a um agente comercial que tenha exercido a sua atividade no território de um Estado-Membro, e em segundo, a supremacia do normativo comunitário sobre a lei aplicável ao contrato. FOYER, Jacques – Lois de police et principe de souveraineté. In Louis d'Avout [et al.], *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit: les relations privées internationales*. Paris: LGDJ, 2014, p. 357.

recurso a uma técnica unilateral.¹⁴⁹² Nesse acórdão o tribunal parte do princípio do primado estabelecido no acórdão Jean-Claude Arblade e Arblade & Fils SARL¹⁴⁹³ passando dos efeitos desse primado ao lugar ocupado pelas normas de aplicação imediata nacionais,¹⁴⁹⁴ o qual vai motivar jurisprudência posterior, designadamente o acórdão Unamar.¹⁴⁹⁵

É certo que o regime providenciado de modo inovador ao nível do n.º 4 do artigo 3.º do Regulamento tem em vista que, uma disposição de direito da UE não derogável por acordo, não possa ser afastada por uma lei de um Estado terceiro¹⁴⁹⁶ e inspira-se na jurisprudência Ingmar e serve para limitar a aplicação de direito de um Estado terceiro. No entanto, a consagração desta jurisprudência no preceito a que aludimos, não foi feita com recurso à extensão com que a jurisprudência a consagrou, na medida em que a limitação do efeito da escolha de lei se restringe aos contratos que tenham todos os elementos de conexão relevantes localizados exclusivamente no território dos Estados-Membros. Como anteriormente referido, se um elemento relevante do contrato se localizar num Estado terceiro, não decorre do preceito a limitação à aplicação da lei

¹⁴⁹² Como dá nota EZQUERRA UBERO, José Javier – La sentencia Ingmar y la evolución del derecho internacional privado europeo de los contratos. In Alfonso Luis Calvo Caravaca; Javier Carrascosa González (Coord.), Estudios sobre contratación internacional. Madrid: Colex, 2006, p. 202, na medida em que nesse caso o Tribunal de Justiça decidiu delimitar o âmbito de aplicação do Direito comunitário nas situações conectadas com terceiros Estados..

¹⁴⁹³ Entendeu o TJ 23.11.1999, caso Jean-Claude Arblade e Arblade & Fils SARL (C-369/96) e Bernard Leloup, Serge Leloup e Sofrage SARL (C-376/96), [CJ (1999) I-8512]] n.º 30, que disposições imperativas são “disposições nacionais cuja observância foi considerada crucial para a salvaguarda da organização política, social e económica do Estado-Membro em causa, a ponto de impor o seu respeito a qualquer pessoa que se encontre no território nacional desse Estado-Membro ou a qualquer relação jurídica neste localizada”. Ainda neste âmbito o Acórdão a que aludimos manifesta o entendimento segundo o qual, as leis nacionais ao serem consideradas normas de aplicação imediata, tal facto “não as subtrai ao respeito das disposições do Tratado” e bem assim que “os motivos na base de tais legislações nacionais só podem ser tomados em consideração pelo direito comunitário a título de exceções às liberdades comunitárias expressamente previstas no Tratado e, sendo caso disso, a título de razões imperiosas de interesse geral.” *Idem* n.º 31. Sobre este Acórdão ANCEL, Bertrand; LEQUETTE, Yves – Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé. Paris: Dalloz, 2001, p. 509-510. Considerando que a jurisprudência Arblade se insere conceitualmente na ordem pública, KUYVEN, Luis Fernando Martins – Les limitations à l'autonomie de la volonté contractuelle. In Michel Stork (Dir.), Les frontières entre liberté et interventionnisme en droit français et en droit brésilien: études de droit comparé. Paris: L'Harmattan, 2010, p. 431-432.

¹⁴⁹⁴ FOYER, Jacques – Lois de police et principe de souveraineté. In Louis d'Avout [et al.], Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit: les relations privées internationales. Paris: LGDJ, 2014, p. 355.

¹⁴⁹⁵ TJ 17.10.2013, caso United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV contra Navigation Maritime Bulgare, proc. C-184/12 [CJ (2013)].

¹⁴⁹⁶ Entendendo que foi também esta a perspetiva que determinou o GEDIP a propor um sub parágrafo ao n.º 3 do artigo 3.º com um teor próximo da redação do n.º 4 do artigo 3.º do Regulamento Roma I, que previa para além da escolha de uma lei de um Estado terceiro, que a mesma fosse acompanhada ou não da escolha de um tribunal estrangeiro. GAUDEMET-TALLON, Hélène – Le droit international privé des contrats dans un ensemble régional: l'exemple du droit communautaire. In Talia Einhorn; Siehr, Kurt (Ed.), Intercontinental cooperation through private international law: essays in memory of Peter E. Nygh. Den Haag: T.M.C. Asser Press, 2004, p. 133. Sendo a redação proposta a seguinte: “le choix par les parties de la loi d'un pays tiers, assorti ou non de celui d'un tribunal d'un pays tiers, ne peut, lorsque tous les autres éléments de la situation son localisés au moment du choix dans un ou plusieurs Etats membres, porter atteinte aux dispositions impératives qui trouvent leur origine dans des actes de la Communauté et qui son applicables dans un Etat membre dont la loi aurait été applicable à défaut de choix”.

escolhida, ou melhor, a situação poderá ser subsumida ao disposto no n.º 1 do mesmo preceito. No acórdão mencionado o tribunal decidiu que mesmo tendo o comitente estabelecimento fora da UE e tendo sido escolhida a lei do Estado no qual o mesmo se encontrava estabelecido, na medida em que o agente, estabelecido no Reino Unido, aí havia exercido a sua atividade¹⁴⁹⁷, prevaleciam as disposições da Diretiva 86/653/CEE do Conselho de 18 de dezembro relativa à coordenação do direito dos Estados-membros sobre os agentes comerciais (artigos 17.º e 18.º). A dúvida está em saber se o tribunal qualificou essas disposições como sendo de aplicação imediata¹⁴⁹⁸ ou, por outro lado, como sendo disposições não derogáveis por acordo do direito da UE. No entanto e propendendo para a efetiva qualificação atribuída pelo Tribunal de Justiça como normas de aplicação imediata, sempre se dirá que em face de uma situação com a mesma factualidade e não obstante o teor do n.º 4 do artigo 3.º atrás analisado, o tribunal decidirá no mesmo sentido. O que fará supor a sugestão, no futuro, de uma nova redação para o preceito mencionado. Quer o primado do direito da UE quer a classificação dessas disposições como disposições de aplicação imediata marcam a emergência de uma nova categoria de normas de aplicação imediata a juntar às normas dessa natureza cuja aplicação se encontra salvaguardada no artigo 9.º do Regulamento Roma I. Para além de as normas de aplicação imediata do Estado do foro e de a ponderação da aplicação das normas de aplicação imediata do Estado no qual a obrigação deva ser ou foi executada, surge a nova categoria de normas de aplicação

¹⁴⁹⁷ Mantendo a mesma linha de raciocínio entendeu o Tribunal de Justiça, em acórdão recente, em que o Comitente tinha sede na Bélgica e agente tinha sede na Turquia, a não aplicação do regime previsto nos artigos 17.º e 18 da Diretiva 86/653/CEE, de 18 de dezembro de 1986, relativo à indemnização por clientela, apesar da escolha da lei belga, em virtude de a atividade ter sido exercida fora da União Europeia. TJ 16.02.2017, caso *Agro Foreign Trade Agency v Petersimme NV*, proc. C- 507/15 [2017] N.º 52.

¹⁴⁹⁸ Neste sentido, RAMOS, Rui Moura - O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a teoria geral do direito internacional privado: desenvolvimentos recentes. In Estudos de homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço. Coimbra: Almedina, 2002. Vol. 1, p. 461; FOYER, Jacques – *Lois de police et principe de souveraineté*. In Louis d'Avout [et al.], *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit: les relations privées internationales*. Paris: LGDJ, 2014, p. 357; TELES, Eugénia Galvão – A noção de normas de aplicação imediata no Regulamento Roma I: uma singularidade legislativa. In Jorge Miranda [et al.], Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina, 2012. Vol. 2, p. 814; WATT, Horatia Muir – Les limites du choix: dispositions impératives et internationalité du contrat. In Sabine Corneloup; Natalie Joubert (Dir.), Le règlement communautaire "Rome I" et le choix de loi dans les contrats internationaux. Bourgogne: Université de Bourgogne, 2010, p. 342; EZQUERRA UBERO, José Javier – La sentencia Ingmar y la evolución del derecho internacional privado europeo de los contratos. In Alfonso Luis Calvo Caravaca; Javier Carrascosa González (Coord.), Estudios sobre contratación internacional. Madrid: Colex, 2006, p. 201 e HAFTEL, Bernard – Les normes auto-limitées en droit international privé. In ANCEL, Marie-Elodie, ed. [et al.] - Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel. Paris : LGDJ, 2018. p. 848. Em sentido diverso, entendendo que "a diretiva se aproxima mais a uma cláusula de ordem pública europeia que nem as leis dos Estados-Membros nem as leis dos Estados terceiros podem afastar desde que exista uma ligação com a União Europeia." VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de – L'ordre public dans les contrats internationaux en Europe. In André Decocq (Dir.), Mélanges en l'honneur de Philipp Malaurie. Paris: Defrénois, 2005, p. 393 e ss. e p. 398 e ss. No mesmo sentido, KUYVEN, Luis Fernando Martins – Les limitations à l'autonomie de la volonté contractuelle. In Michel Stork (Dir.), Les frontières entre liberté et interventionnisme en droit français et en droit brésilien: études de droit comparé. Paris: L'Harmattan, 2010, p. 431-432.

imediate oriundas do direito da UE,¹⁴⁹⁹ sendo defendido que “as normas de aplicação imediata já não são aquelas que são necessárias à organização do Estado, mas aquelas que implementam uma política comunitária.”¹⁵⁰⁰

Parece-nos, no entanto, que a implementação de uma política da união europeia corresponde, embora ao nível regional, à organização dos Estados que integram um dado ente supranacional, neste caso a UE.

Esta realidade, vem introduzir uma nova hierarquia entre diferentes normas de aplicação imediata quanto à sua fonte,¹⁵⁰¹ mantendo no topo da hierarquia as disposições de aplicação imediata oriundas da UE. No acórdão Jean-Claude Arblade e Arblade & Fils SARL a jurisdição suprema abriu o caminho à identificação de novas normas de aplicação imediata com origem no direito da UE, o que tem como consequência natural uma limitação à aplicação das normas de aplicação imediata dos Estados-Membros, identificando a doutrina, nestas circunstâncias, uma inerente limitação à soberania dos mesmos.^{1502, 1503} A aceitação desta limitação de soberania decorre da constatação de que “(...) a expressão da soberania dos Estados manifesta-se no direito internacional privado através das normas de aplicação imediata.”¹⁵⁰⁴ Nesta perspetiva, a existência de normas de aplicação imediata de fonte supraestadual consiste num dado novo inevitavelmente perturbador da soberania estadual. De alguma forma a ideia de soberania não aparece hoje tão vincada, quer nas decisões jurisprudenciais,¹⁵⁰⁵ quer em estudos doutrinários. Também se constata uma gradual abertura à aceitação da influência de normas de aplicação imediata de Estados terceiros. Ao nível europeu, tal sucedeu com a consagração das disposições imperativas na Convenção de Roma (artigo 7.º, n.º 1) e, posteriormente, com o Regulamento Roma I (artigo 9.º, n.º 3). Esta

¹⁴⁹⁹ Neste sentido, GAUDEMET-TALLON, Hélène – Le droit international privé des contrats dans un ensemble regional: l'exemple du droit communautaire. In Talia Einhorn; Siehr, Kurt (Ed.), Intercontinental cooperation through private international law: essays in memory of Peter E. Nygh. Den Haag: T.M.C. Asser Press, 2004, p. 133.

¹⁵⁰⁰ FOYER, Jacques – Lois de police et principe de souveraineté. In Louis d'Avout [et al.], Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit: les relations privées internationales. Paris: LGDJ, 2014, p. 356.

¹⁵⁰¹ Considerando que se altera a relação hierárquica entre disposições concorrentes, GAUDEMET-TALLON, Hélène – La clause attributive de jurisdiction et les lois de police. In Talia Einhorn/ Boele-Woelki (Ed.), Convergence and divergence in private international law. The Hague: Eleven International Publishing, 2010, p. 707.

¹⁵⁰² GAUDEMET-TALLON, Hélène – Le droit international privé des contrats dans un ensemble regional: l'exemple du droit communautaire. In Talia Einhorn; Siehr, Kurt (Ed.), Intercontinental cooperation through private international law: essays in memory of Peter E. Nygh. Den Haag: T.M.C. Asser Press, 2004, p. 130.

¹⁵⁰³ Considerando que o princípio da soberania irriga toda a controvérsia sobre as normas de aplicação imediata, FOYER, Jacques – Lois de police et principe de souveraineté. In Louis d'Avout [et al.], Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit: les relations privées internationales. Paris: LGDJ, 2014, p. 357.

¹⁵⁰⁴ Neste sentido, FOYER, Jacques – Lois de police et principe de souveraineté. In Louis d'Avout [et al.], Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit: les relations privées internationales. Paris: LGDJ, 2014, p. 348.

¹⁵⁰⁵ Constituindo exemplo paradigmático a decisão do Tribunal Constitucional da República Checa, supramencionada.

aceitação de previsões normativas das quais pode decorrer a aplicação de normas imperativas, sobretudo quando se reportem à aplicação de disposições de Estados estrangeiros, demonstra a existência de uma relativização da soberania dos Estados em favor de um aprofundamento das relações existentes entre os mesmos ao nível internacional e pela sucessiva transferência dos seus redutos assim entendidos face à teoria clássica.¹⁵⁰⁶

Em direito internacional privado a soberania não pode expressar-se em termos absolutos já que para além dos poderes soberanos dos Estados se encontram compromissos internacionais a que os mesmos se encontram internacionalmente vinculados.

Em face dos compromissos internacionais e dos fenómenos de integração, os Estados confortam a relativização da sua soberania na consideração da imprescindibilidade da cooperação internacional, enquanto expressão atual da *Comitas Gentium*. Terá sido com base nesta ideia que o Hoge Raad holandês, no seu acórdão de 13 de maio de 1966, proferido no Caso Alnati,¹⁵⁰⁷ considerou que “pode suceder que para um Estado estrangeiro, a observância de algumas das suas regras, mesmo fora do seu território, revista uma importância tal que o juiz holandês deva considerá-las e, desde logo, aplicá-las com preferência sobre o direito de um outro Estado que teria sido escolhido pelas partes para reger o seu contrato.”

Apesar de esse órgão jurisdicional se ter limitado a enunciar a questão, não tendo decidido nesse sentido, aparentemente este acórdão terá influenciado o legislador da Convenção de Roma,¹⁵⁰⁸ desde logo quanto ao projeto de 1972, e à consagração do disposto no n.º 1 do seu artigo 7.º e à posterior consagração de solução idêntica, embora mais restrita, no n.º 3 do artigo 9.º do Regulamento *sub iudice*.

¹⁵⁰⁶ No sentido de que a expressão soberania passou a ser entendida com um sentido mais neutro e descritivo PATAUT, Étienne – *Principe de souveraineté et conflits de juridictions*. Paris: LGDJ, 1999, p. 34.

¹⁵⁰⁷ *RCDIP*. (1967) 522 e ss.

¹⁵⁰⁸ No entanto, para MORSE, C. G. J. – *Morris, Dicey, & Collins on the conflict of laws*. Londres: Sweet & Maxwell, 2014. Vol. 2, p. 1830 o fundamento dessas consagrações residirá “provavelmente na teoria alemã de acordo com a qual as leis de direito público estrangeiras (especialmente as relativas ao controlo de câmbios e às restrições a importações ou exportações) devem aplicar-se se os interesses do foro ou de um terceiro país forem violados.” Outra justificação para a origem do preceito pode ser encontrada na jurisprudência Arblade. Neste sentido GAUDEMET-TALLON, Hélène – *Le droit international privé des contrats dans un ensemble régional: l'exemple du droit communautaire*. In Talia Einhorn; Siehr, Kurt (Ed.), *Intercontinental cooperation through private international law: essays in memory of Peter E. Nygh*. Den Haag: T.M.C. Asser Press, 2004, p. 130. Entende a mesma autora que o Tribunal de Justiça adotou a mesma solução no Acórdão Mazzoleni (TJ 15.03.2001, caso processo-crime contra André Mazzoleni e Inter Surveillance Assistance SARL, civilmente responsável, com intervenção de: Eric Guillaume e o., proc. C-165/98, [CJ (2001) I-2213]).

Não obstante reservem parte importante da sua soberania sobre a qual repousa a fundamentação das decisões quanto à aplicação quer das suas normas de aplicação imediata, quer quanto à atribuição de efeitos às normas de aplicação imediata de Estados terceiros, os tribunais nacionais continuam a ser, juntamente com os legisladores, o último recurso da salvaguarda da soberania nacional.¹⁵⁰⁹ Mas, também neste prisma, essa soberania pode, afinal, sair beliscada na medida em que a possibilidade de os tribunais poderem estar vinculados à aplicação de certas normas, pode decorrer atualmente da interpretação fixada pelo Tribunal de Justiça.

É em face da possibilidade de sobreposição de soberanias que consideramos existir na Europa uma soberania estadual gradualmente limitada, cuja limitação está implícita na sucessiva transferência de competências para a UE e que é aceite pelos Estados-Membros em função das necessidades decorrentes da cooperação internacional.

Este potencial desequilíbrio entre soberanias, é, no entanto, suscetível de conduzir a instabilidade institucional.¹⁵¹⁰ Numa solução de prudência, a relação hierárquica foi objeto de um reequilíbrio apto a atenuar os efeitos da promulgação da supremacia do direito oriundo daquele ordenamento jurídico. Tal solução passou pela defesa de aplicação das disposições do direito da UE tal como aplicadas pelo Estado-Membro do foro, se essa aplicação se traduzir numa proteção superior àquela que é formulada por aquelas disposições, em circunstâncias especiais, tal como decidido no Acórdão Unamar.¹⁵¹¹ Neste acórdão já não está em causa a natureza de disposições de aplicação imediata atribuída aos artigos 17.º e 18.º da Diretiva 86/653/CEE do Conselho de 18 de dezembro relativa à coordenação do direito dos Estados-membros sobre os agentes comerciais e a sua prevalência sobre a lei escolhida, questão que se considera adquirida, mas a prevalência da proteção conferida pela *lex fori* que transpôs a diretiva

¹⁵⁰⁹ Neste sentido, considerando que “relewa do poder do legislador nacional, mas também do juiz, garantir que a soberania seja salvaguardada em relação às tentativas hegemónicas do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e do Tribunal de Justiça da União Europeia”. GUILLAUMÉ, J. – L'affaiblissement de l'État nation et le droit international privé. Paris: LGDJ, 2011, p. 19.

¹⁵¹⁰ Aludindo ao risco de litígio entre a soberania comunitária e a soberania dos Estados que poderia resultar do afastamento das disposições de aplicação imediata destes em favor das oriundas da primeira. GAUDEMET-TALLON, Hélène – Le droit international privé des contrats dans un ensemble regional: l'exemple du droit communautaire. In Talia Einhorn; Siehr, Kurt (Ed.), Intercontinental cooperation through private international law: essays in memory of Peter E. Nygh. Den Haag: T.M.C. Asser Press, 2004, p. 133.

¹⁵¹¹ Acórdão cit. supra, n.º 52. Sobre a Diretiva 86/653/CEE – Agentes Comerciais, “à luz de todas as considerações precedentes, há que responder à questão submetida que os artigos 3.º e 7.º, n.º 2 da Convenção de Roma devem ser interpretados no sentido de que a lei de um Estado-Membro da União que oferece a proteção mínima imposta pela Diretiva 86/653/CEE, escolhida pelas partes num contrato de agência comercial, pode ser afastada pelo órgão jurisdicional chamado a pronunciar-se, com sede noutro Estado-Membro, a favor da *lex fori* com um fundamento relativo ao caráter imperativo, na ordem jurídica deste último Estado-Membro, das normas que regulam a situação dos agentes comerciais unicamente se o órgão jurisdicional chamado a pronunciar-se constatar de forma circunstanciada que, no âmbito desta transposição, o legislador do Estado do foro considerou crucial, na ordem jurídica em causa, conceder ao agente comercial uma proteção mais ampla do que a conferida pela Diretiva, tendo em conta, a este respeito, a natureza e o objeto dessas disposições imperativas.”

garantindo ao agente uma proteção superior àquela que resultaria da simples aplicação da diretiva tal como transposta pela *lex causae*. A solução em si é também passível de gerar dúvidas, atrás suscitadas, quanto a saber porque não aplicar, ainda que partindo do mesmo pressuposto da proteção superior conferida ao agente, as normas de aplicação imediata da *lex contractus*. Já no acórdão Republik Griechenland contra Grigoriou Nikiforidis, atrás citado, se vem considerar a possibilidade de ponderação de normas de aplicação imediata de Estados terceiros em geral, enquanto elemento de fato e se essa solução se encontrar prevista nas normas do direito material aplicável. Assiste-se, assim, a um reforço da solução consagrada na Convenção de Roma quanto a Estados terceiros.

A conceção de soberania está, assim, definitivamente alterada, desde logo em função de um processo gradual de transferência de competências para a UE. No entanto, essa alteração não se queda na transferência de competências indo, ainda, ao encontro da metodologia da unificação seguida pelo Tribunal de Justiça. Neste âmbito relevam, assim, as interpretações vinculativas que o Tribunal de Justiça vem fazendo quer quanto à prevalência do direito da UE, quer ainda quanto à natureza que atribui a normativos insertos na legislação oriunda do seu ordenamento jurídico. Em função do que, quer por uma via, quer por outra, os Estados vão perdendo importantes parcelas da sua soberania em virtude da afirmação de uma soberania supraestadual que prossegue interesses de todos os Estados-Membros. No entanto o equilíbrio entre soberanias é frágil¹⁵¹² e a cada avanço da soberania da UE algumas atenuações ao reforço desse poder são concedidas em prol da estabilidade institucional.

Na perspetiva de uma futura reformulação do Regulamento Roma I, afigura-se dever ser aditada uma referência às normas de aplicação imediata da União Europeia e esclarecida a sua posição hierárquica relativamente às demais categorias. Nesta matéria entendemos que deve ser consagrada a sua prevalência sobre as normas de aplicação imediata estrangeiras e a sua paridade relativamente às normas do foro, de acordo com a jurisprudência Unamar.

¹⁵¹² Como parece resultar da afirmação de GAUDEMET-TALLON “vivemos uma época curiosa, sem dúvida de transição, na qual as fronteiras nacionais se desvanecem e ao mesmo tempo persistem em afirmar-se.” GAUDEMET-TALLON, Hélène - Le droit international privé des contrats dans un ensemble regional: l'exemple du droit communautaire. In Talia Einhorn; Siehr, Kurt (Ed.), Intercontinental cooperation trough private international law: essays in memory of Peter E. Nygh. Den Haag: T.M.C. Asser Press, 2004, p. 119.

CONCLUSÕES

Finalizado o percurso identificado no início do presente estudo, é chegado o momento de coligir as principais conclusões.

Na parte inicial, fomos animados pelo intuito da apresentação dos aspetos gerais da unificação em geral e da unificação do Direito internacional privado no âmbito da União Europeia em particular, e pelo contexto que marcou a sua evolução. Desse percurso resulta de forma inequívoca a importância do influxo da integração institucional na progressão da unificação em matéria de Direito internacional privado em geral e das obrigações contratuais em particular. Na verdade, assiste-se à passagem da unificação por recurso aos meios internacionais para a sua consagração através de um ato legislativo. É neste enquadramento que o Regulamento Roma I sobre a lei aplicável às obrigações contratuais vem suceder à Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais. É o Tratado de Amesterdão que abre a porta à unificação nesta matéria, consagrando a respetiva competência. Da possibilidade de adoção de medidas de aproximação de legislações passamos então para a consagração da competência para adotar medidas de unificação de legislações, vertida no artigo 73.º-M daquele tratado, ao prever a adoção de medidas no domínio da cooperação judiciária em matéria civil, na medida do necessário ao bom funcionamento do mercado interno. Essa consagração vem a ser reafirmada no âmbito do processo de adesão da Comunidade Europeia à Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Desse processo resulta explícita a extensão do âmbito de competências incluindo-se quer a adoção de medidas de compatibilização, quer a adoção de medidas de unificação.

Neste sentido, o Regulamento Roma I, cuja norma habilitante não podia deixar de ser a referida, surge, assim, como o segundo marco de referência em matéria de unificação do direito internacional privado europeu.

Com o Tratado de Lisboa o quadro legal da unificação é objeto de um reforço desta competência. O teor do artigo 81.º do TFUE, que reproduz a previsão contida no Tratado que institui uma Constituição para a Europa -que não chegou a ver a luz do dia-, aparta a consagração da referida competência do requisito da necessidade para o bom funcionamento do mercado interno.

Analizados os quadros institucional e legal da unificação, avançámos, para a indagação das suas características. Trata-se de uma unificação com características especiais, que não se fica pela norma, mas abrange também o seu sentido. A preocupação unificadora

não pode quedar-se pela adoção de normas de conflitos, tal preocupação é primária, mas não pode ser entendida como exclusiva. À mesma acrescem as necessidades de interpretação unificada como meio de garantir a eficiência do novo quadro jurídico criado. Quer a interpretação unificada quer a metodologia que conduz a tal resultado, constituem particularidades do quadro jurídico da UE que permitem tentar unificar o sentido da norma. A tal desiderato não é alheia a constituição de um Tribunal que desempenha um papel primordial na unificação do direito da UE.

A interpretação unificada é garantida em última instância pelo Tribunal de Justiça através do recurso ao reenvio prejudicial. A coerência deste ordenamento jurídico alargado não se basta apenas com a interpretação unificada, é necessário ainda proceder a uma aplicação do direito com igual característica. No entanto, os tribunais nacionais continuam a ser os principais responsáveis pela aplicação deste direito.

Esta metodologia assenta na opção de termos um tribunal e um instrumento que permite alcançar um patamar de unificação, que é o mecanismo do reenvio prejudicial e tudo isto leva a que o tribunal seja o motor de importantes alterações legislativas.

No que respeita ainda à prática do tribunal de justiça, em princípio e atendendo ao disposto no artigo 267.º do TFUE, existe uma obrigatoriedade de submissão de uma questão prejudicial a esse Tribunal caso a mesma seja suscitada perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso.

Na ordem jurídica portuguesa encontram-se abrangidos pelo âmbito de aplicação dessa norma, quer o Supremo Tribunal de Justiça, quer o Supremo Tribunal Administrativo, quer, em nosso entendimento, o Tribunal Constitucional, quer ainda, os tribunais que julguem em última instância.

O tribunal não tem de submeter questões irrelevantes para a decisão da causa, nem questões em que a correta aplicação do direito da UE não suscite qualquer dúvida razoável quanto à solução a dar à questão suscitada. Assim elaborou o tribunal de justiça da UE na conhecida jurisprudência CILFIT. Esta jurisprudência, designada como teoria do ato claro constitui um importante contributo para a clarificação do regime do reenvio prejudicial.

O tribunal não se vincula a uma resposta se o pedido de interpretação for formulado abstraindo quer da realidade, quer do litígio nos autos principais, sendo um pedido que recaia sobre um problema hipotético ou o tribunal não disponha de um conhecimento

das questões quer de direito, quer de facto, suscitadas nos autos principais que lhe permitam dar uma resposta.

No entanto, ainda que o tribunal não responda, tal não afasta a obrigação de reenvio prejudicial por parte do tribunal nacional.

Numa singular anatomia, o tribunal comete aos juízes nacionais a decisão sobre a formulação ou não do reenvio prejudicial, por um lado, e reserva-se o poder de responder ou não, por outro.

O órgão jurisdicional nacional pode entender que uma decisão sobre uma questão prejudicial não é necessária ao bom julgamento da causa, o que considerando os imperativos da interpretação unificada, se traduz numa restrição às necessidades do ordenamento jurídico. Tal conclusão, resulta, entre outros, da jurisprudência Koelzch proferida no âmbito de um reenvio prejudicial apresentado pela Cour d'Appel du Luxembourg. É assim que se justifica uma análise da mencionada jurisprudência. Como resulta dos precedentes invocados pelo Sr. Koelzch, em ação instaurada contra a sua entidade empregadora, não chegou a ser apresentado o pedido de decisão prejudicial, o qual apenas veio a ser apresentado em ação de responsabilização do Estado do Luxemburgo com fundamento em violação da Convenção de Roma, e apenas em fase de recurso. Na jurisprudência mencionada o tribunal veio entender que para que haja responsabilidade de um Estado-Membro por uma decisão de um dos seus órgãos jurisdicionais decidindo em última instância, essa violação tem de ter um carácter manifesto.

No entanto, concluímos, por um lado, que esta decisão vale sobretudo pela sua força institucional e não tanto pelo alcance efetivo em matéria de proteção dos direitos dos cidadãos, já que não se afigura possível qualquer revisão de sentença em função da decisão do Tribunal de Justiça. O recurso às vias internas para reposição dos direitos dos cidadãos, apenas faculta o acesso a uma indemnização pelos prejuízos.

Por outro lado, os tribunais inferiores não estão obrigados a formular questões prejudiciais, donde se conclui que a unificação da interpretação não é absoluta, não só porque, por ora, só incide sobre o direito de conflitos, mas também devido a essa liberdade de que gozam os tribunais inferiores.

Concluimos ainda que o regime de recurso ao reenvio prejudicial devia merecer, sobretudo em matérias de unificação, um regime mais cauteloso e rigoroso de previsão, pois, em casos como o analisado na jurisprudência Koelzch, a falta de recurso ao

mecanismo do reenvio prejudicial só é passível de gerar a responsabilização dos Estados-Membros por decisões violadoras do ordenamento jurídico da UE. Tal solução é imperfeita, mas uma via de submissão obrigatória de questões prejudiciais, não é aceitável, na medida em que retiraria ao tribunal a capacidade de se pronunciar num lapso temporal aceitável.

Por outro lado, a forma como esta entidade atua, mesmo assim não é de molde a afastar completamente o surgimento de debilidades do sistema, como sejam aquelas relacionadas com a aplicação da lei estrangeira. Por isso se conclui que a atual unificação é também incompleta, por um lado, por não haver uma forma comum de aplicar o direito estrangeiro, por outro, devido às questões atinentes à determinação do foro competente.

Concluimos que as dificuldades retratadas quanto à determinação do lugar do cumprimento da obrigação introduzem um elemento de capricho de labor contrário ao da unificação, sugerindo a necessidade do seu aprofundamento. No entanto, após a determinação da lei competente, também a aplicação da lei estrangeira pelo tribunal, a que supra se aludiu, suscita dificuldades relacionadas quer com a determinação do seu conteúdo, quer com a sua interpretação e aplicação, em face da inexistência de um conjunto de regras comuns relativas à sua aplicação. A adoção de regras nessa matéria poderá vir a ter por base os designados princípios de Madrid. Tais dificuldades sugerem a necessidade de uma unificação do direito material dos Estados-Membros.

Esta necessidade jurídica parece não ser acompanhada pelo sentimento das comunidades dos diversos Estados-Membros. O programa da unificação foi também pensado para o direito material, tendo tido a sua génese na ideia germinada na doutrina da elaboração de um código civil europeu, da qual se passou para uma concretização incomensuravelmente menos ambiciosa. Nessa medida, prosseguimos com a análise de certos aspetos da proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um Direito europeu comum da compra e venda [COM (2011) 635 final] e suas vicissitudes. Tal proposta, apresentada na sequência da ideia de concretização de um código civil para a Europa, regula um conjunto vasto de aspetos contratuais e aplicável aos contratos de compra e venda, ao fornecimento de conteúdos digitais e à prestação de serviços conexos. Trata-se de uma proposta que prevê um regime supletivo a par com os regimes de direito material de cada Estado-Membro, mas que mesmo assim não logrou alcançar o consenso necessário para a sua aprovação. Em seu lugar, a Comissão Europeia apresentou duas propostas de Diretivas, a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a determinados aspetos dos contratos de

fornecimento de conteúdos digitais [COM (2015) 634 final, 9.12.2015] e a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a determinados aspetos dos contratos de compra e venda em linha e outras vendas à distância de bens [COM (2015) 635 final, 9.12.2015]. Recentemente, em outubro de 2017, foi apresentada a proposta alterada de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a determinados aspetos dos contratos de compra e venda de bens e que altera o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho e a Diretiva 2009/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e derroga a Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho [COM (2017) 637 final, 31.10.2017], passando a prever a sua aplicação genérica aos contratos de compra e venda de bens, quer sejam em linha, quer sejam presenciais. De uma análise sumária ao conteúdo destas propostas de directivas, verifica-se que não existe qualquer linha de continuidade relativamente ao regime consagrado na proposta de regulamento em referencia, antes se limitando a prever aspetos não regulados nas demais diretivas vocacionadas para o consumo.

Numa parte subsequente analisámos o âmbito de aplicação material do regulamento, com o apoio da jurisprudência relevante. Tendo presente que o regulamento se aplica às obrigações contratuais em matéria civil e comercial e nas situações que impliquem um conflito de leis, procedemos a uma análise parcelar deste âmbito de aplicação.

No presente trabalho apenas nos centrámos nas obrigações contratuais comerciais internacionais.

O Regulamento não contém uma noção de contrato, nem de obrigação contratual. O Regulamento reproduz o âmbito de aplicação consagrado na Convenção de Roma, a qual não especifica a natureza civil ou comercial das obrigações.

O Tribunal de Justiça não se pronunciou, até ao momento, sobre o teor do artigo 1.º da Convenção de Roma, nem sobre o mesmo artigo do normativo homólogo, o regulamento Roma I, mas teve oportunidade de o fazer a propósito da Convenção de Bruxelas e quanto ao regulamento Bruxelas I, o qual foi reformulado pelo Regulamento Bruxelas I bis. É importante reter que o tribunal já se referiu à similitude dos conceitos utilizados nesses diplomas e à aplicação das suas interpretações efetuadas à luz da Convenção de Bruxelas aos demais normativos.

O entendimento relativo às matérias contratuais foi introduzido no ordenamento jurídico da UE pela Convenção de Bruxelas, que consagrava a expressão matéria contratual no n.º 1 do artigo 5.º. A interpretação desta expressão foi objeto de pronúncia pelo Tribunal de Justiça em vários acordãos, como é o caso da jurisprudência Handte, no sentido de

que a matéria contratual pressupõe a assunção livre de um compromisso de uma parte perante a outra. Tal jurisprudência foi complementada pela jurisprudência Engler, no sentido de esse compromisso poder não resultar de um contrato, mas de um negócio jurídico unilateral.

Sobre as matérias civis e comerciais, previsões aditadas pelo Regulamento Roma I ao conceito de obrigações contratuais e que tem em vista distinguir com maior clareza o âmbito de aplicação do Regulamento face à Convenção de Roma, apenas nos dedicámos às segundas e recorrendo à comercialidade relevante. Retenha-se que a distinção entre matérias civis e comerciais não pode ser traçada linearmente. Existem diversos critérios nas diferentes legislações sobre a comercialidade das matérias, de onde o assunto revista importância acentuada. Também nesta ótica recorreremos a critérios autónomos relativamente aqueles que são usados nos distintos direitos internos. Importa, por um lado, considerar que nestes contratos, as partes se encontram estruturalmente numa posição de igualdade, não existindo em geral, a preocupação de proteger a parte considerada mais fraca. A comercialidade relevante deve ser identificada segundo um critério subjetivo e orientado pela natureza empresarial dos intervenientes, ou, na falta desta, por profissionais independentes no exercício do seu comércio ou profissão, independentemente de disporem de uma estrutura organizada.

De igual modo nos debruçámos sobre a internacionalidade do contrato, acompanhando a doutrina que defende que a mesma depende dos critérios de internacionalidade relevantes.

A relevância de um conceito de contrato internacional prende-se com os objetivos da unificação.

Foi importante delinear os principais critérios de internacionalidade para ponderarmos sobre o mais ajustado ao âmbito do presente trabalho. Assim, constatámos que de acordo com os critérios jurídicos a internacionalidade do contrato deriva da sua ligação a mais do que um ordenamento jurídico. Desta formulação resulta a insuficiência do critério inicial, na medida em que permite a sua classificação como contrato internacional mediante a verificação da existência de um elemento internacional, que pode não ser relevante, dado que essa relevância depende das normas de DIP que estejam em causa na esteira de Luís de Lima Pinheiro.

Constatámos também que o critério económico conhece diferentes formulações sendo as mais conhecidas a do fluxo e refluxo para além-fronteiras e a que coloque em jogo os interesses do comércio internacional.

E ainda constatámos que quanto aos critérios subjetivos e objetivos, a sua importância resulta clara da distinção entre contratos comutativos e contratos de empreendimento comum. No âmbito dos primeiros contratos mencionados, em que existem atribuições patrimoniais recíprocas, o critério subjetivo não é condição necessária nem suficiente da internacionalidade do contrato. Nesses atribui-se grande relevância ao critério económico da transferência de valores através das fronteiras. Já no que respeita ao contrato de empreendimento comum é suficiente uma internacionalidade subjetiva.

No âmbito específico do Regulamento Roma I e da Convenção de Roma e tendo em conta que quer os critérios económicos, quer os critérios objetivos e subjetivos têm grande aplicação na arbitragem do comércio internacional, entendemos que o critério de internacionalidade mais ajustado é o do conflito de leis. Em nossa perspetiva existem vários critérios de internacionalidade relevante no Regulamento Roma I, resultantes de ligações relevantes com mais do que um ordenamento jurídico ou de laços estreitos com dois ou mais ordenamentos jurídicos, numa situação de internacionalidade objetiva; da escolha de uma lei diferente daquela com a qual todos os demais elementos do contrato se encontram relacionados, numa internacionalidade dita subjetiva; da sujeição de um contrato puramente interno a um tribunal estrangeiro, da existência de um laço significativo entre um contrato interno e um contrato internacional e a existência de uma conexão com um ou mais Estados-Membros, na situação em que é escolhida uma lei de um terceiro Estado. Para além destes critérios não podemos deixar de considerar ainda o critério económico dos interesses do comércio internacional. No entanto, concluímos que os critérios económicos são muito vagos, por isso, este último critério parece ser de aplicação cautelosa às exigências de unificação quer ao nível do Regulamento Roma I, quer ao nível do seu instrumento homólogo. Também o critério da transferência de valores através das fronteiras suscita a mesma preocupação. Qualquer desses critérios, muito usados na arbitragem do comércio internacional, comporta uma margem de incerteza que nos move a defendermos em primeira linha a aplicação dos critérios jurídicos, enquanto critérios que podem ser potenciadores da unificação, não deixando de aceitar os critérios económicos.

Assim se defende, na esteira de Batista Machado e Maria Helena Brito, que o contrato internacional é aquele que se funda na existência de um conflito de leis, o qual pode ser apreendido pela sua ligação a elementos de conexão e laços relevantes com mais do que um ordenamento jurídico, podendo o elemento internacional ser jurídico ou económico.

Na parte imediata tratámos da lei aplicável às obrigações contratuais. Em matéria de lei aplicável aos contratos comerciais internacionais, a possibilidade de escolha do direito aplicável pelas partes decorre do princípio da autonomia da vontade amplamente reconhecido. No âmbito do Regulamento Roma I e da Convenção de Roma, o princípio encontra-se consagrado em termos restritos, isto é, apenas se permite a escolha de lei de um Estado. A consagração, numa futura revisão daquele instrumento, da possibilidade de escolha de regras não estatais, não deve ser descurada enquanto possibilidade que permite afastar dificuldades resultantes da escolha de um regime estatal desconhecido de um dos contraentes. Nessa ótica fica também salvaguardada a eficiência económica do contrato, posto que se afastam dúvidas interpretativas. Essa opção, a aplicar, em nosso entendimento, exclusivamente aos contratos objetivamente internacionais, contribui tanto para a aplicação das disposições imperativas dos Estados, na medida em que a sua aplicação deve ser mitigada com a aplicação de regras de fonte não estatal (à semelhança do regime previsto nos princípios da Haia), quanto para manter o poder decisório na alçada dos Estados, relativamente aos conflitos neste âmbito. No que respeita ao primeiro aspeto elencado, entendemos que a escolha de regras não estatais não resolve por si só o problema do regime jurídico aplicável, sendo necessário determinar a lei estatal competente para regular todos os aspetos não regulados pelas regras não estatais. É quanto a estes aspetos que entendemos que as disposições imperativas da lei competente devem prevalecer, quer esta seja escolhida cumulativamente com as regras não estatais, quer seja determinada por recurso aos critérios supletivos. Naturalmente antecipamos a possibilidade de esta aplicação conjugada poder gerar problemas relativos às relações hierárquicas entre instrumentos, as quais, em nosso entendimento, devem ser resolvidas pelo critério geral da prevalência das disposições imperativas dos Estados. No entanto, neste enquadramento, entendemos que se deve consagrar esta possibilidade acompanhada da consagração de um mecanismo de flexibilidade, uma cláusula de exceção, que permita corrigir o resultado a que a aplicação desta solução possa conduzir, caso a solução se mostre desajustada ao caso concreto e de acordo com o prudente arbítrio do julgador.

Quanto ao segundo aspeto, entendemos que a escolha de regras não estatais afasta as dificuldades resultantes do desconhecimento da lei escolhida por uma das partes, minimizando ou anulando as dificuldades suscitadas pela aplicação da lei estrangeira. Por outro lado, é normalmente reconhecido o carácter neutro destas regras, a sua clareza e simplicidade. Estes atributos facilitam a decisão dos litígios e reduzem o lapso temporal médio das pendências de ações judiciais, concluindo-se assim que a escolha

dessas regras corresponde aos interesses da contratação internacional em matéria de celeridade e contribui ainda para a sua divulgação cada vez mais intensa. É devido a estes fatores que se entende que a consagração da escolha de regras não estatais com efeitos equiparados à escolha de lei em DIP, contribuiria para manter e aumentar o domínio dos Estados relativamente à contratação internacional.

A aprovação dos princípios sobre a escolha de lei nos contratos comerciais internacionais (Princípios da Haia), pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (Conferência da Haia), em 19 de março de 2015, faz eco desta tendência de aprovação de regras não estatais. A opção por regras não estatais foi consagrada de forma inovadora nos Princípios da Haia e vem prevista no artigo 3.º desse instrumento, tendo de tratar-se de regras geralmente aceites ao nível internacional, supranacional ou regional como um corpo de normas neutro e equilibrado. Constata-se, assim, que esta disposição reduz muito significativamente as regras não estatais que poderão ser admitidas e que se reconduzem na sua maioria a regras elaboradas por organizações internacionais.

A autonomia da vontade vem consagrada no artigo 3.º do Regulamento Roma I e no mesmo dispositivo do seu instrumento homólogo. Trata-se da consagração deste instituto enquanto princípio fundamental da regulação do direito das obrigações ao nível do direito internacional privado europeu, sem prejuízo das *leges speciales* e de outras restrições adiante analisadas, como sejam as normas de aplicação imediata.

Os instrumentos a que vimos aludindo continuam a consagrar a possibilidade de escolha de uma lei estatal. No entanto, o Regulamento Roma I é na matéria inovador relativamente à Convenção de Roma, permitindo às “partes incluírem, por referência, no seu contrato um corpo legislativo não estatal ou uma convenção internacional.” Já anteriormente manifestámos a nossa posição quanto à mais-valia da alteração desta disposição numa futura revisão do Regulamento Roma I, ampliando a possibilidade de escolha, enquanto escolha de lei, à nova *lex mercatoria*.

No que respeita à regulação dos contratos comerciais internacionais em geral, entendemos que ela se encontra, em alguma medida, desvinculada dos ordenamentos jurídicos estaduais, devido à perda de influência dos Estados, quer quanto à vertente da sua regulação quer quanto à vertente decisória. Quanto à sua regulação em virtude da opção dos agentes económicos pela nova *lex mercatoria*. Quanto ao fenómeno decisório, devido à opção em larga escala pela submissão dos litígios à arbitragem do comércio internacional.

O recurso à *lex mercatoria* no âmbito do Regulamento Roma I, foi objeto de ponderação a respeito do processo de comunitarização da Convenção de Roma, mas a concretização dessa possibilidade não foi viabilizada. Ao tempo entendeu-se que o seu conteúdo não era suficientemente preciso, optando-se por admitir apenas alguns dos seus instrumentos. Recentemente e como suprarreferido os Princípios da Haia vêm admitir o recurso às regras não estatais. O recurso à nova *lex mercatoria* ou ao direito autónomo do comércio internacional é muito comum quando as partes convencionam a sujeição dos seus litígios à arbitragem do comércio internacional, que, por seu turno, consiste no modo normal de resolução de litígios nesta sede.

Os Estados têm noção da impossibilidade de recuperarem a sua posição de supremacia na regulação e decisão dos contratos comerciais internacionais, mas não estarão interessados em perder, cada vez mais, o domínio sobre esta modalidade de contratação.

A não consagração da possibilidade de opção pelas regras não estatais afasta a equação do problema de uma eventual supremacia dessas regras em face das normas de aplicação imediata, que se suscitaria caso fosse consagrada a escolha de tais regras com os efeitos de uma escolha de lei. Tal solução, resulta para os defensores desse ponto de vista, de uma desconexão dessas regras relativamente à soberania estatal.

Entendemos que tem de ser tido em conta o carácter naturalmente incompleto das disposições que integram a nova *lex mercatoria*, o que impõe que para além da sua escolha seja sempre necessário determinar qual a lei estatal competente com vista à regulação dos aspetos não previstos nas disposições daquela.

Afigura-se assim que a desconexão só será absoluta se as partes recorrerem à arbitragem do comércio internacional, não o sendo se sujeitarem os seus litígios à jurisdição estatal, pois, quanto à utilização desta via, as questões não concretamente reguladas nos instrumentos que integram a nova *lex mercatoria* serão reguladas pelos preceitos vigentes da lei estatal competente. Assim se salvaguarda o interesse público, perspectivado quer nas normas imperativas normais dos Estados, quer nas normas assistidas de uma imperatividade reforçada, as normas de aplicação imediata. Acresce ainda uma necessidade de proteção às disposições imperativas do direito da UE. Estas soluções, consagradas no Regulamento Roma I nos artigos 3.º, n.º 3, 9.º e 3.º, n.º4, respetivamente, são suscetíveis de ponderação pelos Estados, sobretudo quanto à melhor forma de proteger os seus interesses. É que, se por um lado, o recurso à arbitragem inviabiliza a proteção desses interesses de forma quase absoluta, que

apenas encontra na necessidade de revisão e confirmação da sentença arbitral e na sujeição da sua execução aos tribunais comuns, o regresso do litígio à apreciação da jurisdição estatal, por outro lado, não deve ser subestimada a maior eficiência normalmente reconhecida à combinação da aplicação da *lex mercatoria* com a escolha de um tribunal arbitral. A análise económica aponta a tal combinação, as vantagens de maior celeridade e de redução de custos que determinam uma opção predominante por essa via de resolução de litígios, que não pode ser afastada na sua totalidade. A sua cedência perante opções que tenham em vista a maximização do bem comum só poderá ocorrer se for oferecida uma maior eficiência dos instrumentos estatais ou de fonte supra estatal, como é exemplo o regulamento Roma I.

Mas, esta maior eficiência, para poder ser um elemento concorrencial, tem de surgir, também ela, aliada a uma maior eficiência no julgamento das pendências. É neste aspeto que convergem também os interesses e expectativas dos agentes económicos.

Em nossa perspetiva, a admissibilidade de uma miscigenação de regimes não deve ser excluída, dado que a previsão da aceitação da escolha de normas não estatais, previstas na designada uniformização informal, na expressão de Pamboukis, não abroga a possibilidade de prevalência de normas de aplicação imediata, quer do foro, quer de Estados terceiros. Defendemos assim uma maior abertura às concessões voluntaristas ao nível da consagração da autonomia da vontade quanto à nova *lex mercatoria*, que aproveitando a natureza normalmente simples e clara das suas disposições, torna a manifestação de vontade das partes inequívoca, afastando, na medida em que suscita menos dificuldades interpretativas, as dificuldades resultantes da aplicação da lei estrangeira. Tal opção apresenta uma maior eficiência económica ao tornar o direito mais certo, contribui para a redução quer da conflitualidade, quer do tempo de pendência das ações judiciais. Desta forma, não só a regulação adotada pelos Estados, e quanto ao regulamento Roma I, pela UE, se pode tornar mais eficiente ao eliminar parte substancial da conflitualidade, sobretudo a respeitante à interpretação do direito vigente, como tal resultado se produz ainda na estrutura judiciária, reduzindo procedimentos e facilitando a tomada de decisões, o que se reflete num encurtamento do lapso temporal de tomada das mesmas.

A consagração da possibilidade de eleição da *lex mercatoria*, ainda que individualizando alguns dos seus instrumentos, contribui para a sua difusão e aumenta a sua utilização fora do domínio da arbitragem do comércio internacional. Não pondo em causa os interesses dos Estados, atenta a possibilidade de, em face da sua aplicação a diferentes

aspetos do litígio, se assegurar numa futura alteração ao diploma, a salvaguarda da aplicação de disposições imperativas daqueles.

Concluimos assim que soluções marcadamente protecionistas ou restritivas em matéria de autonomia da vontade têm o efeito inevitável de afastar os Estados do seu papel regulador, libertando esse papel a favor das regras não estatais mediante a eleição da arbitragem do comércio internacional.

Um equilíbrio entre duas soluções não exclusivas, dado por um lado, que a regulação por direito estatal já permite a incorporação por referência de parte das regras não estatais e, por outro, que este último não pode prescindir do recurso àquele, dado que tem de ser, em algumas situações, aplicado com o concurso de um direito estatal, pode passar pela aceitação mais ampla do segundo como escolha de “lei” ao nível do direito estatal.

No que respeita à escolha de lei, a mesma pode recair sobre uma lei com ou sem qualquer ligação com o contrato e pode ser expressa ou tácita, sendo ainda admitido o fracionamento contratual. A escolha de lei efetuada no momento da celebração do contrato pode ser alterada posteriormente e bem assim pode posteriormente à celebração do contrato ser escolhida uma lei, ficando salvaguardada a validade formal do contrato e os interesses de terceiros.

As limitações à escolha de lei vêm consagradas nos números 3 e 4 do artigo 3.º do regulamento *sub iudice*.

No artigo 3.º, n.º 3 consagra-se a possibilidade de escolha de uma lei de um Estado diferente daquele com o qual todos os demais elementos da situação se encontram conetados. A solução consagrada vem numa perspetiva de continuidade relativamente ao instrumento homólogo, relativamente ao qual não existe a intenção de introduzir alterações significativas. As pequenas alterações introduzidas visam alinhar esta disposição com o disposto no artigo 14.º n.º 2 do Regulamento Roma II. Trata-se da designada internacionalidade subjetiva.

Para efeitos da salvaguarda das disposições não derogáveis por acordo, o momento a que há que atender para determinar os elementos de conexão relevantes é o momento em que a escolha de lei foi efetuada, não se atribuindo relevância a um acordo posterior sobre nova escolha de lei ou quanto a uma localização diferente de algum elemento do contrato, como por exemplo pode ser o caso da alteração do lugar do cumprimento da obrigação.

No caso vertente, os efeitos da escolha de lei traduzem-se numa incorporação por referência das disposições da lei escolhida no contrato, exceto no que respeita às disposições não derogáveis por acordo da lei com a qual todos os elementos do contrato se encontram conectados, com exceção da escolha de lei.

Consideramos que o sentido com que o preceito *sub iudice* foi elaborado foi o de permitir uma escolha de lei relativamente a um contrato puramente interno, considerando a seu respeito a existência de uma internacionalidade subjetiva na esteira de Rui Moura Ramos.

O n.º 4 do artigo 3.º introduz uma disposição inovadora relativamente à Convenção de Roma, que se traduz na situação em que se situando todos os elementos no momento da escolha de lei, num ou em mais do que um Estado-Membro, as partes tenham escolhido a lei de um Estado não membro. Também nesta situação a escolha só produz efeitos quanto às disposições de direito da UE com natureza supletiva. Neste caso o contrato é intraeuropeu. Caso os elementos relevantes se situem num único Estado-Membro e seja escolhida a lei de um terceiro Estado, entendemos que a situação se deve subsumir ao disposto no n.º 3 do artigo 3.º.

Trata-se de um regime inovador relativamente ao qual importa delimitar o âmbito em que a proteção ao ordenamento jurídico da UE se projeta. Aparentemente e como defende Luís de Lima Pinheiro,¹⁵¹³ a proteção ao ordenamento da UE não incide sobre disposições não derogáveis por acordo constantes de Regulamentos, nem de Diretivas que determinem o seu próprio âmbito de aplicação, pois a eficácia de tais disposições não está dependente da disposição em apreço, antes resultando da força própria dos regulamentos e, eventualmente, do disposto no artigo 23.º do Regulamento *sub iudice*. O âmbito de proteção da norma dirige-se assim às disposições imperativas vertidas noutras Diretivas, sendo nosso entendimento que este dispositivo visa as disposições não derogáveis por acordo internas adotadas na sequência da transposição de outras Diretivas que não delimitam o seu próprio âmbito de aplicação.

Entendemos que no caso de o contrato se encontrar ligado a apenas um Estado-Membro e face à escolha de uma lei de um Estado terceiro a solução consagrada no n.º 4 deslocaliza a proteção às disposições não derogáveis por acordo. Neste caso, e comparando o regime previsto neste número com aquele que consta do n.º 3 do artigo em questão, ficam desprotegidas as disposições não derogáveis por acordo do direito da UE tal como aplicadas pelo Estado-Membro com o qual todos os demais elementos

¹⁵¹³ PINHEIRO, Luís de Lima - Direito internacional privado. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. Vol. 2, p. 329.

do contrato estão em contato, à exceção da escolha de lei e protegem-se essas mesmas disposições tal como aplicadas pelo Estado-Membro do foro.

Aparentemente a distinção entre as duas situações identificadas não justificará esta diferença de regime, já que tais disposições do direito da UE seriam necessariamente respeitadas se prevalecesse a solução prevista no n.º 3, sendo igualmente respeitadas as disposições não derogáveis por acordo do direito de fonte interna. Parece, por esse motivo, que o preceito promete mais do que, na verdade, alcança na medida em que apenas protege as disposições não derogáveis por acordo do direito da UE tal como aplicadas pelo Estado-Membro do foro e não como aplicadas no Estado-Membro com o qual a situação se encontra exclusivamente conectada, com exceção da escolha de lei. Neste caso, admite-se uma internacionalidade subjetiva, na qual se protege exclusivamente o ordenamento jurídico da UE e não, como resultaria da aplicação do n.º 3, a proteção desse ordenamento e a proteção das disposições não derogáveis por acordo do ordenamento jurídico do Estado-Membro com o qual a situação se encontra conectada nos termos supra expostos. Por estes motivos, e em nosso entendimento, caso a situação se encontre relacionada com um único Estado-Membro e as partes elejam uma lei de um Estado terceiro, a solução deveria ser a da aplicação do n.º 3 do preceito *sub iudice, como supra mencionado*.

Caso a situação se apresente conetada com mais de um Estado-Membro existirá um conflito de leis. Mas mesmo neste caso, entendemos que a lei a aplicar, para efeitos de salvaguarda das disposições não derogáveis por acordo do direito da UE deveria ser aquela que seria aplicável em caso de falta de escolha de lei, supostamente que apresenta laços mais próximos com um certo ordenamento jurídico e não as disposições daquele direito tal como aplicadas pelo Estado-Membro do foro.

Entendemos também que o disposto neste preceito corresponde à consagração da figura do contrato intraeuropeu, figura pacificamente aceite pela doutrina, mas e ao contrário dessa doutrina, que neste tipo de contrato se produz efetivamente um conflito de leis, mas esse conflito não é suficiente para conferir todos os efeitos à escolha de lei, apenas se permite, em princípio, a aplicação das disposições do direito escolhido que correspondam a disposições supletivas do direito da UE. Tal proteção a este direito funda-se na necessidade de salvaguardar o mercado interno, mas não afastará em todos os casos a necessidade de determinação da lei aplicável, como será o caso de a escolha de lei ser inválida ou mesmo de existirem aspetos não regulados pelo direito escolhido, nem pelas disposições não derogáveis por acordo do direito da UE. Quanto a esses aspetos não previstos, nem num, nem outro caso, é necessário identificar a lei

concretamente competente dentro do ordenamento jurídico da UE, por forma a verificar a existência de disposições aplicáveis à regulação do caso concreto. Neste caso, entendemos que as disposições da lei que seria aplicável sempre terão de sobrepor-se aos critérios de preenchimento de lacunas da lei escolhida, dado que, por razões de proteção ao ordenamento jurídico da UE, apenas se permite a aplicação dessa lei no âmbito das disposições com carácter supletivo do direito UE.

As disposições não derogáveis por acordo do direito da UE são também disposições não derogáveis por acordo do direito dos Estados-Membros, de fonte supraestadual, por tal motivo a diferente consagração dos n.ºs 3 e 4 do artigo 3.º, resultará afinal numa menor proteção do direito da UE no seu conjunto, na medida em que apenas se proíbe afastar disposições que em face do n.º 3 já não poderiam ser afastadas. Para além do que a não aceitação da aplicação das disposições não derogáveis por acordo da lei que, dentro do ordenamento jurídico da UE seriam aplicadas na falta de escolha de lei pelas partes pode conduzir a resultados imprevisíveis, só beneficiando a aplicação da justiça no Estado do foro.

Quanto à lei aplicável na falta de escolha diremos que a determinação da lei aplicável a um contrato comercial internacional em caso de ausência de escolha, de essa escolha ser inválida ou se reportar apenas a uma parte do contrato é efetuada, em geral, por recurso aos critérios subsidiários previstos no artigo 4.º do Regulamento Roma I.

Neste âmbito, constata-se que o Regulamento Roma I apresenta uma estrutura inovadora relativamente ao seu instrumento homólogo. A Convenção de Roma consagra uma conexão geral, a cláusula geral de conexão mais estreita e presunções, que devem ser entendidas como diretrizes de interpretação das disposições contidas nos n.ºs 2 e 4 do mesmo preceito. Nestes normativos o n.º 2 consagra uma presunção de conexão mais estreita a favor da lei da residência habitual do prestador que efetua a prestação característica do contrato, o n.º 3 prevê uma presunção relativa aos contratos sobre imóveis e o n.º 4 prevê o regime aplicável ao contrato de transporte. O preceito prevê, ainda, uma conexão subsidiária no n.º 5, 1.ª parte para os casos de impossibilidade de determinação da prestação característica, que recorre também à conexão mais estreita e uma cláusula de exceção no n.º 5, 2.ª parte, que funciona como mecanismo corretor da solução alcançada por aplicação dos anteriores dispositivos (n.ºs 2 a 4) no caso de o contrato apresentar uma conexão mais estreita com outra lei.

O Regulamento *sub iudice* afasta a cláusula de conexão mais estreita consagrando embora uma solução por aplicação da mesma doutrina que passa pela previsão de oito tipos contratuais e da lei que lhes é aplicável.

O legislador afastou o recurso à conexão mais estreita enquanto cláusula geral, confinando a sua atuação estritamente à cláusula de exceção (n.º 3) e à conexão subsidiária (n.º 4), temperando a solução preconizada na proposta de regulamento apresentada pela Comissão, que suprimia a cláusula de exceção. No caso de o contrato não se enquadrar em nenhum dos oito tipos contratuais previstos no n.º 1 ou partes do contrato sejam abrangidas por mais do que uma alínea do n.º 1, prevê o legislador que o contrato é regido pela lei da residência habitual do prestador que efetua a prestação característica (n.º 2). O contrato de transporte vem agora previsto em dispositivo autónomo (n.º 5).

O legislador consagrou agora uma solução que visa o alcance de maior segurança jurídica sem colocar em causa a justiça da conexão, na medida em que mesmo as soluções consagradas podem ser corrigidas pela cláusula de exceção se os contratos apresentarem uma conexão manifestamente mais estreita com uma lei diferente. A solução consagrada poderá, em nosso entendimento, ser ampliada numa futura revisão ao regulamento sem por em causa a justiça da conexão e contribuindo para uma aplicação mais unificada do instrumento.

A controvérsia relativa à cláusula de exceção parece resultar do uso elevado de tal cláusula no âmbito da Convenção de Roma, também de labor contrário ao da unificação, e levou ao surgimento de outras propostas para além da já apontada e consagrada na proposta de regulamento apresentada pela Comissão. Essas propostas passavam pela sugestão de recurso a essa cláusula apenas em casos excecionais, submetendo a sua admissibilidade a uma decisão judicial por maioria qualificada ou até por unanimidade, por um lado. Por outro, foi ainda sugerido um procedimento de referência que transferiria a decisão quanto ao uso destas cláusulas, a um tribunal superior, mais especializado, como seja o Tribunal de Justiça.

De qualquer das sugestões resultaria uma multiplicação de esforços, o que, no que se refere ao Tribunal de Justiça, se traduziria num aumento de procedimentos dificilmente comportável, que teria como consequência inevitável a diluição do lapso temporal de pendência das ações judiciais sem, em nossa perspetiva, garantir qualquer eficácia do recurso a essas diligências, por um lado. Por outro, e igualmente em nossa perspetiva, a consagração de uma solução como a que foi sugerida só seria pensável numa

arquitetura judiciária diferente, tal como consagrada no Tratado Constitucional, já que não estaríamos exclusivamente na ótica da interpretação do direito da UE, mas num domínio no qual se imporia a tomada de conhecimento de todos os factos pertinentes e dados como assentes e respetivo direito aplicável para a boa decisão da causa. Tal exercício seria mais adequado numa perspetiva de uma organização federal que a Europa não conhece. O diálogo entre as duas instâncias, nacional e europeia, tem em vista, por ora, a boa interpretação do direito da UE, pelos juízes nacionais em caso de dúvida sobre o respetivo sentido e alcance.

A submissão do recurso a tal cláusula a um veredito de um tribunal superior, por maioria qualificada ou até por unanimidade, comportando a carga burocrática a que supra se alude, não dá garantias de uma inflexão da situação quanto ao recurso à cláusula de exceção, afigurando-se-nos ser um fator de escassa relevância que pouco pode contribuir para a diminuição do recurso a essa disposição. O aumento de intervenientes no processo decisório não significa necessariamente a adoção de um critério diferente daquele que vem sendo usado.

Como supra se mencionou o Regulamento Roma I vem prever o contrato de transporte de mercadorias em dispositivo autónomo, no artigo 5.º, e em conjunto com o contrato de transporte de passageiros, enquanto que na Convenção de Roma esta figura contratual se encontra prevista no n.º 4 do artigo 4.º.

O Regulamento Roma I não consagra qualquer noção de contrato de transporte de mercadorias. No artigo 4.º, n.º 4, 3.ª parte da Convenção de Roma prevê-se que este contrato é o que tem por objeto principal o transporte de mercadorias, isto é, a deslocação de bens de um local para outro, embora também se incluam no seu regime os contratos de fretamento relativos a uma única viagem.

De igual modo não consagra o Regulamento Roma I a possibilidade de fracionamento do regime contratual deste contrato que se encontra previsto na Convenção de Roma. Apesar de o Tribunal de Justiça já se ter pronunciado no sentido de se considerar a possibilidade de fracionamento se uma parte do contrato for independente, afigura-se-nos que a não previsão dessa possibilidade no novo instrumento visa limitar a possibilidade de fracionamento contratual.

A lei aplicável na falta de escolha é a lei da residência habitual do transportador se coincidir com o local da receção ou da entrega da mercadoria. A Convenção de Roma prevê a relevância da residência habitual do transportador, nos mesmos moldes, mas recorre ainda às conexões lugar da carga ou da descarga. A previsão do lugar da

receção em vez de lugar da carga confere maior certeza indicando o lugar onde o transportador entra na posse material dos bens ao invés do local onde os mesmos são carregados para o meio de transporte contratado. A alteração da previsão para lugar da entrega em vez de lugar do lugar da descarga parece apontar para a necessidade de o transportador entregar os bens num certo local que pode ou não ser coincidente com o lugar da descarga. Os locais de receção e de entrega são os acordados aquando da celebração do contrato ou posteriormente e na sua falta são determinados por recurso às disposições da lei competente. Se não se preencherem estes requisitos aplica-se a lei do lugar da entrega dos bens tal como acordado pelas partes. O regime introduzido pelo regulamento é dotado de maior previsibilidade e menor flexibilidade. Esta conexão subsidiária só opera se não se encontrarem preenchidos os requisitos de aplicação da lei da residência habitual do prestador característico.

Não obstante, se se verificar que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com outro país, diferente daquele cuja lei resultaria aplicável nos termos do disposto no número 1, é aplicável essa outra lei de acordo com o disposto no n.º 3. Idêntica solução vem consagrada na Convenção de Roma no n.º 5 do artigo 4.º.

Independentemente da amplitude com que a autonomia da vontade se encontra consagrada e da determinação da lei aplicável, na falta de designação da lei aplicável, por recurso aos critérios supletivos, outras normas diferentes daquelas pertencentes à lei competente para reger o contrato comercial internacional se podem sobrepor a esta tendo em conta os interesses que visam proteger. Essas normas designadas como normas de aplicação imediata visam a proteção de interesses considerados fundamentais pelos Estados, integrando-se ainda dentro dessa categoria certas normas que visam a proteção da parte mais fraca numa relação contratual.

Estas leis que reclamam a sua aplicação *in casu*, foram denominadas por Francescakis como normas de aplicação imediata.

A par da proteção dos interesses públicos a que se referia Francescakis entende-se contemporaneamente que também algumas disposições suscetíveis de protegerem interesses privados poderão ser qualificadas como normas de aplicação imediata, designadamente algumas normas que visam proteger a parte mais fraca.

O Regulamento Roma I consagra uma noção de normas de aplicação imediata como sendo as “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.”

Esta definição é a constante da proposta de regulamento apresentada pela Comissão, terá tido a sua fonte inspiradora próxima na jurisprudência Jean-Claude Arblade e Arblade & Fils SARL, de acordo com esse documento, mas, por sua vez, inspira-se claramente na noção de Francescakis.

É hoje em dia inegável que essas normas não se destinam apenas a proteger interesses públicos em sentido restrito, antes se aplicando à proteção de interesses que não são suscetíveis de serem considerados como tal. É o que sucede com normas que estabelecem regimes mais favoráveis, designadamente quanto aos agentes comerciais e quanto aos trabalhadores.

Tal posição resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça, no primeiro caso de um acórdão proferido no caso Ingmar e quanto aos trabalhadores de jurisprudência de alguma forma mais abundante. Num caso, como noutro, a verdade é que a proteção conferida por essas normas não se projeta em interesses públicos, mas antes se refere a interesses privados, a proteção da parte mais fraca ou débil numa relação jurídica. Tal constatação apenas permite considerar que as normas de aplicação imediata se destinem a proteger interesses públicos numa aceção muito ampla dos mesmos.

O interesse público prosseguido por essas normas deve ser interpretado num sentido muito amplo, integrando-se nesse conceito não só a proteção do interesse público propriamente dito, como as situações em que está em causa a proteção de interesses privados, designadamente a proteção da parte mais fraca ou débil na relação contratual. Mesmo relativamente aos interesses privados não existe uma linha orientadora relativamente a todos os tipos de interesses. Se existe alguma convergência relativamente aos interesses dos agentes comerciais e aos interesses dos trabalhadores, o mesmo já não se pode adiantar quanto às normas de proteção do consumidor cujas normas são comumente consideradas como disposições não derogáveis por acordo e só em casos muito restritos imporão a classificação de certas normas, como normas de aplicação imediata. Tais situações impedem a criação de um critério que permita a identificação das normas de aplicação imediata, o que implica que não seja fácil concretizar uma definição adaptada à realidade que seja consensual.

A noção consagrada no regulamento constitui, assim, uma base de trabalho para uma futura noção melhorada que possa ser adotada noutros instrumentos como é o caso dos Princípios da Haia. Em nosso entendimento uma futura revisão do regulamento pode

integrar aspetos importantes à noção nele consagrada, como seja a inclusão da referência de que essas normas se destinam também a tutelar interesses privados fundados em situações imperiosas de interesse geral.

As normas de aplicação imediata aplicam-se a uma situação, ainda que não pertençam à lei que a disciplina e que não seja uma norma de natureza processual. Nesta vertente, também estas normas constituem uma exceção à regra geral, que encontra entre as principais razões que determinam o seu carácter imperativo o facto de que a *mens legislatoris*, considerada a propósito da regulação de certas matérias, poder não ser alcançada se as partes puderem escolher outro regime para regular o seu contrato. A atribuição de prevalência às normas de aplicação imediata do Estado do foro decorre dos critérios de fixação da competência ao nível internacional a favor de um certo Estado. Tal tarefa é levada a efeito por recurso ao direito da competência internacional que tem em conta princípios e valores que divergem dos fins prosseguidos pelo direito de conflitos.

A aplicação de normas de aplicação imediata do foro vem consagrada no artigo 9.º, n.º 2 do Regulamento, à semelhança do disposto no correspondente número do artigo 7.º da Convenção de Roma. A aplicação das disposições de aplicação imediata da lei do foro não pode ser restringida por disposições do Regulamento, o que justifica que o órgão aplicador do direito não pode sobrepor a autonomia das partes às normas de aplicação imediata do Estado do foro, que serão aplicáveis caso reclamem a sua aplicação *in casu*, afastando, no seu âmbito de aplicação, os efeitos da escolha de lei.

Dado o carácter excecional destas normas o tribunal fica obrigado a interpretá-las em termos restritos e a aplicá-las com contenção.

Mas as normas de aplicação imediata podem ser oriundas de Estados estrangeiros, solução consagrada no Regulamento Roma I e que resultou de um processo de afirmação gradual iniciado com a sua consagração na Convenção de Roma e que se mantém sendo a sua relevância reconhecida também pelos Princípios da Haia.

Estas normas são as que não pertencem nem à *lex fori*, nem à *lex contractus* e cuja identificação depende da identificação do lugar de execução das obrigações que decorrem do contrato. A aplicação das normas de aplicação imediata de uma lei estrangeira vem, no entanto, a ser consagrada no Regulamento Roma I em termos mais restritivos do que aqueles que se encontram previstos na Convenção de Roma. A disposição constante do n.º 1 do artigo 7.º é agora objeto do n.º 3 do Regulamento em análise, numa melhor inserção sistemática no correspondente preceito. De acordo com

a disposição inserta na Convenção de Roma o órgão aplicador do direito pode aplicar qualquer disposição de aplicação imediata de um Estado terceiro com a qual o caso em análise tenha uma conexão estreita, desde que essa disposição reclame a sua aplicação ao caso.

Nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 9.º do Regulamento Roma I o juiz pode decidir dar prevalência às disposições de aplicação imediata do lugar do cumprimento das obrigações decorrentes do contrato, desde que segundo essas normas o contrato seja ilegal, não sendo suficiente que o contrato seja meramente inexecutível nem que o contrato seja inválido se for celebrado no país em cujo território deva ser executado. Para tanto, o juiz deve tomar em consideração a natureza e o objeto das normas e as consequências da sua aplicação ou da sua não aplicação. Acresce, ainda, que segundo essas normas o cumprimento do contrato seja considerado ilegal.

A diferente redação da norma possibilitou o consenso quanto à sua adoção, mas conduz às principais críticas de que a sua formulação é alvo. A concretização do Estado estrangeiro cujas normas podem ser aplicadas, teve em vista minorar a incerteza quanto à consagração da aplicação de normas de aplicação imediata de países terceiros, mas mantém a principal crítica de que a sua formulação é alvo. A tentativa de limitação das normas potencialmente aplicáveis deslocou a possibilidade de existência de uma relação estreita com o contrato para os requisitos supra apontados. No entanto, as disposições em análise não serão aptas a reduzir substancialmente a incerteza que decorre da ponderação das disposições de aplicação imediata estrangeiras. Quer porque não se pode excluir a dificuldade resultante da caracterização de uma norma, como norma de aplicação imediata, quer também, porque não se dá muita importância à questão de saber como estes fatores devem ser ponderados, ou ainda porque se deve atribuir relevância à norma estrangeira à qual as partes pretendem subtrair-se, desde que apresente uma ligação estreita com o lugar do cumprimento da obrigação, mas sobretudo porque se trata de uma disposição muito restritiva na medida em que apenas permita a aplicação de normas do lugar do cumprimento da obrigação, e mesmo dessas, apenas aquelas que tornem o cumprimento do contrato ilegal. Acrescendo a ponderação da sua natureza, objeto e consequências da sua aplicação ou da sua não aplicação.

Recentemente decidiu o tribunal de justiça possibilitar a aplicação de normas de aplicação imediata que não correspondam ao lugar do cumprimento da obrigação ainda que como mero elemento de fato, com base no princípio da cooperação leal. Esta aplicação indireta de outras normas de aplicação imediata para além daquelas enunciadas na disposição em análise, permite ultrapassar as críticas formuladas à

disposição *sub iudice*, garantindo soluções adequadas. Nesta medida, trata-se de uma jurisprudência que vem contribuir para uma melhor administração da justiça. No entanto trata-se de uma medida que comporta alguns inconvenientes, resultantes do facto de a determinação das consequências da inobservância dessas disposições da lei estrangeira ser feita por recurso à *lex contractus*. O que determina que cada o teor da norma estrangeira para efeitos da sua consideração enquanto matéria de facto, pode ser diferente em função de cada *lex contractus*. Nessa medida trata-se de uma solução que não deve ser considerada numa futura revisão do regulamento, sendo, em nossa perspectiva, preferível a formulação constante da Convenção de Roma, por ser a que melhor se adequa a este tipo de normas, independentemente de estar em causa a aplicação de normas da *lex causae* ou de outra lei que se considere reclamar aplicação ao caso.

Num horizonte futuro, e como antes se referiu, poderá ser consagrada a possibilidade de aplicação de regras não estatais aos contratos comerciais internacionais. Essa possibilidade em nada conflitará com o que vem de ser dito, apesar de se reconhecer que, em certa medida, a escolha de tais preceitos pode deslocalizar a necessidade de proteção a interesses de um Estado ou de vários Estados, ou mesmo das partes mais fracas ou débeis, dado a relação jurídica não se encontrar sediada em nenhuma ordem jurídica estatal. No entanto, e como suprarreferido, em nosso entendimento, dificilmente se pode conceber a existência de uma desconexão total, pelo que a questão retornará a esta discussão. No regime atual, se as partes escolherem regras não estatais, a supremacia daquelas é ditada pelos regimes mais importantes nessa matéria, como sejam os Princípios UNIDROIT, os PDEC e os Princípios da Haia.

As normas de aplicação imediata constituem um importante reduto da soberania dos Estados que a possibilidade de recurso à arbitragem pode restringir, que pode ser ainda mais confinado pela ameaça que a globalização significa para a implementação das políticas reguladoras dos mesmos. Este fenómeno faz surgir, para além das normas de aplicação imediata dos Estados, as normas de aplicação imediata da UE. Partindo do princípio do primado estabelecido na jurisprudência Jean-Claude Arblade e Arblade & Fils SARL, o Tribunal de Justiça veio reconhecer essa categoria de normas atribuindo a prevalência do direito da UE vertido numa diretiva sobre a lei aplicável ao contrato. A jurisprudência Ingmar, inovadora, veio acrescentar ao debate esta nova categoria de normas e motivar jurisprudência posterior, a jurisprudência Unamar.

Esta realidade altera a relação hierárquica entre disposições concorrentes, atribuindo prevalência ao direito da UE. No acórdão proferido no caso Jean-Claude Arblade e

Arblade & Fils SARL a jurisdição suprema abriu o caminho à identificação de novas normas de aplicação imediata com origem no direito da UE, limitando a aplicação das normas de aplicação imediata dos Estados-Membros, e por esta via, a soberania dos mesmos.

Em face dos compromissos internacionais e dos fenómenos de integração, os Estados acabam por confortar a relativização da sua soberania na consideração da imprescindibilidade da cooperação internacional, enquanto expressão atual da *Comitas Gentium*.

É em face da possibilidade de sobreposição de soberanias que consideramos existir na Europa uma soberania estadual gradualmente limitada, limitação que resulta implícita da sucessiva transferência de competências para a UE e que é aceite pelos Estados-Membros em função das necessidades de cooperação internacional.

Este potencial desequilíbrio entre soberanias é apto a criar uma certa instabilidade institucional que encontra o seu reequilíbrio momentâneo na solução de aplicação das disposições de aplicação imediata do direito da UE tal como aplicadas pelo Estado-Membro do foro, se essa aplicação se traduzir numa proteção superior àquela que é formulada por aquelas disposições, em circunstâncias especiais, tal como decidido no acórdão Unamar. Nesta jurisprudência já não está em causa a natureza de disposições de aplicação imediata atribuídas aos artigos 17.º e 18 da Diretiva 86/653/CEE e a sua prevalência sobre a lei escolhida, mas a prevalência da proteção conferida pela *lex fori* que transpõe a Diretiva garantindo ao agente uma proteção superior àquela que resultaria da simples aplicação da diretiva tal como transposta pela *lex causae*.

A conceção de soberania está assim definitivamente alterada em função de um processo gradual de transferência de competências para a UE, mas sobretudo fruto de decisões jurisprudenciais, indo ao encontro da metodologia seguida pelo Tribunal de Justiça. Tal implica que devam ser consagradas, numa futura revisão do Regulamento Roma I, as normas de aplicação imediata da UE e esclarecidas as suas relações hierárquicas com as demais categorias, devendo ser consagrada a sua predominância sobre as normas de aplicação imediata estrangeiras e a sua paridade relativamente às normas do foro, de acordo com a jurisprudência Unamar.

REFERÊNCIAS

ALJAZY, Omar – Jurisdiction of arbitral tribunals in islamic law (Shari'a). In M. Á. Fernández-Ballesteros; David Arias (Eds.), Liber Amicorum Bernardo Cremades. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2010, p. 65-100.

ALMEIDA, Moitinho de – O reenvio prejudicial perante o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

ALTAVA NAVALL, Manuel Guillermo – El desarrollo del derecho processal en la Union Europea, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia: los procesos comunitarios. Barcelona: Universitat, 2003.

AMERICAN LAW INSTITUTE – Restatement of the law (second). St. Paul: American Law Institute Publishers, 1971.

AMURE, Umr – Centre de Droit et d' Economie de la Mer. Paris: Pedone, 2012.

ANCEL, Bertrand; LEQUETTE, Yves – Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé. 3ª ed. Paris: Dalloz, 2001.

ANDRADE, Miguel Almeida – Guia prático do reenvio prejudicial. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado, 1991.

ANDREWS, Neil – Arbitration and contract law: common law perspectives. London: Springer, 2016.

ANTONIOOLI, Luisa; FLORENTINI, Francesca – From the europeanisation of private law to the project of a european common frame of reference. In Luisa Antonioli; Francesca Forientini (Eds.), A factual assessment of the draft common frame of reference. München: Sellier European Law Publishers, 2011, p. 1-49.

ARAÚJO, A. [et al.] – As relações entre os tribunais constitucionais e outras jurisdições nacionais, incluindo a interferência, nesta matéria, das jurisdições europeias. In Estudos de homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa. Coimbra: Coimbra Editora: 2005, p. 203-260.

ARNULL, Anthony – Europe's Nemesis? In Henning Koch [et al.], Europe: the new legal realism. Chicago: Djof Publishing, 2010, p. 1-37.

ASENSIO, Pedro A. de Miguel – The law applicable to contractual obligations: the Rome I regulation in comparative perspective. In Jürgen Basedow; Knut B. PiBler (Eds), Private international law in Mainland China, Taiwan and Europe. Zurich: Mohr Siebeck, 2014, p. 191-219.

ASENSIO, Pedro Alberto de Miguel – El lugar de ejecución de los contratos de prestación de servicios como critério atributivo de competência. In J. Forner Delaygua [et al.], Entre Bruselas y la Haia: estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado: Liber Amicorum Alegría Borrás. Paris: Marcial Pons, 2013, p. 291-307.

AUDIT, Bernard – Droit international privé. 4ª ed. Paris: Economica, 2006.

AUDIT, Bernard – Du bon usage des lois de police. In Vincent Heuzé [et al.], Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer. Paris: LGDJ, 2015, p. 25-42.

AUDIT, Bernard – Le caractère fonctionnel de la règle de conflit de lois (sur la crise des conflits de lois). RCADI. 186 (1984) 254.

AUDIT, Bernard – Le droit international privé en quête d'universalité. RCADI. 305 (2003) 95.

AUDIT, Bernard; D'AVOUT, Louis - Droit international privé. 8ª ed. Paris: L.G.D.J., 2018.

AUDIT, Mathias; BOLLÉE, Sylvain; CALLÉ, Pièrre - Droit du commerce international et des investissements étrangers. Paris: L.G.D.J., 2016.

AUDOLANT, Ariane – Les lois de policie en droit international privé. In Catherine Thibierge [et al.], La force normative: naissance d'un concept. Paris: LGDJ, 2009, p. 309-322.

AZEVEDO, Maria Eduarda – A convenção: um novo instrumento de revisão dos tratados europeus? In Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha. Coimbra: Almedina, 2010. Vol. 1, p. 651-684.

AZEVEDO, Maria Eduarda – A Europa em movimento: apostas e desafios no limiar do novo século. Lisboa: Editorial Notícias, 1997.

AZEVEDO, Maria Eduarda – A Europa em movimento: apostas e desafios no limiar do novo século. Lisboa: Editorial Notícias, 1998.

AZEVEDO, Maria Eduarda – As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governação pública. Coimbra: Almedina, 2009.

AZEVEDO, Maria Eduarda – Renovar a aposta Europeia: registos na viragem do século. Lisboa: Quetzal Editores, 1999.

BADIALI, Giorgio – Le droit international privé des Communautés Européennes. RCADI. 191 (1985) 3-181.

BALLARINO, Tito – Diritto internazionale privato. 3ª ed. Padova: Cedam, 1999.

BALLARINO, Titto; BALLARINO, Eleonora; PRETELLI, Ilaria - Diritto internazionale privato italiano. 8ª ed. Padova: Wolters Kluwer / Cedam, 2016.

BANAKAS, Stathis – European Tort Law: is it Possible? ERPL. 10 : 3 (2002) 363-375.

BARATA, Roberto - Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti. Milano: Giuffrè Editore, 1991.

BARIATTI, Stefania – Forum shopping, abus de droit et droit international privé européen: quelques reflexions. In J. Forner Delaguerre [et al.], Entre Bruselas y la Haia: estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional privado: Liber Amicorum Alegría Borrás. Paris: Marcial Pons, 2013, p. 161-173.

BARNICH, Laurent – Les actes juridiques en droit international privé. Bruxelles : Bruylant, 2001.

BASEDOW, Jürgen – 15 years of European international private law: achievements, conceptualization and outlook. In Alegría Borrás [et al.], Entre Bruselas y la Haia: estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional. Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 175-183.

BASEDOW, Jürgen – A common contract law for the common market. CMLR. 33 (1996) 1169-1195.

BASEDOW, Jürgen – Berichte: kodifizierung des europäischen internationalen privatrechts? RabelsZ. 75 (2011) 671-672.

BASEDOW, Jürgen – Codification of private law in the European Union: the making of a Hybrid. ERPL. 9 : 1, (2001) 35-49.

BASEDOW, Jürgen – Das Fakultative Unionsprivatrecht und das internationale Privatrecht. In Herbert Kronke; Karsten Thorn (Eds.), Grenzen überwinden: prinzipien bewahren. Bielefeld: Giesecking Verlag, 2012, p. 50-62.

BASEDOW, Jürgen – EC Conflict of laws: a matter of coordination. In Luís de Lima Pinheiro (Ed.), Seminário Internacional sobre a comunitarização do direito internacional privado: direito de conflitos, competência internacional e reconhecimento de decisões estrangeiras. Coimbra: Almedina, 2005, p. 17-30.

BASEDOW, Jürgen - El derecho de las sociedades abiertas: ordenación privada y regulación publica en el conflicto de leyes. Bogotá: Legis Editores, 2017.

BASEDOW, Jürgen – Lex mercatoria and the private international law of contracts in economic perspective. In Jürgen Basedow; Toshiyuki Kono (Ed.), An economic analysis of private international law. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 57-71.

BASEDOW, Jürgen – Materielle rechtsangleichung und kollisionsrecht. In Anton K. Schnyder [et al.], Internationales verbraucherschutzrecht. Leinen: Mohr Siebeck, 1995.

BASEDOW, Jürgen – The effects of globalization on private international law. In Jürgen Basedow; Toshiyuki Kono (Eds.), Legal aspects of globalization. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law, 2000, p. 1-10.

BASEDOW, Jürgen – The gradual emergence of european private law. In Talia Einhorn; Siehr, Kurt (Ed.), Intercontinental cooperation trough private internacional law: essays in memory of Peter E. Nygh. Den Haag: T.M.C. Asser Press, 2004, p. 1-18.

BASEDOW, Jürgen – Theory of choice of law and party autonomy. In FERNANDÉZ ARROYO, Diego P., dir. ; MORENO RODRIGUES, José António, dir. - Contratos Internacionales : entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos. [S.l.] : ASADIP, 2018. p. 17-58.

BASEDOW, Jürgen – Vers un code européen des contrats. In Rui Moura Ramos *et al.* (Org.), Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço. Coimbra: Almedina, 2002. Vol. 1, p. 671-688.

BASEDOW, Jürgen; WURMNEST, W. (Coord.) – Comments on the European Comission's proposal for a regulation of the European Parliament and the council on the law applicable to contractual obligations (Rome I). RabelZ. 71 (2007) 225-344.

BASTOS, Fernando Loureiro – A União Europeia e a União Africana: pode um puzzle de que não se conhece a imagem final servir de modelo à integração do continente africano? In Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco. Lisboa: FDUL, 2006. Vol. 1, p. 1009-1044.

BATIFFOL, H. - Traité de droit international privé. 3.^a ed. Paris : LGDJ, 1959.

BATIFFOL, H.; LAGARDE, P. – Traité de droit international privé. 8^a ed. Paris: LGDJ, 1993. Vol. 1.

BATTIFOL, H. – Droit international: contracts et conventions. In Encyclopédie Dalloz. Paris: Dalloz, 1992. Vol. 9.

BATTIFOL, H.; LAGARDE, P. – Droit international privé. Revue Internationale de Droit Comparé. 36 : 3 (1984) 643-644.

BEALE, Hugh – Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment. Brussels: European Union, 2015.

BEAUMONT, Paul; YÜKSEL, Burcu – The validity of choice of court agreements under Brussels I Regulation and the Hague choice of court agreements convention. In Katharina Boele-Woelki [et al.], Convergence and divergence in private international law: Liber Amicorum Kurt Siehr. The Hague: Eleven International Publishing, 2010, p. 563-721.

BECK, Gunnar – The Lisbon judgment of the german constitutional court, the primacy of eu law and the problem of kompetenz-kompetenz: a conflict between right and right in which there is no praetor. European Law Journal. 17 : 4 (2011) 470-494.

BÉGUIN, J.; MENJUCQ, Michel – Droit du commerce international. Paris: Litec, 2005.

BERMAN, George A. – International commercial arbitration: present chalenges and future prospects. In Andrea Carlevaris [et.al], International arbitration under review: essays in honour of John Beechey. Paris: International Chamber of Commerce, 2015, p. 59-67.

BERTOLI, Paolo – Il ruolo de la corte de giustizia e l'interpretazione del futuro regolamento Roma I. In Pietro Franzina (Org.), La lege applicabile ai contratti nella proposta de regolamento Roma I. Pádua: Cedam, 2006, p. 4-27.

BIDAUD-GARON, Christine – Travaux dirigés de droit international privé. 2^a ed. Paris: Litec, 2003.

BODÉNÈS-CONSTANTIN, Armelle – La codification du droit international privé français. Paris: Defrénois, 2005.

BOLLÉE, Sylvain - La prise en considération des lois de police étrangères dans le Règlement Rome I. In ANCEL, Marie-Elodie, ed. [et al.] - Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel. Paris, Madrid : LGDJ, Ipolex, 2018. p. 203-225.

BONELL, Michael Joachim – An international restatement of contract law, the unidroit principles of international commercial contracts. New York: Transnational Publishers, 2005.

BONELL, Michael Joachim – Un “codice” internazionale del diritto dei contratti, i principi unidroit dei contratti commerciali internazionali. Milano: Giuffrè Editore, 2006.

BONOMI, Andrea – Article 9. In MAGNUS, Ulrich, ed. ; MANKOWSKI, Peter, ed. - European Commentaries on private international law. Rome I regulation. [S.l.] : SELP, 2017. Vol. 2, p. 599-661.

BONOMI, Andrea – Conversion of the Rome convention on contracts into an ec instrument: some remarks on the green paper of the EC Commission. YPIL. 6 (2004) 53-98.

BONOMI, Andrea – La Convenzione di Roma sulle legge aplicabile alle obbligazioni contrattuali. In Paolo Cendon (Dir.), Il diritto privato nella giurisprudenza. Torino: UTET, 2004. Vol. 11, p. 631-667

BONOMI, Andrea – Le norme di applicazioni necessaria nel regolamento “Roma I”. In Nerina Boschiero (Ed.), La nuova disciplina comunitaria della lege applicabile ai contratti (Roma I). Torino: Giappichelli Editore, 2009, p. 173-189.

BONOMI, Andrea – Le norme imperative nel diritto internazionale privato. Zurich: Verlag, 1998.

BONOMI, Andrea – Overriding mandatory provisions in the Rome I Regulation on the law applicable to contracts. YPIL. (2008) 261-300.

BORCHERS, Patrick J. – The triumph of substance over rules of choice in international commercial transactions: from the *lex mercatoria* to modern standards. In Marilyn J. Raisch; Roberta I. Schaffer (Eds.) - Introduction to transnational legal transactions. New York: Oceana Publications: 1995, p. 139-158.

BORRÁS, Alegria - Competence of the Community to conclude the revised Lugano Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters – Opinion C-1/03 of 7 February 2006: Comments and Immediate Consequences. YPIL. 8 (2006) 37-52.

BORTOLOTTI, Fabio – Diritto dei contratti internazionali: manuale di diritto commerciale internazionale. Milano: CEDAM, 1997.

BOSCHIERO, Nerina – Verso il rinnovamento e la trasformazione della Convenzione di Roma: problemi generali. In Paolo Picone (Ed.), Diritto Internazionali privato e diritto comunitario. Milano: Cedam, 2004, p. 319-420.

BRITO, Maria Helena – Determinação da lei aplicável aos contratos internacionais: da Convenção de Roma ao Regulamento Roma I. In Armando Marques Guedes [*et al.*], Estudos em homenagem ao Professor Doutor Lebre de Freitas. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. Vol. 1, p. 427-473.

BRITO, Maria Helena – Direito do comércio internacional. Coimbra: Almedina, 2004.

BRITO, Maria Helena – Direito internacional privado sob influência do direito europeu. Lisboa, Âncora Editora: 2017.

BRITO, Maria Helena – Direito internacional privado. Coimbra: Almedina, 2013.

BRITO, Maria Helena – O contrato de concessão comercial. Coimbra: Almedina, 1990.

BRITO, Maria Helena – Os contratos bancários e a Convenção de Roma de 19 de junho de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais. Revista da Banca. 28 (1993) 75-124.

BROBERG, Morten; FENGER, Niels – Finding light in the darkness: on the actual application of the *acte clair* doctrine. European Law Journal. 30 : 1 (2011) 180-212.

BROBERG, Morten; FENGER, Niels – Variations in member states preliminary references to the Court of Justice: are structural factors part of the explanation? European Law Journal. 19 : 4 (2013) 488-501.

BROZOLO, Radicati di – L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation. RCDIP. 3 (1993) 401-472.

BUCHLER, Andreas – La Conference de la Haye sans convention. In J. Forner Delagüa [et al.], Entre Bruselas y la Haia: estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado: Liber Amicorum Alegría Borrás. Paris: Marcial Pons, 2013, p. 277-290.

BUNDESARBEITSGERICHT, 26.04.2017, Republik Griechenland v Grigorios Nikiforidis, 5 AZR 962/13, disponível em: <https://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=en&Datum=2017-4&nr=19456&pos=23&anz=47> [consultado em 30.03.2019].

CALLIESS, Gralf-Peter – Rome regulations: commentary on the European rules of the conflict of laws. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2011.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luís ; CARRASCOSA GONZALÉZ, Javier – Scope. In MAGNUS, Ulrich, ed. ; MANKOWSKI, Peter, ed. - European Commentaries on private international law. Rome I regulation. [S.l.] : SELP, 2017. Vol. 2, p. 52-82.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luís ; CARRASCOSA GONZALÉZ, Javier ; CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, Celia – Litigación internacional en la Unión Europea II: la ley aplicable a los contratos internacionales: comentario al reglamento Roma I. Navarra: Editorial Aranzadi, 2017.

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis ; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier – Curso de contratación internacional. 2ª ed. Madrid: Colex, 2006.

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier – Derecho internacional privado. 18ª ed. Madrid: Editorial Comares, 2018, Vol. 1.

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier – Derecho internacional privado. 18ª ed. Madrid: Editorial Comares, 2018, Vol. 2.

CANOTILHO, J. J. Gomes – Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes – Estado de Direito e Internormatividade. In Alessandra Silveira (Coord.), Direito da União Europeia e Transnacionalidade (pp. 182-193). Lisboa: Quid Juris, 2010.

CAPITANT, Henri (1994) - Les grands arrêts de la jurisprudence civile. 10e éd. Paris : Dalloz.

CARBALLO PIÑEIRO, Laura – International maritime labour law. London: Springer, 2015.

CARDOSO, Fernando – Autonomia da vontade no direito internacional privado. Lisboa: Portugalmundo Editora, 1989.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier – La cláusula de excepción y los contratos internacionales. In Carlos Esplugues Mota [et al.], Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues (pp. 459-470). Paris: Tiran lo Blanch, 2012.

CARUSO, Daniela – The baby and the bath water: the american critique of european contract law. AM. J. COMP. L.. 61 (2013) 479-506.

CASTRONOVO, Carlo – Savigni i Moderni e la Codificazione Europea. In Rui Moura Ramos *et al.* (Org.), Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço. Coimbra: Almedina, 2002. Vol. 1, p. 689-721.

CHALMERS, Damian [et al.] – European Union law: text and materials. 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

CHARBONNIER, Gilles; SHEERY, Orla – Panorama of judicial systems in the European Union. Bruxelles: Bruylant, 2008.

CHATILLON, Stéphane – Le contrat international. Paris: Vuibert, 2007.

CHUAH, Jason – Law of international trade: cross-border commercial transactions. New York: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2009.

CLAVEL-THORAVALL, Julie - Les indispensables du droit international privé. Paris : Ellipses, 2019.

CLIVE, Eric – The lasting influence of Lando principles. In M. J. Bonell [et al.], Liber Amicorum Ole Lando. Copenhagen: DJOF Publishing, 2012, p. 69-83.

COLLAÇO, Isabel de Magalhães – Da compra e venda em direito internacional privado: aspectos fundamentais. Lisboa: AAFDL, 1954. Vol. 1.

COLLAÇO, Isabel de Magalhães – Direito internacional privado: reedição das lições proferidas ao 5.º ano jurídico: 1958-1959. Lisboa: AAFDL, 1966. Vol. 1.

COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES – L'achèvement du marché intérieur : livre blanc de la Commission à l'intention do Conseil européen (Milan, 28-29 juin 1985) [Em linha]. Bruxelles : [s.n.]. COM (85) 310 final, le 14 juin 1985. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL: http://europa.eu/documents/comm/white_papers/pdf/com1985_0310_f_fr.pdf>.

COMMUNAUTÉ ÉCONOMIQUE EUROPÉENNE - Traité instituant la Communauté Économique Européenne et documents annexes [Em linha]. [S.l.] : Communauté Économique Européenne, 1957. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW: <URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&from=PT>>.

COMUNIDADE EUROPEIA - Convenção de Bruxelas de 1968 relativa à Competência Jurisdicional e à Execução de Decisões em matéria civil e comercial. Jornal Oficial das Comunidades Europeias [Em linha]. L:299 (31.12.1972) 186-199. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:41968A0927\(01\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:41968A0927(01)&from=PT)>.

COMUNIDADE EUROPEIA - Convenção relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial Celebrada em Lugano em 16 de Setembro de 1988 (88 /592 /CEE). Jornal Oficial das Comunidades Europeias [Em linha]. L:319 (25.11.88) 9-48. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:41988A0592&from=PT>>.

COMUNIDADE EUROPEIA - Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais aberta a assinatura em Roma em 19 de Junho de 1980 - (80/934/CEE). Jornal Oficial das Comunidades Europeias [Em linha]. L:266, fasc. 3 (09.10.1980) 36-54. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:41980A0934&from=EN>>.

COMUNIDADE EUROPEIA - Tratado da União Europeia (92/C 191/01). Jornal Oficial das Comunidades Europeias [Em linha]. C:191 (29.07.1992) 1-112. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11992M/TXT&from=PT>>.

COMUNIDADE EUROPEIA - Versão compilada do tratado que institui a Comunidade Europeia. Jornal Oficial das Comunidades Europeias [Em linha]. C:325 (24.12.2002) 33-152. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW: <URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2002:325:FULL&from=PT>>.

COMUNIDADE EUROPEIA. Conselho - Directiva 92/49/CEE do Conselho de 18 de Junho de 1992 relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes ao seguro directo não vida e que altera as directivas 73/239/CEE e 88 / 357/CEE (terceira directiva sobre o seguro não vida). Jornal Oficial das Comunidades Europeias [Em linha]. L:228 (11.08.1992) 1-23. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31992L0049&from=PT>>.

COMUNIDADE EUROPEIA. Conselho - Directiva 92/96/CEE do Conselho de 10 de Novembro de 1992 que estabelece a coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas ao seguro directo vida e que altera as Directivas 79 /267 /CEE e 90/619/CEE (terceira directiva sobre o seguro de vida). Jornal Oficial das Comunidades Europeias [Em linha]. L:360 (09.12.1992) 1-27. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31992L0096&from=PT>>.

COMUNIDADES

COMUNIDADE EUROPEIA. Conselho - Directiva 93/13/CEE do Conselho de 5 de Abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores. Jornal Oficial das Comunidades Europeias [Em linha]. L:95 (21.04.1993) 29-34. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31993L0013&from=PT>>.

COMUNIDADE EUROPEIA. Conselho - Directiva 93/7/CEE do Conselho de 15 de Março de 1993 relativa à restituição de bens culturais que tenham saído ilicitamente do território de um Estado-membro. Jornal Oficial das Comunidades Europeias [Em linha]. L:74 (27.03.1993) 74-79. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31993L0007&from=PT>>.

COMUNIDADE EUROPEIA. Conselho - Primeiro protocolo relativo à interpretação pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias da Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, aberta à assinatura em Roma em 19 de Junho de 1980 : (89/128/CEE). Jornal Oficial das Comunidades Europeias [Em linha]. L:48 (20.02.1989)

1-7. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:41989A0128&from=ES>>.

COMUNIDADE EUROPEIA. Conselho – Proposta de directiva do Conselho relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de prestação de serviços. Jornal Oficial das Comunidades Europeias [Em linha]. C:225 (30.8.1991). COM/91/230FINAL. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:1b4578cb-d0f8-4d76-8804-9119e0cfef10.0009.01/DOC_1&format=PDF>.

COMUNIDADE EUROPEIA. Conselho - Segunda Directiva 88/357/CEE do Conselho de 22 de Junho de 1988 relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes ao seguro directo não vida, que fixa disposições destinadas a facilitar o exercício da livre prestação de serviços e que altera a Directiva 73/329/CEE. Jornal Oficial das Comunidades Europeias [Em linha]. L:172 (04.07.1988) 1-14. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31988L0357&from=PT>>.

COMUNIDADE EUROPEIA. Conselho - Segunda directiva do Conselho de 8 de Novembro de 1990 relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes ao seguro directo de vida, que fixa as disposições destinadas a facilitar o exercício efectivo da livre prestação de serviços e altera a Directiva : 79/267/CEE. Jornal Oficial das Comunidades Europeias [Em linha]. L:330 (29.11.1990) 50-61. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31990L0619&from=PT>>.

COMUNIDADE EUROPEIA. Conselho - Segundo protocolo que atribui ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias determinadas competências em matéria de interpretação da Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, aberta à assinatura em Roma em 19 de Junho de 1980 : (89/129/CEE). Jornal Oficial das Comunidades Europeias [Em linha]. L:48 (20.02.1989) 17-22. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:41989A0129&from=RO>>.

COMUNIDADE EUROPEIA. Parlamento – Resolução sobre um esforço de harmonização do direito privado dos Estados-membros. Jornal Oficial das Comunidades Europeias [Em linha]. C:158 (26-06-1989) 400-401. [Consult. 18 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1989:158:FULL&from=PT>>.

COMUNIDADE EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal (Sexta Secção) de 9 de Dezembro de 1987 : Processo 218/86 : SAR Schotte GmbH contra Parfums Rothschild SARL (Pedido de decisão prejudicial: Oberlandesgericht Düsseldorf – Alemanha). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (1987) 4916-4921. [Consult. 18 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1552576431648&uri=CELEX:61986CJ0218>>.

COMUNIDADE EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal (Sexta Secção) de 8 de Março de 1988 : Processo 9/87 : SPRL Arcado contra SA Haviland (Pedido de decisão prejudicial: Cour d'appel de Bruxelles – Bélgica). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (1988) 1551. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1552068078556&uri=CELEX:61987CJ0009>>.

COMUNIDADE EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal (Sexta Secção) de 25 de Julho de 1991 : Processo C-76/90 : Manfred Säger contra Dennemeyer & Co. Ltd (Pedido de decisão prejudicial: Oberlandesgericht München – Alemanha). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (1991) I-04239 – I-4246. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1551970766498&uri=CELEX:61990CJ0076>>.

COMUNIDADE EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de 15 de Julho de 1964 : processo 6-64 : Flaminio Costa contra ENEL (Ente nazionale energia elettrica, impresa già della Edison Volta) (pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Giudice conciliatore de Milão). Colectânea da Jurisprudência do Tribunal [Em linha]. (1962-1964) 553-563. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61964CJ0006&from=PT>>. ISSN 1011-5072.

COMUNIDADE EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de 5 de Fevereiro de 1963 : Processo 26/62 : NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming Van Gend & Loos contra Administração Fiscal neerlandesa (Pedido de decisão prejudicial: Tariefcommissie - Países Baixos). Colectânea da Jurisprudência do Tribunal [Em linha]. (1962-1964) 207-215. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1554472998749&uri=CELEX:61962CJ0026>>.

COMUNIDADE EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de 27 de Março de 1963 : processos apensos 28 a 30-62 : Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV

e Hoechst-Holland NV contra Administração Fiscal neerlandesa (Pedidos de decisão prejudicial : Tariefcommissie - Países Baixos.). Colectânea da Jurisprudência do Tribunal [Em linha]. (1962-1964) 235-239. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1551373569501&uri=CELEX:61962CJ0028>>.

COMUNIDADE EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de 17 de Dezembro de 1970 : processo 11-70 : Internationale Handelsgesellschaft mbH contra Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel (Pedido de decisão prejudicial: Verwaltungsgericht Frankfurt am Main – Alemanha). Colectânea da Jurisprudência do Tribunal [Em linha]. (1969-1970) 625-634. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1551369941371&uri=CELEX:61970CJ0011>>.

COMUNIDADE EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de 31 de Março de 1971 : Processo 22-70 : Comissão das Comunidades Europeias contra Conselho das Comunidades Europeias. Colectânea da Jurisprudência do Tribunal [Em linha]. (1971) 72-86. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1556281963638&uri=CELEX:61970CJ0022>>.

COMUNIDADE EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de 14 de Dezembro de 1971 : processo 43-71 : Politi Sas contra Ministério das Finanças da República Italiana (Pedido de decisão prejudicial: Tribunale civile e penale di Torino – Itália). Colectânea da Jurisprudência do Tribunal [Em linha]. (1971) 422-423. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1551438928580&uri=CELEX:61971CJ0043>>.

COMUNIDADE EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Outubro de 1976 : Processo 14-76 : A. De Bloos, SPRL contra Société en commandite par actions Bouyer (Pedido de decisão prejudicial: Cour d'appel de Mons - Bélgica). Colectânea da Jurisprudência do Tribunal [Em linha]. (1976) 607-612. [Consult. 18 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1552574516486&uri=CELEX:61976CJ0014>>.

COMUNIDADE EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Outubro de 1976 : Processo 12-76 : Industrie Tessili Italiana Como contra Dunlop AG (Pedido de decisão prejudicial: Oberlandesgericht Frankfurt am Main – Alemanha). Colectânea da Jurisprudência do Tribunal [Em linha]. (1976) 587-593. [Consult. 18 fev.

2019]. Disponível em WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1552577915989&uri=CELEX:61976CJ0012>>.

COMUNIDADE EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de 14 de Outubro de 1976 : Processo 29-76 : LTU Lufttransportunternehmen GmbH & Co. KG contra Eurocontrol (pedido de decisão prejudicial: Oberlandesgericht Düsseldorf – Alemanha). Colectânea da Jurisprudência do Tribunal [Em linha]. (1976) 630-634. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1552661621296&uri=CELEX:61976CJ0029>>.

COMUNIDADE EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de 30 de Novembro de 1976 : Processo 21-76 : Handelskwekerij G. J. Bier BV contra Mines de potasse d'Alsace SA (pedido de decisão prejudicial: Gerechtshof 's-Gravenhage - Países Baixos. Colectânea da Jurisprudência do Tribunal [Em linha]. (1976) 678-683. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1552661907624&uri=CELEX:61976CJ0021>>.

COMUNIDADE EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de 24 de Maio de 1977 : processo 107-76 : Hoffmann-La Roche AG contra Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH (Pedido de decisão prejudicial: Oberlandesgericht Karlsruhe – Alemanha). Colectânea da Jurisprudência do Tribunal [Em linha]. (1977) 334-338. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1551457445794&uri=CELEX:61976CJ0107>>.

COMUNIDADE EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de 9 de Março de 1978 : processo 106/77 : Administração das Finanças do Estado contra Sociedade anónima Simmenthal (Pedido de decisão prejudicial : Pretora de Susa – Itália). Colectânea da Jurisprudência do Tribunal [Em linha]. (1978) 243-251. Não aplicação pelo juiz nacional de uma lei contrária ao direito comunitário. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1551370476414&uri=CELEX:61977CJ0106>>.

COMUNIDADE EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de 21 de Junho de 1978 : Processo 150/77 : Bertrand contra Paul Ott KG (pedido de decisão prejudicial: Cour de cassation – França). Colectânea da Jurisprudência do Tribunal [Em linha]. (1978) 488-493. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1552662187715&uri=CELEX:61977CJ0150>>.

COMUNIDADE EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de Fevereiro de 1979 : Processo 120/78 : Rewe-Zentral AG contra Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Pedido de decisão prejudicial: Hessisches Finanzgericht – Alemanha). Colectânea da Jurisprudência do Tribunal [Em linha]. (1979) 329-334. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1551461030503&uri=CELEX:61978CJ0120>>.

COMUNIDADE EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de 15 de Janeiro de 1987 : Processo 266/85 : H. Shenavai contra K. Kreischer (Pedido de decisão prejudicial: Landgericht Kaiserslautern - Alemanha. Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (1987) 251-257. [Consult. 18 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1552575536944&uri=CELEX:61985CJ0266>>.

COMUNIDADE EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de 22 de Outubro de 1987 : Processo 314/85 : Foto-Frost contra Hauptzollamt Lübeck-Ost (Pedido de decisão prejudicial: Finanzgericht Hamburg – Alemanha). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (1987) 4225-4235. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1551975175842&uri=CELEX:61985CJ0314>>.

COMUNIDADE EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de 26 de Fevereiro de 1991 : Processo C-154/89 : Comissão das Comunidades Europeias contra República Francesa. Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (1991) I-682 – I-689. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1551461532129&uri=CELEX:61989CJ0154>>.

COMUNIDADE EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de 26 de Fevereiro de 1991 : Processo C-180/89 : Comissão das Comunidades Europeias contra República Italiana. Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (1991) I-718 – I-726. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1551462095693&uri=CELEX:61989CJ0180>>.

COMUNIDADE EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de 26 de Fevereiro de 1991 : Processo C-198/89 : Comissão das Comunidades Europeias contra República Helénica. Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (1991) I-735 – I-744. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1551462695950&uri=CELEX:61989CJ0198>>.

COMUNIDADE EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de 25 de Julho de 1991 : Processo C-353/89 : Comissão das Comunidades Europeias contra Reino dos Países Baixos. Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (1991) I-04088 – I-4103. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1551970435984&uri=CELEX:61989CJ0353>>.

COMUNIDADE EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de 17 de Junho de 1992 : Processo C-26/91 : Jakob Handte & Co. GmbH contra Traitements mécano-chimiques des surfaces SA (Pedido de decisão prejudicial: Cour de cassation – França). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (1992) I-3990 – I-3996. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1552662532220&uri=CELEX:61991CJ0026>>.

COMUNIDADE EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de 19 de Janeiro de 1993 : Processo C-89/91: Shearson Lehmann Hutton Inc. contra TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH (Pedido de decisão prejudicial: Bundesgerichtshof – Alemanha). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (1993) I-181 – I-190. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1552663304295&uri=CELEX:61991CJ0089>>.

COMUNIDADE EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Despacho do Tribunal de 5 de Março de 1986 : Processo 69/85 : Wünsche Handelsgesellschaft GmbH & Co. contra República Federal da Alemanha (Pedido de decisão prejudicial: Verwaltungsgericht Frankfurt am Main - Alemanha). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (1986) 947-954. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1551976635780&uri=CELEX:61985CO0069>>.

CORBION, Lycette – Le déni de justice en droit international privé. Aix-en-Provence: Presses Universitaires d' Aix-Marseille, 2004.

CORDEIRO, António Menezes – A boa fé nos finais do Século XX. ROA. 56 (1996) 887-912.

CORDEIRO, António Menezes – Tratado de direito civil português (Volume 1, Tomo 2). Coimbra: Almedina, 2002.

CORNELL LAW SCHOOL (2018) - Uniform Commercial Code › U.C.C. - Article 1 - General Provisions (2001) - Part 3. Territorial Applicability and General Rules - § 1-302.

Variation by Agreement [Em linha]. Ithaca, NY : Cornell Law School. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL: <https://www.law.cornell.edu/ucc/1/1-302>>.

CORREIA, António Ferrer – A codificação do direito internacional privado. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 51 (1975) 1-113.

CORREIA, António Ferrer – Algumas considerações sobre a Convenção de Roma de 19 de junho de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais. Revista de Legislação e Jurisprudência. 122 (1989-1990) 290.

CORREIA, António Ferrer – Direito internacional privado: alguns problemas. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

CORREIA, António Ferrer – Lições de direito internacional privado (Volume 1). Coimbra: Almedina, 2017.

CORTESE, B. – La proposta di regolamento “Roma I”: spunti critici sul collegamento obiettivo e rapporti con le convenzioni di diritto internazionale privato uniforme. In Franzina, Pietro (Ed.), La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento “Roma I”. Padova: Cedam, 2006, p. 41-49.

COSTA, J. M. Cardoso da – O Tribunal Constitucional Português e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. In Antunes Varela (Orgs.), Ab uno ad omnes: 75 anos da Coimbra Editora (1920-1995). Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 1376-1377.

COURBE, Patrick – Droit international privé. Paris : Hachette Supérieur, 2007.

COURBE, Patrick – Le juge, la jurisprudence et le droit international privé. In Loïc Cadiet [et al.], Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Jacques Héron. Paris: LGDJ, 2008, p. 181-196.

CUNHA, Paulo de Pitta e – Da moeda única em diante: as visões a longo prazo da integração. In Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles. Coimbra: Almedina, 2003. Vol. 5, p. 9-22.

CUNHA, Paulo de Pitta e – De Maastricht a Amesterdão: problemas da União Económica e Monetária Europeia. Coimbra: Almedina, 1999.

CUNHA, Paulo de Pitta e – O projecto de uma constituição para a Europa. O Direito. 137 : 4-5 (2005) 1015-1021.

CUNHA, Paulo Pitta e – A via federal: a integração europeia no dobrar do século. Coimbra: Almedina, 2003.

CUNIBERTI, Gilles – La faible attractivité internationale du droit français des contrats. In D'AVOUT, Louis [et al.], Melanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit: les relations privées internationales. Paris: LGDJ, 2014, p. 253-267.

CZEPELACK, M. – Would we like to have a european code of private international law? European Review of Private Law. 18 : 4 (2010) 705-728.

DAMAŠKA, Mirjan – The common law/civil law divide: residual truth of a misleading distinction. In Janet Walker; Oscar G. Chase (Eds.), Common law, civil law and the future of categories. Nova Iorque: Lexis Nexis, 2010, p. 3-21.

DANIELE, Luigi – Diritto dell'Unione Europea: sistema istituzionali, ordenamento, tutela giurisdizionali, competenze. 3ª ed. Milano: Giuffrè Editore, 2008.

DEBY-GERÁRD, F. – Le role de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux. Paris: Dalloz, 1973.

DORNIS, Tim W. – Article 5: Contracts of Carriage. In Franco Ferrari (Ed.), Rome I regulation: pocket commentary. Munich: Selp, 2015, p. 187-191.

DROBNIG, Ulrich – Property law in a future european civil code. Studia Iuridica. 64 (2002) 103-146.

DROBNIG, Ulrich – Scope and general rules of a European Civil Code. ERPL. 5 : 4 (1997) 489.

DROBNIG, Ulrich (Ed) – The use of comparative law by courts. The Hague: Kluwer Law, 1999.

DUARTE, Maria Luísa – A aplicação jurisdicional do princípio da subsidiariedade no direito comunitário: pressupostos e limites. In Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor Lumbrals. Lisboa: FDUL, 2000, p. 779-813.

DUARTE, Maria Luísa; GOMES, Carla Amado – O Tribunal Constitucional Português e a garantia de aplicação do direito da União Europeia. In Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha. Coimbra: Almedina, 2010. Vol. 1, p. 695-725.

DUTOIT, Bernard – Le droit international privé ou le respect de l'altérité. Zurich: Schulthess Verlag, 2006.

EHRENZWEIG, Albert A. – La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé. Paris: Sirey, 1958.

EHRENZWEIG, Albert A. - Local and Moral Data in the Conflict of Laws: Terra incógnita. Buffalo Law Review. 16 (1966) 55-60.

ELST, Vander R.; WESER, Martha – Droit international privé belge et droit conventionnel international: conflits de juridictions. Bruxelles: Bruylant, 1985. Vol. 2.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional - AUTO 86/2011, de 9 de junio : ECLI:ES:TC:2011:86A [Em linha]. Madrid : Tribunal Constitucional. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW: <URL: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/22561>>.

ESPLUGUES MOTA, Carlos – Hacia una nueva noción de “acesso a la justicia” en la Unión Europea a través del fomento del recurso a los mecanismos de adr: la directiva 2008/52/CE y su transposición en los diversos Estados miembro. In J. Forner Delaygua [et al.], Entre Bruselas y la Haia: estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado: Liber Amicorum Alegría Borrás. Paris: Marcial Pons, 2013, p. 351-376.

ESPLUGUES MOTA, Carlos – Harmonization of private international law in europe and application of foreign law: the “Madrid Principles” of 2010. YPIL. 11 (2011) 273-298.

ESPLUGUES MOTA, Carlos – Régimen jurídico de la contratación. In ESPLUGUES MOTA, Carlos (Coord.). Contratación internacional. 2.^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, 54-165.

ESPLUGUES MOTA, Carlos [et al.] – Derecho del comércio internacional. Valencia: Tiran lo Blanch, 1999.

ESPLUGUES MOTA, Carlos, dir. - Derecho del comercio internacional. 7.^a ed. Valencia : Tirant lo Blanch, 2016.

ESTELA, António – The EU principle of subsidiarity and its critique: Oxford studies in european law. Oxford: Oxford University Press, 2002.

EUROPEAN COMMUNITY. European Court - Judgment of the Court (First Chamber) of 4 March 1982 : Case 38/81 : Effer SpA v Hans-Joachim Kantner. European Court reports [Em linha]. (1982) 825-836. [Consult. 18 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1552573991733&uri=CELEX:61981CJ0038>>.

EUROPEAN COMMUNITY. European Court - Judgment of the Court of 17 January 1980 : Case 56/79 : Siegfried Zelger v Sebastiano Salinitri. - Reference for a preliminary ruling: Bundesgerichtshof - Germany. European Court reports [Em linha]. (1980) 90-98. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1552065003645&uri=CELEX:61979CJ0056>>.

EUROPEAN COMMUNITY. European Court - Judgment of the Court of 22 March 1983 : Case 34/82 : Martin Peters Bauunternehmung GmbH v Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging. European Court reports [Em linha]. (1983) 988-1004. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1552067604364&uri=CELEX:61982CJ0034>>.

EUROPEAN COMMUNITY. European Court - Judgment of the Court of 26 May 1982 : Case 133/81 : Roger Ivenel v Helmut Schwab. European Court reports [Em linha]. (1982) 1891-1902. [Consult. 18 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1552575127071&uri=CELEX:61981CJ0133>>.

EUROPEAN COMMUNITY. European Court - Judgment of the Court of 6 October 1982 : case 283/81 : Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministry of Health. European Court reports [Em linha]. (1982) 3417-3432. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61981CJ0283>>.

EUROPEAN COMMUNITY. European Court - Judgment of the Court of 9 November 1983 : case 199/82 : Amministrazione delle Finanze dello Stato v SpA San Giorgio (Reference for a preliminary ruling : Tribunale civile e penale di Trento – Italy). European Court reports [Em linha]. (1983) 3596-3616. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1551438523893&uri=CELEX:61982CJ0199>>.

EUROPEAN ECONOMIC COMMUNITY - Convention for the European Patent for the Common Market (Community Patent Convention) (76/76/EEC). Official Journal of the

European Communities [Em linha]. L:17 (26.01.76) 1-28. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1976:017:0001:0028:EN:PDF>>.

EZQUERRA UBERO, José Javier – La sentencia Ingmar y la evolución del derecho internacional privado europeo de los contratos. In Alfonso Luis Calvo Caravaca; Javier Carrascosa González (Coord.), Estudios sobre contratación internacional (pp. 193-216). Madrid: Colex, 2006, p. 193-216.

FALLON, M. [et al.] – Quelle architecture pour un code européen de droit international privé? Bern: Peter Lang: 2011.

FALLON, Marc – Le principe de proximité dans le droit de l'Union européenne. In Melanges en l'honneur de Paul Lagarde: le droit international privé: esprit et méthodes. Paris: Dalloz, 2005, p. 241-262.

FALLON, Marc – Note sous C.J.C.E., 23 novembre 1999. RCDIP. 89 (2000) 710-737.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte – Le droit international privé des contrats en marche vers l'universalité? In Louis d'Avout [et al.], Melanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit: les relations privées internationales. Paris: LGDJ, 2014, p. 269-284.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte – New legal principles. In Louise Gullifer; Stefan Vogenhauer (Ed.), English and European perspectives on contract and commercial law: essays in honour of Hugh Beale. Oxford: Hart Publishing, 2014, p. 455-465.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte – Règles impératives et instruments de droit souple: quelle articulation? Paris: LGDJ, 2015.

FAWCETT, James – A United Kingdom perspective on the Rome I Regulation. In Nerina Boschiero (Ed.), La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I). Torino: Giappichelli Editore, 2009, p. 191-294.

FERNANDES, Maria João Matias – Da Convenção de Roma ao Regulamento Roma I: a lei aplicável ao contrato na ausência de escolha pelas partes. In Vasco Pereira da Silva; Ingo Wolfgang Sarlet (Coord.), Portugal, Brasil e o mundo do direito. Coimbra: Almedina, 2009, p. 197-218.

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P.; GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (Coord.) – Tendencias y relaciones, derecho internacional privado americano actual: jornadas de la ASADIP 2008. Mexico: Editorial Porrúa, 2010, p. 365-380.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos ; ARENAS GARCÍA, Rafael ; MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto de - Derecho de los negocios internacionales. 5.^a ed. Madrid : lustel, 2016.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos ; SÁNCHEZ LORENZO, Sixto – Derecho Internacional Privado. 10.^a ed. Madrid: Civitas, 2018.

FERRARI, Franco – Quelques remarques sur le droit applicable aux obligations contractuelles en l'absence de choix des parties (art. 4 du règlement Rome I). RCDIP. (2009) 460-482.

FERRARI, Franco –From Rome to Rome via Brussels: remarks on the law applicable to contractual obligations absent a choice by the parties (art. 4 of the Rome I Regulation). RabelsZ. 3 : 4 (2009) 750-769.

FERRARI, Franco; BISCHOFF, JAN A. – Article 4: applicable law in the absence of choice. In Franco Ferrari (Ed.), Rome I regulation: pocket commentary. Munich: Selp, 2015, p. 119-186.

FONTAINE, Pascal – L'Union Européenne: bilan et perspectives de l'integration communautaire. Paris: Editions du Seuil, 1994.

FONTANELLI, Filippo; MARTINICO, Giuseppe – Focusing on courts: the techniques of hidden dialogue in the multilevel system. In Francys Snyder; Imelda Maher (Dir.), The evolution of european courts: institutional change and continuity. Paris: Bruylant, 2009, p. 37-66.

FOYER, Jacques – Lois de police et principe de souveraineté. In Louis d'Avout [*et al.*], Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit: les relations privées internationales. Paris: LGDJ, 2014, p. 340-358.

FRANCESCAKIS, Phocion – Conflits de lois (principes généraux). In Répertoire Dalloz Droit International. Paris: Dalloz, 1968. Vol. 1, p. 480.

FRANCESCAKIS, Phocion – Lois d'application immédiate et droit du travail: l'affaire du comité d'entreprise de la Compagnie des wagons-lits. RCDIP. (1974) 273.

FRANCESCAKIS, Phocion – Quelques précisions sur les “lois d’application immediate” et leurs rapports avec les règles de conflits de lois. RCDIP. 55 (1966) 1-18.

GADARQ, David – The fruits of the judgments project. In HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau - A commitment to private international law: essays in honour of Hans Van Loon. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 195-205.

GAMA JR., Lauro – Les usages du commerce dans les Principes Unidroit. In Eppur si muove: the age of uniform law: essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday. Rome: Unidroit, 2016. Vol. 2, p. 1412-1461.

GAMILLSCHEG, Franz – Internationales arbeitsrecht. Berlin: De Gruyter, 1959.

GANDOLFI, Giuseppe (Coord.) – Code européen des contrats: avant-projet: livre premier. 3^a ed. Milan: Giuffré, 2002.

GANDOLFI, Giuseppe (Coord.) – Code européen des contrats: avant-projet: livre deuxième. Milan: Giuffré, 2007.

GARCIA CANTERO, Gabriel – Hacia un concepto europeo de contrato. In Carlos Vattier Fuenzalida [et al.], Código europeo de contratos: comentarios en homenaje al Prof. Doutor José Luis de los Mozos y de los Mozos. Madrid: Dykinson, 2003. Vol. 1.

GARCIA CANTERO, Gabriel – Estudios sobre el proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía. Madrid: Editorial Réus, 2003. Vol. 1.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco - Harmonisation, State of origin or State of destination: an outline of the EU legislator’s dilemma from an economic standpoint. In Mathias Audit [et al.], Conflits de lois et regulation économique. Paris: LGDJ, 2008, p. 253-260.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. – Hermeneutic dialog between Rome I and Rome II. In HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau - A commitment to private international law: essays in honor of Hans Van Loon. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 169-180.

GARDEÑES SANTIAGO, Miguel – Normas materiales imperativas o leyes de policia en matéria de trabalho. In Jorge Miranda [et al.], Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos. Coimbra: Almedina, 2005, p. 381-413.

GAUDEMET-TALLON, Hélène – Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles: champ d'application, clauses generales. Paris: Juris-Classeur Europe, 1996.

GAUDEMET-TALLON, Hélène – De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'Union Européenne. In Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço. Coimbra: Almedina, 2002. Vol. 1, p. 159-164.

GAUDEMET-TALLON, Hélène – La clause attributive de jurisdiction et les lois de police. In Talia Einhorn Boele-Woelki (Ed.), Convergence and divergence in private international law. The Hague: Eleven International Publishing, 2010, p. 707-721.

GAUDEMET-TALLON, Hélène – Le droit international privé des contrats dans un ensemble regional: l'exemple du droit communautaire. In Talia Einhorn; Siehr, Kurt (Ed.), Intercontinental cooperation trough private internacional law: essays in memory of Peter E. Nygh. Den Haag: T.M.C. Asser Press, 2004, p. 127-130.

GAUDEMET-TALLON, Hélène – Les Conventions de Bruxelles et de Lugano, compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe. Paris: LGDJ, 1996.

GAUTRON, Jean-Claude – Le Traité de Lisbonne: mort et transfiguration de la constitution européenne. In Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha. Coimbra: Almedina, 2010, p. 295-321.

GERMANY. The Federal Constitutional Court - Headnotes to the judgment of the Second Senate of 30 June 2009 [Em linha]. Karlsruhe : The Federal Constitutional Court, 2009. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2009/06/es20090630_2bve000208en.html;jsessionid=697E9E062996F44E6A5836BD191D2567.1_cid393>.

GIALDINO, Carlo Curti – Schengen et le troisième pilier: le contrôle juridictionnel organisé par le traité d'Amsterdam. Révue du Marché Unique Européen. 2 (1998) 89-124.

GIULIANO, Mario ; LAGARDE, Paul (1980) – Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations. Official Journal of the European Communities [Em linha]. C:282 (31.10.1980) 1-50. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL:

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31980Y1031\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31980Y1031(01)&from=EN)>.

GLENN, P. – On common law. Oxford: Oxford University Press, 2005.

GODDARD, David – The fruits of the judgments project. In HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau (Ed.), A commitment to private international law: essays in honour of Hans van Loon. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 195-206.

GOLDMAN, B. – Frontières du droit et lex mercatoria. Archives de philosophie du droit. 9 (1964) 177.

GOLDSTEIN, G  rald; GROFFIER, Ethel – Tra  t   de droit civil: droit international privé. (Tome 1). Cowansville : Les   ditions Yvon Blais, 1998.

GOMES, Ana Sofia – La compraventa on-line de bienes de consumo en Europa: las propuestas de directiva sobre compraventa en línea y suministro de contenidos digitales. In Nuevos Retos Jurídicos de la Sociedad Digital (Monografía Revista de D   y Nuevas Tecnologías). Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi, 2017. p. 74-108.

GOMES, Ana Sofia - The proposal for a regulation on a common european sales law (CESL): an introduction. In PLAZA PENADÉS ; Javier, ed. ; MARTINEZ VELENCOSO, Luz M., ed. - European Perspectives on the Common European Sales Law. Cham: Springer, 2015. p. 1-15.

G         JENE, Miguel – Derecho internacional privado. Madrid: Colex-Universidad Nacional de Educación a la Distancia, 2003. Vol. 2.

GOODE, Roy – The Cape Town convention and protocols and the conflict of laws. In HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau (Ed.) - A commitment to private international law: essays in honour of Hans van Loon. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 221-234.

GRAEUWE, Bernardette de [et al.] – Regards croisés sur la distribution: concession, agence et franchise. Louvain-la-Neuve: Larcier, 2015.

GRAZIANO, Thomas Kadner – Jurisdiction at the place of performance under article 7 no. 1 of Brussels I: disconnecting the procedural place of performance from its

counterpart in substantive law: an analysis of the case law of the ECJ and proposals de lege data and de lege ferenda. YPIL. 16 (2014/2015) 167-217.

GRIGERA NAÓN, Horacio A. – Cultural clashes in internacional comercial arbitration: how much a real issue? In M. Á Fernández-Ballesteros; David Arias (Eds.), Liber Amicorum Bernardo Cremades. Berlim: Wolters Kluwer, 2010, p. 557-560.

GROFFIER, Ethel – Précis de droit international privé Québécois. 4^a ed. Cowansville: Yvon Blais, 1990.

GROUPE EUROPÉEN DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ - Douzième réunion : Paris, 20 - 22 septembre 2002 :compte rendu des seances de travail [Em linha]. [S.l.] : GEDIP, 2012. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL: <https://www.gedip-egpil.eu/reunionstravail/gedip-reunions-12t.html>>.

GROUPE EUROPÉEN DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ - Neuvième réunion Oslo, 10 - 12 septembre 1999 : compte rendu des seances de travail [Em linha]. [S.l.] : GEDIP, 1999. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL: <https://www.gedip-egpil.eu/reunionstravail/gedip-reunions-9t.htm>>.

GROUPE EUROPÉEN DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ - Treizième réunion : Vienne, 19-21 septembre 2003 : compte rendu des seances de travail [Em linha]. [S.l.] : GEDIP, 2011. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL: <https://www.gedip-egpil.eu/reunionstravail/gedip-reunions-13t.html>>.

GROUPE EUROPÉEN DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ - Version consolidée des propositions de modification du règlement 44/2001 en vue de son application aux situations externes (Bergen 2008, Padoue 2009, Copenhague 2010) [Em linha]. [S.l.] : GEDIP, 2012. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL: <https://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-20vcf.htm>>.

GRUBER, Peter; BACH, Ivo – The application of foreign law: a report on a new European project. YPIL. 11 (2009) 157-169.

GUARDIOLA SACARRERA, Enrique – Contratos de colaboración en el comercio internacional. Madrid: Bosch, 1998.

GUEDJ, Thomas G. – The theory of the “lois de police”: a functional trend in continental private international law: a comparative analysis with modern american theories. Harvard: Harvard Law School, 1989.

GUILLAUMÉ, J. – L'affaiblissement de l'État nation et le droit international privé. Paris: LGDJ, 2011.

GUTMANN, Daniel – Droit international privé. 5^a ed. Paris: Dalloz, 2007.

GUZMAN, Andrew T. – Choice of law: new foundations. GLJ. 90 (2002) 883-884.

HÄBERLE, Peter – Europaprogramme neuerer verfassung und verfassungsentwürfe: der ausbau von nationalem europa verfassungsrecht. In Festschrift für Ulrich Everling. Seiten: Nomos, 1995, p. 355-380.

HACKER, Philip – One size fits all? Heterogeneity and the enforcement of consumer rights in the EU after faber. European Revue of Contract Law. 12 : 2 (2016) 167-177.

HAFTEL, Bernard – Les normes auto-limitées en droit international privé. In ANCEL, Marie-Elodie, ed. [et al.] - Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel. Paris : LGDJ, 2018. p. 847-865.

HARTLEY, Trevor C. – Conflict of laws and the common european sales law. In Alegria Borrás [et al.], Entre Bruselas y la Haia: estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional. Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 525-533.

HARTLEY, Trevor C. – The proposed “Rome I” regulation: applicable law in the absence of choice: article 4. In Tristan Azi (Red.), Vers des nouveaux equilibres entre ordres juridiques. Paris: Dalloz, 2008.

HATTENHAUER, Hans von – Thibaut und Savigny: ihre programmatischen schriften. Wien: Verlag Vahlen, 1973.

HEISS, Helmut – Das europäisches schuldvertragsübereikommen. Wien: Verlag Orac, 1999.

HEISS, Helmut – Europäisches Vertragsrecht in statu nascendi? ZfRV. 36 (1995) 54-61.

HEISS, Helmut – Party autonomy. In Franco Ferrari; Stefan Lieble (Eds.), Rome I regulation: the law applicable to contratual obligations in Europe. Munique: Sellier, 2009, p. 1-16.

HEISS, Helmut; KAUFMANN-MOHI, Emese – Classification: a subject mater for a Rome 0 regulation? In Stefan Leible (Ed.), General Principles of European Private International Law. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law, 2016, p. 87-100.

HENRIQUES, Sofia – Os pactos de jurisdição no Regulamento (CE) N.º 44/2001. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

HOLLANDER, Pascal - Conflits de lois et de jurisdictions et questions touchant à l'arbitrage en matière de contrats de distribution commerciale. In Didier Putzeys (Dir.), Regards croisés sur la distribution: concession, agence et franchise. Bruxelles: Larcier, 2015, p. 127-174.

HOLLEAUX, Dominique [et al.] – Droit international privé. Paris: Masson, 1987.

HONDIUS, E. - Towards a European Civil Code: the debate has started. ERPL. 5 : 4 (1997) 445.

HUBER, Peter – Kulturelle identität von rechtssystemen: das common law und die deutsche praxis. In Erik Jayme (Ed.), Kulturelle identität und internationale privatrechts. Uhr: C.F. Müller Verlag, 2003, p. 51-69.

JACQUET, Jean Michel – La theorie de l'autonomie de la volonté. In Sabine Courneloup; Natalie Joubert (Eds.), Le Règlement Communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux. Paris: LexisNexis, 2011.

JACQUET, Jean Michel; DELEBECQUE, Philippe; CORNELOUP, Sabine - Droit du commerce international. 2ª ed. Paris : Dalloz, 2010.

JACQUET, Jean-Michel – L'autonomie de la volonté et la pensée juridique internationaliste. In ANCEL, Marie-Elodie, ed. [et al.] - Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel. Paris : LGDJ, 2018. p. 905-927.

JACQUET, Jean-Michel – Le contrat international. 2ª ed. Paris: Dalloz, 1999.

JACQUET, Jean-Michel – Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution, in vers des nouveaux equilibres entre ordres juridiques. In Tristan Azzi [et al.], Vers des nouveaux équilibres entre ordres juridiques: liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon. Paris: Dalloz, 2008, p. 727-746.

JAFFERALI, Rafael – Actualité jurisprudentielle dans le domaine du droit applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles (2007-2012). In Arnaud Nuyts (Coord.), Actualités en droit international privé. Paris: Bruylant, 2013, p. 135-200.

JANSEN, Nils, ed. ; ZIMMERMANN, Reinhard, ed. - Commentaries on european contract laws. Oxford : Oxford University Press, 2018.

JAYME, Erik – Frankreich: professorenstreit zum europäischen IPR: eine betrachtungen. IPRax. (2008) 187-188.

JAYME, Erik – Kulturelle identität und internationales privatrechts. Uhr: C.F. Müller Verlag, 2003.

JAYME, Erik; KOHLER, Christian – Europäisches kollisionsrecht 2007: windstille im erntefeld der integration. IPRax. (2007) 493-572.

JAYME, Erik; KOHLER, Christian – L’interaction des règles de conflit contenues dans le droit derivé de la Communauté Européenne et des Conventions de Bruxelles et de Rome. RCDIP. 84 : 1 (1995) 1-40.

JENARD, P. ; MÖLLER, G. (1990) - Relatório sobre a convenção relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial, celebrada em Lugano em 16 de Setembro de 1988 (89/C 189/07). Jornal Oficial das Comunidades Europeias [Em linha]. C:189 (28-07-1990) 57-121. [Consult. 18 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://publications.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/2e7535fd-7882-4a08-b7b1-29e244ccfdea/language-pt>>.

JITTA, D. Josephus – La méthode du droit international privé. Paris: Belinfante Frères, 1890.

JITTA, D. Josephus – La substance des obligations dans le droit international privé. Paris: Librairie Belifante Frères, 1906. Vol. 1

JOBARD-BACHELLIER, Marie-Noëlle – Les activités regulées: les services. Mathias Audit, dir. [et al.] - Conflits de lois et régulation économique. Paris : LGDJ, 2008.

JOLOWICZ, J. Antony – ADR and the role of civil litigation. In Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Jacques Héron. Paris: LGDJ, 2008, p. 271-280.

JORNAL Oficial da União Europeia [Em linha]. L:236 (23.09-2003). [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: http://publications.europa.eu/resource/cellar/26d3a8af-048c-40af-a2dd-50af6649926c.0010.01/DOC_1>.

JOUBERT, Natalie – La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandesbeziehung) en droit international privé. Paris: Litec: 2007;

JUENGER, Friedrich K. – The lex mercatoria and private international law. LLR. 4 (2000) 1133-1150.

KASSIS, Antoine – Le nouveaux droit européen des contrats internationaux. Paris: LGDJ: 1993.

KEININGER, Eva Maria – Das Europäische IPR vor der kodifikation? In Herbert Kronke; Karsten Thorn (Eds.), Grenzen überwinden: prinzipien bewahren. Bielefeld: Giesecking Verlag, 2012, p. 184-197.

KENFAC, Huges - Droit du commerce international. 2^a ed. Paris: Dalloz, 2006.

KERAMEUS, Konstantinos D. – International procedural harmonization and autonomous interpretation. In Talia Einhorn; Siehr, Kurt (Ed.), Intercontinental cooperation trough private internacional law: essays in memory of Peter E. Nygh. Den Haag: T.M.C. Asser Press, 2004, p. 177-186.

KERAMEUS, Konstantinus D. – La convention de Bruxelles et l'harmonisation par la jurisprudence en Europe. In Tristan Azzi [et al.], Vers des nouveaux équilibres entre ordres juridiques: liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon. Paris: Dalloz, 2008, p. 335-342.

KESSEDJIAN, Catherine - Les instruments optionnels en droit privé international. In Vincent Heuzé [et al.], Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer. Paris: LGDJ, 2015, p. 365-376.

KIENINGER, E. M. – Ermittlung und anwendung ausländischen rechts. In Brauchen wir eine Rome 0-Verordnung?. München: Sellier European Law Publishers, 2013, 379-402.

KINDLER, Peter - Handelsvertreterrichtlinie und Rom I. In KRONKE, Herbert, Hrsg. ; THORN, Karsten, Hrsg. - Grenzen überwinden-Prinzipien bewahren : Festschrift für Bernd von Hoffmann, zum 70. Geburtstag am 28. Dezember 2011. Bielefeld : Ernst und Werner Giesecking, 2011. p. 198-207.

KINSCH, Patrick – Quel droit international privé pour une époque néolibérale? In Vincent Heuzé [et al.], Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer. Paris: LGDJ, 2015, p. 377-390.

KNOFEL, Susanne; BRAY, Robert – The proposal for a common european sales law: a snapshot of the debate. YPIL. 14 (2012/2013) 385-407.

KÖHLER, Christian – Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam. RCDIP. 88 (1999) p. 1-14.

KÖLHER, Christian – Vom EuGVÜ zur EuGVVO: grenzen und konsequenzen der vergemeinschaftung. München: Verlag C. H. Beck, 2002.

KRAMER, X. – In current gaps and future perspectives in European private international law: towards a code on private international law? Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/committees/fr/studiesdownload.html?languageDocument=EN&file=83495>.

KRAMER, Xandra, dir. [et al.] - A European Framework for private international law : current gaps and future perspectives [Em linha]. Brussels : European Union, 2012. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201212/20121219ATT58300/20121219ATT58300EN.pdf>>.

KRONKE, Herbert – Connecting Factors and Internationality. In Katharina Boele-Woelki [et al.], Convergence and divergence in private international law: Liber Amicorum Kurt Siehr. The Hague: Eleven International Publishing, 2010, p. 57-70.

KUYVEN, Luis Fernando Martins – Les limitations à l'autonomie de la volonté contractuelle. In Michel Stork (Dir.), Les frontières entre liberté et interventionnisme en droit français et en droit brésilien: études de droit comparé. Paris: L'Harmattan, 2010, p. 425-439.

LAGARDE, Paul – Embryon de règlement portant un code européen de droit international privé. RabelsZ. 75 (2011) 673-676.

LAGARDE, Paul – Instrument optionel international et droit international privé: subordination ou independence? In HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau (Ed.) - A commitment to private international law: essays in honour of Hans van Loon. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 287-298.

LAGARDE, Paul – Introduction: Considérations de méthode. In Nerina Boschiero (Ed.), La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I). Milano: Giappichelli Editore, 2009, p. 3-12.

LAGARDE, Paul – L'Union Européenne, la démocratie et l'état de droit: lettre ouverte au Président de la République. JCP. 18 (2007) 13.

LAGARDE, Paul - Le nouveaux droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 Juin 1980. Revue Critique de Droit International Privé. 2 (1991) 287-340.

LAGARDE, Paul - Remarques sur la proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I). RCDIP. (2006) 331-349.

LAGARDE, Paul; TENENBAUN, Aline – De la convention de Rome au règlement Rome I. RCDIP. 97 (2008) 727-780.

LAINÉ, A. – Introduction au droit international privé contenant une étude historique et critique de la théorie des status et des rapports de cette théorie avec le Code Civil. Paris: Librairie Cotillon, 1888. Vol. 1.

LAINÉ, A. – Introduction au droit international privé contenant une étude historique et critique de la théorie des status et des rapports de cette théorie avec le Code Civil. Paris: Librairie Cotillon, 1892. Vol. 2.

LALANI, Shaheez – A proposed model to facilitate access to foreign law. YPIL. 11 (2011) 299-314.

LANDO, Ole – European contract law and the lex mercatoria. Jürgen Basedow [et al.], Private law in the international arena: from national conflicts rules towards harmonization and unification: Liber Amicorum Kurt Siehr. Den Haag: T.M.C. Asser Press, 2000, p. 391-404.

LANDO, Ole – Optional or mandatory europeanisation of contract law. ERPL. 8 (2000) 59-69.

LANDO, Ole – The draft Hague principles on the choice of law in international contracts. In HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau - A commitment to private international law: essays in honour of Hans Van Loon. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 299-323.

LANDO, Ole – The european principles in an integrated world. ERCL. 1 : 1 (2005) 3-18.

LANDO, Ole [et al.] – Principles of european contract law: part III. The Hague: Kluwer, 2003.

LANDO, Ole; BEALE, Hugu (Eds.) – Principles of european contract law: parts I and II. The Hague: Kluwer, 2000.

LANDO, Ole; NIELSEN, Peter – The Rome I regulation. CMLR. 45: 6 (2008) 1694-1698.

LARANJEIRO, Carlos – União económica e monetária e Euro. Coimbra: Almedina: 1999.

LECUYER, Stanislas – Appréciation critique du droit international privé conventionnel. Paris: LGDJ, 2008.

LEHMANN, Mathias ; UNGERER, Johannes - Applying or taking account of foreign overriding mandatory provisions : sophism under the rome I regulation. Comments on the ECJ Case C-135/15. YPIL. 19 (2017/2018) 53-82.

LEHNE, Klaus-Heiner – Relatório sobre a aproximação do direito civil e comercial dos Estados-Membros [Em linha]. Comissão dos Assuntos Jurídicos e do Mercado Interno [S.l.] : Parlamento Europeu, 2001. (COM(2001) 398 - C5-0471/2001 - 2001/2187(COS)) (06 Novembro 2001). [Consult. 18 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A5-2001-0384+0+DOC+PDF+V0//PT>>.

LEIBLE, Stefan; MÜLLER, Michael – A general part of european private international law? The idea of a Rome 0 Regulation. YPIL. 14 (2013) 136-152.

LEIBLE, Stefan; UNBERATH, Hannes (Eds.) – Brauchen wir ein Rome 0 verordnung? überlegungen zu einem allgemeinen tell des europäischen IPR. Sipplingen: Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2013.

LEIN, Eva – Uncharted territory? A few thoughts on private international law post Brexit. YPIL. 17 (2016) 33-47.

LEQUETTE, Yves – De Bruxelles à la Haye (Acte II): réflexions critiques sur la compétence communautaire em matière de droit international privé. In Tristan Azzi [et al.], Vers des nouveaux équilibres entre ordres juridiques: liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon. Paris: Dalloz, 2008, p. 503-544.

LIEBLE, Stefan; MÜLLER, Michael – The idea of a “Rome 0 Regulation”. YPIL. 16 (2012/2013) 137-152.

LIMONES, Pilar Blanco-Morales – La autonomia de la voluntad en las relaciones plurilocalizadas. Autonomia de la voluntad. Elección de ley aplicable: consentimiento y forma de los actos. In Lorenzo Plats Albentosa (Coord.). Autonomía de la voluntad en el derecho privado: Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado. Madrid: Consejo General del Notariado, 2012. Vol. 5, p. 1-166.

LOBO, Carlos Baptista; TOMÁS, João Amaral – Euro: aspectos legais e questões práticas fundamentais. Lisboa: Rei dos Livros, 1998.

LOCK, Tobias – Is private enforcement of EU law through state liability a myth? An assessment 20 years after Francovich. CMLR. 49 (2012) 1675-1702.

LORTIE, Philippe; GROFF, Maja – The Missing Link Between determining the law applicable and the application of foreign law. In HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau - A commitment to private international law: essays in honour of Hans Van Loon. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 325-341.

LOUIS, Jean Victor – A ordem jurídica comunitária. 5ª ed. Bruxelas: CECA-CE, 1993.

LOUIS-LUCAS, M. – Portée de la distinction entre droit privé interne et droit international privé. Paris: Clunet, 1962.

LOUSSOARN, Y. – Cours général de droit international privé. RCADI. 139 : 2 (1973) 271.

LOUSSOARN, Yvon ; BOUREL, Pierre ; VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de – Droit international privé. 10.^a ed. Paris : Dalloz, 2013.

LYNCE, Rita – Apreciação da proposta de inversão do contencioso cautelar apresentada pela comissão de reforma do Código de Processo Civil. In Armando Marques Guedes [et al.], Estudos em homenagem ao Professor Doutor Lebre de Freitas. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. Vol. 1, p. 1139-1153.

M. SCHMIDT-KESSEL, M. – Anwendungsbereich, ausgestaltung der option und andere fragen zur verordnung: ein einheitliches europäisches kaufrecht? Munich: Sellier European Law Publishers, 2012.

MACHADO, J. Baptista – Âmbito de eficácia e âmbito de competência das leis: limites das leis e conflitos de leis. Coimbra: Almedina, 1970.

MACHADO, João Baptista – Lições de direito internacional privado. 3ª ed. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2009.

MADURO, Miguel Poiares; AZOULAI, Loïc (Eds.) – The past and future of EU law: the classics of EU law revisited on the 50th anniversary of the Rome Treaty. Oxford: Hart Publishing, 2010.

MAGNUS, Ulrich - Introduction. In MAGNUS, Ulrich, ed. ; MANKOWSKI, Peter, ed. - European Commentaries on private international law. Rome I regulation. [S.l.] : SELP, 2017. Vol. 2, p. 6-52.

MAJOROS, Ferenc – O direito internacional privado. Coimbra: Almedina, 2000.

MAK, Vanessa – The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content. Brussels: European Union, 2016.

MANKO, Rafal – Contracts for supply of digital content: a legal analysis of the Commission's proposal for a new directive. Brussels: European Union, 2016.

MANKOWSKI, Peter – Der Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (CESL) und das International Privatrecht. Recht des Internationalen Wirtschaft. 3 (2012) 97-105.

MANKOWSKI, Peter – Interessenpolitik und europäisches kollisionsrecht. [S.l.]: Nomos, 2011.

MANKOWSKI, Peter – Jurisdiction. In MAGNUS, Ulrich, ed. ; MANKOWSKI, Peter, ed. - Brussels Ibis regulation: European commentaries on private international law. München: Ottoschmidt, 2016. p. 121-369.

MANKOWSKI, Peter – The principle of characteristic performance revisited yet again. In Katharina Boele-Woelki [*et al.*], Convergence and divergence in private international law: Liber amicorum Kurt Siehr. Zurich: Schulthess, 2010, p. 433-462.

MARIÑO MENÉNDEZ, F. M. – Integración flexible en la Union Europea: el marco del tratado de Amesterdam. In MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., Acción exterior en la Union Europea y comunidad internacional. Madrid: Universidad Carlos III y BOE, 1998, p. 68-73.

MARKESINIS, B. S.; FEDTKE, J. – Judicial recourse to foreign law: a new source of inspiration? London: UCL Press, 2006.

MARKESINIS, Basil S. – Why a code is not the best way to advance the cause of European legal unity. ERPL. 5 : 4 (1997) 519-524.

MARQUES, Cláudia Lima; JACQUES, Daniela Corrêa – Normas de aplicação imediata como um método para o direito internacional privado de proteção do consumidor no Brasil. In Jorge Miranda [et al.], Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos. Coimbra: Almedina, 2005, p. 95-134.

MARQUES, Viriato Soromenho – EUA e União Europeia: em torno do federalismo e da identidade política. In Alessandra Silveira (Coord.), Direito da União Europeia e da transnacionalidade. Lisboa: Quid Juris, 2010, 423-437.

MARTINS, Ana Maria Guerra – A carta dos direitos fundamentais da União Europeia e os direitos sociais. Direito e Justiça. 15 : 2 (2001) 189-230.

MARTINS, Ana Maria Guerra - As Convenções de Filadélfia e de Bruxelas: convergências e divergências do processo de formação das constituições americana e europeia. In Jorge Miranda [et al.] - Estudos em homenagem do Professor Doutor António Marques dos Santos. Coimbra: Almedina, 2005. Vol. 2, p. 13-30.

MARTINS, Margarida Salema d'Oliveira – O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MARTINY, Dieter – Europäisches internationales vertragrecht erosion der Römischen Konvention? Zurich: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, 1997, p. 107-129.

MARTINY, Dieter – Vor Art. 3. In Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 5 Auflage. Munique: EGBGB, 2010. Vol. 10.

MAX-PLANCK INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT – Comments on the European Commission's Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization. RabelsZ. 68 (2004) 1-118.

MAYER, Franz C – Kompetenzüberschreitung und letztentscheidung, das Maastricht-urteil des bundesverfassungsgerichts und die letztentscheidung über ultra vires: akte in

mehrebenensystemen. eine rechtsvergleichende betrachtung von konflikten zwischen gerichten am beispiel der EU und der USA. Wien: Verlag, 2000.

MAYER, Pièrre; HEUZÉ, Vincent - Droit international privé. 11^a ed. Paris: L.G.D.J., 2014.

MCPARLAND, Michael – The Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations. Oxford: Oxford University Press, 2015.

MEDEIROS, Raposo de – Economia internacional comércio e finanças. 9.^a ed. Lisboa: Escolar Editora, 2013.

MEDEIROS, Raposo de – Economia internacional. 6.^a ed. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2000.

MEIJERS, E. M. – L’histoire des principes fondamentaux du droit privé à partir du moyen âge spécialement dans l’Europe occidentale. RCADI. 49 : 3 (1934) 543-686.

MÉLIN, François – Droit international privé. 3^a ed. Paris: Gualino, 2008.

MÉLIN, François - Droit international privé. 7^a ed. Paris : Gualino, 2016.

MELO, A. Barbosa de - Notas de contencioso comunitário. Coimbra: [s.n.], 1986.

MEREMINSKAYA, Elina; MASCAREÑO, Aldo – Collisions of legal regimes in world society: the umbrella clause as a substantive and procedural mechanism of legal coordination. In M. Á Fernández-Ballesteros; David Arias (Eds.), Liber Amicorum Bernardo Cremades. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2010, p. 819-841.

MESQUITA, Maria José Rangel de – Incumprimento estadual e poder sancionatório no Tratado de Lisboa. In Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha. Coimbra: Almedina, 2010. Vol. 1, p. 685-694.

MESQUITA, Maria José Rangel de – O poder sancionatório da União e das Comunidades Europeias sobre os Estados-Membros. Coimbra: Almedina, 2006.

MESTRE, M. - Anotação do Acórdão Tardieu da Cour de Cassation du 7 octobre 1980. RCDIP. (1981) 313.

MILÁ RAFEL, Rosa – Intercambios digitales en Europa: las propuestas de directiva sobre compraventa en línea y suministro de contenidos digitales. Revista CESCO de Derecho de Consumo. 17 (2016) 11-44.

MILLER, Lucinda – The emergence of EU contract law: exploring europeanization. Oxford: Oxford University Press, 2011.

MILLS, Alex – Party autonomy in private international law. Cambridge : Cambridge University Press, 2018.

MIRANDA, Jorge – A constituição europeia e a ordem jurídica portuguesa. O Direito. 134-135 (2002-2003) 9-29.

MONÉGER, Françoise - Droit international privé. 2e éd. Paris : Litec, 2003.

MONÉGER, Françoise - Droit international privé. 8e éd. Paris : LexisNexis, 2018.

MONTEIRO, Jorge Sinde – A europeização do direito privado e o desafio de um código civil europeu: separata da obra ciclo de conferências em homenagem póstuma ao Prof. Doutor Manuel de Andrade. Coimbra: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2002.

MORAIS, Blanco de – A dimensão interna do princípio da subsidiariedade no ordenamento português. ROA. 58 (1998) 779-821.

MORENO, Guillermo Palao – El Marco Común de Referencia como Sistema Opcional 28.º algunas reflexiones desde el Derecho internacional privado. In F. Blasco [*et al.*], Estudios en homenaje a Vicente L. Montês Penadés. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. Vol. 2, p. 1905-1922.

MORENO, Guillermo Palao - La autonomia de la voluntad y la resolución de las controversias privadas internacionales. In Lorenzo Prats Albentosa (Coord.), Autonomia de la voluntad en el derecho privado: Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado. Madrid: Consejo General del Notariado, 2012. Vol. 5, p. 817-956.

MORSE, C. G. J. – Morris, Dicey, & Collins on the conflict of laws. Londres: Sweet & Maxwell, 2014. Vol. 2.

MORSE, Robin – Contracts of carriage and the conflicts of laws. In Katharina Boele-Woelki [*et al.*], Convergence and divergence in private international law: Liber Amicorum Kurt Siehr. The Hague: Eleven International Publishing, 2010, p. 481-495.

MOSCONI, Franco; CAMPIGLIO, Cristina – Diritto Internazionale privato e processuale, parte generale e contratti. 4.^a ed. Milanofiori: UTET Giuridica, 2008.

MOSS, Giuditta Cordero – Commercial contracts and European private law. In Christian Twigg-Flesner (Ed.), European Union private law (pp. 147-172). Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 147-172.

MOUSSERON, Jean-Marc [et al.] - Droit du commerce international : droit international de l'entreprise. 3e éd. Paris : Litec, 2003.

MÜLLER, Michael – Objektive anknüpfungsmoment für schuldverhältnisse im europäischen IPR und IZVR: die behandlung vertraglicher sacheverhalte. In Herausgegeben von Jan Von Hein; Giesela Rühl (Eds.), Kohärenz im internationalen privat und verfahrensrecht der Europäischen Union. Heidelberg: Mohr Siebeck, 2016, p. 244-278.

NEELS, Jan L. – The Hague principles on choice of law in international contracts. YPIL. 15 (2013/2014) 45-56.

NORTH, P. M, - The E.E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (1980) : Its History and Main Features. In NORTH, P. M., ed., Contract conflicts: the E.E.C. Convention on the law applicable to contractual obligations: a comparative study. New York: North Holland Publishing Company, 1982, p. 3-23.

NOVA, M. de – I confliti di leggi e le norme con apposita delimitazione della sfera di eficácia. In Diritto Internazionale. Milano: Giuffré Editore, 1959.

NÚÑEZ-LAGO, Carmen – The principles of international arbitration practice in France. In M. Á Fernández-Ballesteros; David Arias (Eds.), Liber Amicorum Bernardo Cremades. Berlim: Wolters Kluwer, 2010, p. 925-937.

NUSSBAUM, Arthur – Principles of private internacional law. Columbia Law Review. 44 : 2 (1944) 293-295

NUYTS, Arnaud - L'application des lois de police dans l'espace. RCDIP. 88 (1999) 31-74.

NYGH, Peter – Autonomy in international contracts. Gloucestershire: Clarendon Press, 1999.

OLAVO BAPTISTA, Luiz – Use of arbitration in the WTO. In M. Á Fernández-Ballesteros; David Arias (Eds.), Liber Amicorum Bernardo Cremades. Berlim: Wolters Kluwer, 2010, p. 925-937.

OSMAN, Filali – La lex mercatoria comme dépassement de l'ordre juridique étatique. In Éric Wyler; Alain Papaux (Eds), L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique: actes du colloque des 27 et 28 novembre 1997 organisé par l'Institut d'Études de Droit International. Paris: Pédone, 1999, p. 124-132.

PAIS, Sofia de Oliveira – O incumprimento das directivas comunitárias: do efeito directo à responsabilidade do Estado: dois temas de direito comunitário do trabalho. Porto: Publicações Universidade Católica, 2000.

PALMA, Maria João – A cooperação reforçada após o Tratado de Nice: alguns alinhavos críticos. In Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles. Coimbra: Almedina, 2003. Vol. 5, p. 21-33.

PALMA, Maria João – O projecto de tratado que estabelece uma Constituição para a Europa. In Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha. Coimbra: Almedina, 2010. Vol. 1, p. 669-684.

PAMBOUKIS, Charalambos – Lex Mercatoria reconsidérée. In Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde: Le droit international privé: esprit et methods. Paris: Dalloz, 2005, p. 635-659.

PARLAMENTO EUROPEU – Lacunas atuais e perspetivas futuras no direito internacional privado europeu: rumo a um código sobre o direito internacional privado? Bruxelas: Parlamento Europeu, 2012.

PARTSCH, P. E. – Le droit international privé européen de Rome a Nice. Louvain-la-Neuve: Larcier, 2003.

PATAUT, Étienne – De Bruxelles à la Haye. In Mélanges en honneur de Paul Lagarde: le droit international privé: esprit et methods. Paris: Dalloz, 2005, p. 661-696.

PATAUT, Étienne – Principe de souveraineté et conflits de juridictions. Paris: LGDJ, 1999.

PAUKNEROVÁ, Monica – The role of escape clauses : an introduction. YPIL. 18 (2016/2017) 61-82.

PAUKNEROVÁ, Monika – Presumptions, Escape Clauses and International Carriage of Goods Contracts. In Katharina Boele-Woelki [et al.], Convergence and divergence in

private international law: Liber Amicorum Kurt Siehr. The Hague: Eleven International Publishing, 2010, p. 481-495.

PEERS, S. – Finally fit for purpose? Yearbook of European Law. 27 (2008) 47-64.

PERALES VISCASILLAS, Pilar – Los Principios de Unidroit en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. In Eppur si muove: the age of uniform law: essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday. Rome: Unidroit, 2016. Vol. 2, p. 1619-1636.

PEREIRA, Teresa Silva – Proposta de reflexão sobre um Código Civil Europeu. ROA. 64 (2004) 497-668.

PERTEGÁS, Marta – Les travaux de la Conférence de la Haye sur un instrument non contraignant favorisant l'autonomie des parties. In Sabine Courneloup; Natalie Joubert (Eds), Le règlement communautaire "Rome I" et le choix de loi dans les contrats internationaux. Dijon: Litec: 2011, p. 19-34.

PEZZINI, Antonello - Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre o «Livro Verde da Comissão sobre as opções estratégicas para avançar no sentido de um direito europeu dos contratos para os consumidores e as empresas» [COM (2010) 348 final] (2011/C 84/01). Jornal Oficial da União Europeia [Em linha].C:84 (17.03.2011) 1-6. Comité Económico e Social Europeu, 468.^a Reunião Plenária de 19 e 20 de Janeiro de 2011. [Consult. 18 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:084:0001:0006:PT:PDF>>.

PFEIFFER, Thomas – Die Hager prinzipien des internationalen vertragsrechts. München, Sellier European Law Publishers, 2014.

PHILIP, A. – Mandatory rules, public law and choice of law. In NORTH, P. M., ed., Contract conflicts: the E.E.C. Convention on the law applicable to contractual obligations: a comparative study. New York: North Holland Publishing Company, 1982, p. 81-110.

PINHEIRO, Luis de Lima – Algumas reflexões sobre a codificação portuguesa do direito internacional privado. In Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 743-768.

PINHEIRO, Luís de Lima – Article 19. Habitual residence. In MAGNUS, Ulrich, ed. ; MANKOWSKI, Peter, ed. - European Commentaries on private international law. Rome I regulation. [S.l.] : SELP, 2017. Vol. 2, p. 799-810.

PINHEIRO, Luís de Lima - Circulação de decisões judiciais e integração supranacional e internacional. In Estudos de direito internacional privado: direito de conflitos, competência internacional e reconhecimento de decisões estrangeiras. Coimbra: Almedina, 2006, p. 389-402.

PINHEIRO, Luís de Lima – Cláusulas típicas dos contratos do comércio internacional. In Estudos de direito comercial internacional. Coimbra: Almedina, 2004, Volume I.

PINHEIRO, Luís de Lima – Contrato de empreendimento comum ou jointventure. Coimbra: Almedina, 1993.

PINHEIRO, Luis de Lima – Direito aplicável às operações bancárias internacionais. In Estudo em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. Vol. 2, p. 135-178.

PINHEIRO, Luis de Lima – Direito comercial internacional. Coimbra: Almedina, 2005.

PINHEIRO, Luís de Lima – Direito Internacional Privado (artigos 14.º a 24.º do Código Civil). Revista de Direito Civil. 2:3 (2017) 575-598.

PINHEIRO, Luís de Lima - Direito internacional privado. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2008. Vol. 1.

PINHEIRO, Luís de Lima – Direito internacional privado. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2012, Volume III.

PINHEIRO, Luís de Lima – Direito internacional privado. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016, Volume I.

PINHEIRO, Luís de Lima – Direito internacional privado. 4.^a ed. Coimbra: Almedina, 2015, Vol. 2.

PINHEIRO, Luís de Lima - Direito internacional privado. Coimbra: Almedina, 2002, Vol. 2.

PINHEIRO, Luís de Lima – Direito internacional privado. Coimbra: Almedina, 1999. Vol. 1.

PINHEIRO, Luís de Lima – Federalismo e direito internacional privado: algumas reflexões sobre a comunitarização do direito internacional privado. In Estudos de direito

internacional privado: direito de conflitos, competência internacional e reconhecimento de decisões estrangeiras. Coimbra: Almedina, 2006, p. 331-341.

PINHEIRO, Luís de Lima – O novo regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (ROMA I) – uma introdução. In PINHEIRO, Luis de Lima - Estudos de direito internacional privado: contratos, obrigações extracontratuais, insolvência, operações bancárias, operações sobre instrumentos financeiros e reconhecimento de decisões estrangeiras. Coimbra : Almedina, 2009. Vol. 2, p. 401-471.

PINHEIRO, Luís de Lima – The methodology and the general part of the portuguese private international law codification: a possible source of inspiration for the european legislator? YPIL. 14 (2013) 153-172.

PINHEIRO, Luis de Lima – Um direito internacional privado comum. [S.l. : s.n.], 2011. Texto revisto da comunicação apresentada no Congresso Internacional “25 Anos na União Europeia – 25 Anos de Instituto Europeu”, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em novembro de 2011. Disponível em https://www.ideff.pt/xms/files/Noticias/25_anos/Prof._Doutor_Luis_de_Lima_Pinheiro.pdf.

PIRES, Florbela de Almeida – Conflitos de leis: comentário aos artigos 14.º a 65.º do Código Civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

PIRES, Lucas – Introdução ao direito constitucional europeu. Coimbra: Almedina, 1997.

PISSARA, Nuno Andrade/ CHABET, Susana - Normas de aplicação imediata, ordem pública internacional e direito comunitário. Coimbra: Almedina.

PISSORT, William; SAERENS, Patrick – Initiation au droit commercial international. Bruxelles: De Boeck, 2004.

PLENDER, Richard; WILDERSPIN, Michael – The European private international law of obligations. 3ª ed. London: Sweet & Maxwell, 2009, p. 348-351.

POCAR, Fausto – La protection de la partie faible en droit international privé. RCADI. 188 (1984) 339-417.

POILLOT-PERUZZETTO, Sylvaine; LAWNICKA, Dominika – Relevance of the distinction between the contractual and non-contractual spheres (jurisdiction and

applicable law). In Jürgen Basedow [et al.], International antitrust litigation: conflict of laws and coordination. Oxford: Hart Publishing, 2012, p. 131-153.

POINGT, Patrice – Approche philosophique. In Annie Cudennec (Dir.), Ordre public et la mer. Paris: Pedone, 2012.

PONS RAFOLS, Xavier – Unificación, armonización y flexibilidad: algunas reflexiones en torno a la primera cooperación reforzada establecida en el marco de la Unión Europea. In Alegría Borrás [et al.], Entre Bruselas y la Haia: estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional. Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 749-766.

PORTUGAL. Leis, decretos, etc. - Aviso n.º 95/92. Diário da República I-A Série [Em linha]. 157 (1992-07-10) 3269-3270. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/288659/details/maximized>>.

PORTUGAL. Leis, decretos, etc. - Declaração de Rectificação n.º 114-B/95. Diário da República I-A Série [Em linha]. 201:1º Suplemento (1995-08-31) 5492-(2) a 5492-(3). [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/209608/details/normal?q=Retifica%C3%A7%C3%A3o+n.%C2%BA%20114-B%2F95>>.

PORTUGAL. Leis, decretos, etc. - Declaração de Rectificação n.º 20-AR/2001. Diário da República I-A Série [Em linha]. 278, 3º Suplemento, (2001-11-30) 7666-(10) a 7666-(10). [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL:<https://dre.pt/application/conteudo/203232>>.

PORTUGAL. Leis, decretos, etc. - Declaração de Rectificação n.º 6/2005. Diário da República I-A Série [Em linha]. 34 (2005-02-17) 1183-1183. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL:<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/605327/details/normal?q=6%2F2005>>.

PORTUGAL. Leis, decretos, etc. - Declaração de Retificação n.º 36/2013. Diário da República I Série [Em linha]. 154 (2013-08-12) 4802-4803. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW: <URL: <https://dre.pt/application/conteudo/499191>>.

PORTUGAL. Leis, decretos, etc. - Decreto do Presidente da República n.º . Diário da República I-A Série [Em linha]. 28 (1994-02-03) 520. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://dre.pt/application/conteudo/499819>>.

PORTUGAL. Leis, decretos, etc. - Decreto do Presidente da República n.º 123/2006. Diário da República I Série [Em linha]. 236 (2006-12-11) 8298. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://dre.pt/application/conteudo/545579>>.

PORTUGAL. Leis, decretos, etc. - Decreto do Presidente da República n.º 28-A/2007. Diário da República I Série [Em linha]. N.º 65:1º Suplemento (2007-04-02) 2084-(2) a 2084-(2). [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://dre.pt/application/conteudo/249071>>.

PORTUGAL. Leis, decretos, etc. - Decreto-Lei n.º 118/93 de 13 de Abril. Diário da República I-A Série [Em linha]. 86 (1993-04-13) 1818-1820. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL:<https://dre.pt/application/conteudo/689622>>.

PORTUGAL. Leis, decretos, etc. - Decreto-Lei n.º 122/2013. Diário da República I Série [Em linha]. 163 (2013-08-26) 5146-5147. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL: <https://dre.pt/application/conteudo/499517>>.

PORTUGAL. Leis, decretos, etc. - Decreto-Lei n.º 178/86 de 3 de Julho. Diário da República I Série [Em linha]. 150 (1986-07-03) 1575-1580. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL: <https://dre.pt/application/conteudo/228268>>.

PORTUGAL. Leis, decretos, etc. - Decreto-Lei n.º 2/2005. Diário da República I-A Série [Em linha]. 2 (2005-01-04) 22-31. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL: https://dre.pt/pesquisa/-/search/457217/details/normal?p_p_auth=PZfiul4e>.

PORTUGAL. Leis, decretos, etc. - Decreto-Lei n.º 220/95. Diário da República I-A Série [Em linha]. 201 (1995-08-31) 5469-5478. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/548467/details/maximized>>.

PORTUGAL. Leis, decretos, etc. - Decreto-Lei n.º 249/99. Diário da República I-A Série [Em linha]. 156 (1999-07-07) 4202 – 4203. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL:<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/374617/details/normal?q=Decreto-Lei+249%2F99>>.

PORTUGAL. Leis, decretos, etc. - Decreto-Lei n.º 272/2001. Diário da República I-A Série [Em linha]. 238 (2001-10-13) 6473 – 6477. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL: <https://dre.pt/application/conteudo/621556>>.

PORTUGAL. Leis, decretos, etc. - Decreto-Lei n.º 323/2001. Diário da República I-A Série [Em linha]. 290 (2001-12-17) 8288-8297. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em

WWW:<URL:https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-
/search/540216/details/normal?q=Decreto-Lei+323%2F2001>.

PORTUGAL. Leis, decretos, etc. - Decreto-Lei n.º 324/2007. Diário da República I Série [Em linha]. 188 (2007-09-28) 6911-6983. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL: https://dre.pt/application/conteudo/642527>.

PORTUGAL. Leis, decretos, etc. - Decreto-Lei n.º 38/2003 de 8 de Março. Diário da República I-A Série [Em linha]. 57 (2003-03-08) 1588 - 1649. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL: https://dre.pt/application/conteudo/220944>.

PORTUGAL. Leis, decretos, etc. - Decreto-Lei n.º 446/85. Diário da República I Série [Em linha]. 246 (1985-10-25) 3533 – 3538. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL:https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-
/search/177869/details/normal?p_p_auth=7GEI8jvu>.

PORTUGAL. Leis, decretos, etc. - Decreto-Lei n.º 76-A/2006. Diário da República I-A Série [Em linha]. 63:1º Suplemento (2006-03-29) 2328-(2) - 2328-(190). [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL:https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-
/search/620286/details/normal?q=Decreto-Lei+n.%C2%BA%2076-A%2F2006%2C%20de+29+de+mar%C3%A7o>.

PORTUGAL. Leis, decretos, etc. - Lei n.º 13/2002. Diário da República I-A Série [Em linha]. 42 (2002-02-19) 1324-1340. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL: https://dre.pt/application/conteudo/278029>.

PORTUGAL. Leis, decretos, etc. - Lei n.º 13-A/98. Diário da República I-A Série [Em linha]. 48:1º Suplemento (1998-02-26) 792-(2) - 792-(11). [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW: <URL: https://dre.pt/application/conteudo/226440>.

PORTUGAL. Leis, decretos, etc. - Lei n.º 143/85. Diário da República I Série [Em linha]. 272:1º Suplemento (1985-11-26) 3928-(1) - 3928-(7). [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW: <URL:https://dre.pt/application/conteudo/564260>.

PORTUGAL. Leis, decretos, etc. - Lei n.º 28/82. Diário da República I Série [Em linha]. 264: 1º Suplemento (1982-11-15) 3822-(1) - 3822-(15). [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW: <URL: https://dre.pt/application/conteudo/626985>.

PORTUGAL. Leis, decretos, etc. - Lei n.º 31/86 de 29 de Agosto. Diário da República I Série [Em linha]. 198 (1986-08-29) 2259 – 2264. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL: <https://dre.pt/application/conteudo/218957>>.

PORTUGAL. Leis, decretos, etc. - Lei n.º 41/2013. Diário da República I Série [Em linha]. 121 (2013-06-26) 3518 – 3665. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW: <URL: <https://dre.pt/application/conteudo/497406>>.

PORTUGAL. Leis, decretos, etc. - Lei n.º 61/2008. Diário da República I Série [Em linha]. 212 (2008-10-31) 7633-7638. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL:<https://dre.pt/application/conteudo/439097>>.

PORTUGAL. Leis, decretos, etc. - Lei n.º 62/2013. Diário da República I Série [Em linha]. 163 (2013-08-26) 5114-5145. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW: <URL: <https://dre.pt/application/conteudo/499514>>.

PORTUGAL. Leis, decretos, etc. - Lei n.º 63/2011 de 14 de Dezembro Aprova a Lei da Arbitragem Voluntária. Diário da República I Série [Em linha]. 238 (2011-12-14) 5276-5289. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL:<https://dre.pt/application/conteudo/145578>>.

PORTUGAL. Leis, decretos, etc. - Lei n.º 85/89. Diário da República I Série [Em linha]. 206 (1989-09-07) 3846-3852. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW: <URL: <https://dre.pt/application/conteudo/547057>>.

PORTUGAL. Leis, decretos, etc. - Lei n.º 88/95. Diário da República I Série [Em linha]. 202 (1995-09-01) 5501-5503. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW: <URL:<https://dre.pt/application/conteudo/546980>>.

PORTUGAL. Leis, decretos, etc. - Lei Orgânica n.º 1/2011. Diário da República I Série [Em linha]. 230 (2011-11-30) 5117-5128. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW: <URL: <https://dre.pt/application/conteudo/146220>>.

PORTUGAL. Leis, decretos, etc. - Resolução da Assembleia da República n.º 3/94. Diário da República I-A Série [Em linha]. 28 (1994-02-03) 520-535. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://dre.pt/application/conteudo/499817>>.

PORTUGAL. Leis, decretos, etc. - Resolução da Assembleia da República n.º 67/2006. Diário da República I Série [Em linha]. 236 (2006-12-11) 8298-8301. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://dre.pt/application/conteudo/545583>>.

PORTUGAL. Leis, Decretos, etc. - Resolução da Assembleia da República n.º 46/2006 : aprova a Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e dos Seus Bens, aberta à assinatura em Nova Iorque em 17 de Janeiro de 2005. Diário da República I-A Série [Em linha]. 117 (20.06.2006) 4344. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL: <https://dre.pt/application/file/345379>>.

PORTUGAL. Leis, decretos, etc. - Resolução da Assembleia da República n.º 14-B/2007. Diário da República I Série [Em linha]. N.º 65:1º Suplemento, (2007-04-02) 2084-(2) a 2084-(16). [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://dre.pt/application/conteudo/249072>>.

PORTUGAL. Leis, decretos, etc. - Resolução do Conselho de Ministros n.º 44/86. Diário da República I Série [Em linha]. 128 (1986-06-05) 1327-1334. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW: <URL: <https://dre.pt/application/conteudo/226863>>.

PROENÇA, José João Gonçalves de – Direito internacional privado (Volume 2). Lisboa: Universidade Lusíada, 2005.

PROENÇA, José João Gonçalves de – Tratado elementar de direito internacional privado. Lisboa: Universidade Lusíada, 2005. Vol. 2.

QUADROS, Fausto de – Constituição Europeia e constituições nacionais: subsídios para a metodologia de debate em torno do Tratado Constitucional Europeu. O Direito. 137 : 4-5 (2005) 687-698.

QUADROS, Fausto de – Direito da União Europeia. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2013.

QUADROS, Fausto de – O princípio da subsidiariedade no direito comunitário após o Tratado da União Europeia. Coimbra: Almedina, 1995.

QUADROS, Fausto de; MARTINS, Ana Maria Guerra – Contencioso da União Europeia. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2007.

QUÉBEC. Lois, décrets, etc. - Code civil du Québec [Em linha]. [S.l.] : Gouvernement du Québec., 1991. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL: <http://www.legisquebec.gouv.qc.ca/fr/showdoc/cs/CCQ-1991>>.

QUEIROZ, Cristina M. M. – As relações entre o Direito da União e o Direito Constitucional Interno. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. 3 (2006) 189-201.

RACINE, Jean Batiste; SIIRIAINEN, Fabrice – Droit du commerce international. Paris: Dalloz, 2007.

RACINE, Jean Batiste; SIIRIAINEN, Fabrice – Droit du commerce international. 2ª ed. Paris: Dalloz, 2011.

RAMOS, Rui Moura – A arbitragem comercial internacional no novo direito português da arbitragem. Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra. 87 : 2 (2012) 583-604.

RAMOS, Rui Moura – A carta dos direitos fundamentais da União Europeia e a protecção dos direitos fundamentais. In Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares (Studia Iuridica, 61. Ad Honorem –1), Coimbra: Almedina, 2002, p. 963-989.

RAMOS, Rui Moura – A reforma institucional e a Constituição Europeia. In Uma constituição para a Europa: colóquio internacional de Lisboa. Coimbra: Almedina, 2004, p. 113-119.

RAMOS, Rui Moura – Competência Internacional em matéria contratual. Revista de Legislação e de Jurisprudência. 130 : 3879 (2002) 174-187.

RAMOS, Rui Moura – Conclusões. In Um Código Civil para a Europa. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 308-317.

RAMOS, Rui Moura – Constituição Europeia e Constituição da República Portuguesa. In Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha. Coimbra: Almedina, 2010. Vol. 1, p. 1233-1244.

RAMOS, Rui Moura – Contrôle juridictionnel des actes des institutions communautaires. In Estudos de direito da União Europeia. Coimbra. Coimbra Editora: 2013, p. 9-51.

RAMOS, Rui Moura – Da comunidade internacional e do seu direito. In Estudos de Direito Internacional Público e Relações Internacionais. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

RAMOS, Rui Moura – Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional. Coimbra: Almedina, 1991.

RAMOS, Rui Moura – Das comunidades à União Europeia: estudos de direito comunitário. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

RAMOS, Rui Moura – Das relações privadas internacionais. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

RAMOS, Rui Moura - Das Relações Privadas Internacionais: estudos de direito internacional privado. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

RAMOS, Rui Moura – Direito internacional privado e Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

RAMOS, Rui Moura – Direito internacional privado e direito comunitário: termos de uma interacção. In Nos 20 anos do código das sociedades comerciais: homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Vol. 3, p. 1045-1098.

RAMOS, Rui Moura – Direito Internacional privado e direito comunitário: termos de uma interacção. In Estudos de direito internacional privado e de direito processual civil internacional. Coimbra: Almedina, 2007. Vol. 2, p. 145-202.

RAMOS, Rui Moura - El contrato individual de trabajo. In Alfonso L. Calvo Caravaca; Luís Fernández de la Gándara (Dir.) – Contratos internacionales. Madrid : Editorial Tecnos, 1997, p. 1883-1905.

RAMOS, Rui Moura – Estudos de direito internacional privado da União Europeia. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

RAMOS, Rui Moura – Estudos de direito internacional privado e de direito processual civil internacional. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

RAMOS, Rui Moura – L'arbitrage international dans le nouveaux droit portugais de l'arbitrage. In J. Forner Delaguna [*et al.*], Entre Bruselas y la Haia: estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado: Liber Amicorum Alegría Borrás. Paris: Marcial Pons, 2013, p- 611-624.

RAMOS, Rui Moura – La transposition des directives communautaires. In Estudos de direito internacional privado e de direito processual civil internacional. Coimbra: Almedina, 2007. Vol. 2, p. 223-240.

RAMOS, Rui Moura – Linhas gerais sobre a evolução do direito internacional privado português posteriormente ao código civil de 1966. In Estudos de direito internacional privado e de direito processual civil internacional. Coimbra: Almedina, 2007. Vol. 2.

RAMOS, Rui Moura – Lugar da prestação habitual do trabalho e direito internacional privado da União Europeia. Revista de Legislação e de Jurisprudência. 142 : 3981 (2013) 378-400.

RAMOS, Rui Moura – O projecto de tratado que estabelece uma constituição para a Europa. Temas de Integração. 15-16 (2003) 271-280.

RAMOS, Rui Moura – O tratado que estabelece uma constituição para a Europa e a posição dos tribunais constitucionais dos Estados-Membros no sistema jurídico e jurisdicional da União Europeia. In Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. Vol. 2, p. 365-395.

RAMOS, Rui Moura – O Tribunal Constitucional português e as normas de outros ordenamentos jurídicos. In Estudos em memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 781-803.

RAMOS, Rui Moura - O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a teoria geral do direito internacional privado: desenvolvimentos recentes. In Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço. Coimbra: Almedina, 2002. Vol. 1, p. 458-550.

RAMOS, Rui Moura – The new Portuguese arbitration act: law Nº. 63/2011 of 14 december on voluntary arbitration. YPIL. 16 (2014/2015) 25-56.

REAL, Manuel Desantes – In varietas concordia: el ayer y el hoy de la integración diferenciada como instrumento para la construcción europea. In Carlos Esplugues Mota; Guillermo Palau Moreno (Eds.), Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues. Paris: Tiran lo Blanch, 2012, p. 79-100.

Regulamento (CE) N.º 44/2001 do Conselho, de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial. Jornal Oficial da União Europeia. L12 (16.1.2001) 1-23.

Regulamento (CE) n.º 1346/2000 do Conselho, de 29 de maio de 2000, relativo aos processos de insolvência. Jornal Oficial da União Europeia. L160 (30.06.2000) 1-19.

Regulamento (CE) N.º 1791/2006 do Conselho, de 20 de novembro de 2006, que adapta determinados regulamentos e decisões nos domínios da livre circulação de mercadorias, livre circulação de pessoas, direito das sociedades, política da concorrência, agricultura (incluindo legislação veterinária e fitossanitária), política de transportes, fiscalidade, estatísticas, energia, ambiente, cooperação nos domínios da justiça e dos assuntos internos, união aduaneira, relações externas, política externa e de segurança comum e instituições, em virtude da adesão da Bulgária e da Roménia. Jornal Oficial da União Europeia. L363 (20.12.2006) 15-94.

Regulamento (CE) N.º 4/2009 do Conselho, de 18 de dezembro de 2008, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares. Jornal Oficial da União Europeia. L7 (10.1.2009) 1-79.

Regulamento (CE) N.º 681/2007 do Conselho, de 13 de junho de 2007, que altera as listas dos processos de insolvência, dos processos de liquidação e dos síndicos a que se referem os anexos A, B e C do Regulamento (CE) N.º 1346/2000 relativo aos processos de insolvência. Jornal Oficial da União Europeia. L159 (20.6.2007) 1-13.

Regulamento (CE) N.º 788/2008 do Conselho, de 24 de julho de 2008, que altera as listas dos processos de insolvência e dos processos de liquidação dos anexos A e B do Regulamento (CE) N.º 1346/2000 relativo aos processos de insolvência e que codifica os anexos A, B e C do referido regulamento. Jornal Oficial da União Europeia. L213 (8.8.2008) 299-311.

Regulamento de Execução (UE) n.º 1142/2011 da Comissão, de 10 de novembro de 2011, que estabelece os anexos X e XI do Regulamento (CE) n.º 4/2009 do Conselho relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares. Jornal Oficial da União Europeia. L293 (11.11.2011) 1-2.

Regulamento de Execução (UE) N.º 210/2010 do Conselho, de 25 de fevereiro de 2010, que altera as listas dos processos de insolvência, dos processos de liquidação e dos síndicos dos anexos A, B e C do Regulamento (CE) N.º 1346/2000 relativo aos processos de insolvência e que codifica os anexos A, B e C do referido regulamento. Jornal Oficial da União Europeia. L65 (13.3.2010) 1-13.

Regulation (EC) N.º 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I). Official Journal of the European Union. L177 (04.07.2008) 109-119.

REMY, Benjamin – Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé. Paris: Dalloz, 2008.

Retificação do Regulamento (CE) n.º 4/2009 do Conselho, de 18 de dezembro de 2008, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares. Jornal Oficial da União Europeia. L8 (18.05.2011) 1.

RIGAUX, François – Droit international privé: théorie générale. 2ª ed. Bruxelles: Larcier, 1987.

RIGAUX, François; FALLON, Marc – Droit international privé. 3ª ed. Bruxelles: Larcier, 2005.

RINOLDI, Dino – La giustizia e il bilanciamento fra libertà e sicurezza nello spazio costituzionale europeo. Milano: Giuffrè Editore, 2009.

RIQUITO, Ana Luísa [et al.] – Carta dos direitos fundamentais da União Europeia. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

ROCA AYMAR, Jose Luis – El arbitraje en la contratación internacional. Madrid: ESIC Editorial, 1994.

RODRÍGUEZ MEJÍA, Marcela - Ley modelo de la Uncitral. In ZAPATA GIRALDO, Adriana, dir. ; OVIEDO ALBÁN, Jorge, dir. ; GOMÉZ DOMÍNGUEZ, Luis Alfonso, dir. - Contratación internacional. Colombia : Universidad Externado de Colombia, 2018. p. 333-372.

RUIZ, Nuno – O princípio da subsidiariedade e a harmonização de legislações na comunidade europeia. In A União Europeia na encruzilhada (pp. 129-138). Coimbra: Almedina, 1996.

SÁNCHEZ LORENZO, Sixto – Choice of law and overriding mandatory rules in international contracts. YPIL. 12 (2010) 67-91.

SANCHEZ LORENZO, Sixto A. – De Bruselas a la Haya, passando por Roma y Viena: la normativa común de compraventa europea. In Alegría Borrás [et al.], Entre Bruselas

y la Haia: estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional. Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 821-832.

SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A. – La política legislativa de la Unión Europea en matéria de derecho internacional privado: de la técnica del carro ante los bueyes a la estratégia del avestruz. In Carlos Esplugues Mota; Guillermo Palau Moreno (Eds.), Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues. Paris: Tiran lo Blanch, 2012, p. 133-145.

SANDOZ, Yves – Rapport introductif. In Yves Sandoz (Ed.), Quel droit international pour le 21e siècle? Rapport introductif et actes du colloque international organisé avec le soutien du Département Fédéral des Affaires Étrangères. Bruxelles: Bruylant, 2007, p. 5-41.

SANDOZ, Yves (Ed.) – Quel droit international pour le 21e siècle? Bruxelles: Bruylant, 2007.

SANTOS JÚNIOR, Eduardo dos – Especialização e mobilidade temática do direito comercial internacional como disciplina de mestrado: uma aplicação: os contratos internacionais de engenharia global. Coimbra: Almedina, 2009.

SANTOS JÚNIOR, Eduardo dos – Sobre o conceito de contrato internacional. In Jorge Miranda [et al.], Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos. Coimbra: Almedina, 2005, p. 161-166.

SANTOS, António Carlos dos [et al.] – Direito económico. 6.^a ed. Coimbra: Almedina, 2011.

SANTOS, António Marques dos – A Convenção de Roma e as operações bancárias. In Estudos de direito internacional privado e de direito público. Coimbra: Almedina, 2004, p. 227-256.

SANTOS, António Marques dos – Algumas reflexões sobre a nacionalidade das sociedades em direito internacional privado e em direito internacional público. In Estudos em homenagem ao Professor Doutor António de Arruda Ferrer Correia. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1985.

SANTOS, António Marques dos – As normas de aplicação imediata no direito internacional privado: esboço de uma teoria geral. Coimbra: Almedina, 1991.

SANTOS, António Marques dos – Defesa e ilustração do direito internacional privado. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 64 (1998) 164.

SANTOS, António Marques dos – Direito internacional privado. Lisboa: AAFDL, 2001.

SANTOS, António Marques dos – Estudos de direito da nacionalidade. Coimbra: Almedina, 1998.

SANTOS, António Marques dos – Estudos de direito da nacionalidade. Coimbra: Almedina, 1998.

SANTOS, António Marques dos – Estudos de direito internacional privado e de direito internacional público. Coimbra: Almedina, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Coord.) – O recrutamento e a formação de magistrados: análise comparada de sistemas em países da União Europeia. Coimbra: Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2006.

SANTOS, Eduardo dos – Convenção de Bruxelas de 1968, relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial. Lisboa: Rei dos Livros, 1992.

SANTOS, Rui Teixeira – Direito da União Europeia. Lisboa: Bnomics, 2014.

SARAIVA, Rute Gil – Sobre o princípio da subsidiariedade, génese, evolução e aplicação. Lisboa: AAFDL, 2001.

SARCEVIC, Petar – Unification and soft law. In Conflicts et harmonisation: mélanges en l'honneur de Alfred E. Von Overbeck. Fribourg: Éditions Universitaires Fribourg, 1990.

SAVIGNY, F. C – Vom beruf unserer zeit fur gesetzgebung und rechtswissenschaft. Heidelberg: Heidelberg University, 1814.

SAVIGNY, F. C. – System des heutigen römischen rechts (Volume 8). Berlin: Veit, 1849.

SCHÄFER, Hans-Bernd; LAUTERMANN, Katrin – Choice of Law from an Economic Perspective. In Jürgen Basedow; Toshiyuki Kono (Ed.), An economic analysis of private international law. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 87-107.

SCHÄFER, Kerstin Ann-Susann – Application of mandatory rules in private international law of contracts. Frankfurt: Peter Lang, 2010.

SCHMITTHOFF, Clive M. – International trade usages. London: Institute of International Business Law, 1987.

SCHNITZER, Adolf Friedrich – Handbuch des internationalen Handels: wechsel-und checkrechts. Zurich: Verlag, 1938.

SCHNITZER, Adolf Friedrich – Les contrats internationaux en droit international privé Suisse. RCADI. 123 (1968) 541-635.

SCHULTSZ, J. C. – The concept of characteristic performance and the effect of the E.E.C. convention on carriage of goods. In NORTH, P. M., Ed., Contract conflicts: the E.E.C. Convention on the law applicable to contractual obligations: a comparative study. New York: North Holland Publishing Company, 1982, p. 185-201.

SCHÜTZE, Rolf A. – Einheit und Vielfalt des Rechts: Festschrift für Reinhold Geimer zum 65. München: Verlag C. H. Beck, 2002.

SCHWIND, Fritz - Internationales Privatrechts. Manz : View, 1990.

SEMMELMAN, Constanze – General principles of the EU law between a compensatory role and an intrinsic value. European Law Journal. 19 : 4 (2013) 457-487.

SERENS, M. Nogueira – A obrigação decorrente de reenvio prejudicial decorrente do art.º 234, § 3.º (Ex-art.º 177.º, § 3.º), do Tratado CE. In José Lebre de Freitas [*et al.*], Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida. Coimbra: Almedina, 2011, Vol. 4, p. 627-642.

SHAMBECK, Herbert – Aspectos jurídicos e políticos da evolução da integração europeia no limiar do século XXI. RFDUL. 36 (1995) 427-443.

SHAW, Jo – The Constitutional Treaty and the question of ratification: unscrambling the consequences and identifying the paradoxes. In Peter G. Xuereb (Ed.), The constitution for Europe: an evaluation. Msida: European Documentation and Research Centre University of Malta, 2005, p. 1-33.

SILVA, João Calvão da – Euro e direito. Coimbra: Almedina, 1999.

SMITS, Jan – The making of european private law towards a ius commune europaeum as mixed legal system. Cambridge: Intersentia, 2002.

SMULDERS, Ben; EISELE, Katharina – Reflections on institutional balance after Lisbon. YearBook of European Law. 31 (2012) 112-127.

SNIJDERS, W. – The organization of the drafting of an European Civil Code: a walk in imaginary gardens. ERPL. 5 : 4 (1997) 483.

SOARES, Maria Ângela Bento; RAMOS, Rui Moura Ramos – Contratos Internacionais, compra e venda, cláusulas penais, arbitragem. Coimbra: Almedina: 1995.

SOBRINO, Frederic Garau – La interpretación contra legem de la normativa de derecho internacional privado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: una usurpación de la función legislativa? In Carlos Esplugues Mota [*et al.*], Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea, Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues. Paris: Tiran lo Blanch, 2012, p. 117-131.

SOUSA, Miguel Teixeira de; VICENTE, Dário Moura – Comentário à Convenção de Bruxelas. Lisboa: Lex: 1994.

SPERDUTI, G.– Sulla capacità in diritto internazionale privato con particolare riguardo alla capacità di obbligarsi per fatto illecito. Rivista italiana per le scienze quiridiche. (1950) 350.

STAMATIADIS, Dimitrios K. - The Hague principles on choice of law in international commercial contracts. Studia Universitatis Moldaviae - Științe Sociale [Em linha]. 8:98 (2016) 262-276. [Consult. 19 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <http://ojs.studiamsu.eu/index.php/social/article/view/600>>.

STEWART, David P. – The many perspectives of private international law. In HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau (Ed.) - A commitment to private international law: essays in honour of Hans Van Loon. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 541-544.

STORSKRUBB, Eva – What changes will European harmonization bring? In Janet Walker; Oscar G. Chase (Ed.), Common Law, Civil Law and the future of categories. Nova Iorque: Lexis Nexis, 2010, p. 403-420.

STRENGER, Irineu – Autonomia da vontade em direito internacional privado. S. Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 1968.

STRUYCKEN, Teun – Private law contracts to which the European Community is party. In Talia Einhorn; Kurt Siehr (Eds.), Intercontinental cooperation through private international law essays in memory of Peter E. Nygh. Utr.: T.M.C. Asser Press, 2004, p. 385-399.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03-03-2005, processo n.º 05B316. Acórdãos STJ [Em linha]. Relator Salvador da Costa. Lisboa : DGSJ. [Consult. 18 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d27a72079260762a80256fe8004e7f3a?OpenDocument>>.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18-03-2003, Processo n.º 03A581. Acórdãos STJ [Em linha]. Relator Afonso de Melo. Lisboa : DGSJ. [Consult. 18 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b6a0a1a82395815a80256d1d005dc2b8?OpenDocument>>.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10-05-2007, processo n.º 07B072. Acórdãos STJ [Em linha]. Relator Gil Roque. Lisboa : DGSJ. [Consult. 18 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/51ac4b09c45822f1802573680041a6c5?OpenDocument&Highlight=0,07B072>>.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03-10-2007, processo n.º 07S922. Acórdãos STJ [Em linha]. Relator Maria Laura Leonardo. Lisboa : DGSJ. [Consult. 18 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4dec9c5a7a37c1e8025738d00303213?OpenDocument>>.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27-02-2008, processo n.º 08S3900. Acórdãos STJ [Em linha]. Relator Bravo Serra. Lisboa : DGSJ. [Consult. 18 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/44d99d263a7b5bab80257409004bf957?OpenDocument>>.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 04-06-2008, processo n.º 08S1035. Acórdãos STJ [Em linha]. Relator Bravo Serra. Lisboa : DGSJ. [Consult. 18 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6d85ab676e03fdaa8025746c002f3a82?OpenDocument>>.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10-07-2008, processo n.º 07B2944. Acórdãos STJ [Em linha]. Relator Maria dos Prazeres Pizarro Beleza. Lisboa : DGSJ. [Consult. 18 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2bb9ec4fcd3dd906802574c900313c6b?OpenDocument>>.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20-01-2009, processo n.º 08B2777. Acórdãos STJ [Em linha]. Relator Garcia Calejo. Lisboa : DGSJ. [Consult. 18 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ead9bc927434407e80257546003e8044?OpenDocument>>.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05-02-2013, processo n.º 3371/08.7TVLSB.L1.S1, 6.ª Secção. Acórdãos STJ [Em linha]. Relator Salreta Pereira. Lisboa : DGSJ. [Consult. 18 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL:<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/002e611ff9db514480257b0a003fc757?OpenDocument>>.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20-06-2013, processo n.º 178/07.2TVPRT.P1.S1, 2ª Secção. Acórdãos STJ [Em linha]. Relator Serra Baptista. Lisboa : DGSJ. [Consult. 18 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL:<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0f87ebd239ed43a980257b9000559ddb?OpenDocument>>.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 04-07-2013, processo n.º 2079/09.0TTPNF.P1.S1 : 4ª Secção. Acórdãos STJ [Em linha]. Relator Isabel São Marcos. Lisboa : DGSJ. [Consult. 18 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL:<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e7a8d0b089b57bda80257b9e005950be?OpenDocument>>.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26-02-2015, processo n.º 693/10.0TVPRT.C1.P1.S1. Acórdãos STJ [Em linha]. Relator Fernanda Isabel Pereira. Lisboa : DGSJ. [Consult. 18 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL:<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/3b5d7150f7a5535480257df8005e3e87?OpenDocument>>.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 04-02-2016, processo n.º 536/14.6TVLSB.L1.S1. Acórdãos STJ [Em linha]. Relator Lopes do Rego. Lisboa : DGSJ. [Consult. 18 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ac3f5cb34115298580257f50004c7b0e?OpenDocument>>.

SWISS INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW – The application of foreign law in civil matters in the EU member states and its perspectives for the future: synthesis report 2011 [Em linha]. Lausanne : ISDC. [Consult. 18 nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL:<https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/c92e8d95-ac55-4c9c-91b6-36a5a7564838>>.

SYMEONIDES, Symeon – Party autonomy in Rome I and II: from a comparative perspective. In Katharina Boele-Woelki [*et al.*], Convergence and divergence in private international law: Liber amicorum Kurt Siehr. Zurich: Schulthess, 2010, p. 513-550.

SYMEONIDES, Symeon C. – Contracts subject to non-state norms. AMJC. 54 (2006) 207-231.

SYMEONIDES, Symeon C. – The Hague principles on the choice of law for international contracts: preliminary comments. AM. J. COMP. L.. 61 : 4 (2013) 873-899.

SZRAMKIEWICZ, R. – Histoire du droit des affaires. Paris: Montchrestien, 1999.

TABERNERO DE PAZ, José Maria Gómez-Riesco – Early notes on the 9 december 2015 European Commission's Proposals on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods; and on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content. Disponible em <http://www.europeanpapers.eu/en/authors/jos%C3%A9-mar%C3%ADa-g%C3%B3mez-riesco-tabernero-de-paz>

TAI, Sik Kwan; FUNG CHAN, Calvin Chu – Jurisdiction clauses in sea carriage contracts under Hong Kong law. In Yao-Ming Hsu; Yuichiro Tsuji (Eds.), International Business Law in the 21st century: challenges and issues in East Asia. Cambridge: Cambridge Independent Press, 2013, p. 161-171.

TELES, Eugénia Galvão – A noção de normas de aplicação imediata no Regulamento Roma I: uma singularidade legislativa. In Jorge Miranda [*et al.*], Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina, 2012. Vol. 2, p. 801-820.

TELES, Eugénia Galvão – 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.

TELES, Miguel Galvão – Tratado que estabelece uma constituição para a Europa. O Direito. 137 : 3 (2005) 443-447.

TENREIRO, Mário - La construction de l'espace de justice en matière civile et commerciale. In Leo Netten; Jean Paul Spinelli (Eds.), La mondialisation du droit dans un nouvel espace de justice universelle. Paris: Éditions Juridiques et Techniques, 2004, p. 81-98.

TENREIRO, Mário – O espaço europeu de justiça civil. In Luís de Lima Pinheiro (Org.), Seminário Internacional sobre a comunitarização do direito internacional privado: direito de conflitos, competência internacional e reconhecimento de decisões estrangeiras. Coimbra: Almedina, 2005.

THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW - Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts [Em linha]. The Hague : Hague Conference on Private International Law, 2015. [Consult. 15 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://assets.hcch.net/docs/5da3ed47-f54d-4c43-aaef-5eafc7c1f2a1.pdf>>.

THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau - Feasibility study on the choice of law in international contracts : Report on the work carried out and suggested work programme for the development of a future instrument = Étude de faisabilité sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux rapport sur les travaux effectués et plan de travail suggéré THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW - Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts pour l'élaboration d'un futur instrument [Em linha]. The Hague : Hague Conference on Private International Law, 2009. [Consult. 15 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL:<https://assets.hcch.net/docs/64fe9fef-e0f1-4927-b8ca-924d6ee01e0c.pdf>>.

THIBAUT, Anton Friedrich Justus – Über die notwendigkeit eines allgemeinen burgerlichen rechts in Deutschland. Heidelberg: Heidelberg University, 1814.

THORNER, Micah – The evolution of technical assistance provided by intergovernmental organization. In HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE

INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau - A commitment to private international law: essays in honour of Hans Van Loon. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 583-594.

THYM, Daniel – In the name of sovereign statehood: a critical introduction to the Lisbon judgement of the german constitutional court. CMLR. 46 (2009) 1795-1822.

TILMANN, Winfried – The legal basis for a European Civil Code. ERPL. 5 : 4 (1997), 471.

TIZZANO, António - Relatório sobre os protocolos relativos à interpretação pelo Tribunal de Justiça da Convenção de Roma de 19 de junho de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais. Jornal Oficial das Comunidades Europeias [Em linha]. C:219 (03.09.1990) 1-19. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW: <URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC_1990_219_R_0001_01&from=PT>.

TORREMANS, Paul – Conflict of law in intelectual property: the clip principles and commentary. Oxford: European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, 2013.

TORREMANS, Paul, ed. - Cheshire, North & Fawcett : Private International Law. 15.^a ed. Oxford : Oxford University Press, 2017.

TOURNEAU, Philippe – Les contrats de concession. Paris: Litec, 2003.

TRANTAFYLLOU, Dimitris – La constitution de L'Union Européenne selon le Traité de Rome de 2004: les choix clés de la convention et de la conférence intergouvernementale. 2^a ed. Bruxelles: Bruylant, 2005.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL - Acórdão n.º 163/90 [Em linha]. Lisboa : Tribunal Constitucional, 1990. Processo: n.º 154/89, 2^a Secção, Relator: Conselheiro Messias Bento. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW: <URL: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19900163.html#_ftn1>.

UBERTAZI, Benedetta – Il regolamento sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. Milano: Giuffrè Editore, 2008.

UNIÃO EUROPEIA - Acta de rectificação do Tratado de Lisboa que altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia, assinado em Lisboa em 13 de Dezembro de 2007 («Jornal Oficial da União Europeia» C 306 de 17 de

Dezembro de 2007) : (2009/C 290/01). Jornal Oficial da União Europeia [Em linha]. C:290 (30.11.2009) 1- 3. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2009.290.01.0001.01.POR&toc=OJ:C:2009:290:TOC>.

UNIÃO EUROPEIA – Acto relativo às condições de adesão da República Checa, da República da Estónia, da República de Chipre, da República da Letónia, da República da Lituânia, da República da Hungria, da República de Malta, da República da Polónia, da República da Eslovénia e da República Eslovaca e às adaptações dos Tratados em que se funda a União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia [Em linha]. L:236 (23.09.2003) 33-988. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2003.236.01.0033.01.POR&toc=OJ:L:2003:236:TOC>.

UNIÃO EUROPEIA - Acto Único Europeu. Jornal Oficial das Comunidades Europeias [Em linha]. L:169 (29.06.1987) 1-28. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:a519205f-924a-4978-96a2-b9af8a598b85.0009.02/DOC_1&format=PDF>.

UNIÃO EUROPEIA - Conclusões da Presidência : Conselho Europeu de Tampere : 15 e 16 de outubro de 1999 [Em linha]. [Bruxelas : s.n.], 1999. [Consult. 18 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <http://ftp.infoeuropa.euroid.pt/files/database/000000001-000005000/000001399.pdf>>.

UNIÃO EUROPEIA - Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (versão consolidada). Primeiro Protocolo relativo à interpretação da Convenção de 1980 pelo Tribunal de Justiça (versão consolidada). Segundo Protocolo que atribui competência ao Tribunal de Justiça para interpretar a Convenção de 1980 (versão consolidada). Jornal Oficial das Comunidades Europeias [Em linha]. C:27 (26.01.98) 34-53. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:41998A0126\(02\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:41998A0126(02)&from=PT)>.

UNIÃO EUROPEIA – declarações anexadas à acta final da conferência intergovernamental que adoptou o Tratado de Lisboa assinado em 13 de Dezembro de 2007. Jornal Oficial da União Europeia [Em linha]. C:83 (30.03.2010) 335-359. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL: [https://eur-](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:41998A0126(02)&from=PT)

lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:6985a220-b291-422c-8e7c-e2625a041d0d.0019.01/DOC_6&format=PDF>.

UNIÃO EUROPEIA - Resolução do Conselho e dos Representantes dos Governos dos Estados-Membros, reunidos no Conselho relativa à formação dos juízes, procuradores e funcionários e agentes de justiça na União Europeia : (2008/C 299/01). Jornal Oficial da União Europeia [Em linha]. C:299 (22.11.2008) 1-4. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW: <URL: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1556295945137&uri=CELEX:42008X1122\(01\)>](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1556295945137&uri=CELEX:42008X1122(01)>).

UNIÃO EUROPEIA - Resolução sobre o programa legislativo anual da Comissão para 2000. Jornal Oficial das Comunidades Europeias [Em linha]. C:377 (29-12-2000) 323-329. [Consult. 18 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2000.377.01.0323.02.POR&toc=OJ:C:2000:377:TOC>.

UNIÃO EUROPEIA - Tratado de Lisboa que altera o tratado da União Europeia e o tratado que institui a Comunidade Europeia : (2007/C 306/01). Jornal Oficial da União Europeia [Em linha]. C:306 (17.12.2007) 1-271. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ:C:2007:306:TOC>>.

UNIÃO EUROPEIA - Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa. Jornal Oficial da União Europeia [Em linha]. C:310 (16.12.2004) 1-474. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ:C:2004:310:TOC>>.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão - Comunicação da Comissão : Plano de acção "Simplificar e melhorar o ambiente regulador" [Em linha]. Bruxelas : Comissão das Comunidades Europeia, 2002. COM(2002) 278 final (05-06-2002). [Consult. 18 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL:<http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/juri/20040218/020278PT.pdf>>.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão - Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre o direito europeu dos contratos [Em linha]. Bruxelas : Comissão das Comunidades Europeia. COM(2001) 398 final (11.07.2001), publicado no JO C:255 de 13-09-2001. [Consult. 18 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001DC0398&from=EN>>.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão - Comunicação da comissão ao conselho e ao parlamento Europeu : Programa da Haia: dez prioridades para os próximos cinco anos : parceria para a renovação europeia no domínio da liberdade, segurança e justiça [Em linha]. (10.05.2005) Bruxelas : Comissão das Comunidades Europeias. [Consult. 18 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0184&from=PT>>.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão - Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho maior coerência no direito europeu dos contratos plano de acção (2003/C 63/01). Jornal Oficial da União Europeia [Em linha]. C:63 (15-03-2003) 1-44. [Consult. 18 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2003:063:FULL&from=PT>>.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão - Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho : O direito europeu dos contratos e a revisão do acervo: o caminho a seguir [Em linha]. (27.10.2011) Bruxelas : Comissão das Comunidades Europeias. [Consult. 18 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL:<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2004/PT/1-2004-651-PT-F1-1.Pdf>>.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão - Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões Programa de trabalho da Comissão para 2015 : um novo começo [Em linha]. Estrasburgo : Comissão Europeia, 2014. COM(2014) 910 final (16.12.2014). [Consult. 18 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL:https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:d3effd56-8600-11e4-b8a5-01aa75ed71a1.0018.01/DOC_1&format=PDF>.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão - Decisão da Comissão de 22 de Dezembro de 2008 relativa ao pedido apresentado pelo Reino Unido com vista a aceitar o Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I) [notificada com o número C(2008) 8554] : (2009/26/CE). Jornal Oficial da União Europeia [Em linha]. L:10 (15.01.2009) 22. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2009.010.01.0022.01.POR&toc=OJ:L:2009:010:TOC>.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão - Decisão da Comissão de 26 de Abril de 2010 que cria um grupo de peritos para um quadro comum de referência no domínio do direito europeu dos contratos (2010/233/UE). Jornal Oficial da União Europeia [Em linha]. L:105 (27-04-2010) 109-111. [Consult. 18 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:105:0109:0111:PT:PDF>>.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão - Livro Verde da Comissão sobre as opções estratégicas para avançar no sentido de um direito europeu dos contratos para os consumidores e as empresas [Em linha]. Bruxelas : Comissão Europeia, 2010. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0348&from=PT>>.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão - Parecer da Comissão relativo ao pedido apresentado pelo Reino Unido para aceitar o Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I) [Em linha]. Bruxelas : Comissão das Comunidades Europeias, 2008. COM(2008) 730 final (7.11.2008). [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008PC0730&from=PT>>.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão - Regulamento (UE) n.º 156/2012 da Comissão, de 22 de fevereiro de 2012, que altera os anexos I a IV do Regulamento (CE) n.º 1206/2001 do Conselho relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial. Jornal Oficial da União Europeia [Em linha]. L:50 (23.02.2012) 3-10. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32012R0156>>.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão - Regulamento (UE) N.º 416/2010 da Comissão de 12 de Maio de 2010 que altera os anexos I, II e III do Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial. Jornal Oficial da União Europeia [Em linha]. L:119 (13.05.2010) 7-13. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1556284757331&uri=CELEX:32010R0416>>.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão - Relatório da Comissão : primeiro relatório anual sobre os progressos obtidos em matéria de direito europeu dos contratos e revisão do acervo [Em linha]. (23.09.2005) Bruxelas : Comissão das Comunidades Europeias. [Consult. 18 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0456:FIN:PT:PDF>>.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão (2003) - Livro verde : relativo à transformação da Convenção de Roma de 1980 : sobre a lei aplicável às obrigações contratuais num instrumento comunitário e sua modernização [Em linha]. Bruxelas : Comissão das Comunidades Europeias. COM(2002) 654 final (14.01.2003). [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002DC0654&from=EN>>.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão (2010) - Livro verde da Comissão sobre as opções estratégicas para avançar no sentido de um direito europeu dos contratos para os consumidores e as empresas - COM/2010/0348 final [Em linha]. Bruxelas : Comissão Europeia. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0348:FIN:pt:HTML>>.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão (2015) - Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité Das Regiões : Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa : {SWD(2015) 100 final} [Em linha]. Bruxelas : Comissão Europeia. COM(2015) 192 final (06.05.2015). [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0192&from=PT>>.

UNIÃO EUROPEIA. Comité Económico e Social Europeu - Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a «Proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I)». Jornal Oficial da União Europeia [Em linha]. C:318 (23.12.2006) 56-61. COM(2005) 650 final - 2005/0261 (COD), (2006/C 318/10). [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006AE1153&from=PT>>.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Decisão do Conselho de 5 de Outubro de 2006 relativa à adesão da Comunidade à Conferência da Haia de Direito Internacional Privado : (2006/719/CE). Jornal Oficial da União Europeia [Em linha]. L:297 (26.10.2006) 1-14. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1556283773327&uri=CELEX:32006D0719>>.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Directiva 2002/8/CE do Conselho de 27 de Janeiro de 2003 relativa à melhoria do acesso à justiça nos litígios transfronteiriços, através do estabelecimento de regras mínimas comuns relativas ao apoio judiciário no âmbito desses litígios. Jornal Oficial das Comunidades Europeias [Em linha]. L:26 (31.01.2003)

41-47. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003L0008&from=EN>>.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Directiva 93/13/CEE do Conselho de 5 de Abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores. Jornal Oficial das Comunidades Europeias [Em linha]. L:95 (21.04.93) 29-34. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=celex%3A31993L0013>>.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Directiva do Conselho de 18 de Dezembro de 1986 relativa à coordenação do direito dos Estados-membros sobre os agentes comerciais (86/653/CEE). Jornal Oficial das Comunidades Europeias [Em linha]. L:382 (31.12.1986) 17-21. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31986L0653&from=PT>>.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Programa da Haia: reforço da liberdade, da segurança e da justiça na União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia [Em linha]. C:53 (03.03.2005) 1-14. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL:[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XG0303\(01\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XG0303(01)&from=PT)>.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Projecto de programa de medidas destinadas a aplicar o princípio do reconhecimento mútuo das decisões em matéria civil e comercial (2001/C 12/01). Jornal Oficial das Comunidades Europeias [Em linha]. C:12 (15.01.2001) 1-9. [Consult. 18 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001Y0115\(01\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001Y0115(01)&from=PT)>.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Proposta de regulamento do Conselho relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais : {COM(2011) 125 final} : {COM(2011) 127 final} : {SEC(2011) 327 final} : {SEC(2011) 328 final} [Em linha]. Bruxelas : Comissão Europeia, 2011. COM(2011) 126 final (16.03.2011). [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0126:FIN:pt:PDF>>.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Rectificação do Regulamento (CE) n.º 4/2009 do Conselho, de 18 de Dezembro de 2008, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares. Jornal Oficial da União Europeia [Em linha]. L:131 (18.05.2011) 26.

[Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL:[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009R0004R\(01\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009R0004R(01)&from=PT)>.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial. Jornal Oficial das Comunidades Europeias [Em linha]. L:12 (16.01.2001) 1-23. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32001R0044>>.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Regulamento (CE) n.º 1206/2001 do Conselho de 28 de Maio de 2001 relativo à cooperação entre os tribunais dos Estados-Membros no domínio da obtenção de provas em matéria civil ou comercial. Jornal Oficial das Comunidades Europeias [Em linha]. L:174 (27.06.2001) 1-24. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001R1206&from=PT>>.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Regulamento (CE) N.º 1346/2000 do Conselho de 29 de Maio de 2000 relativo aos processos de insolvência. Jornal Oficial das Comunidades Europeias [Em linha]. L:160 (30.06.2000) 1-18. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000R1346&from=pt>>.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Regulamento (CE) n.º 1347/2000 do Conselho de 29 de Maio de 2000 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e de regulação do poder paternal em relação a filhos comuns do casal. Jornal Oficial das Comunidades Europeias [Em linha]. L:160 (30.06.2000) 19-36. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1556285376289&uri=CELEX:32000R1347>>.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Regulamento (CE) n.º 1348/2000 do Conselho de 29 de Maio de 2000 relativo à citação e à notificação dos actos judiciais e extrajudiciais em matérias civil e comercial nos Estados-Membros. Jornal Oficial das Comunidades Europeias [Em linha]. L:160 (30.06.2000) 37-52. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000R1348&from=PT>>.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Regulamento (CE) n.º 1791/2006 do Conselho de 20 de Novembro de 2006 que adapta determinados regulamentos e decisões nos domínios da livre circulação de mercadorias, livre circulação de pessoas, direito das sociedades,

política da concorrência, agricultura (incluindo legislação veterinária e fitossanitária), política de transportes, fiscalidade, estatísticas, energia, ambiente, cooperação nos domínios da justiça e dos assuntos internos, união aduaneira, relações externas, política externa e de segurança comum e instituições, em virtude da adesão da Bulgária e da Roménia. Jornal Oficial da União Europeia [Em linha]. L:363 (20.12.2006) 1-80. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006R1791&from=PT>>.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Regulamento (CE) N.º 2157/2001 do Conselho de 8 de Outubro de 2001 relativo ao estatuto da sociedade europeia (SE). Jornal Oficial das Comunidades Europeias [Em linha]. L:294 (10.11.2001) 1-21. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:32001R2157>>.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho de 27 de Novembro de 2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000. Jornal Oficial da União Europeia [Em linha]. L:338 (23.12.2003) 1-29. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R2201&from=PT>>.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Regulamento (CE) N.º 4/2009 do Conselho de 18 de Dezembro de 2008 relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares. Jornal Oficial da União Europeia [Em linha]. L:7 (10.01.2009)1-79. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009R0004&from=PT>>.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Regulamento (CE) n.º 40/94 do Conselho de 20 de Dezembro de 1993 sobre a marca comunitária. Jornal Oficial das Comunidades Europeias [Em linha]. L:11 (14.01.1994) 1-36. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31994R0040&from=PT>>.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Regulamento (CE) n.º 664/2009 do Conselho de 7 de Julho de 2009 que estabelece um procedimento para a negociação e a celebração de acordos entre Estados-Membros e países terceiros relativamente à competência, ao reconhecimento e à execução de sentenças e decisões em matéria matrimonial, de

responsabilidade parental e de obrigações de alimentos, bem como à lei aplicável em matéria de obrigações de alimentos. Jornal Oficial da União Europeia [Em linha]. L:200 (31.07.2009) 46-51. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1556288049094&uri=CELEX:32009R0664>>.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Regulamento (CE) n.º 681/2007 do Conselho de 13 de Junho de 2007 que altera as listas dos processos de insolvência, dos processos de liquidação e dos síndicos a que se referem os anexos A, B e C do Regulamento (CE) n.º 1346/2000 relativo aos processos de insolvência. Jornal Oficial da União Europeia [Em linha]. L:159 (20.6.2007) 1-13. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007R0681&from=PT>>.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Regulamento (CE) n.º 694/2006 do Conselho de 27 de Abril de 2006 que altera as listas dos processos de insolvência, dos processos de liquidação e dos síndicos dos anexos A, B e C do Regulamento (CE) n.º 1346/2000 relativo aos processos de insolvência. Jornal Oficial da União Europeia [Em linha]. L:121 (06.05.2006) 1-13. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006R0694&from=PT>>.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Regulamento (CE) n.º 788/2008 do Conselho de 24 de Julho de 2008 que altera as listas dos processos de insolvência e dos processos de liquidação dos anexos A e B do Regulamento (CE) n.º 1346/2000 relativo aos processos de insolvência e que codifica os anexos A, B e C do referido regulamento. Jornal Oficial da União Europeia [Em linha]. L:213 (08.08.2008) 1-13. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0788&from=PT>>.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Regulamento (UE) 2016/1103 do Conselho de 24 de junho de 2016 que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais. Jornal Oficial da União Europeia [Em linha]. L:183 (08.07.2016) 1-29. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R1103&from=EN>>.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Regulamento (UE) 2016/1104 do Conselho, de 24 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de efeitos patrimoniais das parcerias registadas. Jornal Oficial da União Europeia [Em linha]. L:183

(08.07.2016) 30-56. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R1104&from=PT>>.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Regulamento (UE) n.º 1259/2010 do Conselho de 20 de Dezembro de 2010 que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial. Jornal Oficial da União Europeia [Em linha]. L:343 (29.12.2012) 10-16. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010R1259&from=PT>>.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Regulamento de execução (UE) n.º 1142/2011 da Comissão de 10 de Novembro de 2011 que estabelece os anexos X e XI do Regulamento (CE) n.º 4/2009 do Conselho relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares. Jornal Oficial da União Europeia [Em linha]. L:293 (11.11.2011) 24-25. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:293:0024:0025:PT:PDF>>.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Regulamento de execução (UE) n.º 210/2010 do Conselho de 25 de Fevereiro de 2010 que altera as listas dos processos de insolvência, dos processos de liquidação e dos síndicos dos anexos A, B e C do Regulamento (CE) n.º 1346/2000 relativo aos processos de insolvência e que codifica os anexos A, B e C do referido regulamento. Jornal Oficial da União Europeia [Em linha]. L:65 (13.03.2010)1-13. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010R0210&from=PT>>.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Regulamento de execução (UE) n.º 583/2011 do Conselho de 9 de Junho de 2011 que altera as listas dos processos de insolvência, dos processos de liquidação e dos síndicos dos anexos A, B e C do Regulamento (CE) n.º 1346/2000 relativo aos processos de insolvência e que codifica os anexos A, B e C do referido regulamento. Jornal Oficial da União Europeia [Em linha]. L:160 (18.06.2011) 52-64. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011R0583&from=PT>>.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Regulamento de execução (UE) n.º 663/2014 do Conselho de 5 de junho de 2014 que substitui os anexos A, B e C do Regulamento (CE) n.º 1346/2000 relativo aos processos de insolvência. Jornal Oficial da União Europeia [Em linha]. L:179 (19.06.2014) 4-16. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em

WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0663&from=PT>>.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Retificação do Regulamento (Euratom) n.º 1314/2013 do Conselho, de 16 de dezembro de 2013, relativo ao Programa de Investigação e Formação da Comunidade Europeia da Energia Atómica (2014-2018) que complementa o Programa-Quadro de Investigação e Inovação Horizonte 2020. Jornal Oficial da União Europeia [Em linha]. L:46 (18.02.2014) 22. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL:[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000R1348R\(01\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000R1348R(01)&from=PT)>.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho ; UNIÃO EUROPEIA. Comissão - Plano de acção do Conselho e da Comissão sobre a melhor forma de aplicar as disposições do Tratado de Amesterdão relativas à criação de um espaço de liberdade, de segurança e de justiça - Texto aprovado pelo Conselho Justiça e Assuntos Internos de 3 de Dezembro de 1998. Jornal Oficial das Comunidades Europeias [Em linha]. C:19 (23.01.1999) 1-15. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1999:019:FULL&from=PT>>.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento - Resolução do Parlamento Europeu sobre a aproximação do direito civil e comercial dos Estados-membros (COM(2001) 398 - C5-0471/2001 - 2001/2187(COS)). Jornal Oficial das Comunidades Europeias [Em linha]. C:140 E (13-06-2002) 538- 542. [Consult. 18 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2002:140E:FULL&from=PT>>.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento - Resolução legislativa do Parlamento Europeu, de 26 de fevereiro de 2014, sobre a proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um Direito europeu comum da compra e venda (COM(2011)0635 – C7-0329/2011 – 2011/0284(COD)). Jornal Oficial da União Europeia [Em linha]. C:285 (29-08-2017) 638-724. [Consult. 18 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014AP0159&from=PT>>.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento - Resolução sobre a harmonização de certos sectores do direito privado dos Estados-membros. Jornal Oficial das Comunidades Europeias [Em linha]. C:205 (25-07-1994) 518-519. [Consult. 18 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: http://publications.europa.eu/resource/ellar/e56809e3-1d1c-44f0-9085-7a66ec581f8c.0009.01/DOC_1>.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento ; UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Directiva 96/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de Dezembro de 1996 relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços. Jornal Oficial das Comunidades Europeias [Em linha]. L:18 (21.01.1997) 1-6. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31996L0071&from=PT>>.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento ; UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Directiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de Outubro de 2011 relativa aos direitos dos consumidores, que altera a Directiva 93/13/CEE do Conselho e a Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revoga a Directiva 85/577/CEE do Conselho e a Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. Jornal Oficial da União Europeia [Em linha]. L:304 (22.11.2011) 64-88. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32011L0083>>.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento ; UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a lei aplicável às obrigações extracontratuais ("ROMA II") [Em linha]. Bruxelas : Comissão das Comunidades Europeias, 2003 COM(2003) 427 final (22.07.2003). [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003PC0427&from=PT>>

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento ; UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I) [Em linha]. Bruxelas : Comissão das Comunidades Europeia, 2005. COM(2005) 650 final (15.12.2005). [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2005/PT/1-2005-650-PT-F1-1.Pdf>>.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento ; UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um Direito europeu comum da compra e venda : {SEC(2011) 1165 final} : {SEC(2011) 1166 final} [Em linha]. Bruxelas : Comissão Europeia, 2011. COM(2011) 635 final (11-10-2011). [Consult. 18 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0635&from=FI>>.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento ; UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspetos que dizem respeito a

contratos de vendas em linha de bens e outras vendas à distância de bens : (Texto relevante para efeitos do EEE) : {SWD(2015) 274} : {SWD(2015) 275} [Em linha]. Bruxelas : Comissão Europeia, 2015. COM(2015) 635 final (09.12.2015). [Consult. 18 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/PT/1-2015-635-PT-F1-1.PDF>>.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento ; UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Proposta alterada de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspetos que dizem respeito a contratos de vendas em linha de bens e outras vendas à distância de bens, que altera o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho e a Diretiva 2009/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revoga a Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho [Em linha]. Bruxelas : Comissão Europeia, 2017. COM(2017) 637 final. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/PT/COM-2017-637-F1-PT-MAIN-PART-1.PDF>>.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento ; UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Rectificação ao Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I). Jornal Oficial da União Europeia [Em linha]. L:309 (24.11.2009) 87. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1556286750870&uri=CELEX:32008R0593R\(02\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1556286750870&uri=CELEX:32008R0593R(02))>.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento ; UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Regulamento (CE) n.º 1896/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de Dezembro de 2006 que cria um procedimento europeu de injunção de pagamento. Jornal Oficial da União Europeia [Em linha]. L:399 (30.12.2006) 1-32. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1556285847000&uri=CELEX:32006R1896>>.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento ; UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I). Jornal Oficial da União Europeia [Em linha]. L:177 (04.07.2008) 6-16. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0593&from=PT>>.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento ; UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Regulamento (CE) n.º 861/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Julho de 2007 que estabelece

um processo europeu para acções de pequeno montante. Jornal Oficial da União Europeia [Em linha]. L:199 (31.07.2007) 1-22. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1556286196651&uri=CELEX:32007R0861>>.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento ; UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Julho de 2007 relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais («Roma II»). Jornal Oficial da União Europeia [Em linha]. L:199 (31.07.2007) 40-49. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007R0864&from=PT>>.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento ; UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Regulamento (CE) N.º .../2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I) [Em linha]. Bruxelas : UE, 2008. PE-CONS 3691/07, 2005/0261 (COD), 31 de Março de 2008. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL: <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=PT&f=ST%203691%202007%20INIT>>.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento ; UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Regulamento (CE) n.º 662/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Julho de 2009 que estabelece um procedimento para a negociação e a celebração de acordos entre Estados-Membros e países terceiros relativamente a determinadas matérias referentes à lei aplicável às obrigações contratuais e extracontratuais. Jornal Oficial da União Europeia [Em linha]. L:200 (31.07.2009) 25-30. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1556287792904&uri=CELEX:32009R0662>>.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento ; UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Regulamento (UE) n.º 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu. Jornal Oficial da União Europeia [Em linha]. L:201 (27.07.2012) 107-134. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R0650&from=PT>>.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento ; UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial. Jornal Oficial da União Europeia [Em linha]. L:351 (20.12.2012) 1-32.

[Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A32012R1215>>.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento ; UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Regulamento (UE) n.º 1257/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de dezembro de 2012 que regulamenta a cooperação reforçada no domínio da criação da proteção unitária de patentes. Jornal Oficial da União Europeia [Em linha]. L:361 (31.12.2012) 1-8. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW: <URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1257>>.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento ; UNIÃO EUROPEIA. Conselho ; UNIÃO EUROPEIA. Comissão - Carta dos direitos fundamentais da União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia [Em linha]. C:303 (14.12.2007) 1-16. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL:https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2007.303.01.0001.01.POR&toc=OJ:C:2007:303:TOC>.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento ; UNIÃO EUROPEIA. Conselho ; UNIÃO EUROPEIA. Comissão - Declaração por ocasião do 50.º aniversário da assinatura dos Tratados de Roma [Em linha]. Berlim : EUR-OP, 2007. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL: http://europa.eu/50/docs/berlin_declaration_pt.pdf>.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu ; UNIÃO EUROPEIA. Conselho – Regulamento (CE) n.º 805/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de Abril de 2004 que cria o título executivo europeu para créditos não contestados. Jornal Oficial da União Europeia [Em linha]. L:143 (30.04.2004) 15-39. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0805&from=PT>>.

UNIÃO EUROPEIA. Presidência - Programa de Estocolmo : uma Europa aberta e segura que sirva e proteja os cidadãos [Em linha]. Bruxelas : Conselho da União Europeia, 2009. N.º 17024/09 de 2 de Dezembro de 2009. [Consult. 18 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: http://www.europarl.europa.eu/intcoop/eurolat/working_group_migration/meetings/27_28_01_2010_brussels/dossier/stockholm_programme_pt.pdf>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal (Grande Secção) de 12 de Abril de 2005 : processo C-145/03 : Herdeiros de Annette Keller contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) e Instituto Nacional de Gestión Sanitaria

(Ingresa) (Pedido de decisão prejudicial : Juzgado de lo Social nº 20 de Madrid – Espanha). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (2005) I-2548-I-2578. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL:https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1550858477749&uri=CELEX:62003CJ0145>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal (Quinta Secção) de 9 de Novembro de 2000 : Processo C-381/98 : Ingmar GB Ltd contra Eaton Leonard Technologies Inc (Pedido de decisão prejudicial: Court of Appeal (England & Wales) - Reino Unido). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (2000) I-09325 – I-9336. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL:https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1554469342883&uri=CELEX:61998CJ0381>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal (Quinta Secção) de 15 de Março de 2001 : Processo C-165/98 : Processo-crime contra André Mazzoleni e Inter Surveillance Assistance SARL, civilmente responsável, com intervenção de: Eric Guillaume e o. (Pedido de decisão prejudicial: Tribunal correctionnel d'Arlon – Bélgica). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (2001) I-02213 – I-2227. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL:https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1555345610091&uri=CELEX:61998CJ0165>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal (Quinta Secção) de 15 de Maio de 2003 : Processo C-266/01 : Préservatrice foncière TIARD SA contra Staat der Nederlanden (Pedido de decisão prejudicial: Hoge Raad der Nederlanden - Países Baixos). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (2003) I-04881 – I-4898. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL:https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1552917607885&uri=CELEX:62001CJ0266>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal (Quinta Secção) de 5 de Fevereiro de 2004 : Processo C-265/02 : Frahuil SA contra Assitalia SpA (Pedido de decisão prejudicial: Corte suprema di cassazione – Itália). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (2004) I-01546 – I-1557. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL:https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1552666782307&uri=CELEX:62002CJ0265>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal (Segunda Secção) de 20 de Janeiro de 2005 : processo C-464/01 : Johann Gruber contra Bay Wa AG (Pedido de decisão prejudicial: Oberster Gerichtshof – Áustria). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (2005) I-458 – I-480. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em

WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1551459551188&uri=CELEX:62001CJ0464>>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal (Segunda Secção) de 20 de Janeiro de 2005 : Processo C-27/02 : Petra Engler contra Janus Versand GmbH (Pedido de decisão prejudicial: Oberlandesgericht Innsbruck – Áustria). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (2005) I-499 – I-522. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1552667319423&uri=CELEX:62002CJ0027>>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal (Sexta Secção) de 3 de Julho de 1997 : Processo C-269/95 : Francesco Benincasa contra Dentalkit Srl (pedido de decisão prejudicial: Oberlandesgericht München – Alemanha). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (1997) I-03788 – I-3800. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1552665520101&uri=CELEX:61995CJ0269>>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal (Sexta Secção) de 11 de Julho de 2002 : Processo C-96/00 : Rudolf Gabriel (pedido de decisão prejudicial: Oberster Gerichtshof – Áustria). Colectânea de Jurisprudência [Em linha] (2002) I-06384 – I-6406. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1552666095556&uri=CELEX:62000CJ0096>>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal (Sexta Secção) de 1 de Outubro de 2002 : Processo C-167/00 : Verein für Konsumenteninformation contra Karl Heinz Henkel (pedido de decisão prejudicial: Oberster Gerichtshof – Áustria). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (2002) I-08126 – I-8145. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1552666406688&uri=CELEX:62000CJ0167>>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal (Terceira Secção) de 27 de Outubro de 1998 : Processo C-51/97 : Réunion européenne SA e o. contra Spliethoff's Bevrachtungskantoor BV e Capitão que comanda o navio "Alblasgracht V002" (Pedido de decisão prejudicial: Cour de cassation – França). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (1998) I-6534 – I-6551. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1552662756988&uri=CELEX:61997CJ0051>>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de 15 de Janeiro de 1998 : processo C-15/96 : Kalliope Schöning-Kougebetopoulou contra Freie und Hansestadt Hamburg (Pedido de decisão prejudicial : Arbeitsgericht Hamburg - Alemanha). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (1998) I-60 – I-72. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1551439566406&uri=CELEX:61996CJ0015>>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de 15 de Junho de 1999 : Processo C-321/97 : Ulla-Brith Andersson e Susanne Wåkerås-Andersson contra Svenska staten (Estado sueco) (Pedido de decisão prejudicial: Stockholms tingsrätt – Suécia). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (1999) I-03580 – I-3597. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1551975559073&uri=CELEX:61997CJ0321>>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de 16 de Março de 1999 : Processo C-159/97 : Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA contra Hugo Trumpy SpA (Pedido de decisão prejudicial: Corte suprema di cassazione – Itália). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (1999) I-1636 – I-1659. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1552064296413&uri=CELEX:61997CJ0159>>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de 17 de Setembro de 2002 : Processo C-334/00 : Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA contra Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS) (Pedido de decisão prejudicial: Corte suprema di cassazione – Itália). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (2002) I-07383 – I-7396. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1552916921398&uri=CELEX:62000CJ0334>>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de 19 de Fevereiro de 2002 : Processo C-256/00 : Besix SA contra Wasserreinigungsbau Alfred Kretzschmar GmbH & Co. KG (WABAG) e Planungs- und Forschungsgesellschaft Dipl. Ing. W. Kretzschmar GmbH & KG (Plafog) (Pedido de decisão prejudicial: Cour d'appel de Bruxelles – Bélgica). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (2002) I-01718 – I-1735. [Consult. 18 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1552576046483&uri=CELEX:62000CJ0256>>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de 23 de Novembro de 1999 : Processos apensos C-369/96 e C-376/96 : Processos penais contra Jean-Claude

Arblade e Arblade & Fils SARL (C-369/96) e Bernard Leloup, Serge Leloup e Sofrage SARL (C-376/96) (Pedidos de decisão prejudicial: Tribunal correctionnel de Huy – Bélgica). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (1999) I-08498 – I-8530. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1554468216197&uri=CELEX%3A61996CJ0369>>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de 27 de Setembro de 1988 : Processo 81/87 : The Queen contra H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc (Pedido de decisão prejudicial: High Court of Justice, Queen's Bench Division - Reino Unido). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (1988) 5505-5514. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1554470298475&uri=CELEX:61987CJ0081>>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de 27 de Abril de 1999 : Processo C-99/96 : Hans-Hermann Mietz contra Intership Yachting Sneek BV (pedido de decisão prejudicial: Bundesgerichtshof – Alemanha). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (1999) I-02299 – I-2321. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1552665873223&uri=CELEX:61996CJ0099>>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de 29 de Junho de 1994 : Processo C-288/92 : Custom Made Commercial Ltd contra Stawa Metallbau GmbH (Pedido de decisão prejudicial: Bundesgerichtshof – Alemanha). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (1994) I-02949 – I-2960. [Consult. 18 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1552576862086&uri=CELEX:61992CJ0288>>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de 30 de Setembro de 2003 : processo C-224/01 : Gerhard Köbler contra Republik Österreich (pedido de decisão prejudicial: Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien – Áustria). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (2003) I-10290 - I-10332. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1551178406600&uri=CELEX:62001CJ0224>>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de 30 de Setembro de 2003 : Processo C-167/01 : Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam contra Inspire Art Ltd (Pedido de decisão prejudicial: Kantongerecht te Amsterdam - Países Baixos). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (2003) I-10195 – I-10238.

[Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1551971856489&uri=CELEX:62001CJ0167>>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de 4 de Junho de 2002 : processo C-99/00 : Processo-crime contra Kenny Roland Lyckeskog (Pedido de decisão prejudicial: Hovrätten för Västra Sverige – Suécia). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (2002) I-4876-I-4892. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1551371705919&uri=CELEX:62000CJ0099>>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de 5 de Outubro de 1999 : Processo C-420/97 : Leathertex Divisione Sintetici SpA contra Bodetex BVBA (Pedido de decisão prejudicial: Hof van cassatie – Bélgica). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (1999) I-06779 – I-6794. [Consult. 18 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1552575779042&uri=CELEX:61997CJ0420>>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de 5 de Novembro de 2002 : Processo C-208/00 : Überseering BV contra Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC) (Pedido de decisão prejudicial: Bundesgerichtshof – Alemanha). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (2002) I-09943 – I-9976. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1551971585061&uri=CELEX:62000CJ0208>>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de 6 de Abril de 1995 : Processo C-439/93 : Lloyd's Register of Shipping contra Société Campenon Bernard (Pedido de decisão prejudicial: Cour de cassation – França). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (1995) I-974 – I-982. [Consult. 18 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1552577497278&uri=CELEX:61993CJ0439>>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de 9 de Março de 1999 : Processo C-212/97 : Centros Ltd contra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen (Pedido de decisão prejudicial: Højesteret – Dinamarca). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (1999) I-01484 – I-1498. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1551971222261&uri=CELEX:61997CJ0212>>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 10 de Janeiro de 2006 : Processo C-302/04 : Ynos kft contra János Varga (Pedido de decisão prejudicial: Szombathelyi Városi Bíróság – Hungria). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (2006) I-390 – I-402. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1551975825624&uri=CELEX:62004CJ0302>>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 9 de Fevereiro de 2006 : processo C-473/04 : Plumex contra Young Sports NV (Pedido de decisão prejudicial: Hof van Cassatie – Bélgica). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (2006) I-01428 – I-1439. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1551459132451&uri=CELEX:62004CJ0473>>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 16 de Fevereiro de 2006 : processo C-3/05 : Gaetano Verdoliva contra J. M. Van der Hoeven BV, Banco di Sardegna e San Paolo IMI SpA (Pedido de decisão prejudicial: Corte d'appello di Cagliari – Itália). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (2006) I-1595 – I-1068. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1551458770680&uri=CELEX:62005CJ0003>>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 13 de Junho de 2006 : processo C-173/03 : Traghetti del Mediterraneo SpA contra República Italiana (Pedido de decisão prejudicial: Tribunale di Genova – Itália). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (2006) I-5204 – I-5222. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1551455219891&uri=CELEX:62003CJ0173>>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 15 de Fevereiro de 2007 : Processo C-292/05 : Eirini Lechouritou e outros contra Dimosio tis Omospondiakis Dimokratias tis Germanias (Pedido de decisão prejudicial: Efeteio Patron – Grécia). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (2007) I-01540 – I-1558. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1552918725836&uri=CELEX:62005CJ0292>>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) de 3 de Maio de 2007 : Processo C-386/05 : Color Drack GmbH contra Lexx

International Vertriebs GmbH (Pedido de decisão prejudicial: Oberster Gerichtshof - Áustria). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (2007) I-3727 – I-3740. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1552065957266&uri=CELEX:62005CJ0386>>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 11 de Setembro de 2008 : processo C-11/07 : Hans Eckelkamp e outros contra Belgische Staat (Pedido de decisão prejudicial: Hof van beroep te Gent – Bélgica). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (2008). [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1550858614913&uri=CELEX:62007CJ0011>>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) de 23 de Abril de 2009 : Processo C-533/07 : Falco Privatstiftung e Thomas Rabitsch contra Gisela Weller-Lindhorst (Pedido de decisão prejudicial: Oberster Gerichtshof - Áustria). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (2009). [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1551972867009&uri=CELEX:62007CJ0533>>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 28 de Abril de 2009 : Processo C-420/07 : Meletis Apostolides contra David Charles Orams e Linda Elizabeth Orams (Pedido de decisão prejudicial: Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) - Reino Unido). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (2009). [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1552919072267&uri=CELEX:62007CJ0420>>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 6 de Outubro de 2009 : processo C-133/08 : Intercontainer Interfrigo SC (ICF) contra Balkenende Oosthuizen BV e MIC Operations BV (Pedido de decisão prejudicial: Hoge Raad der Nederlanden - Países Baixos). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (2009). [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1551440474170&uri=CELEX:62008CJ0133>>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) de 25 de Fevereiro de 2010 : Processo C-381/08 : Car Trim GmbH contra KeySafety Systems Srl (Pedido de decisão prejudicial: Bundesgerichtshof – Alemanha). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (2010). [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em

WWW:<URL:https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1551974206264&uri=CELEX:62008CJ0381>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 11 de Março de 2010 : Processo C-19/09 : Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH contra Silva Trade SA (Pedido de decisão prejudicial : Oberlandesgericht Wien – Áustria). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (2010) I-2161 – I-2176. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1551974454802&uri=CELEX:62009CJ0019>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 7 de Dezembro de 2010 : Processos apensos C-585/08 e C-144/09 : Peter Pammer contra Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG (C-585/08) e Hotel Alpenhof GesmbH contra Oliver Heller (C-144/09) (Pedidos de decisão prejudicial: Oberster Gerichtshof – Áustria). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (2010) I-12570 – I-12603. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1552668153092&uri=CELEX:62008CJ0585>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 15 de Março de 2011 : Processo C-29/10 : Heiko Koelzsch contra État du Grão-Ducado do Luxemburgo (Pedido de decisão prejudicial: Cour d'appel – Luxemburgo). Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (2011) I-1634 – I-1653. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW: <URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1556635587427&uri=CELEX:62010CJ0029>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 17 de Novembro de 2011 : Processo C-327/10 : Hypoteční banka a.s. contra Udo Mike Lindner (Pedido de decisão prejudicial: Okresní soud v Chebu - República Checa. Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (2011) I-11582 – I-11602. [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1552064765376&uri=CELEX:62010CJ0327>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 24 de Novembro de 2011 : Processo C-379/10 : Comissão Europeia contra República Italiana. Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (2011). [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1551455666341&uri=CELEX:62010CJ0379>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 14 de junho de 2012 : processo C-618/10 : Banco Español de Crédito, SA contra Joaquín Calderón Camino (Pedido de decisão prejudicial apresentado pela Audiencia Provincial de Barcelona). Coletânea digital (Coletânea de jurisprudência - geral) [Em linha]. (2012). [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1550858966996&uri=CELEX:62010CJ0618>>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) de 6 de setembro de 2012 : Processo C-190/11 : Daniela Mühlleitner contra Ahmad Yusufi e Wadat Yusufi (Pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Oberster Gerichtshof). Coletânea digital (Coletânea de jurisprudência - geral) [em linha]. (2012). [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1552667827117&uri=CELEX:62011CJ0190>>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 25 de outubro de 2012 : processo C-553/11 : Bernhard Rintisch contra Klaus Eder (pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Bundesgerichtshof). Coletânea digital (Coletânea de jurisprudência - geral) [Em linha]. (2012). [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1550857214932&uri=CELEX:62011CJ0553>>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 25 de outubro de 2012 : Processo C-133/11 : Folien Fischer AG e Fofitec AG contra Ritrama SpA (Pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Bundesgerichtshof). Coletânea digital (Coletânea de jurisprudência - geral) [Em linha]. (2012). [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1552660571526&uri=CELEX:62011CJ0133>>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 7 de fevereiro de 2013 : Processo C-543/10 : Refcomp SpA contra Axa Corporate Solutions Assurance SA (pedido de decisão prejudicial apresentado pela Cour de cassation (França)). Coletânea digital (Coletânea de jurisprudência - geral) [Em linha]. (2013). [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1552660895106&uri=CELEX:62010CJ0543>>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 14 de março de 2013 : processo C-419/11 : Česká spořitelna, a.s. contra Gerald Feichter (Pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Městský soud v Praze). Coletânea digital (Coletânea de jurisprudência - geral) [Em linha]. (2013). [Consult. 2 fev. 2019]. Disponível em WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1550858023469&uri=CELEX:62011CJ0419>>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 17 de outubro de 2013 : Processo C-184/12 : United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV contra Navigation Maritime Bulgare (Pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Hof van Cassatie van België). Coletânea digital (Coletânea de jurisprudência - geral) [Em linha]. (2013). [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1552669176013&uri=CELEX:62012CJ0184>>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) de 30 de abril de 2014 : Processo C-26/13 : Árpád Kásler e Hajnalka Káslerné Rábai contra OTP Jelzálogbank Zrt (Pedido de decisão prejudicial apresentado pela Kúria). Coletânea digital (Coletânea de jurisprudência - geral) [Em linha]. (2014). [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1552668845251&uri=CELEX:62013CJ0026>>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 9 de setembro de 2015 : Processo C-160/14 : João Filipe Ferreira da Silva e Brito e o. contra Estado português (Pedido de decisão prejudicial apresentado pelas Varas Cíveis de Lisboa). Coletânea digital (Coletânea de jurisprudência - geral) [Em linha]. (2015). [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW: <URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1557483988691&uri=CELEX:62014CJ0160>>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 18 de outubro de 2016 : Processo C-135/15 : Republik Griechenland contra Grigorios Nikiforidis (Pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Bundesarbeitsgericht). Coletânea digital (Coletânea de jurisprudência - geral) [Em linha]. (2016). [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1557483988691&uri=CELEX:62016CJ0135>>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 16 de fevereiro de 2017 : Processo C-507/15 : Agro Foreign Trade & Agency

Ltd v. Petersime NV (Pedido de decisão prejudicial apresentado pelo rechtbank van koophandel te Gent (Tribunal de Comércio de Gante, Bélgica). Coletânea digital (Coletânea de jurisprudência - geral) [Em linha]. (2017). [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em [www: :<URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1566409553865&uri=CELEX:62015CJ0507](http://www.eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1566409553865&uri=CELEX:62015CJ0507).

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 20 de dezembro de 2017 : Processo C-322/16 : Global Starnet Ltd contra Ministero dell'Economia e delle Finanze e Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato (Pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Consiglio di Stato). Coletânea digital (Coletânea de jurisprudência - geral) [Em linha]. (2017). [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW: <URL:https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1557484117637&uri=CELEX:62016CJ0322>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 4 de outubro de 2018 : Processo C-416/17 : Comissão Europeia contra República Francesa. Coletânea digital (Coletânea de jurisprudência - geral) [Em linha]. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW: <URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1557484504949&uri=CELEX:62017CJ0416>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 17 de outubro de 2018 : Processo C-393/18 PPU : UD contra XB (Pedido de decisão prejudicial apresentado pela High Court of Justice (England and Wales), Family Division). Coletânea digital (Coletânea de jurisprudência) [Em linha]. (2018). [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW: <URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1557484971027&uri=CELEX:62018CJ0393>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça - Parecer 1/03 do Tribunal de Justiça (Tribunal Pleno) 7 de Fevereiro de 2006 : competência da Comunidade para celebrar a nova Convenção de Lugano relativa à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial. Colectânea de Jurisprudência [Em linha]. (2006) I-1150 – I-1212. [Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW:<URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1556282582902&uri=CELEX:62003CV0001>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça (2013) - Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 26 de fevereiro de 2013 : processo C-399/11 : Stefano Melloni contra Ministerio Fiscal (Pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal Constitucional (Espanha)). Coletânea digital (Coletânea de jurisprudência - geral) [Em linha]. (2013).

[Consult. 14 Jan. 2019]. Disponível em WWW: <URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1556630647456&uri=CELEX:62011CJ0399>>.

UNION EUROPÉENNE – Structure et organisation. Luxembourg: Cour de Justice des Communautés Européennes, 2008.

UNITED NATIONS (2006) - Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional [Em linha]. Vienna : UNCITRAL. [Consult. 14 Nov. 2018]. Disponível em WWW:<URL: http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/dgpj-disponibiliza/downloadFile/attachedFile_f0/UNCITRAL_Texto_Unificado.pdf?nocache=1298368366.42>.

VAN CALSTER, Geert – European private international law. New Delhi: Hart Publishing, 2016.

VAN CALSTER, Geert – European private international law. Oxford: Oxford Hart Publishing, 2013.

VAN GERVEN, Walter – A common law for Europe: the future meeting the past? ERPL. 9 : 4 (2001) 485-503.

VAN GERVEN, Walter – Coherence of community and national laws: is there a legal basis for a European Civil Code? ERPL. 5 : 4 (1997), 465.

VANDENBRUWAENE, Werner – The judicial enforcement of subsidiarity, the comparative quest for an appropriate standard. In The role of constitutional courts in multilevel governance. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 131-164.

VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de – Autonomie substantielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats. In Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer. Paris: LGDJ, 2015, p. 869-892.

VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de – L'ordre public dans les contrats internationaux en Europe. In André Decocq (Dir.), Mélanges en l'honneur de Philipp Malaurie. Paris: Defrénois, 2005, p. 393-412.

VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de – Notes on an unstable couple: party autonomy and public policy in the hague principles on choice of law in international commercial contracts. YPIL. 17 (2015/2016) 49-82.

VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de – Un droit international privé européen? In Le droit privé européen européen: actes du colloque organisé à Reims les 30 janvier et 1er février 1997. Paris: Economica, 1998, p. 136-147.

VARELA, João Antunes – Code européen des contrats: avant-projet. Stvdia Ivridica. 64 (2002) 47.

VICENTE, Dário Moura – A crise económica mundial e os contratos internacionais. Revista de Direito Civil. 2:3 (2017) 599-641.

VICENTE, Dário Moura – A formação dos contratos internacionais. In Luís de Lima Pinheiro (Coord.), Estudos de direito comercial internacional. Coimbra: Almedina: 2004. Vol. 1, p. 195-217.

VICENTE, Dário Moura – Direito comparado (Volume 1). 3.^a ed. Coimbra: Almedina: 2014.

VICENTE, Dário Moura - Direito internacional privado: ensaios. Coimbra: Almedina, 2001. Vol. 1.

VICENTE, Dário Moura - Direito internacional privado: ensaios. Coimbra: Almedina, 2005. Vol. 2.

VICENTE, Dário Moura – Direito internacional privado: ensaios. Coimbra: Almedina, 2010. Vol. 3.

VICENTE, Dário Moura - La autonomia privada y sus distintos significados a la luz del derecho comparado. In FERNANDÉZ ARROYO, Diego P., dir. ; MORENO RODRIGUES, José António, dir. - Contratos Internacionales : entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos. [S.l.] : ASADIP, 2018. p. 59-89.

VICENTE, Dário Moura – Perspectivas de harmonização e unificação internacional do direito privado numa época de globalização da economia. In António Menezes Cordeiro [et al.], Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão. Coimbra: Almedina, 2008. Vol. 2, p. 1653-1680.

VICENTE, Dário Moura – Um código civil para a Europa? Algumas reflexões. In António Menezes Cordeiro [et al.], Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles. Coimbra: Almedina: 2002. Vol. 1, p. 47-73.

VIGNAL, Thierry – Droit international privé. 3^a ed. Paris: Sirey, 2014.

VILÀ COSTA, Blanca – How to apply Art 5 (1) and 5 (3) of the Brussels I regulation to private enforcement of competition law: a coherent approach. In Jürgen Basedow [*et al.*], International antitrust litigation: conflicts of laws and coordination (pp. 15-29). Oxford: Hart Publishing, 2012, p. 15-29.

VILAÇA, José Luis da Cruz – Le principe de l'effet utile du droit de l'Union dans la jurisprudence de la Cour. In The Justice and the construction of Europe: analyses and perspectives on sixty years of case law. Den Haag: T.M.C. Asser Press, 2013, p. 279-306.

VILLELA, A. – Tratado elementar de direito internacional privado. Coimbra: Coimbra Editora, 1921. Livro 1, tomo 1.

VILLELA, Álvaro da Costa Machado – Lições de direito internacional privado. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1905-1906. Livro 1.

VISCHER, F. – General course on private international law. RCADI. 232 (1992) 20-256.

VISHER, Frank – The antagonism between legal security and the search for justice in the field of contracts. RCADI. 142 (1974) 1.

VITORINO, António – Carta dos direitos fundamentais da União Europeia. Lisboa: Principia, 2002.

VLAS, Paul – Public policy in private international law and its continuing importance. In HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau - A commitment to private international law: essays in honour of Hans Van Loon. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 621-629.

VOINOT, Denis – Vers un droit européen des contrats spéciaux: rapport introductif. In Denis Voinot; Juliette Sénéchal (Eds.), Towards a european law of specific contracts. Paris: Larcier, 2012, p. 9-15.

VON BAR, Christian – Die Resolution des Europäischen Parlaments vom 15. November 2001 zur Annäherung des Zivil und Handelsrechts der Mitgliedstaaten. ZEuP. 15 (2002) 629.

VON BAR, Christian – Le groupe d'Études sur un Code Civil Européen. Revue International de Droit Comparé. 53 : 1 (2001) 127-139.

VON BAR, Christian – Principles, definitions and model rules of european private law. München: Sellier European Law Publishers, 2009.

VON BAR, Christian – The Study Group on a European Civil Code. In Um Código Civil para a Europa. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

VON BAR, Christian – Vom Europäischen Vertragsrecht zum Europäischen Vermögensrecht. Köln: Bundesanzeiger, 2002.

VON HOFFMAN, Bernd [et al.] – Internationales privatrechts. München: Beck, 2012.

VRELLIS, Spyridon – Abus et fraude dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes. In Vers des nouveaux équilibres entre ordres juridiques: Liber Amicorum Hélène Gaudemet-Tallon. Paris: Dalloz, 2008, p. 633-646.

WAGNER, Rolf – Der grundsatz der rechtswahl und das mangels rechtswahl anwendbare recht (Rom I-Verordnung). IPRax. (2008) 377-386.

WAGNER, Rolf – Principles of consensus and European Union legislative competence in relation to judicial cooperation in civil matters. In HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Permanent Bureau (Ed.) - A commitment to private international law: essays in honour of Hans Van Loon. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 643-659.

WALDHOFF, Christian – Recent developments relating to the retroactive effect of decisions of the ECJ. CMLR. 46 (2009) 173-190.

WARLET, William – La participacion de l'Union Européenne à la Conference de la Haye de droit international privé. In Myriam Benlolo-Carabot [et al.], Union Européenne et droit internacional, en l'honneur de Patrick Daillier. Paris: Editions A. Pedone, 2012, p. 785-795.

WATT, Horatia Muir – Les limites du choix: dispositions impératives et internationalité du contrat. In Sabine Corneloup; Natalie Joubert (Dir.), Le règlement communautaire "Rome I" et le choix de loi dans les contrats internationaux. Bourgogne: Université de Bourgogne, 2010, p. 342-351.

WATT, Horatia Muir; BUREAU, Dominique – Droit international privé (Tome 2). 7^a ed. Paris: Pichon & Durand-Auzias, 1981.

WATTEL, Peter J. – Köbler, Cilfit and Welthgrove: we can't go on meeting like this. CMLR. 41 (2004) 177-190.

WEATHERILL, Stephen – Why object to the harmonisation of private law by the EC? ERPL. 12 : 5 (2004) 633-660.

WILDERSPIN, Michael – Le contrat: les perspectives de révision de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles. In Angelica Fuchs [*et al.*], Les conflits de lois et le système juridique communautaire. Paris: Dalloz, 2004

WILHELMSSON, Thomas – Private law in the EU: harmonised or fragmented europeanisation? ERPL. 10 : 1 (2002) 77-94.

WILKE, Felix M.; ARBOR, Ann – Brauchen wir eine Rome 0-Verordnung? Eine skizze anlässlich einer bayreuther tagung, zeitschrift für gemeinschaftsprivatrecht. GPR. 6 (2012) 334-341.

WINTER, L. I. – Nouveaux project de loi uniforme Benelux relative au droit international privé. RCDIP. 57 (1968) 577-613.

ZABALO ESCUDERO, Elena – Ley aplicable al contrato internacional de trabajo en el sector transporte: la continuidad en la jurisprudência del TJUE. In Alegría Borrás [*et al.*], Entre Bruselas y la Haia: estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional. Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 749-766.

ZACHARUASIEWICZ, Maria-Anna - The need for a flexible aproach with regard to mandatory provisions in private international law. In HEIDERHOFF, Bettina, ed. ; QUEIROLO, Ilaria, ed. - European and international cross-border private and economic relationships and individual rights. Roma : ARACNE, 2016. p. 41-61.

ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo – The European Civil Code: European legal traditions and neo-positivism. ERPL. 6 : 4 (1998) 349-362.

ZHAO, Jian –The 2012 CIETC arbitration rules: evolution not revolution. In Yao-Ming Hsu; Yuichiro Tsuji (Eds.), International business law in the 21st Century: challenges and issues in East Asia. Cambridge: Cambridge Independent Press, 2013, p. 139-160.

ZIMMERMANN, Reinhard – Romisches recht und europäische kultur. JZ (2007) 11.

ZWAAN, J. W. de – The single european act: conclusion of a single document. Common Market Law Review. 23 (1986) 747-765.

BIBLIOGRAFIA

ABARCA JUNCO, Ana Paloma (Dir.) – Derecho internacional privado. Madrid: Colex-Universidad Nacional de Educación a la Distancia, 2003. Vol. 1.

BARONA VILAR, Silvia [et al.] – Contratación internacional. 2.^a ed. València: Tirant lo Blanch, 1999.

BOSKOVIC, Olivera – La réparation du préjudice en droit international privé. Paris: LGDJ, 2003.

BRIÈRE, Carine – Les conflits de conventions internationales en droit privé. Paris: LGDJ, 2001.

BUREAU, Dominique ; MUIR, Watt Horatia – Droit international privé. Paris: PUF, 2007.

CASTRO, Amílcar de – Direito internacional privado. 5.^a ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995.

CORREIA, António Ferrer – Lições de direito internacional privado. Coimbra : Almedina, 2007.

CZERNICH, Dietmar ; HEISS, Helmut – Das Europäische Schuldvertragsübereinkommen Kommentar. Wien: Orac Verlag, 1999.

DERRUPÉ, Jean – Droit international privé. 14.^a ed. Paris: Dalloz, 2001.

EL-AWA, Mariam M. – Confidentiality in arbitration. London: Springer, 2016.

FUENTES, Carlos Inván – Normative plurality in international law: a theory of the determination of applicable rules. London: Springer, 2016.

FULCHIRON, Hugues; NOURISSAT, Cyril (Dir.) – Travaux dirigés de droit international privé. 2.^a ed. Paris: Litec, 2003.

GAUTIER, Pierre-Yves – Conflits de lois dans les groupes de contrats. In ANCEL, Marie-Elodie, ed. [et al.] - Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel. Paris : LGDJ, 2018. p. 753-766.

GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D. [et al.] – Derecho internacional privado. Madrid: Colex-Universidad Nacional de Educación a la Distancia: 2003. Vol. 1.

GUIHO, Pierre – Le droit international privé. 2ª ed. Lyon : L'Hermès, 1995.

HONDIUS, Ewoud ; GRIGOLEIT, Hans Christoph – Unexpected circumstances in european contract law. Cambridge [et al.] : Cambridge University Press, 2011.

KITIC, Dusan – Droit international privé. Paris: Ellipses, 2003.

MIMOSO, Maria João ; SOUSA, Sandra C. – Nótulas de direito internacional privado. Lisboa : Quid Iuris, 2009.

MIMOSO, Maria João – Arbitragem do comércio internacional: medidas proivórias e cautelares. Lisboa: Quid Iuris, 2009.

PORTO, Manuel – Portugal e a Agenda 2000. Coimbra : Almedina, 1998.

PROENÇA, José João Gonçalves de – Direito internacional privado: parte especial. Lisboa : Edições da Universidade Lusíada, 1999.

SCHWIMANN, Michael – Internationales privatrecht. 3ª ed. Viena : Manz, 2001.

VICENTE, Dário Moura – Da arbitragem comercial internacional. Coimbra : Coimbra Editora, 1990.

VICENTE, Dário Moura – Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado. Coimbra : Almedina, 2001.