

# A LIBERDADE DE ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL COMO INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DO MERCADO INTERNO EUROPEU (\*)

AFONSO PATRÃO (\*\*)

## I. A DISPARIDADE LEGISLATIVA COMO OBSTÁCULO À REALIZAÇÃO DO MERCADO INTERNO EUROPEU

Desde o início da integração europeia que a disparidade legislativa é tida como obstáculo à realização do mercado interno. Porque cada Estado-Membro tem os seus próprios parâmetros normativos, os operadores económicos, de modo a beneficiar das liberdades fundamentais e da existência de um mercado integrado, têm de levar em conta a disciplina do país de destino.

Consideremos um exemplo: se um banco do Estado-Membro A pretender beneficiar da liberdade de prestação de serviços e da liberdade de circulação de capitais, concedendo crédito hipotecário a uma empresa do Estado B, o negócio enfrentará importantes adversidades decorrentes da disparidade legislativa. Com efeito, a garantia será forçosamente regulada pela lei da situação da coisa <sup>(1)</sup>, provavelmente desconhecida do credor, e que é porventura substancialmente distinta

(\*) O presente texto inspira-se e desenvolve ideias exploradas na nossa tese de doutoramento, que tivemos a honra de ver discutida perante júri que integrou a Senhora Professora Doutora MARIA HELENA BRITO.

(\*\*) Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

(1) A sujeição necessária dos direitos reais sobre imóveis à *lex rei sitae* é unânime em todos os Estados-Membros — cfr. AFONSO PATRÃO, *Autonomia conflitual na hipoteca e reforço da cooperação internacional: removendo obstáculos ao mercado europeu de garantias imobiliárias*, Livros Horizonte, Lisboa, 2017, p. 80.

daquela que é regulada no país em que exerce habitualmente a sua actividade. Nessa medida, ser-lhe-á necessário informar-se e assessorar-se, repercutindo tais custos ao mutuário, já que a sua aceitação implica o risco de execução de uma garantia que não conhece. Ocorre, pois, um entrave à geração de situações internacionais num espaço económico que se pretende integrado, materializando “os obstáculos jurídicos que impedem os mutuantes de propor determinados produtos em determinados mercados”<sup>(2)</sup>.

<sup>(2)</sup> COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Branco sobre a integração dos mercados de crédito hipotecário na UE* — COM(2007)807 Final, Bruxelas, 2007, p. 4.

Sobre a disparidade legislativa enquanto obstáculo à realização do mercado europeu de garantias, cfr. ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Ed. Comares, Granada, 2011, p. 77 (“*En efecto, si la Ley aplicable a una situación jurídica es más severa o, simplemente, es diferente en los distintos Estados miembros, los particulares pueden sentirse «desincentivados» a circular por la UE. La diversidad de Leyes aplicables a una misma situación privada internacional en los Estados miembros opera, en estos casos, como un auténtico obstáculo a las libertades de circulación de la UE*”); JEAN-FRANÇOIS GOJON, “Loi réelle et loi de la créance dans le crédit hypothécaire: un concours encore incertain”, *Mélanges en l’Honneur de Mariel Revillard — Liber amicorum*, Defrénois, Paris, 2007, pp. 169-181, p. 170 (lembrando que as instituições de crédito vêem a garantia “*comme un «corps étranger» par rapport au reste du contrat*”, recusando por isso a hipoteca); SERGIO NASARRE AZNAR, “The Euro-hypothec: a common mortgage for Europe”, *The Conveyancer and the Property Lawyer*, 2005, pp. 32-52, p. 32 (“*The main problems are the differences between the laws on mortgages in the different European countries*”); ELENA SÁNCHEZ JORDÁN, «Garantías sobre Bienes Inmuebles: La Eurohipoteca», *Derecho Privado Europeo*, ed. SERGIO CÁMARA LAPUENTE, Editorial Colex, Madrid, 2003, pp. 987-1007, pp. 990 e 993 (“*De entre todas ellas, hay una que destaca sobre el resto: las grandes diferencias que existen, por una parte, en la regulación de los derechos reales de garantía sobre inmuebles — en concreto, de las hipotecas — que se contemplan en los distintos Estados miembros y, por otra, en los sistemas de publicidad registral*”); ULRICH DROBNIG, “The law governing credit security”, *The Private Law Systems in the EU: discrimination on grounds of nationality and the need for a European Civil Code*, ed. PARLAMENTO EUROPEU — DIRECTORATE GENERAL FOR RESEARCH, Bruxelas, 2000, pp. 57-82, p. 57 (“*rooted in the strong traditions in the domain of land law and influenced by the close connection that exists between land law and the prevailing system of land registration, these provisions diverge very sharply*”); THOMAS WACHTER, «La garantie de crédit transfrontalier sur les immeubles au sein de l’Union européenne — L’Eurohypothèque», *Notarius International*, vol. 4, n.º 4, 1999, pp. 174-188, p. 174 (“*le marché commun européen des sûretés n’a pas encore pu être réalisé en raison des différences des systèmes hypothécaires qui sont traditionnellement marqués par les droits nationaux*”) e “Die Eurohypothek — Grenzüberschreitende Kreditsicherung an Grundstücken im

As instituições europeias vêm combatendo a disparidade legislativa, enquanto obstáculo identificado à realização do mercado europeu: por um lado, harmonizando e unificando as legislações dos Estados-Membros; por outro, operacionalizando o *princípio do reconhecimento mútuo das legislações*, que seria apto à manutenção da disparidade legislativa sem reprimir a realização das liberdades fundamentais.

No presente trabalho, pretendemos demonstrar que há uma *terceira tendência* na União Europeia tendente à realização das liberdades de circulação: permitir às partes a escolha da lei aplicável (*professio iuris* ou *autonomia conflitual*). Na verdade, o legislador europeu vem suprimindo as dificuldades decorrentes da existência de diferentes corpos normativos através da atribuição aos cidadãos e às empresas do direito a *escolher o sistema jurídico da sua preferência*, permitindo assim uma concorrência regulatória entre os Estados-Membros e assegurando aos operadores económicos confiança e segurança jurídica, independentemente do país europeu em que actuem.

## II. A UNIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E A MOBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO RECONHECIMENTO MÚTUO: A PERSISTÊNCIA DOS OBSTÁCULOS

A via tradicional de superação dos obstáculos decorrentes da disparidade legislativa foi a unificação, harmonização ou aproximação do direito privado, mesmo em domínios não directamente ligados com o estabelecimento do mercado único: no fundo, porque a

Europäischen Binnenmarkt”, *Zeitschrift für Wirtschafts — und Bankrecht (WM — Wertpapier Mitteilungen)*, vol. 53, n.º 2, 1999, pp. 49-70, p. 49; GARY WATT, “The Eurohypothec and the English Mortgage”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 13, n.º 2, 2006, pp. 173-193, p. 176 (“*This is attributable in large part to differences between national laws governing security over immovable assets*”); LONDON ECONOMICS, *The Costs and Benefits of Integration of EU Mortgage Markets — Report for European Commission, DG-Internal Market and Services*, London, 2005, p. 9 (“*lenders tend to be discouraged from lending across borders by the fact that they would be bound by the legal system of the borrowers’ country*”).

disparidade legislativa é tida como obstáculo ao estabelecimento de relações jurídicas transnacionais (implicando um ajustamento dos operadores económicos a regras distintas e o surgimento de incerteza sobre as normas aplicáveis), a integração económica naturalmente repercute-se na tentativa de unificação ou harmonização das legislações nacionais <sup>(3)</sup>.

<sup>(3)</sup> Já em 1972, ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, “Os reflexos do movimento de integração económica no Direito Privado e no Direito Internacional Privado”, *Da execução das decisões arbitrais e judiciais em direito internacional: Noveno Congreso, Lisboa, 2-11 de Novembro de 1972*, Secretaría General, Madrid, 1972, pp. 1-17, o frisava: “mostra a experiência que os movimentos de integração económica — pelo menos os que visam as formas mais avançadas de integração — se repercutem [...] na unificação ou harmonização de legislações em sectores com reflexo directo na actividade económico-privada no espaço integrado” (p. 7); “é fácil compreender que a criação do mercado comum [...] suscite a necessidade de uma unificação ou harmonização jurídica muito largas, em ordem a garantir o funcionamento, sem distorções graves, das leis do mercado no espaço económico integrado” (p. 14). Também neste sentido, cfr. GEORGES VAN HECKE, “Intégration Économique et Unification du Droit Privé”, *De Conflictu Legum — Essays presented to KOLLEWIJN and OFFERHAUS*, A. W. Sijthoff, Leyden, 1962, pp. 198-208, pp. 198ss; SERGIO CÁMARA LAPUENTE, “Un Derecho Privado o un Código Civil para Europa: planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace”, *Derecho Privado Europeo*, ed. SERGIO CÁMARA LAPUENTE, Editorial Colex, Madrid, 2003, pp. 47-106, p. 68 (“normalmente la unión monetaria y aduanera acaban conduciendo a un Código uniforme”); LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Introdução e Direito de Conflitos — Parte Geral, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 411ss, e *Derecho aplicável às operações bancárias internacionais*, vol. II — Contratos, Obrigações Extracontratuais, Insolvência, Operações Bancárias, Operações Sobre Instrumentos Financeiros e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras, Estudos de Direito Internacional Privado, Almedina, Coimbra, 2009, p. 235; MARIA HELENA BRITO, “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”, *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, vol. I, ed. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, DÁRIO MOURA VICENTE E JORGE MIRANDA, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 305-356, pp. 309ss; MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, “Alienação fiduciária em garantia e aquisição de casa própria”, *Direito e Justiça — Revista da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica Portuguesa*, vol. I, n.º 1, 1980, pp. 41-57, p. 41; NUNO ANDRADE PISSARRA, “Normas de Aplicação Imediata e Direito Comunitário”, *Normas de Aplicação Imediata, Ordem Pública Internacional e Direito Comunitário*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 9-140, p. 47; JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho Internacional Privado*, 3.ª Edição, Editorial Civitas, Madrid, 1996, pp. 158ss; PEDRO MIGUEL ASENSIO, “Integración Europea y Derecho Internacional Privado”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 1, n.º 2, 1997, pp. 413-445, p. 414; ULRICH

Todavia, são conhecidas as preponderantes dificuldades de unificação, tornando *utópica* a ideia de que a disparidade legislativa entre os Estados-Membros poderia ser totalmente eliminada através desta via: por um lado, porque mesmo a unificação não alcançaria a uniformidade regulatória, por via não apenas da interpretação diferenciada dos conceitos uniformes como, principalmente, pela sua interação com o demais direito nacional; por outro, porque o processo de unificação é por natureza moroso, difícil e oneroso; em terceiro lugar, porque determina a amputação do poder de os Estados adequarem a disciplina vigente às necessidades de cada comunidade jurídica; em quarto lugar, porque é conhecido o fenómeno de *petrificação* da disciplina uniforme, atenta a repetição de todas as dificuldades quando se pretenda alterar a disciplina comum; por fim, porque implica o desaparecimento da concorrência legislativa e o inerente entorpecimento do desenvolvimento da ciência do Direito <sup>(4)</sup>.

Assim, quando o Tribunal de Justiça desvelou dos Tratados o princípio do reconhecimento mútuo das legislações, as instituições com poderes legiferantes viram nele uma *nova aproximação* ao problema da disparidade legislativa enquanto obstáculo às liberdades de circulação <sup>(5)</sup>, pois foi esse o óbice que deu azo ao seu surgimento. Nascido

DROBNIG, “Unified Rules on Proprietary Security — in the World and in Europe”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXV, 2009, pp. 667-678, p. 669, e “Scope and general rules of a European Civil Code”, *European Review of Private Law*, vol. 5, n.º 4, 1997, pp. 489-496, p. 489; ANTONI VAQUER ALOY, “Armonización del Derecho Privado en Europa vs. Codificación del Derecho Civil en Cataluña?”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo I, ed. ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ, Civitas — Thomson, Madrid, 2003, pp. 1055-1072, p. 1055; ROY GOODE, “A Credit Law for Europe”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 23, 1974, pp. 227-291, p. 251; HARRY DUINTJER TEBBENS, “Private International Law and the Single European Market: Coexistence or Cohabitation”, *Forty Years On: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe*, Kluwer — University of Amsterdam, Davenport, 1990, pp. 49-69, p. 49; JOSÉ MARIA GONDRA ROMERO, “Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Europea, desde una perspectiva sistémico-funcional”, *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, ed. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, JULIO GONZÁLEZ CAMPOS E SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, Editorial Civitas, Madrid, 1986, pp. 275-312, pp. 275-276.

<sup>(4)</sup> Cf. AFONSO PATRÃO, *Autonomia Conflitual...*, pp. 360ss.

<sup>(5)</sup> De acordo com MARC FALLON, «Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré — L’expérience de la Communauté Européenne», *Recueil*

no âmbito da liberdade de circulação de mercadorias, nota o Juiz comunitário que um produtor não é verdadeiramente livre de exportar para outro Estado-Membro se a lei do país de destino for substancialmente diferente daquela que o exportador cumpriu, implicando a adaptação do produto. Assim, no Acórdão *Cassis de Dijon*, o Tribunal de Justiça estabeleceu a obrigação de reconhecimento das normas do país de origem dos produtos, proibindo-se às autoridades nacionais o embargo da comercialização de mercadorias conformes à *lei do Estado-Membro de origem*, ainda que não cumpram os ditames da lei do Estado-Membro de destino. A pronúncia baseou-se numa ideia de *equivalência de legislações*, pelo que as proibições do país de destino (ainda que destinadas a proteger interesses públicos, como a segurança dos produtos ou a tutela dos consumidores) não são aplicáveis se o país de origem previr legislação que acautela os mesmos interesses <sup>(6)</sup>.

*des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 253, 1995, pp. 9-282, p. 38, e FRANCESCO CARUSO, «Considerazioni generali su unificazione e uniformizzazione delle legislazioni statali in diritto comunitario», *Diritto Internazionale Privato e Diritto Comunitario*, ed. PAOLO PICONE, CEDAM, Padova, 2004, pp. 3-31, p. 3, é este, aliás, o principal obstáculo à circulação.

<sup>(6)</sup> Cfr. Acórdão *Cassis de Dijon* (Acórdão TJCE de 20 de Fevereiro de 1979 *Rewe-Zentral AG vs. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, proc. 120/78, *Recueil de Jurisprudence*, 1979, pp. 649ss). Sobre o princípio, ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *A europeização do Direito Internacional Privado*, (policopiado), Porto, 2012, p. 196; DÁRIO MOURA VICENTE, «Liberdades Comunitárias e Direito Internacional Privado», *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 69, 2009, pp. 729-813, pp. 729ss (especialmente pp. 761ss); JORGE COUTINHO DE ABREU, «Aspectos do Direito Económico da União Europeia (apontamentos a propósito do diálogo UE — Mercosul)», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXIV, 1998, pp. 705-728, p. 707; ALFONSO MATTERA, «Le principe de la reconnaissance mutuelle: instrument de préservation des traditions et des diversités nationales, regionales et locales», *Revue du Marché Unique Européen*, n.º 2, 1998, pp. 5-17, pp. 8ss; MÓNICA GUZMÁN ZAPATER, «El principio del reconocimiento mutuo: ¿Un nuevo modelo para el derecho internacional privado comunitario?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Ano 2, n.º 3, 1998, pp. 137-170, pp. 139ss; MARC FALLON E JOHAN MEEUSEN, «Private International Law in the European Union and the Exception of Mutual Recognition», *Yearbook of Private International Law*, vol. 4, 2002, pp. 37-66, pp. 41ss; MIGUEL POIARES MADURO, *We the Court*, Hart Publishing, Oxford, 1998, p. 105, e «Harmony and Dissonance in Free Movement», *Services and Free Movement in EU Law*, ed. MADS ANDENAS E WULF-HENNING ROTH, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 41-68, p. 43; CHRISTOPH SCHMID, «Options under EU Law for the Implementation of a Eurohypothech», *Basic guidelines for a Eurohypothech — Outcome of Eurohypothech workshop November*

Este modo de fomento da circulação de mercadorias é substancialmente diverso daquela que vinha sendo usado — a eliminação de obstáculos legais às trocas (integração negativa) e a *harmonização* ou *unificação das legislações* enquanto condição da liberdade de circulação (integração positiva). Pelo contrário, aproxima-se do método clássico de regulação das relações jurídicas internacionais, por via da determinação da lei aplicável e do reconhecimento de direitos atribuídos por lei estrangeira. Na verdade, ao invés de se emitirem normas europeias para toda a União (tornando a organização europeia num “*rouleau compresseur uniformisant et harmonisateur*”), aceitam-se como razoáveis as leis nacionais de todos os Estados-Membros, realizando o mercado único sem apagar a diversidade e particularismo de cada corpo normativo estadual <sup>(7)</sup>.

2004/April 2005, ed. AGNIESZKA DREWICS-TULODZIECA, Mortgage Credit Foundation, Warsaw, 2005, pp. 61-68, p. 61; BERND VON HOFFMANN, “The Relevance of European Community Law”, *European Private International Law*, ed. BERND VON HOFFMANN, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 1998, pp. 19-37, p. 20; JAN WOUTERS, “Conflict of Laws and the Single Market of Financial Services”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 4, 1997, pp. 161-208 e 284-309, p. 171; RAFAEL ARENAS GARCÍA, “Abolition of Exequatur: Problems and Solutions — Mutual Recognition, Mutual Trust and Recognition of Foreign Judgements: too many words in the sea”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 12, 2010, pp. 351-375, p. 363; PAUL CRAIG E GRÁINNE DE BÚRCA, *EU Law — Text, Cases and Materials*, 4.ª Edição, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 677. Sobre a função internacionalprivatística da equivalência, cfr. mais detalhadamente HELÈNE GAUDEMET-TALLON, «De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé?», *Le droit international privé: esprit et méthodes*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 303-325, p. 317; DÁRIO MOURA VICENTE, *ibidem*, p. 765.

<sup>(7)</sup> Neste sentido, FRANÇOIS RIGAUX, «Droit International Privé et Droit Communautaire», *L'internationalisation du droit — Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, Paris, 1994, pp. 341-354, p. 345 (“*la technique sous-jacente a cessé d'être harmonisation par la voie de la codification de règles matérielles uniformes pour céder la place à une méthode proche du conflit*»); ALFONSO MATTERA, «Le principe de la reconnaissance...», p. 12; MARC FALLON, «Variations sur le Principe d'Origine, entre droit communautaire et droit international privé», *Nouveaux Itinéraires en Droit — Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, pp. 187-221, p. 192 (que nota, aliás, a superior dificuldade que a harmonização ou unificação defrontariam no âmbito do direito privado); MARC FALLON E JOHAN MEEUSEN, “Private...”, p. 46; JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL, “La Unificación del Derecho Privado en la Unión Europea: Perspectiva”, *Derecho Privado Europeo*, ed. SERGIO CÁMARA LAPUENTE, Editorial Colex, Madrid, 2003, pp. 107-127, pp. 114ss; STEFAN LEIBLE, “Vías para la unificación del Derecho privado europeo”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 59, n.º 4, 2006, pp. 1589-1609, p. 1592; JOSÉ MARIA



Este mecanismo, ao manter a diversidade legislativa nacional e eliminado apenas os obstáculos por si criados, comportaria duas grandes vantagens: por um lado, simplificaria substancialmente o estabelecimento do mercado comum, ao dispensar a União da tarefa morosa e difícil de harmonização normativa; por outro lado, promoveria uma saudável e profícua *concorrência legislativa* — estando os operadores económicos vinculados apenas ao país de origem, os Estados-Membros seriam induzidos a ter sistemas jurídicos mais favoráveis. No fundo, produzir-se-ia uma *harmonização pelo mercado* e não forçada pelas autoridades legiferantes<sup>(8)</sup>. Isto mesmo foi apreendido pela Comissão, que redigiu em 1980 uma comunicação interpretativa exaltando as vantagens deste *modus agendi*, indicando uma nova abordagem na realização do mercado interno (a “*new approach to harmonisation*”) e anunciando dirigir a sua actividade normativa para a definição dos casos em são admissíveis restrições ao princípio do reconhecimento mútuo<sup>(9)</sup>.

CALHEIROS, “A Integração e o Sector Bancário”, *A União Europeia na Encruzilhada*, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 196-227, p. 197 (que se refere ao princípio da harmonização mínima).

Note-se que as duas abordagens não se excluem: a doutrina vem sustentando dever a via do reconhecimento mútuo ser combinada com o estabelecimento de *standards mínimos* na legislação de todos os Estados-Membros (cfr. GÉRARD HERTIG, “Regulatory Competition for EU Financial Services”, *Journal of International Economic Law*, vol. 3, n.º 2, 2000, pp. 349-375, pp. 352 e 358).

<sup>(8)</sup> Sobre a primeira vantagem, vide MATHIAS AUDIT, “Régulation du marché intérieur et libre circulation de lois”, *Journal du Droit International*, Ano 133, n.º 4, 2006, pp. 1333-1363, p. 1342; encontrando no reconhecimento mútuo um fomento da concorrência legislativa, vide LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “Concorrência entre sistemas jurídicos na União Europeia e Direito Internacional Privado”, *O Direito*, Ano 139, n.º II, 2007, pp. 255-281, p. 255; NORBERT REICH, “Competition between legal orders: a new paradigm of EC Law?”, *Common Market Law Review*, vol. 29, n.º 5, 1992, pp. 861-896, p. 861; ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003, p. 68; MARIA ÂNGELA BENTO SOARES, “A liberdade de estabelecimento das sociedades na União Europeia”, *Temas de Integração*, n.º 15 e 16, 2003, pp. 283-321, p. 296, e “O Acórdão Inspire Art Ltd: novo incentivo jurisprudencial à mobilidade das sociedades na União Europeia”, *Temas de Integração*, n.º 17, 2004, pp. 123-159, p. 140.

<sup>(9)</sup> Vide a Comunicação da Comissão sobre as consequências do Acórdão *Cassis de Dijon*, JOCE C-256, 3 de Outubro de 1980, pp. 2-3, e COMISSÃO EUROPEIA, *White Paper “Completing the Internal Market” — COM(85)310 Final*, Bruxelas, 1985, § 102-105. Segundo MIGUEL POIARES MADURO, *We the...*, p. 108, o objectivo

O princípio alastrou não só às outras liberdades como ao próprio *direito privado*, estabelecendo-se a impossibilidade de o Estado de destino subordinar a prestação de uma actividade económica ao cumprimento da sua lei (ou da lei indicada pelo seu direito conflitual), devendo aceitar a suficiência dos trâmites impostos pela lei do Estado de origem do prestador. Assim, entendeu o Tribunal de Justiça que o conceito de *restrição à livre prestação de serviços* abrange a obrigatoriedade de cumprimento das normas impostas pelo Estado onde a prestação é realizada, mesmo sem carácter discriminatório, que sejam susceptíveis de “*impedir, entravar ou tornar menos atractivas as actividades do prestador estabelecido noutro Estado-Membro, onde preste serviços análogos*”. O cânone foi aplicado ao direito das sociedades, ao regime social dos trabalhadores (no quadro da *liberdade da prestação de serviços*) e a certos aspectos pessoais e familiares, que se entenderam ligados à liberdade de circulação — com especial importância em matéria do *nome*<sup>(10)</sup>.

da Comissão era elevar o princípio a um estatuto constitucional, tornando-o “*the basis of a constitutional economic model of regulatory competition among states*”. No mesmo sentido, vide ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *A europeização...*, p. 200; DÁRIO MOURA VICENTE, “Liberdades Comunitárias...”, p. 766; ALFONSO MATTERA, «Le principe de la reconnaissance...», p. 9; LUCETTE DEFALQUE, et al., *Libre circulation des personnes et des capitaux. Rapprochement des législations*, Commentaire J. Mégret (Vol. 3; Tomo 2), Editions de l’Université de Bruxelles — Institut d’Études Européennes, Bruxelas, 2007, p. 256; MATHIAS AUDIT, «Régulation...», pp. 1341-1342; KOEN LENAERTS E PIET VAN NUFFEL, *Constitutional Law of the European Union*, Sweet & Maxwell, Londres, 1999, p. 207; FRANÇOIS RIGAUX, “New problems of private international law in the single market”, *King’s College Law Journal*, vol. 4, 1993-1994, pp. 23-43, p. 30; JAN WOUTERS, “Conflict...”, p. 169; BRAM AKKERMANS E EVELINE RAMAEEKERS, “Free Movement of Goods and Property Law”, *European Law Journal*, vol. 19, n.º 2, 2013, pp. 237-266, p. 256.

<sup>(10)</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Novembro de 1999, *Arblade*, processos apensos C-369/96 e C-376/96, *Colectânea da Jurisprudência*, 1999, pp. I-8453, n.º 33. Neste aresto é particularmente evidente a análise da lei do país de acolhimento quanto à verificação dos requisitos que admitem a derrogação do princípio. Vide a análise do aresto de DÁRIO MOURA VICENTE, “Liberdades Comunitárias...”, pp. 743ss, e de ANA QUIÑONES ESCÁMEZ, “Otra lectura de la jurisprudencia del TJCE sobre desplazamiento de trabajadores (del asunto *Arblade al Portugal*)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Ano 6, n.º 12, 2002, pp. 435-453, p. 437.

Quanto ao alargamento do cânone, o Acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de Julho de 1991, *Säger*, proc. C-76/90, *Colectânea da Jurisprudência*, 1991, pp. I-4221, n.º 13, vem estabelecer a sua aplicabilidade à liberdade de circulação de serviços: “o

Estado-membro não pode sujeitar a realização da prestação de serviços no seu território ao cumprimento de todas as condições exigidas a um estabelecimento, sob pena de privar de qualquer efeito útil as disposições do Tratado destinadas precisamente a garantir a livre prestação de serviços”. No Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Março de 1999, *Centros*, proc. C-212/97, *Colectânea da Jurisprudência*, 1999, pp. I-1459ss n.º 30, obriga-se ao reconhecimento das sociedades constituídas de acordo com o Estado de origem, ainda que com intuito fraudatório na escolha desse país; no Acórdão TJCE de 5 de Novembro de 2002, *Überseering*, proc. C-208/00, *Colectânea da Jurisprudência*, 2002, pp. I-9919, n.º 82, obriga-se ao reconhecimento da personalidade jurídica de sociedades estrangeiras determinada pela lei do país de origem; no Acórdão *Arblade cit.*, n.ºs 32ss, estabelece-se a aplicabilidade do princípio à legislação laboral, inclusive afastando normas de aplicação necessária e imediata da *lex fori*; no Acórdão TJCE de 15 de Março de 2001, *Mazzoleni*, proc. C-165/98, *Colectânea da Jurisprudência*, 2001, pp. I-2189, n.ºs 24 e 25, estabelece-se o princípio geral da inaplicabilidade da lei territorial aos trabalhadores de uma empresa no âmbito da livre prestação de serviços; no Acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de Março de 1993, *Konstantinidis*, proc. C-168/91, *Colectânea da Jurisprudência*, 1993, pp. I-1191, n.º 17, considera-se que a transliteração do nome obedecendo à lei do Estado de destino pode implicar uma restrição à liberdade de estabelecimento, postulando-se a conversão alfabética propugnada pela lei do país de origem; no Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de Outubro de 2003 *Garcia Avello*, proc. C-148/02, *Colectânea da Jurisprudência*, 2003, pp. I-11613, n.º 40ss, determina-se que a formação do nome nos termos da lei de uma das nacionalidades (e impossibilidade de aceitação como permitido no país da *outra nacionalidade*, também de um Estado-Membro) dificulta a circulação de pessoas e constitui uma *discriminação em razão da nacionalidade*; Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Outubro de 2008, *Grunkin e Paul*, proc. C-353/06, *Colectânea da Jurisprudência*, 2008, pp. I-7639, n.º 39, considera-se que a determinação do nome de acordo com a lei aplicável no país de destino [a lei da nacionalidade] pode configurar uma violação da liberdade de circulação de pessoas por implicar uma diferenciação face à lei aplicável no país de origem [a lei da residência]; no Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de Dezembro de 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein*, proc. C-208/09, *Colectânea da Jurisprudência*, 2010 determina-se que o não reconhecimento do nome (concretamente dos títulos nobiliárquicos que o compõem) pelo Estado da nacionalidade (cuja lei é competente nos termos do seu DIP) tal como consta dos registos de *outro Estado-Membro* constitui uma restrição da liberdade de circulação de pessoas (n.º 71), embora possa ser admissível por razões de ordem pública, conquanto proporcionada ao objectivo que se visa garantir (n.º 91). Uma análise desta jurisprudência foi elaborada por RUI MOURA RAMOS (*O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a Teoria Geral do Direito Internacional Privado. Desenvolvimentos Recentes*, vol. II, Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 65-77 [particularmente no que concerne aos seus reflexos no instituto da fraude à lei]; *O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a regulamentação do direito ao nome nas relações privadas internacionais*, vol. II, Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 241ss; e “Direito ao nome, direito internacional privado e direito comunitário”, *Seminário Internacional sobre a Comunitarização do Direito Internacional Privado — Direito de conflitos, competência internacional e reconhecimento de sentenças estrangeiras*, ed. LUÍS DE LIMA PINHEIRO,

A consagração do *reconhecimento mútuo* preserva a autonomia normativa de cada Estado-Membro e provoca uma redução da necessidade de regulação ao nível europeu — já que desaparecem obstáculos à liberdade de circulação mesmo na ausência de legislação uniforme. A União, em vez de se dedicar no estabelecimento de um denominador comum europeu, chega ao mesmo resultado mantendo as particularidades nacionais <sup>(11)</sup>: reconhece-se que a *uniformização* ou *harmonização* do direito material nem sempre é via adequada à construção do mercado único, levando a que se restrinja a utilização “*du droit matériel uniforme à l’essentiel*”. A disparidade legislativa não é necessariamente um obstáculo à livre circulação e é possível (ou até desejável) almejar uma união económica e monetária com diferentes leis <sup>(12)</sup>.

Almedina, Coimbra, 2005, pp. 111-125, pp. 115ss); ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *A europeização...*, p. 296-308; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “Concorrência...”, pp. 274ss; DÁRIO MOURA VICENTE, “Liberdades Comunitárias...”, pp. 750ss, e “Liberdade de Estabelecimento, Lei Pessoal e Reconhecimento das Sociedades Comerciais”, *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, vol. I, ed. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, DÁRIO MOURA VICENTE E JORGE MIRANDA, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 135-160, pp. 143ss; MARIA ÂNGELA BENTO SOARES, “A liberdade...”, pp. 297ss; ARMANDO ROCHA, “Livre Prestação de Serviços”, *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia — Uma abordagem jurisprudencial*, 3.ª Edição, ed. SOFIA OLIVEIRA PAIS, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 358-377, p. 371; MARC FALLON E JOHAN MEEUSEN, “Private...”, pp. 42ss, e “Instrumentalisation of Private International Law in the European Union: Towards a European Conflicts Revolution?”, *European Journal of Migration and Law*, vol. 9, n.º 3, 2007, pp. 287-305, pp. 299ss; MIGUEL POIARES MADURO, “Harmony...”, pp. 48ss; BETTINA HEIDERHOFF, “Ist das Anerkennungsprinzip schon geltendes internationales Familienrecht in der EU?”, *Grenzen überwinden — Prinzipien bewahren. Festschrift für Bernd von Hoffmann*, ed. HERBERT KRÖNKE E KARSTEN THORN, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2011, pp. 127-138,

<sup>(11)</sup> Neste sentido, cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, “Liberdades Comunitárias...”, p. 766; ARNAUD NUYS, “L’application des lois de police dans l’espace (Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire)”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 88, 1999, pp. 31-74 e 245-265, pp. 259; MÓNICA GUZMÁN ZAPATER, “El principio...”, p. 141; MIGUEL POIARES MADURO, *We the...*, pp. 131ss, e “So close and yet so far: the paradoxes of mutual recognition”, *Journal of European Public Law*, vol. 14, n.º 5, 2007, pp. 814-825, p. 818.

<sup>(12)</sup> MARC FALLON, “Les conflits...”, p. 212; MÓNICA GUZMÁN ZAPATER, “El principio...”, p. 141; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “Concorrência...”, p. 264; ALFONSO MATTERA, “L’élimination des barrières techniques et la mise en oeuvre de la reconnaissance mutuelle”, *Revue du Marché Commun*, n.º 334, 1990, pp. 80-92, p. 92. Assim, e como bem explica DÁRIO MOURA VICENTE, “Liberdades Comunitárias...”,

Quando aplicado ao direito privado — o que o Tribunal de Justiça expressamente fez <sup>(13)</sup> —, é discutível a natureza do princípio do

pp. 762 e 787, o princípio do reconhecimento mútuo explica-se economicamente na ideia de *regulatory competition*, porquanto cria uma concorrência legislativa similar à que sucede no quadro da autonomia conflitual (também neste sentido, HANS-BERND SCHÄFER E KATRIN LANTERMANN, “Choice of Law from an Economic Perspective”, *An Economic Analysis of Private International Law*, ed. JÜRGEN BASEDOW E TOSHIYUKI KONO, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, pp. 87-119, p. 96; HORST EIDENMÜLLER, “Free Choice in International Corporate Law: European and German Corporate Law in European Competition between Corporate Law Systems”, *An Economic Analysis of Private International Law*, ed. JÜRGEN BASEDOW E TOSHIYUKI KONO, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, pp. 187-205, p. 190).

Ainda que com outra aceção, este caminho foi indicado pelo Tratado de Lisboa. Na verdade, o art. 81.º TFUE (que corresponde ao anterior art. 65.º TCE) foi reescrito, trazendo como uma das suas importantes novidades a consagração do princípio do reconhecimento mútuo de decisões enquanto mecanismo de construção do mercado único (alínea a) do n.º 2 do art. 81.º TFUE). Neste sentido, cfr. ISABELLE BARRIÈRE BROUSSE, “Le Traité de Lisbonne et le droit international privé”, *Journal du Droit International*, Ano 137, n.º 1 (Janeiro/Março), 2010, pp. 3-34, p. 7; HILDA AGUILAR GRIEDER, “La cooperación judicial internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, n.º 1 (Março de 2010), 2010, pp. 308-338, pp. 310ss (especialmente p. 316); JUAN JOSÉ ÁLVAREZ RUBIO, “El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N.º 15, 2008, disponível na internet via [www.reei.org](http://www.reei.org), consultado em 28 de Junho de 2012, p. 8; ROBERTO BARATTA, “Réflexions sur la coopération judiciaire civile suite au Traité de Lisbonne”, *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato — Liber Fausto Pocar*, ed. GABRIELLA VENTURINI E STEFANIA BARIATTI, Giuffrè Editore, Milão, 2009, pp. 3-22, p. 7. Este percurso é também indicado pela Comissão na Comunicação ao Parlamento Europeu e ao Conselho [“Um espaço de liberdade, de segurança e de justiça ao serviço dos cidadãos” — COM(2009) 262 Final, de 10 de Junho de 2009] (conhecido como o Programa de Estocolmo), p. 11, onde a defende que “o reconhecimento mútuo poderia ser alargado a novas matérias, essenciais para a vida quotidiana, tais como as sucessões e os testamentos, os regimes patrimoniais e as consequências patrimoniais da separação dos casais”.

<sup>(13)</sup> De facto, o Tribunal de Justiça rapidamente aplicou o princípio ao direito privado, o que é especialmente claro no Acórdão de 1 de Julho de 1993, *Hubbard*, C-20/92, *Colectânea da Jurisprudência*, 1993, pp. I-3777, §§ 19 and 20: “a eficácia do direito comunitário não pode variar segundo os diferentes domínios do direito nacional nos quais pode fazer sentir os seus efeitos. No caso em apreço, o direito nacional atingido por esses efeitos não é o direito aplicável ao mérito da causa, mas sim o direito processual nacional. Assim, há que responder a esta questão que o facto de o mérito da causa ser matéria de direito das sucessões não permite afastar, em relação a um profissional encarregado do processo, a aplicação do direito à livre prestação de serviços consagrado pelo direito comunitário”. Na doutrina, cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, “Liberdades Comunitárias...”, p. 763; ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *A europeização...*, p. 239; LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, “L’influence sur les

reconhecimento mútuo. Alguns autores vêem nele uma *regra de conflitos oculta*, que estabelece uma conexão alternativa a favor da liberdade de circulação (*favor offerentis*) entre a aplicação da lei do país de origem e a lei do país de destino <sup>(14)</sup>; outros sustentam ser uma

conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 82, n.º 3, 1993, pp. 401-424, p. 407; FRANÇOIS RIGAUX E MARC FALLON, *Droit International Privé*, 3.ª Edição, De Boeck & Larcier, Bruxelas, 2005, p. 763; JÜRGEN BASEDOW, “EC Conflict of Laws — A matter of coordination”, *Seminário Internacional sobre a Comunitarização do Direito Internacional Privado — Direito de conflitos, competência internacional e reconhecimento de sentenças estrangeiras*, ed. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 17-30, p. 23; ISABELLE BARRIÈRE BROUSSE, “Le Traité...”, p. 15.

<sup>(14)</sup> JÜRGEN BASEDOW, “Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 59, n.º 1, 1995, pp. 1-55, pp. 5, 12-13, 25; JÜRGEN BASEDOW, “EC Conflict...”, p. 25; ALEGRÍA BORRÁS, “Le Droit International Privé Communautaire: Réalités, Problèmes et Perspectives d’Avenir”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, Tomo 317, 2005, pp. 313-536, p. 375 (“l’effet de ce principe est similaire à celui d’une règle de conflit de lois, car il mène à l’application de la loi de l’État d’origine”); ARNAUD NUYS, “L’application...”, p. 256 (“ce principe d’équivalence et de reconnaissance mutuelle se prête à un rapprochement avec la technique du rattachement alternative, propre au droit international privé”); JAN VON HEIN, “Of Older Siblings and Distant Cousins: The Contribution of the Rome II Regulation to the Communitarisation of Private International Law”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 73, n.º 3, 2009, pp. 463-508, p. 476; ANDREA BONOMI, “Le droit international privé entre régionalisme et universalisme”, *Revue suisse de droit international et européen*, vol. 16, n.º 3, 2006, pp. 295-309, p. 303; CHRISTOPH SCHMID, “Options...”, p. 62; HORATIA MUIR WATT, “The Challenge of Market Integration for European Conflicts Theory”, *Towards a European Civil Code*, 3.ª Edição, ed. ARTHUR HARTKAMP, et al., Kluwer Law International, Haia, 2004, pp. 191-204, p. 201 (“the new rules pre-empt divergent national conflicts solutions, and apply whatever the nature of the measures involved (public/private; mandatory/default)”); JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Curso...*, p. 181 (“El principio de origen es consecuencia inmediata de las necesidades de la integración: de hecho, se opone a la regla de DIPr general en los marcos no integrados”); JANIS LEIFELD, *Das Anerkennungsprinzip im Kollisionsrechtssystem des internationalen Privatrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pp. 180ss; STEFAN GRUNDMANN, “Binnenmarktkollisionsrecht — vom klassischen IPR zur Integrationsordnung”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 64, n.º 3, 2000, pp. 457-477, pp. 460-461; RALF MICHAELS, “The New European Choice-of-Law Revolution”, *Tulane Law Review*, vol. 82, n.º 5, 2008, pp. 1607-1644, p. 1627; ROBERTO BARATTA, “Problematic elements of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in the EC”, *IPRax — Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, n.º 1/2007, 2007, pp. 4-11, p. 9 (“The functioning of the principle



limitação de carácter substantivo à aplicação da lei do país de destino (ou à lei indicada pelo sistema conflitual desse país) sempre que se puder concluir por uma *equivalência de legislações* <sup>(15)</sup>. Independentemente

*implies certain consequences. First, the domestic conflict-of-laws and substantive rules should not be applied if they lead to a non-recognition result. Therefore, the principle operates, on the one hand, as a waiver of the domestic rules and, on the other hand, as a special rule of coordination between the member states legal systems*"); E. CRABIT, "La directive sur le commerce électronique. Le project «mediterrané»", *Revue de Droit de l'Union Européenne*, n.º 4/2000, 2000, pp. 749-833, pp. 750ss.

Há algum apoio jurisprudencial nesta tese, encontrando-se sinais de que o Tribunal de Justiça aponta para esta natureza: Acórdão de 4 de Dezembro de 1986, *Comissão c. Alemanha*, proc. 205/84, n.º 41, sobre a aplicação de requisitos da lei alemã em matéria de seguros que não eram exigidos pela lei do país de origem; Acórdão de 9 de Agosto de 1994, *Vander Elst*, C-43/93, 1994, I-3803, n.ºs 18ss, quanto à aplicabilidade das condições da lei do país de destino em matéria de protecção dos trabalhadores; Acórdão de 10 de Maio de 1995, *Alpine Investments*, C-384/93, 1995, I-1141, n.º 48, determinando a aplicação da lei do país de origem às actividades de *cold calling*.

<sup>(15)</sup> LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, "Libre Circulation dans la CE et règles de conflit", *L'européanisation du droit international privé*, ed. PAUL LAGARDE e BERND VON HOFFMANN, Bundesanzeiger, Köln, 1996, pp. 87-103, p. 93, e LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, "L'influence...", p. 409: "l'application de ces principes ne signifie pas un bouleversement complet du fonctionnement du droit international privé [...]. Les principes en question n'interdisent pas systématiquement l'application de la loi du pays d'accueil, et il est donc impossible d'en déduire une obligation générale d'appliquer toujours la loi du pays d'origine, ce qui, effectivement, équivaldrait au remplacement des règles de conflits"; MATHIAS AUDIT, «Régulation...», p. 1342: «cette prépondérance conférée au principe de reconnaissance mutuelle et l'introduction d'un critère d'équivalence [...] ne modifie en rien le constat selon lequel ce sont toujours les règles de l'État de destination qui sont sanctionnées au titre de mesures d'effet équivalant à de restrictions quantitatifs. Si les règles du pays d'origine sont invoquées, c'est uniquement pour faire état de leur «équivalence» avec celles que prévoit l'État d'importation, ce constat permettant de les écarter»; MÓNICA GUZMÁN ZAPATER, «El principio...», pp. 148ss, e «Un elemento federalizador para Europa: el reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 5, n.º 10, 2001, pp. 405-438, pp. 417-418; HANS JÜRGEN SONNENBERGER, «Europarecht und Internationales Privatrecht», *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft: Archiv für internationale Wirtschaftsrecht*, Jahr 95, n.º 1, 1996, pp. 3-47, pp. 11-13; VINCENT HEUZÉ, «De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen», *Le droit international privé: esprit et méthodes*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 393-415, p. 395; CHRISTIAN KOHLER, «La Cour de Justice des Communautés Européennes et le Droit International Privé», *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1993-1995, pp. 71-87, p. 76, and «La reconnaissance de situations juridiques dans l'Union européenne: le cas du nom patronymique», *La Reconnaissance des*

da sua natureza — a cuja controvérsia não são alheias as inconsistências e obscuridades do Juiz comunitário, que nem sempre dá sinais coerentes quanto à influência que decorre do Tratado para o sistema conflitual <sup>(16)</sup> —, certo é que o princípio do reconhecimento mútuo provoca

*situations en droit international privé*, ed. PAUL LAGARDE, Pedone, Paris, 2013, pp. 67-83, p. 72; MICHEL TISON, «Unravelling the General Good Exception: The Case of Financial Services», *Services and Free Movement in EU Law*, ed. MADS ANDENAS e WULF-HENNING ROTH, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 321-381, p. 371; PASCAL DE VAREILLES-SOMMIÈRES, «La communautarisation du droit international privé des contrats: remarques en marge de l'uniformisation européenne du droit des contrats», *Le droit international privé: esprit et méthodes*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 781-801, p. 795; HARRY DUINTJER TEBBENS, «Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l'épreuve du droit communautaire», *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 83, n.º 3, 1994, pp. 451-481, pp. 474-475; SYLVAIN POILLOT-PERUZETTO, «Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de Outubro de 2003, *Garcia Avello*, proc. C-148/02», *Journal du Droit International*, vol. 131, n.º 4, 2004, pp. 1219-1237, p. 1236; WULF-HENNING ROTH, «Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Internationale Privatrecht», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 55, n.º 4, 1990, pp. 623-673, pp. 668-669, and WULF-HENNING ROTH, «Secured Credit and the Internal Market: The Fundamental Freedoms and the EU's Mandate for Legislation», *The Future of Secured Credit in Europe*, ed. HORST EIDENMÜLLER e EVA-MARIA KIENINGER, De Gruyter Recht, Munique, 2008, pp. 36-67, p. 44; PETER VON WILMOWSKY, «EG-Vertrag und kollisionsrechtliche Rechtswahlfreiheit», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 62, n.º 1, 1998, pp. 1-37, pp. 11ss; MARTIN GEBAUER, «Internationales Privatrecht und Warenverkehrsfreiheit in Europa», *IPRax — Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, vol. 15, n.º 3, 1995, pp. 152-156, p. 154; ALAIN GOURIO, «Le nouveau cadre juridique juridique du crédit aux particuliers en Europe», *Revue de droit bancaire et financier*, vol. 4, n.º 2, 2003, pp. 128-147, p. 139.

<sup>(16)</sup> Com efeito, no Acórdão de 5 Novembro de 2002, *Überseering*, C-208/00, e no Acórdão de 30 de Setembro de 2003, *Inspire Art*, C-167/01, o Tribunal de Justiça deixa por resolver se há uma obrigação para o Estado-Membro de destino de reconhecer uma sociedade constituída no estrangeiro ou se está a impor uma nova regra de conflitos, determinando a aplicação da lei do Estado em que a sociedade foi criada (teoria da incorporação) — RAFAEL ARENAS GARCÍA, "Sombras y luces en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de DIPr de sociedades", *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea — Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, ed. CARLOS ESPLUGUES MOTA e GUILLERMO PALAO MORENO, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, pp. 739-759, pp. 750-754; PAUL LAGARDE, "Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de Novembro de 2002, *Überseering*, proc. C-208/00", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 92, n.º 3, 2003, pp. 508-536, p. 534; MARIA ÂNGELA BENTO SOARES, "A liberdade...", pp. 298ss, e "O Acórdão...", p. 140; ANNE RÖTHEL, "Internationales Sachenrecht im Binnenmarkt", *Juristen Zeitung (JZ)*, vol. 58, n.º 21, 2003, pp. 1027-1035, p. 1030; MICHAEL GRÜNBERGER, "Alles obsolet? — Anerkennungsprinzip vs.



correções ao funcionamento do sistema conflitual quanto aos requisitos legais exigíveis no país de destino, favorecendo a realização das liberdades comunitárias apesar da disparidade regulatória.

De acordo como que vimos defendendo <sup>(17)</sup>, cremos haver neste cânone algo muito próximo do *reconhecimento de direitos adquiridos*: não obstante não ser aquela a lei aplicável, reconhece-se no foro um *direito à circulação* tal como constituído no estrangeiro e ao abrigo de uma outra lei igualmente relevante; valida-se no Estado de acolhimento o direito constituído à luz da legislação aplicada pelo Estado de origem. No fundo, o princípio *modifica ou corrige* (no sentido favorável à liberdade de circulação) o funcionamento do sistema de Direito Internacional Privado (DIP) do foro: não afasta a regra de conflitos nacional (que não será proibida contanto não seja discriminatória) mas o *resultado da sua aplicação*, já que o direito à circulação constituído no país de origem não pode ser negado (ainda que não fosse atribuído à face da lei competente). Isto é, mais do que uma *aplicação da lei do país de origem*, estará em causa uma *relevância do direito estrangeiro*, figura há muito conhecida do Direito Internacional Privado <sup>(18)</sup> — quer se entenda que configura uma hipótese de

klassisches IPR”, *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?*, ed. STEFAN LEIBLE E HANNES UNBERATH, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Jena, 2013, pp. 81-160, p. 90; PASCHALIS PASCHALIDIS, *Freedom of Establishment and Private International Law for Corporations*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 46ss; JAN VON HEIN E GIESELA RÜHL, “Towards a European Code on Private International Law”, *Cross-border activities in the EU — Making life easier for citizens*, ed. DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES, Parlamento Europeu, Bruxelas, 2015, pp. 8-53, p. 19.

<sup>(17)</sup> Cf. AFONSO PATRÃO, *Autonomia Conflitual...*, pp. 451ss.

<sup>(18)</sup> A *referência pressuponente*, no ensinamento de JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis*, (reimpressão), Almedina, Coimbra, 1998, pp. 308ss, é um reenvio normalmente operado por norma material *non recepticio* — no sentido em que a lei estrangeira não é aplicada *proprio sensu* mas apenas considerada como pressuposto de certo efeito jurídico previsto pelo direito material competente: é, assim, uma *relevância indirecta do direito estrangeiro*. Será uma operação inerente a um adequado sistema de *qualificação*, na explicação de HENRIQUE MAIO, *Da qualificação em direito internacional privado — O problema da qualificação e a experimentação de critérios mobilizáveis nos quadros do DIP*, (policopiado), Coimbra, 2013, p. 36. Aplicando esta tese ao problema em análise, poderá entender-se que as normas comunitárias sobre liberdade de circulação, dotadas de efeito directo, fazem uma *referência pressuponente* às normas materiais do Estado de origem, utilizando o direito estrangeiro como pressuposto do

*referência pressuponente* pelo direito material comunitário, quer (como nos parece mais feliz) a materialização de uma nova variante da teoria do *reconhecimento de direitos adquiridos* <sup>(19)</sup>.

efeito que elas próprias prescrevem — o *direito de circulação*. Parece ser este o entendimento de NUNO ANDRADE PISSARRA, “Normas...”, p. 79 (“O princípio do reconhecimento mútuo parece implicar muito mais o reconhecimento dos efeitos de situações jurídicas constituídas no estrangeiro do que a aplicação efectiva da lei estrangeira. Tomam-se em conta, no momento da aplicação da lei do foro, os resultados da valoração jurídica de certos factos levada a cabo no estrangeiro”) e [numa segunda fase] de MARC FALLON E JOHAN MEEUSEN, “Private...”, p. 58.

<sup>(19)</sup> No sentido de que o princípio do reconhecimento mútuo materializa uma variante da doutrina do reconhecimento de direitos adquiridos, *vide* RALF MICHAELS, “EU Law as Private International Law? Maastricht the Country-of-Origin Principle as Vested-Rights Theory”, *Journal of Private International Law*, vol. 2, n.º 2, 2006, pp. 195-242, p. 198 (“the country of origin principle displays a remarkable degree of similarity to an old approach that almost has been forgotten. This approach is known as the vested-rights theory”) e 214; PAUL LAGARDE (“La reconnaissance: mode d’emploi”, *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques — Mélanges en l’honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 481-501, p. 482ss; “Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Outubro de 2008 *Grunkin e Paul*, proc. C-353/06”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 98, n.º 1, 2009, pp. 80-93, p. 92, e “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d’unification: quelques conjectures”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 68, n.º 2, 2004, pp. 225-243, pp. 227ss [ainda que constatando especificidades no seu funcionamento consoante estejamos no âmbito do direito da União ou do direito internacional privado (DIP). O Professor alude ao *método de reconhecimento*, alternativo ao conflitual]); LOUIS D’AVOUT, “Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Outubro de 2008 *Grunkin e Paul*, proc. C-353/06”, *Journal du Droit International*, Ano 136, n.º 1, 2009, pp. 203-216, p. 208, (vendo no Acórdão *Grunkin e Paul*, *cit.*, a solução de um conflito positivo de sistemas, levando a Alemanha a renunciar ao seu juízo conflitual para *reconhecer* o nome erigido no país de origem) e p. 212 (detectando um renascimento da “*théorie des droit acquis*”, embora seja crítico da bondade desta solução, por neutralizar as opções conflituais internas quanto ao estatuto pessoal [p. 214]); ERIK JAYME, “Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Anno XLII, n.º 2, 2006, pp. 353-360, p. 360; PETER MANKOWSKI, “Binnenmarkt-IPR — Eine Problemskizze”, *Aufbruch nach Europa: 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*, ed. JÜRGEN BASEDOW, et al., Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, pp. 595-615, pp. 602-603; MICHAEL WILDERSPIN E XAVIER LEWIS, “Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 91, n.º 1, 2002, pp. 1-37, p. 18; LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, “L’influence...”, p. 421; JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La Autonomía de la Voluntad en la Contratación Internacional”, *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado — Estudios en*

conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado, Tomo V — Derecho internacional privado e interregional, ed. LORENZO PRATS ALBENTOSA, Consejo General del Notariado — Wolters Kluwer España, Madrid, 2013, pp. 603-766, p. 644 (“el principio del mutuo reconocimiento se basa en una técnica clásica del Derecho internacional privado: el «conflicto de sistemas». Que significa lo siguiente: no es relevante la Ley que sea dicha aplicada, la situación legalmente creada y existente en un Estado miembro, se considerará válidamente existente en los demás Estados miembros”); ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, vol. I, pp. 76-79; BERNARD AUDIT E LOUIS D’AVOUT, *Droit International Privé*, 6.ª Edição, Economica, Paris, 2010, p. 59; MÓNICA GUZMÁN ZAPATER, “El principio...”, p. 151 (“Es posible que nos hallemos ante un incipiente sistema de DIPr basado en la idea de reconocimiento — de un derecho o de una situación consolidada en el extranjero — que, potenciado por la falta de normas comunitarias de DIPr, responde a exigencias propias del Mercado Interior”); JEREMY HEYMANN, *Le droit international privé à l’épreuve du fédéralisme européen*, Economica, Paris, 2010, p. 239; MARÍA DOLORES ORTIZ VIDAL, “Espacio Judicial Europeo y Tratado de Lisboa: Hacia un Nuevo Derecho Internacional Privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, n.º 1, 2010, pp. 376-402, p. 395; MATTEO ORTINO, “The role and functioning of mutual recognition in the European market of financial services”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 56, n.º 2, 2007, pp. 309-338, pp. 320-321; MARÍA DOLORES ORTIZ VIDAL, “El caso Grunkin-Paul: notas a la STJUE de 14 de octubre de 2008”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, n.º 1, 2009, pp. 143-151, p. 147; CHRISTIAN KOHLER, “La reconnaissance de situations...”, pp. 72 (“il s’agit de donner effet à la situation juridique déterminée dans l’État membre d’origine sans égard à la loi appliquée”) e 76; HEINZ-PETER MANSSEL, “Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums”, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 70, n.º 4, 2006, pp. 651-731, p. 724 (que considera haver um duplo reconhecimento pelo facto de o direito atribuído no país de origem ser reconhecido independentemente de qualquer controlo quanto à lei aplicável [“Die Anerkennung und das Abstellen allein [...] auf eine behördliche Bescheinigung führt dazu, daß der Anerkennungsstaat keine Kontrolle darüber hat, wie eng die Verbindung der Betroffenen Personen mit dem angewandten Kollisionsrecht und mittelbar mit dem angewandten Sachrecht ist”]) o que só se explica pela existência de um segundo reconhecimento oculto das regras de conflitos no país de destino [“Er wird [...] durch die Anerkennungsregeln ein verkapptes zweites Kollisionssystem etabliert”]]. Vide ainda o profundo estudo de HANS JÜRGEN SONNENBERGER, “Anerkennung statt Verweisung? Eine neue internationalprivatrechtliche Methode?”, *Festschrift für Ulrich Spellenberg*, ed. JÖRN BERNREUTHER, et al., Sellier European Law Publishers, München, 2010, pp. 371-391, pp. 375ss, que, analisando as várias concepções da doutrina do reconhecimento de direitos adquiridos, conclui que nenhuma assenta perfeitamente no modelo desenhado pelo Tribunal de Justiça, sustentando haver um método próprio (p. 389). Esta leitura, aliás, parece decorrer das palavras de RUI MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado e Direito Comunitário. Termos de uma interacção*, vol. II, Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 177, quando conclui que “os eventuais efeitos restritivos cuja eliminação possa ser visada pelo direito comunitário decorrem de particulares normas dos sistemas

Com efeito, a obrigação que decorre de forma mais evidente do Acórdão *Grunkin e Paul* é justamente a do n.º 2 do art. 31.º do Código Civil Português: o reconhecimento de uma situação jurídica gerada no país de origem e de acordo com a lei que aí se tem por competente<sup>(20)</sup>. Isto reforça a nossa convicção de que a imposição europeia é a de resolver o *conflito positivo de sistemas* consagrando a teoria do reconhecimento de direitos adquiridos<sup>(21)</sup>.

*nacionais visadas pelas regras de conflitos e não das regras de conflitos que conduzem à sua aplicação”.*

<sup>(20)</sup> Na verdade, no Acórdão *Grunkin e Paul*, cit., n.º 39, considera-se que a determinação do nome de acordo com a lei aplicável no país de destino (a lei da nacionalidade) pode configurar uma violação da liberdade de circulação de pessoas por implicar uma diferenciação face à lei aplicável no país de origem (a lei da residência), razão por que se impõe o reconhecimento daquela situação jurídica criada no estrangeiro. Em sentido convergente, vide RUI MOURA RAMOS, “A evolução recente do direito internacional privado da família”, *Direito da Família e Direito dos Menores: Que direitos no século XXI?*, ed. MARIA EDUARDA AZEVEDO E ANA SOFIA GOMES, Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2014, pp. 67-82, p. 77; ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *A europeização...*, pp. 286ss; PAUL LAGARDE, “Comentário ao Acórdão *Grunkin e Paul*...”, pp. 91-92; CHRISTIAN KOHLER, “La reconnaissance de situations...”, p. 76; PASCHALIS PASCHALIDIS, *Freedom...*, p. 68. Repare-se, aliás, que parece ter sido assim que apreendeu o legislador alemão, ao estabelecer o novo § 48 EGBGB, claramente reprodutor da técnica do reconhecimento — cfr. § 48 EGBGB: “Unterliegt der Name einer Person deutschem Recht, so kann sie durch Erklärung gegenüber dem Standesamt den während eines gewöhnlichen Aufenthalts in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union erworbenen und dort in ein Personenstandsregister eingetragenen Namen wählen, sofern dies nicht mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. Die Namenswahl wirkt zurück auf den Zeitpunkt der Eintragung in das Personenstandsregister des anderen Mitgliedstaats, es sei denn, die Person erklärt ausdrücklich, dass die Namenswahl nur für die Zukunft wirken soll. Die Erklärung muss öffentlich beglaubigt oder beurkundet werden. Artikel 47 Absatz 1 und 3 gilt entsprechend”. É nesta senda que PAUL LAGARDE, “Name Law — is there a need to legislate?”, *Cross-border activities in the EU — Making life easier for citizens*, ed. DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES, Parlamento Europeu, Bruxelas, 2015, pp. 208-230, p. 229, sugere a adopção em acto normativo europeu da regra do reconhecimento do nome atribuído no país de origem, materializando a tese.

<sup>(21)</sup> Sendo esta a matriz do princípio do reconhecimento mútuo, tal não obsta, porém, a que o DIP da União não conduza, por vezes, à aplicação da lei do país de origem. Como explica DÁRIO MOURA VICENTE, “Liberdades Comunitárias...”, p. 786, e no específico domínio da liberdade de circulação de capitais, a aplicação da lei do banco pode resultar do facto de as partes optarem expressamente por essa lei no âmbito de um contrato, das regras do n.º 2 do art. 4.º do Regulamento Roma I ou da alínea b) do n.º 1 do art. 4.º do Regulamento Roma I (neste sentido, ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *A Convenção de Roma e as Operações Bancárias*,

Simplemente, o princípio do reconhecimento mútuo não constitui solução infalível para os problemas gerados pela disparidade legislativa. Com efeito, a sua própria conformação implica que a respectiva actuação tenha limites e condições.

Desde logo, sendo dirigido à promoção do mercado interno, o cânone só é mobilizável quando a lei aplicável no país de destino gerou um obstáculo às liberdades fundamentais, não sendo chamado quando aquela é mais tolerante ou quando a sua política legislativa. O que significa que a disparidade legislativa se mantém, por natureza, sempre que a aplicação da lei do país de destino não configure, em si mesma, uma *restrição* às liberdades de circulação <sup>(22)</sup>.

Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público, Almedina, Coimbra, 2004, p. 240 e LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito aplicável às operações bancárias...*, vol. II — Contratos, Obrigações Extracontratuais, Insolvência, Operações Bancárias, Operações Sobre Instrumentos Financeiros e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras, p. 250; MARIA HELENA BRITO, “Os Contratos Bancários e a Convenção de Roma de 19 de Junho de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais”, *Revista da Banca*, n.º 28, 1993, pp. 75-124, p. 104 ss; JAN WOUTERS, “Conflict...”, p. 178). Esta indicação funda-se no facto de que apenas a aplicação do país de origem do prestador de serviços poderá assegurar que o serviço fornecido é exactamente o mesmo, apesar da internacionalização (cfr. LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, “L’influence...”, p. 407).

<sup>(22)</sup> Cf. PAUL LAGARDE, «La reconnaissance...», p. 483 — *«Il n'impose la reconnaissance que dans les cas où la non-reconnaissance serait une entrave non justifiée par l'intérêt général aux grandes libertés du traité»*; MARC FALLON E JOHAN MEEUSEN, “Private...”, p. 57; MATHIAS AUDIT, “Régulation...”, p. 1347. Basta atentar no exemplo que nos dá PETER VON WILMOWSKY, “EG-Vertrag...”, p. 14: quando a legislação sobre emissões poluentes dos automóveis não estava harmonizada, produziam-se na Alemanha veículos sem conversor catalítico que não podiam ser comercializados naquele país (pois não respeitavam à lei nacional, *legislação do país de origem*) mas que eram destinados à exportação para outros Estados-Membros com legislação menos exigente.

Na jurisprudência, o que dizemos é particularmente evidente o Acórdão *Überseering*, cit. n.ºs 78 a 82, em que o Tribunal reflecte sobre os *efeitos restritivos* da aplicação de uma lei diferente à capacidade de uma sociedade constituída noutro Estado-Membro; e no Acórdão *Konstantinidis*, cit., n.º 15, que não censura a aplicação da lei registal do país de destino — baseada no comando *auctor regit actum* mas o *resultado restritivo da sua aplicação* (cfr. MARTA REQUEJO ISIDRO, “Libertades comunitarias y registro civil: algunos casos de incidencia mutua y pautas de solución”, *Derecho Registral Internacional — Homenaje a la memoria del Profesor Rafael Arroyo Monteiro*, ed. PEDRO MIGUEL ASENSIO, Iprolex, Madrid, 2003, pp. 95-107, &quot;Libertades comunitarias y registro civil: algunos casos de incidencia mutua y pautas de solución&quot;; <style face="italic">Derecho Registral

Em segundo lugar, de acordo com a jurisprudência do TJUE, a relevância do reconhecimento mútuo está limitada aos casos em que se encontra uma *equivalência de legislações*, não se impondo sempre que as normas do país de destino e do país de origem perseguem diferentes propósitos <sup>(23)</sup>. A que acresce a circunstância de ser questionável a bondade do método, que beneficia os operadores económicos dos Estados-Membros com leis *menos exigentes*, promovendo a adopção de normas mais permissivas, no contexto da *concorrência legislativa* <sup>(24)</sup>.

Internacional — Homenaje a la memoria del Profesor Rafael Arroyo Monteiro</style>, ed. <style face="smallcaps">Pedro Miguel Asensio</style>, Iprolex, Madrid, 2003, pp. 95-107,</DisplayText><record><rec-number>2934</rec-number><foreign-keys><key app="EN" db-id="5ewzd9er72r5zqewx5dpftx3afxrzwxddeat" timestamp="1570539131">2934</key></foreign-keys><ref-type name="Book Section">5</ref-type><contributors><authors><author>Requejo Isidro, Marta</author></authors><secondary-authors><author>Miguel Asensio, Pedro</author></secondary-authors></contributors><titles><title>Libertades comunitarias y registro civil: algunos casos de incidencia mutua y pautas de solución</title><secondary-title>Derecho Registral Internacional — Homenaje a la memoria del Profesor Rafael Arroyo Monteiro</secondary-title><short-title>Libertades...</short-title></titles><pages>pp. 95-107</pages><dates><year>2003</year></dates><pub-location>Madrid</pub-location><publisher>Iprolex</publisher><urls></urls></record></Cite></EndNote> p. 100).

<sup>(23)</sup> Cf. RAFAEL ARENAS GARCÍA, “Abolition...” p. 363 — *“the rules of the State of origin must be equivalent to the rules of the State of destination. Without this equivalence, mutual recognition does not work”*; LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, “L’influence...”, p. 423; PETER VON WILMOWSKY, “EG-Vertrag...”, p. 15; CATHERINE BARNARD, *The Substantive Law of the EU — The Four Freedoms*, Oxford University Press, Oxford, 2004; JOSÉ IGNACIO PAREDES PÉREZ, “Alcance y contenido de la noción de equivalencia en el derecho internacional privado”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo XII, 2012, pp. 91-126, p. 118; MATTEO ORTINO, “The role...”, pp. 313-317; STEFANIA BARIATTI, “Reconnaissance et droit de l’Union Européenne”, *La Reconnaissance des situations en droit international privé*, ed. PAUL LAGARDE, Pedone, Paris, 2013, pp. 61-66, p. 61. A necessidade de equivalência das políticas legislativas como condição da actuação do princípio do reconhecimento mútuo foi sublinhada no Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Dezembro de 1981, *Webb*, proc. 279/80, *Recueil de Jurisprudence*, 1981, pp. 3305, n.º 17; no acórdão *Mazzoleni*, cit., n.ºs 24-25 e no Acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de Outubro de 2001, *Finalarte*, processos apensos C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 e C-68/98 a C-71/98, *Colectânea da Jurisprudência*, 2001, pp. I-7831, n.ºs 28ss.

<sup>(24)</sup> Cf. ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *Direito Aplicável aos Contratos Celebrados através da Internet e Tribunal Competente*, Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público, Almedina, Coimbra, 2004, p. 116 — *“uma alternativa*



Por fim, porque há um importantíssimo volume de reservas admissíveis ao princípio do reconhecimento mútuo. É consabido que, nas diversas liberdades de circulação, é possível aos Estados-Membros afastar a aceitação da lei do país de origem desde que cumpridas certas condições <sup>(25)</sup>. Assim, os Estados podem fazer aplicar a sua legislação (ou o direito indicado pelo DIP do foro), mesmo que tal tenha um efeito restritivo, quando aquela respeite o direito europeu derivado vigente <sup>(26)</sup>

*neoliberal à harmonização das legislações dos Estados-Membros — um «novo paradigma», já que conduz a uma concorrência entre ordens jurídicas diferentes no sentido da adopção dos níveis de protecção mais baixos»;* JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL, “La Unificación...”, p. 116; ONNO BROUWER, “Free Movement of Foodstuffs and Quality Requirements: has the Commission got it wrong?”, *Common Market Law Review*, vol. 25, n.º 2, 1988, pp. 237-262, p. 257; MARIA DAKOLIAS, “The Second Banking Directive: the Issue of Reciprocity”, *Legal Issues of European Integration*, vol. 18, n.º 2, 1991, pp. 69-100, p. 74; MÓNICA GUZMÁN ZAPATER, “El principio...”, pp. 138-139; NORBERT REICH, “Competition...”, p. 863.

Note-se, aliás, que como bem sublinha FRADA DE SOUSA, *cit.*, p. 685, o efeito desregulador foi sentido na Alemanha, quando alinhou a sua legislação quanto à pureza da cerveja pelos critérios menos exigentes dos demais Estados-Membros, evitando prejudicar os seus produtores.

<sup>(25)</sup> Logo no Acórdão *Cassis de Dijon*, *cit.*, o Tribunal declara o princípio porque a Alemanha não provou que a sua limitação se justificava *por razões de saúde pública*. Da mesma forma, no âmbito da circulação de serviços, a jurisprudência determina a licitude da aplicação de legislação nacional, ainda que restritiva das liberdades, desde que não se revele discriminatória, exigindo mais tarde que se fundasse em interesse geral não satisfeito pela legislação do Estado de origem (Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Março de 1980, *Debauve*, proc. 52/79, *Recueil de Jurisprudence*, 1980, pp. 833, n.º 12; Acórdão *Webb*, *cit.*, n.º 17). Como sublinha MIGUEL POIARES MADURO, *We the...*, pp. 106-107, o facto de as excepções ao princípio serem determinadas pelo tribunal implica uma limitação dos poderes regulatórios dos Estados: estes só são competentes para impor a sua regulação se tal for necessário a uma das finalidades admitidas, o que significa ser o Juiz comunitário a controlar a legitimidade da sua actuação (cfr. GIULIA ROSSOLILLO, *Mutuo Riconoscimento e Techniche Conflittuali*, CEDAM, Milão, 2002, pp. 95ss).

<sup>(26)</sup> Esta condição, não sendo expressamente identificada pela jurisprudência, decorre da ordem jurídica comunitária, designadamente do princípio do primado (cfr. MARC FALLON, “Les conflits...”, p. 120; MICHEL TISON, “Unravelling...”, p. 337, que enuncia este requisito como “absence of harmonisation”). Ademais, o Tribunal determinou que as reservas às liberdades não podem ser definidas unilateralmente pelos Estados-Membros — cfr. Acórdão TJCE de 4 de Dezembro de 1974, *van Duyn*, proc. 41/74, *Colectânea da Jurisprudência*, 1974, pp. 1337, n.º 18 (“a noção de ordem pública no contexto comunitário, nomeadamente nos casos em que é utilizada como justificação para derogar o princípio fundamental da livre circulação dos trabalhadores, deve ser interpretado de forma restritiva, de modo a que o seu

não seja discriminatória <sup>(27)</sup>, se funde em razões de interesse geral <sup>(28)</sup> não suficientemente salvaguardado pela lei de origem <sup>(29)</sup>, e não

âmbito não possa ser unilateralmente determinado por cada Estado-membro sem o controlo das instituições comunitárias”).

<sup>(27)</sup> Embora esta condição seja mais antiga (cfr. Acórdão TJCE de 18 de Maio de 1982, *Adoui e Cornuaille*, processos apensos 115 e 116/81, *Colectânea da Jurisprudência*, 1982, pp. 1665, n.º 8), tornou-se especialmente evidente depois do Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de Novembro de 1993, *Keck e Mithouard*, processos apensos C-267/91 e C-268/91, *Colectânea da Jurisprudência*, 1993 pp. I-6097, n.º 16, onde expressamente se admitiu o afastamento do princípio sempre que a legislação nacional a aplicar não fosse discriminatória: “a aplicação de disposições nacionais que limitam ou proibem determinadas modalidades de venda a produtos provenientes de outros Estados-membros não é susceptível de entrar directamente ou indirectamente, actual ou potencialmente, o comércio intracomunitário [...], desde que se apliquem a todos os operadores interessados que exerçam a sua actividade no território nacional e desde que afectem da mesma forma, tanto juridicamente como de facto, a comercialização dos produtos nacionais e dos provenientes de outros Estados-membros”. O requisito surge igualmente no âmbito da circulação de serviços (direito de prestação de serviços e direito de estabelecimento) no Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de Outubro de 1978, *Koestler*, proc. 15/78, *Recueil de Jurisprudence*, 1978, n.º 5, no Acórdão *Debauve*, *cit.*, n.ºs 12-13; No Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Fevereiro 1982, *Seco*, processos apensos 62/81 e 63/81, *Recueil de Jurisprudence*, 1982, pp. 223, n.º 8; e no Acórdão *Inspire Art*, *cit.* Cfr. MICHEL TISON, “Unravelling...”, p. 338; ALEGRIA BORRÁS, “Le Droit...”, p. 377; DÁRIO MOURA VICENTE, “Liberdades Comunitárias...”, p. 731; JAN WOUTERS, “Conflict...”, p. 193; PIERRE LASTENOUSE, “Les règles de conduite et la reconnaissance mutuelle dans la directive sur les services d’investissement”, *Revue du Marché Unique Européen*, n.º 4, 1995, pp. 79-120, p. 95; MARC FALLON e JOHAN MEEUSEN, “Private...”, p. 43, e FABRICE PICOD, “La nouvelle approche de la Cour de justice en matière d’entraves aux échanges”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, vol. 34, n.º 2, 1998, pp. 169-189, p. 179.

<sup>(28)</sup> Cfr. Acórdão *Debauve*, *cit.*, n.º 12: “on ne saurait considérer comme incompatibles avec le Traité des exigences spécifiques imposées aux prestataires, qui seraient motivées par l’application de règles régissant certains types d’activité, justifiées par l’intérêt général”. Este requisito é fundamento comum para restrição das várias dimensões das liberdades comunitárias. Sobre a noção (e sua evolução), MICHEL TISON, “Unravelling...”, pp. 321ss (especialmente p. 336); JAN WOUTERS, “Conflict...”, p. 193; PIERRE LASTENOUSE, “Les règles...”, p. 94; WALTER VAN GERVEN e JAN WOUTERS, “Free Movement of Financial Services and the European Contracts Convention”, *EC Financial Market Regulation and Company Law*, ed. MADS ANDENAS e STEPHEN KENYON-SLADE, Sweet & Maxwell, Londres, 1993, pp. 43-79, p. 58; BLANCHE SOUSI-ROUBI, *Droit bancaire européen*, Dalloz, Paris, 1995, p. 48.

<sup>(29)</sup> Vide Acórdão *Webb*, *cit.*, n.º 17: “la libre prestation des services en tant que principe fondamental du Traité, ne peut être limitée que par des réglementations justifiées par l’intérêt général et incombant à toute personne ou entreprise exerçant une activité sur le territoire dudit État, dans la mesure où cet intérêt n’est pas sauvegardé par les règles auxquelles le prestataire est soumis dans l’État membre ou il

ultrapassando o necessário para alcançar esses objectivos<sup>(30)</sup>. Quando os requisitos são cumpridos, ainda que a restrição à liberdade de circulação seja importante e que a legislação limitativa se deva apenas a fundamentos socioculturais ou a concepções éticas nacionais<sup>(31)</sup>, é admissível aos Estados-Membros recusar a suficiência da lei do país de origem.

*est établi*". Neste sentido, MICHEL TISON, "Unravelling...", p. 339; WALTER VAN GERVEN E JAN WOUTERS, "Free...", p. 59.

<sup>(30)</sup> Cfr. Acórdãos *Cassis de Dijon*, cit., n.º 8; *Säger*, cit., n.º 15; *Vander Elst*, cit., n.º 16; Acórdão TJCE de 21 de Outubro de 1999, *Questore di Verona c. Diego Zenatti*, proc. C-67/98, *Colectânea da Jurisprudência*, 1999, pp. I-7289, n.º 29; *Arblade*, cit., n.º 34; Acórdão TJCE de 3 de Outubro de 2000, *Josef Corsten*, proc. C-58/98, *Colectânea da Jurisprudência*, 2000, pp. I-7919, n.º 35; Acórdão *Mazzoleni*, cit., n.ºs 24-25. Na doutrina, vide DÁRIO MOURA VICENTE, "Liberdades Comunitárias...", p. 731; MICHEL TISON, "Unravelling...", p. 340; M. KELLY GENEVIEVE, "Public policy and general interest exceptions in the jurisprudence of the European Court of Justice", *European Review of Private Law*, vol. 4, n.º 1, 1996, pp. 17-39, p. 23 (que nota o facto de o princípio da proporcionalidade ser aqui tido principalmente no seu vector de *necessidade ou exigibilidade*, indagando o Juiz comunitário a existência de *outras medidas* menos gravosas que possam cumprir o objectivo nacional); HELÈNE GAUDEMET-TALLON, "De nouvelles...", p. 316; GIULIA ROSSOLILLO, *Mutuo...*, pp. 98ss; ETIENNE PATAUT, "Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Março de 2001, *Mazzoleni*, proc. C-168/98", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 90, n.º 3, 2001, pp. 495-512, p. 504 (que aponta o caso *Mazzoleni* como aquele onde foi o Juiz comunitário forneceu o método de teste da proporcionalidade, mediante a *comparação global da protecção conferida* [os motivos de interesse geral] da lei do país de origem com a lei do país de destino — p. 506); BETTINA HEIDERHOFF, "Ist das Anerkennungsprinzip...", p. 134 (que vê na proporcionalidade o principal critério utilizado pelo Tribunal de Justiça); WALTER VAN GERVEN E JAN WOUTERS, "Free...", p. 60; BLANCHE SOUSI-ROUBI, *Droit...*, p. 51; CATHERINE BARNARD, *The Substantive...*, p. 112.

<sup>(31)</sup> Estas limitações (fundadas em razões socioeconómicas ou morais) serão aquelas onde será mais difícil aferir da sua conformidade com as regras europeias (cfr. M. KELLY GENEVIEVE, "Public policy...", p. 25), mas vem sendo sempre admitida. Vide Acórdão TJCE de 23 de Novembro de 1989, *Torfaen Borough*, proc. 145/88, *Colectânea da Jurisprudência*, 1989, pp. 3851, n.º 17, que considerou lícita a proibição de funcionamento de certos estabelecimentos ao Domingo, mesmo tendo efeitos no comércio intracomunitário de mercadorias; o Acórdão TJCE de 24 de Março de 1994, *Schindler*, proc. C-275/92, *Colectânea da Jurisprudência*, 1994 pp. I-1039, n.º 58ss, determinou válida a proibição de serviços de lotaria, já que se deviam a interesses nacionais morais ou éticos de prevenção do jogo; o Acórdão TJCE de 11 de Julho de 1985, *Cinéthèque*, processos apensos n.ºs 60 e 61/84, *Recueil de jurisprudence*, 1985, pp. 2605, n.º 23, considerou lícita a proibição de venda de filmes antes de exibidos em França por certo tempo por se justificar numa legítima política cultural.

O que implica a conclusão de que há, no fundo, um *reconhecimento mútuo imperfeito*<sup>(32)</sup>, que nem sempre ultrapassa as dificuldades inerentes à disparidade legislativa.

### III. A AUTONOMIA CONFLITUAL COMO FERRAMENTA DE REALIZAÇÃO DO MERCADO INTERNO

Além de procurar a lei *mais bem colocada* para solucionar certa situação privada internacional, é consabido que o direito internacional privado (DIP) — mesmo no método conflitual — exerce um conjunto de outras funções, algumas das quais trazidas ao longo do século XX. Esta faceta é normalmente categorizada em *materialização* do DIP conflitual (quando se determina a lei aplicável em função do resultado material a que conduz) e em *politização* (quando se releva a política legislativa das normas legais potencialmente aplicáveis das várias leis conectadas)<sup>(33)</sup>.

No fundo, a regra de conflitos pode obedecer a objectivos de política legislativa, porquanto *busca a solução material mais justa* e tem

<sup>(32)</sup> Neste sentido, PIERRE LASTENOUSE, "Les règles...", p. 114.

<sup>(33)</sup> Pense-se no papel que o DIP desempenha na protecção da parte mais fraca, escolhendo a lei aplicável mediante o *standard* de protecção conferido ao consumidor, ao trabalhador ou ao lesado. Assim, repare-se que o Regulamento Roma I determina a lei aplicável ao contrato de trabalho e aos contratos celebrados por consumidores através de critérios protectores; o art. 45.º do Código Civil (CC) escolhe a lei aplicável à responsabilidade extracontratual através do grau de tutela atribuído ao lesado. Sobre a tendência substancialista de protecção da parte mais fraca, vide RUI MOURA RAMOS, *La protection de la partie contractuelle la plus faible en droit international privé portugais*, Das Relações Privadas Internacionais — Estudos de Direito Internacional Privado, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 197ss; JULIO GONZÁLEZ CAMPOS, "El paradigma de la norma de conflicto multilateral", *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5239-5270, p. 5267.

Estas novas funções surgiram, sobretudo, por influência da doutrina norte-americana. Cfr., entre outros, ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Direito Internacional Privado — Alguns Problemas*, Almedina, Coimbra, 1997, pp. 25ss; HENRI BATHIFOL, "De l'usage des principes en Droit International Privé", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer-Correia*, vol. I, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1986, pp. 103-119, pp. 112ss; ERIK JAYME, "Identité Culturelle et Intégration: Le Droit International Privé Postmoderne", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 251, 1995, pp. 9-268, pp. 45ss.

atenção aos *interesses jurídico-políticos dos Estados*. Por isso é que, quando o legislador conflitual escolhe um *critério de conexão*, desde que respeitadas os princípios que devem orientar o legislador de DIP na escolha da lei aplicável <sup>(34)</sup>, olha necessariamente a *interesses de política legislativa* comuns aos vários Estados (não forçosamente coincidentes com os correspondentes objectivos de direito material): “é o único método adequado à criação de normas susceptíveis de se tornarem universais, únicas ajustadas ao verdadeiro espírito do direito internacional privado”, e assim conseguindo a harmonia de decisões; deverá ter-se em conta, por um lado, “os objectivos fundamentais que a instituição em causa tende a realizar na generalidade dos Estados [...] na medida em que o fim da lei seja elemento capaz de conduzir à escolha do elemento de conexão” e, por outro, à conexão mais apta a “facilitar la cooperación internacional, abriendo ella los horizontes de una acción privada, civil, humana” <sup>(35)</sup>.

<sup>(34)</sup> Referimo-nos aos cânones da harmonia jurídica internacional, da harmonia material, da efectividade, da maior proximidade, da boa administração da justiça, da protecção das legítimas expectativas das partes e da paridade de tratamento entre as ordens jurídicas.

<sup>(35)</sup> Cfr., respectivamente ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Direito Internacional...* (1997), p. 121, e M. AGUILAR NAVARRO, “Algunos supuestos políticos del Derecho Internacional Privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XIII, n.º 1-2-3, 1960, pp. 45-82, p. 63. No mesmo sentido, HENRI BATIFFOL, “L'état du droit international privé en France et dans l'Europe continentale de l'Ouest”, *Choix d'Articles. Rassemblés par ses amis.*, LGDJ, Paris, 1976, pp. 11-31, p. 29, e *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, Paris, 1956, pp. 228 ss.

A consideração de interesses de política legislativa não implica uma colagem à jurisprudência dos interesses (ainda que o postulasse FERRER CORREIA, *cit.*, p. 20), já que esta se baseia, ainda, num certo normativismo (não distingue o critério de valoração do fundamento da valoração, não considerando suficientemente a justiça do caso concreto — cfr. ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 310) e redonda numa teoria de interpretação da lei, através da qual o decidente investigava os interesses inerentes à norma, sem aceitar princípios *supra-positivos* (A. CASTANHEIRA NEVES, “As Fontes do Direito e o Problema da Positividade Jurídica”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vols. LI e LII, 1975-1976, pp. 115-204 (vol. LI) e 195-240 (Vol. LII), vol. LII, p. 226; FERNANDO JOSÉ PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 809-810). Importa apenas que o legislador conflitual leve em consideração os princípios e interesses que conformam a concepção de justiça formal inerente ao DIP.

Tais fins não se ligam exclusivamente ao princípio da proximidade: pense-se na autonomia da vontade, que se abstrai da localização da situação internacional e considera os interesses das partes e do comércio internacional <sup>(36)</sup>. Por outro lado, dentro dos limites que se ligam à prossecução dos objectivos do DIP, os legisladores conflituais exercem muitas vezes políticas próprias, não relevando exclusivamente juízos de proximidade: olhe-se à opção pela *nacionalidade* em matéria de estatuto pessoal, que não atende exclusivamente à ponderação da conexão mais forte mas a um objectivo político de manutenção de uma ligação do Estado ao cidadão emigrante; atente-se na preocupação de maximização da aplicação da *lex fori*, que justificará a conexão *nacionalidade* nos países de emigração, a conexão *residência* nos países de imigração e a conexão *situação da coisa* nos direitos reais (pois é nesse Estado que a maioria das acções serão julgadas) <sup>(37)</sup>.

<sup>(36)</sup> Cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 289 (“a autonomia da vontade constitui, assim, no Direito Internacional Privado, um princípio distinto do da proximidade [...] prevalecendo sobre este no seu domínio próprio de aplicação”); FRANÇOIS RIGAUX, “Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale — Cours général de droit international privé”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1989-I, Tomo 213, 1989, pp. 9-407, p. 175.

<sup>(37)</sup> Os exemplos são de BERNARD AUDIT, “Le droit international privé à la fin du XX<sup>e</sup> siècle: progrès ou recul”, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 50, n.º 2 (Abril-Junho), 1998, pp. 421-488, p. 425; JÜRGEN BASEDOW, “The Communitarisation of Private International Law”, *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 73, n.º 3, 2009, pp. 455-460, p. 458, e “15 Years of European Private International Law — Achievements, Conceptualization and Outlook”, *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado — Liber Amicorum Alegría Borrás*, ed. JOAQUIN FORNER DELAYGUA, CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS E RAMÓN VIÑAS FARRÉ, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 175-183, p. 181; PIERRE GANNAGÉ, “La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 81, n.º 3, 1992, pp. 425-454, pp. 428-429; HERBERT KRONKE, “Connecting Factors and Internationality in Conflict of Laws and Transnational Commercial Law”, *Convergence and Divergence in Private International Law — Liber Amicorum Kurt Siehr*, ed. KATHARINA BOELE-WOELKI, et al., Schulthess, Zurique, 2010, pp. 57-70, p. 59 (“While a legal system that favours integration of migrant populations into the local society may opt for domicile, a system that attaches greater importance to maintaining a person's ties to his or her country of origin will, in general and subject to the law of citizenship, hold on to nationality as the principal connecting factor”); J.-P. NIBOYET, “Le Code Civil en préparation et les règles de solution des conflits de lois”, *Travaux du Comité*



Ademais, emergem normas substantivas de *direito semipúblico*, frequentemente dotadas de imperatividade internacional, determinando unilateralmente o domínio da sua aplicação e modificando o sistema conflitual com vista a executar particulares interesses políticos dos legisladores envolvidos <sup>(38)</sup>.

Impõe-se a conclusão de que o DIP não é *puramente localizador*, sendo uma das suas tendências modernas a adopção de elementos de conexão que se não ligam apenas à identificação da lei mais estreitamente conectada. Os exemplos demonstram que, uma vez satisfeitas as preocupações formais do direito internacional privado (*maxime*, a estabilidade das relações jurídicas) também neste ramo do direito se descobre uma política legislativa. No fundo, assistimos hoje a uma *função reguladora* do DIP: “*private international law is now losing*

*Français de Droit International Privé*, Ano 7, 1945-1946, pp. 13-52, p. 30 (que por isso defendia ser o DIP “*une branche du droit politique d’un État*”).

Sobre as intenções políticas subjacentes ao sistema de DIP, cfr. M. AGUILAR NAVARRO, “Algunos...”, pp. 46ss, que ilustra vários exemplos, mormente atinentes às opções conflituais em matéria de casamento; NUNO ASCENSÃO SILVA, “Do estatuto pessoal — Unidade e Dispersão (Algumas notas a propósito da comemoração dos 35 anos do Código Civil)”, *Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, vol. II — A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra Editora — Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2006, pp. 549-649, pp. 559 e 594 (sobre as razões de natureza política na opção da conexão para o estatuto pessoal); ADOLFO MIAJA DE LA MUELA, “Las normas materiales de Derecho internacional privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XVI, n.º 3, 1963, pp. 425-457, p. 430; MIGUEL AMORES CONRADI E ELISA TORRALBA MENDIOLA, “El DIPr ante la globalización: repercusiones y algunas tendencias (en una perspectiva española)”, *A Internacionalização do Direito no Novo Século — Studia Iuridica n.º 94*, ed. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, Coimbra Editora — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009, pp. 73-126, pp. 87ss (sobre as razões da opção pela *nacionalidade* enquanto conexão para o estatuto pessoal); GERALDO ROCHA RIBEIRO, “A Europeização do Direito Internacional Privado e Direito Processual Internacional: Algumas Notas sobre o problema da interpretação do âmbito objectivo dos regulamentos comunitários”, *Julgar*, n.º 23, 2014, pp. 263-293, p. 268 (que alude à *residência habitual* no estatuto pessoal como mecanismo de promoção da integração europeia); ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT, “El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, n.º 1, 2010, pp. 186-202, pp. 188ss (sobre as motivações inerentes à escolha da conexão no estatuto pessoal).

<sup>(38)</sup> HORATIA MUIR WATT, “The Challenge...”, p. 195. Sobre o *direito semi-público*, vide *supra*, pp. 89ss.

the «innocence» which served traditionally to keep it sheltered from the intrusion of state interests”. Nesta sequência, ensinou-nos MIAJA DE LA MUELA que as opções tradicionais no DIP não devem ser absolutizadas: as regras conflituais devem orientar-se a “*soluciones sanas*” e não obedecer a critérios rígidos <sup>(39)</sup>.

É com estes pressupostos que joga a *europização do DIP*.

Quando as regras de conflitos tinham fonte nacional, “*private international rules have been conceived by competing players in the field of substantive legislation, a field without referee*” <sup>(40)</sup>. Diferentemente, uma vez que a União não adopta direito privado material, não só não participa no jogo (assumindo um papel mais isento na distribuição das competências legislativas) como fará intervir *interesses de política legislativa próprios*, *maxime* a realização das liberdades comunitárias. Isto é, o DIP assume-se cada vez mais como *ferramenta de promoção da integração europeia*, até porque, quando a UE intervém em matéria de DIP, uma das principais preocupações (a generalização da opção conflitual) está por natureza alcançada no espaço comunitário <sup>(41)</sup>.

<sup>(39)</sup> ADOLFO MIAJA DE LA MUELA, “Soluciones «sanas» a los conflictos de leyes: «favor negotii» y respeto a los derechos adquiridos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XVII, 1964, pp. 16-38, p. 19 e 32. A citação que transcrevemos é de HORATIA MUIR WATT, “The Challenge...”, p. 192, que denota ser este fenómeno uma aproximação às propostas norte-americanas do século XX. No mesmo sentido, ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Direito Internacional... (1997)*, pp. 45ss; VEERLE VAN DEN ECKHOUT, *The Instrumentalisation of Private International Law: quo vadis? — Rethinking the «Neutrality» of Private International Law in an Era of Globalisation and Europeanisation of Private International Law*, University of Leiden, disponível na internet via <http://ssrn.com/abstract=2338275>, consultado em 19 de Fevereiro de 2015, p. 3. A perspectiva anterior, negando interesses públicos na escolha da lei aplicável no âmbito do direito privado é patente em GERHARD KEGEL, “The Crisis of conflict of laws”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, 1964-II, Tomo 112, 1964, pp. 96-268, pp. 181-182.

<sup>(40)</sup> JÜRGEN BASEDOW, “The Communitarisation of Private...”, p. 459.

<sup>(41)</sup> Cfr. BASEDOW (“15 Years...”, p. 181; “Spécificité et coordination du droit international privé communautaire”, *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 2002-2004, pp. 275-305, p. 280); MICHAEL GRÜNBERGER, “Alles...”, p. 103 (“Die Auswahl des nunmehr EU-weit einheitlichen Anknüpfungspunkts ist freilich seinerseits wieder Gegenstand einer genuin politischen Entscheidung”); ALEGRÍA BORRÁS, “Le Droit...”, p. 328; PEDRO MIGUEL ASENSIO, “Integración...”, pp. 425 e 442; RUI MOURA RAMOS, *O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a Teoria...*, vol. II, p. 52 (“parece indiscutido que o direito internacional privado irá ocupar um lugar de crescente relevância na construção comunitária”);

Pondera-se, pois, o objectivo da *integração europeia*, associado ao intuito clássico de harmonia decisional, superando os obstáculos inerentes a uma estrutura plurilegislativa economicamente integrada. No fundo, se o direito comunitário vem influenciando o direito internacional privado, também é certo que este, mesmo com a abordagem conflitual clássica, é um poderoso aliado da construção europeia, porquanto a estabilidade das relações jurídicas internacionais no espaço intracomunitário potencia a circulação. É neste contexto que se fala na *instrumentalização do DIP* pela União Europeia <sup>(42)</sup>.

ISABELLE BARRIÈRE BROUSSE, “Le Traité...”, p. 32; JOHAN MEEUSEN, “Instrumentalisation...”, p. 287 (“Today, private international law is to a large degree European private international law”) e 304 (onde sustenta ser a unificação conflitual a via de promoção da circulação); JULIO GONZÁLEZ CAMPOS, “Diversification, Spécialisation, Flexibilisation et Matérialisation des Règles de Droit International Privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, Tomo 287, 2000, pp. 9-426, p. 120 (“ce qui implique, en somme, un processus qui conduit à la «communautarisation» des systèmes de droit international privé de ceux-ci, au service des objectifs de l’Union européenne”); DAVID LEFRANC, “La spécificité des règles de conflit de lois en droit communautaire dérivé (aspects de droit privé)”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 94, n.º 3, 2005, pp. 413-446, p. 418; VEERLE VAN DEN ECKHOUT, *The Instrumentalisation...*, p. 3.

É talvez esta a razão que motivou “a integração de diversas áreas do direito internacional privado no âmbito material do direito comunitário, assim se manifestando aquela primeira disciplina a força expansiva que sempre tem vindo a ser reconhecida a esta última” (MOURA RAMOS, *cit.*, p. 39).

<sup>(42)</sup> No que concerne ao papel do DIP na integração, cfr. ERIK JAYME, “Il diritto...”, p. 355 (“Il diritto internazionale privato serve — sempre secondo le intenzioni del legislatore comunitario — all’integrazione europea”); LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, “L’influence...”, p. 423; VINCENT HEUZÉ, “De la compétence...”, p. 395 (que se refere ao “asservissement du droit international privé aux objectifs du Traité CE”); JOHAN MEEUSEN, “Instrumentalisation...”, p. 288 (“the resulting transformation of the former could be labelled as instrumentalisation”); MARC FALLON, “Les conflits...”, p. 199 (“Les règles communautaires de droit international privé méritent un aperçu de leur contenu sous l’angle de leur contribution à la réalisation du marché intérieur”); JÜRGEN BASEDOW, “Der kollisionsrechtliche...”, p. 3 (“eine so internationale Materie wie das IPR aus der Natur der Sache eine Beitrag zur Integration leisten könne”) e „Spécificité...”, p. 292; SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Derecho Internacional Privado y Derecho Privado Europeo”, *Derecho Privado Europeo*, ed. SERGIO CÁMARA LAPUENTE, Editorial Colex, Madrid, 2003, pp. 157-190, p. 185 (“el DIP cobra un cierto protagonismo como alternativa a la armonización”); HERBERT KRONKE, “Connecting...”, p. 59; ALEX MILLS, *Towards a Public International Perspective on Private International Law: Variable Geometry and Peer Governance*, disponível na internet via <http://ssrn.com/abstract=2025616>, consultado em 14 de Novembro de 2014, p. 9 (“Private International Law is part of the process of

#### IV. AUTONOMIA CONFLITUAL NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEU: A SUPERAÇÃO DAS DIFICULDADES DA DISPARIDADE LEGISLATIVA

É hoje evidente que a União Europeia vem utilizando a autonomia conflitual, nos instrumentos comunitários de unificação do DIP, *como mecanismo de integração europeia*, o que torna a liberdade de escolha da lei aplicável é um “princípio geral do direito internacional privado de fonte europeia” <sup>(43)</sup> capaz de eliminar obstáculos à construção do

*defining the European legal order and facilitating the efficient functioning of the internal market*”); HERBERT KRONKE, “Connecting...”, p. 59 (“A regional economic integration organisation such as the European Union may push for a change from nationality to habitual residence with a view to facilitating greater mobility of persons within its economically integrated area”); GIORGIO BADIALI, “Le droit international privé des Communautés Européennes”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, 1985-II, Tomo 191, 1985, pp. 9-182, p. 22.

Os exemplos de influência do direito comunitário no DIP são variados: pense-se no que dissemos *supra* sobre o princípio do país de origem e os desvios nos sistemas conflituais; lembrem-se os vários actos jurídicos de unificação do direito internacional privado que vão estabelecendo princípios genéricos (RUI MOURA RAMOS, “Previsão Normativa e Modelação Judicial nas Convenções Comunitárias relativas ao Direito Internacional Privado”, *O Direito Comunitário e a Construção Europeia*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 93-124, pp. 104ss); atente-se nas regras do Tratado que estabelecem uma definição de *sociedade* e as suas influências no DIP dos Estados (GIORGIO BADIALI, “Le droit...”, pp. 107ss); recorde-se a progressiva substituição da *nacionalidade* pela *residência* no estatuto pessoal, com propósitos de facilitação da integração à nova comunidade (GERALDO ROCHA RIBEIRO, “A Europeização...”, p. 268; ANA LUÍSA BALMORI PADESCA, “Elección de ley y estatuto personal”, *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado — Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo V — Derecho internacional privado e interregional, ed. LORENZO PRATS ALBENTOSA, Consejo General del Notariado — Wolters Kluwer España, Madrid, 2013, pp. 359-388, p. 364; ANATOL DUTTA, “Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation”, *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 73, n.º 3, 2009, pp. 547-606, p. 563); e repare-se que mesmo a adopção de instrumentos unificados opcionais (como o 29.º regime jurídico da compra e venda ou a regulação de um *certificado sucessório europeu* no Regulamento das Sucessões) acabam por influir sempre no direito de conflitos de fonte interna — cfr. JEAN-FRANÇOIS GOJON, “Loi réelle...”, p. 177; MICHAEL WILDERSPIN E XAVIER LEWIS, “Les relations...”, p. 37. A isto acresce que, para além da estatuição da autonomia conflitual como elemento de conexão do DIP de fonte europeia (que veremos de seguida), o *exercício das liberdades comunitárias* vem permitindo uma *escolha indirecta de lei*, como extensamente explora

ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *A europeização...*, pp. 127 ss.

<sup>(43)</sup> Cfr. JAN VON HEIN, “Of Older...”, pp. 465 e 486; JANEEN M. CARRUTHERS E ELIZABETH B. CRAWFORD, “Variations on a Theme of Rome II. Reflections on

mercado comum: trata-se do critério conflitual eleito pela União Europeia para potenciar a realização do mercado europeu, alastrando a todos os domínios da sua intervenção <sup>(44)</sup>.

Proposed Choice of Law Rules for Non-Contractual Obligations”, *Edinburgh Law Review*, vol. 65, 2005, pp. 65-97 e 238-266, p. 82; JANEEN M. CARRUTHERS, “Party Autonomy in the Legal Regulation of Adult Relationships: What Place for Party Choice in Private International Law?”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 61, 2012, pp. 881-913, p. 888; JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Règle de conflit et théorie économique”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 101, n.º 3, 2012, pp. 521-538, p. 535, e “Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, n.º 1, 2014, pp. 5-44, p. 22; ANDREA BONOMI, “Le choix de la loi applicable à la succession dans la proposition de règlement communautaire”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2010, pp. 243-271, p. 251; GIACOMO BIAGIONI, “Technique internazionalprivatistiche fondate sulla volontà delle parti nel diritto dell’Unione Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, n.º 2, 2010, pp. 15-34, pp. 16 (“*Il principio dell’autonomia della volontà è ben noto agli ordinamenti nazionali ma il diritto dell’Unione europea sembra utilizzarlo in termini più ampi di quanto normalmente accade sulla base delle norme di conflitto statale*”) e 18 (indagando “*se l’autonomia della volontà possa costituire un principio di portata generale*”); PAUL LAGARDE, “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 101, n.º 4, 2012, pp. 691-732, p. 719; RICCARDO LUZZATTO, “Riflessioni Sulla C. D. Comunitarizzazione del Diritto Internazionale Privato”, *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato — Liber Fausto Pocar*, ed. GABRIELLA VENTURINI E STEFANIA BARIATTI, Giuffrè Editore, Milão, 2009, pp. 613-625, p. 625; MAARJA TORGA, “Party autonomy of the spouses under the Rome III Regulation in Estonia — can private international law change substantive law?”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2012/4, n.º 4, 2012, pp. 547-554, p. 547; ORNELLA FERACI, “L’autonomia della volontà nel diritto internazionale privato dell’Unione Europea”, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 96, n.º 2, 2013, pp. 424-491, pp. 424 e 430; TITO BALLARINO, “Il nuovo regolamento europeo sulle successioni”, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. XCVI, n.º 4, 2013, pp. 1116-1145, p. 1123.

<sup>(44)</sup> Sobre a liberdade de escolha da lei aplicável enquanto promoção da realização do mercado único, vide JÜRGEN BASEDOW, “Der kollisionsrechtliche...”, p. 27 (“*Die Zulassung der Rechtswahl bedeutet nichts anderes, als daß das nationale Kollisionsrechts, gleich ob vereinheitlich oder autonom, gerade keine staatlichen Beschränkungen für den grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr innerhalb der Gemeinschaft errichtet, die am Maßstab der Art. 30 und 59 EGV gemessen werden könnten*”); ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *A europeização...*, p. 844 (“*A intervenção do legislador europeu no domínio dos conflitos de leis em matéria civil e comercial, após a entrada em vigor do Tratado de Amesterdão, levou à adopção de instrumentos de DIP derivado europeu onde pontifica o princípio da autonomia da vontade como critério base de determinação da lei aplicável*”); ERIK JAYME, “Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 11, 2009, pp. 1-10, p. 3 (“*in Europe,*

Do mesmo modo, o Tribunal de Justiça declarou ser a *escolha das partes* a conexão capaz de eliminar os entraves à circulação causados pela disparidade legislativa, postulando assim a sua adopção para realização do mercado único. Com efeito, expressamente se considerou que normas nacionais restritivas das liberdades fundamentais não constituem obstáculo ao mercado interno *se as partes forem livres de prevenir a sua aplicação*. A possibilidade de escolha da lei aplicável (*professio iuris* ou *autonomia conflitual*) torna não problemática a disparidade legislativa, pois podem os operadores económicos seleccionar o regime jurídico que

*introducing party autonomy in international family law is motivated by the needs of integration in the European Union, rather than by ideas of self-determination of the person*”); ANNA GARDELLA, “Artículo 3.º — Commentario al Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’): Francesco Salerno, Pietro Franzina (eds.)”, *Le nuove leggi civili commentate*, Anno XXXII, n.º 3/4, 2009, pp. 611-629, p. 614 (“*la volontà private è spesso considerate come il criterio di collegamento più adatto a realizzare pienamente le libertà fondamentali sancite dal Tratt. CE*”); CARRUTHERS, *cit.*, p. 889 (que alude ao Regulamento n.º 1259/2010, justificando a autonomia conflitual em matéria de divórcio com a promoção da circulação de pessoas no espaço europeu, o que é aliás confirmado no considerando n.º 15); AXEL FLESSNER, “Security Interests in Receivables — A European Perspective”, *The Future of Secured Credit in Europe*, ed. HORST EIDENMÜLLER E EVA-MARIA KIENINGER, De Gruyter Recht, Munique, 2008, pp. 336-349, p. 346 (“*For the Community, where it is making conflict of law rules for the internal market, party autonomy is mandatory under the basic freedoms*”); PAUL LAGARDE, “Les principes...”, p. 697 (“*La combinaison des principes d’unité et d’autonomie devrait donc contribuer à l’objectif de suppression des entraves à la libre circulation des personnes*”); ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Convenio de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de 19 de Junio de 1980”, *Contratos Internacionales*, ed. ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA, LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA E PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, Editorial Tecnos, Madrid, 1997, pp. 41-137, p. 74 (“*al permitir la elección de la ley más conveniente a los contratantes, se potencia la contratación internacional, y en última instancia, el intercambio económico y la circulación internacional de la riqueza. Dicha promoción de la contratación internacional llevada a cabo por el DIPr. Se basa en una idea de libre competencia entre las leyes estatales*”); DÁRIO MOURA VICENTE, “Perspectivas da Harmonização e Unificação Internacional do Direito Privado num época de Globalização da Economia”, *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. II, ed. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS E PAULA COSTA E SILVA, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 1655-1680, p. 1669; ANABELA DE SOUSA GONÇALVES, *Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 293;



melhor satisfará os seus interesses, promovendo a circulação internacional <sup>(45)</sup>.

Na verdade, as razões da introdução da *liberdade de escolha da lei aplicável* em quase todos os instrumentos europeus de direito internacional privado <sup>(46)</sup> não estão apenas ligadas aos méritos próprios daquela opção conflitual (potenciação da autonomia da vontade; previsibilidade, certeza e facilidade na determinação da lei aplicável; criação de uma concorrência regulatória entre vários Estados) ainda que todas estas razões sejam coerentes com o regime das liberdades fundamentais <sup>(47)</sup>. Pelo contrário, a eliminação dos obstáculos às

<sup>(45)</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de Janeiro de 1991, *Alsthom Atlantique*, proc. C-339/89, *Colectânea da Jurisprudência*, 1991, pp. I-107ss, n.º 15. Neste sentido, ANNA GARDELLA, “Artículo 3.º...”, p. 614; PETER VON WILMOWSKY, “EG-Vertrag...”, p. 6; HORATIA MUIR WATT, “Aspects économiques du droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, Tomo 307, 2004, pp. 25-383, p. 213, e “L’entrave à la prestation transfrontière de services: réflexions sur l’impact des libertés économiques sur le droit international privé des États membres”, *Études offertes à Jacques Béguin — Droit et actualité*, LITEC, Paris, 2005, pp. 545-565, p. 562; JULIO GONZÁLEZ CAMPOS, “La Cour de Justice des Communautés Européennes et le non-droit international privé”, *Festschrift für Erik Jayme*, vol. I, Sellier — European Law Publishers, München, 2004, pp. 263-275, p. 268; BEN SMULDERS e PAUL GLAZENER, “Harmonization in the Field of Insurance Law through the Introduction of Community Rules of Conflict”, *Common Market Law Review*, vol. 29, n.º 4, 1992, pp. 775-797, p. 777; WALTER VAN GERVEN e JAN WOUTERS, “Free...”, p. 67; MATTEO ORTINO, “The role...”, p. 321; ORNELLA FERACI, “L’autonomia...”, p. 431.

<sup>(46)</sup> Cf. artigo 3.º do Regulamento (CE) 593/2008, sobre lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I); artigo 14.º do Regulamento (CE) 864/2007, sobre lei aplicável a obrigações extra-contratuais (Roma II); artigo 15.º do Regulamento (CE) n.º 4/2009, sobre competência, lei aplicável e reconhecimento de decisões em matéria de obrigações alimentares, que remete para o Protocolo da Haia de 23 de Novembro de 2007 sobre lei aplicável a obrigações alimentares; artigo 5.º do Regulamento UE 1259/2010, sobre lei aplicável ao divórcio e à separação judicial; artigo 22.º do Regulamento (UE) 650/2012, sobre competência, lei aplicável e reconhecimento de decisões em matéria sucessória; artigo 22.º do Regulamento (UE) 2016/1103, sobre competência, lei aplicável e reconhecimento de decisões em matéria de regimes matrimoniais; artigo 22.º do Regulamento (UE) 2016/1104, sobre competência, lei aplicável e reconhecimento de decisões em matéria de efeitos patrimoniais das parcerias registadas.

<sup>(47)</sup> Sobre as razões da previsão da autonomia conflitual e da sua extensão para novos domínios, vide o que dizemos em AFONSO PATRÃO, *Autonomia Conflitual...*, pp. 535ss.

liberdades de circulação é um propósito-chave da União Europeia quando estabelece aquele elemento de conexão <sup>(48)</sup>.

Por um lado, se as partes podem escolher a lei aplicável aos seus contratos, à responsabilidade extracontratual, às obrigações alimentares, ao divórcio, ao regime matrimonial e à sucessão, a circunstância de vigorarem diferentes regimes jurídicos nos vários Estados-Membros deixa de ser um obstáculo ao exercício das liberdades comunitárias, pois os indivíduos e as empresas podem ajustar o seu comportamento à ordem jurídica da sua escolha. Assim, perante um contrato internacional, é possível seleccionar o sistema jurídico da confiança e conhecimento das partes, eliminando dúvidas quanto ao regime aplicável àquele convénio; há maior flexibilidade, segurança e certeza na fixação do estatuto económico matrimonial — por poderem as partes seleccionar o direito aplicável, independentemente do país para que decidirem vir a mudar-se ou em que adquiram bens — a mobilidade dos cidadãos é potenciada <sup>(49)</sup>.

<sup>(48)</sup> Cfr. JÜRGEN BASEDOW, “Der kollisionsrechtliche...”, p. 27 (“Die Zulassung der Rechtswahl bedeutet nichts anderes, als daß das nationale Kollisionsrechts, gleich ob vereinheitlich oder autonom, gerade keine staatlichen Beschränkungen für den grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr innerhalb der Gemeinschaft errichtet, die am Maßstab der Art. 30 und 59 EGV gemessen werden könnten”); ERIK JAYME, “Party...”, p. 3 (“in Europe, introducing party autonomy un international family law is motivated by the needs of integration in the European Union, rather than by ideas of self-determination of the person”); ANNA GARDELLA, “Artículo 3.º...”, p. 614 (“la volontà private è spesso considerate come il criterio di collegamento più adatto a realizzare pienamente le libertà fondamentali sancite dal Tratt. CE”); JANEEN M. CARRUTHERS, “Party...”, p. 889; AXEL FLESSNER, “Security...”, p. 346 (“For the Community, where it is making conflict of law rules for the internal market, party autonomy is mandatory under the basic freedoms”); PAUL LAGARDE, “Les principes...”, p. 697 (“La combinaison des principes d’unité et d’autonomie devrait donc contribuer à l’objectif de suppression des entraves à la libre circulation des personnes”); ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA e JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Convenio...”, p. 74 (“al permitir la elección de la ley más conveniente a los contratantes, se potencia la contratación internacional, y en última instancia, el intercambio económico y la circulación internacional de la riqueza. Dicha promoción de la contratación internacional llevada a cabo por el DIPr. Se basa en una idea de libre competencia entre las leyes estaduales”); DÁRIO MOURA VICENTE, “Perspectivas...”, p. 1669; ANABELA DE SOUSA GONÇALVES, *Da Responsabilidade Extracontratual...*, p. 293.

<sup>(49)</sup> Aliás, a União Europeia reconhece-o expressamente, no Considerando n.º 15 do Regulamento (UE) n.º 1259/2010: “Melhorar a mobilidade dos cidadãos exige, por um lado, mais flexibilidade e, por outro, maior segurança jurídica. Para alcançar este objectivo, o presente regulamento deverá reforçar a autonomia das partes

Por outro lado, as liberdades comunitárias dependem da estabilidade do estatuto das pessoas, independentemente do Estado-Membro em que se encontrem: o seu regime matrimonial, a sua organização sucessória, o seu nome ou a validade dos contratos concluídos não podem ficar em perigo em consequência do exercício da sua liberdade de circulação. Para este objectivo, a autonomia conflitual é um elemento de conexão especialmente adequado: se as partes podem, em toda a União, escolher a lei aplicável as suas relações jurídicas, o seu movimento no espaço europeu não porá em causa o estatuto das relações jurídicas em que são parte, facilitando a gestão da sua vida independentemente do país em que as relações jurídicas sejam convocadas <sup>(50)</sup>.

Por fim, a autonomia conflitual pode impedir a aplicação de normas nacionais *restritivas* da liberdade de circulação, tal como sublinhou o Tribunal de Justiça, implicitamente recomendando a utilização deste elemento de conexão. De facto, o Juiz comunitário expressamente declarou, no Acórdão *Alsthom Atlantique* — analisando a compatibilidade com a liberdade de circulação de mercadorias do regime francês de responsabilidade civil do produtor — que, porque as partes são livres de escolher *outra lei aplicável*, a barreira à liberdade de circulação nunca lhes seria forçosamente imposta <sup>(51)</sup>.

Estas considerações apontam, pois, uma conclusão: a União Europeia vem utilizando a autonomia conflitual como complemento do princípio do reconhecimento mútuo, em áreas em que este não seria suficiente para eliminar as dificuldades inerentes à disparidade

*em matéria de divórcio e separação judicial, dando-lhes uma possibilidade de escolha limitada da lei aplicável ao seu divórcio ou separação judicial*”.

<sup>(50)</sup> A União Europeia reconhece-o expressamente, no Considerando n.º 45 do Regulamento (UE) n.º 2016/1103: “A fim de facilitar a gestão dos respectivos bens pelos cônjuges, o presente regulamento deverá dar-lhes a faculdade de escolher a lei aplicável ao seu regime matrimonial, independentemente da natureza ou da localização dos bens, entre as leis que tenham um vínculo estreito com os cônjuges”.

<sup>(51)</sup> Acórdão *Alsthom Atlantique*, cit., p. 15. No mesmo sentido, ANNA GARDELLA, “Artículo 3.º...”, p. 614; PETER VON WILMOWSKY, “EG-Vertrag...”, p. 6; HORATIA MUIR WATT, “Aspects...”, p. 213; HORATIA MUIR WATT, “L’entrave...”, p. 562; JULIO GONZÁLEZ CAMPOS, “La Cour...”, p. 268; BEN SMULDERS E PAUL GLAZENER, “Harmonization...”, p. 777; WALTER VAN GERVEN E JAN WOUTERS, “Free...”, p. 67; MATTEO ORTINO, “The role...”, p. 321; ORNELLA FERACI, “L’autonomia...”, p. 431.

legislativa — especialmente no domínio do direito privado. Deve, pois, reconhecer-se constituir a *professio iuris* como uma das ferramentas utilizada pelas Instituições de modo a realizar o mercado interno europeu.

## V. CONCLUSÕES E PERSPECTIVAS

O acolhimento, pela União Europeia, da liberdade de escolha da lei aplicável como mecanismo de favorecimento do mercado interno não se cingirá, provavelmente, aos domínios em que hoje existe. De facto, a autonomia conflitual constitui uma ponderosa ferramenta de superação dos obstáculos gerados pela disparidade legislativa.

É por isso que a doutrina prevê a sua extensão para novos domínios, como os *direitos reais* — designadamente no quadro das *garantias mobiliárias*. Na verdade, a circulação do objecto da garantia pode pôr em causa a efectividade da garantia real e os direitos do credor *em virtude do exercício da liberdade de circulação de mercadorias*, já que a regra da *lex rei sitae* implica a sujeição da garantia real a uma nova ordem jurídica que pode não conhecer a caução constituída no país de proveniência <sup>(52)</sup>. Este problema poderia ser minorado (ou mesmo eliminado)

<sup>(52)</sup> Cfr. CHRISTIANE WENDEHORST, “Sachenrecht”, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Vol. 11 — Internationales Privatrecht; Internationales Wirtschaftsrecht, ed. ROLAND RIXECKER E FRANZ JÜRGEN SÄCKER, Beck, München, 2010, pp. 217-373, pp. 220 e 271; WULF-HENNING ROTH, “Die Freiheiten des EG-Vertrages und das nationale Privatrecht”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, n.º 1, 1994, pp. 5-33, p. 24; ANNE RÖTHEL, “Internationales...”, p. 1028; BRAM AKKERMANS, “Property law and internal market”, *The Future of European Property Law*, ed. SJEF VAN ERP, ARTHUR SALOMONS E BRAM AKKERMANS, Sellier European Law Publishers, Munique, 2012, pp. 199-246, p. 206 — “When, because of the application of *lex rei sitae*, a certain national system of property law applies, and a property right created under the law is not recognised by another Member State, this will affect the way in which trade between these Member States is conducted”; BRAM AKKERMANS E EVELINE RAMAEKERS, “Free...”, p. 242; EVELINE RAMAEKERS, *European Union Property Law — From Fragments to a System*, Intersentia, Cambridge — Antwerp, 2013, pp. 7 and 53ss; AXEL FLESSNER, “Security...”, p. 342 — “After Centros, Überseering and Inspire Art, it is no longer allowed to nullify a corporation switching its business into another member state, nor to force it into an unwanted new legal form. Why should it be different when property is moved the same way?; WULF-HENNING ROTH, “Secured...”, pp. 41-42 e 59ss; WULF-HENNING ROTH, “Die Freiheiten...”, p. 25; DOMINIQUE BUREAU

caso se estendesse a autonomia conflitual para esta matéria <sup>(53)</sup>. Ou

e HORATIA MUIR WATT, *Droit international privé*, vol. I, Partie générale, 2.<sup>a</sup> Edição, Presses Universitaires de France, Paris, 2010, p. 454; CHRISTOPH SCHMID, “Options...”, p. 63 — “such a transposition is mandated by the basic freedoms. Indeed, the restriction of the freedom of capital (which encompasses the right of a debtor to secure debt by mortgage) through the wholesale non-recognition of a foreign real property right is not proportional if the right could have been exercised, after the good has crossed the border, in the form of a similar national-security right”; HORST EIDENMÜLLER, “Secured Creditors in Insolvency Proceedings”, *The Future of Secured Credit in Europe*, ed. HORST EIDENMÜLLER e EVA-MARIA KIENINGER, De Gruyter Recht, Munique, 2008, pp. 273-283, p. 282; ANNE RÖTHEL, “Internationales...”, p. 1031; JÜRGEN BASEDOW, “Der kollisionsrechtliche...”, p. 41; ANNA GARDELLA, *Le garanzie finanziarie nel diritto internazionale privato*, Giuffrè Editore, Milão, 2007, p. 53; ANDREA BONOMI, “La nécessité d’harmonisation du droit des garanties réelles mobilières”, *L’Européanisation du droit privé: Vers un Code civil européen?*, ed. FRANZ WERRO, Editions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1998, pp. 497-515, p. 514, e “La riserva della proprietà nel diritto internazionale privato”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Ano XXVIII, n.º 4, 1992, pp. 777-818, p. 778; FRIEDRICH K. JUENGER, “Private International Law or International Private Law?”, *King’s College Law Journal*, vol. 5, 1994-1995, pp. 45-62, p. 5; MARC FALLON, PATRICK KINSCH e CHRISTIAN KOHLER, *Le droit international privé européen en construction — Building European Private International Law*, Vingt ans de travaux du GEDIP — Twenty Years’ Work by GEDIP, Intersentia, Cambridge, 2011, p. 91; MARC FALLON, “Groupe européen de droit international privé — Quatrième réunion, Barcelone, 29septembre — 1er octobre 1994”, *Revue Belge de Droit International*, vol. XXVII, n.º 2, 1994, pp. 717-721, p. 720.

<sup>(53)</sup> Cf. HELENE GAUDEMET-TALLON, “Comentário ao Acórdão da Cour de Cassation de 8 de Julho de 1969 (Société DIAC)”, *La Semaine Juridique — Edition générale*, 1970-II, 1970, n.º 16182, cap. II-C e III; HANS STOLL, “Rechtskollisionen beim Gebietswechsel beweglicher Sachen”, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 38, 1974, pp. 450-467, p. 452ss; HANS STOLL, “Zur gesetzlichen Regelung des internationalen Sachenrechts in Artt. 43-46 EGBGB”, *IPRax — Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, n.º 4, 2000, pp. 259-270, p. 264-265; THOMAS PFEIFFER, “Der Stand des Internationalen Sachenrechts nach seiner Kodifikation”, *IPRax — Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, vol. 20, 2000, pp. 270-281, p. 273; ULRICH DROBNIG, “Eigentumsvorbehalte bei Importlieferungen nach Deutschland”, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 32, 1968, pp. 450-472, p. 460; ANNA GARDELLA, *Le garanzie...*, p. 43 (que a funda no princípio do reconhecimento mútuo); MICHAEL BRIDGE, “English Conflicts Rules for Transfers of Movables: A Contract-based Approach?”, *Cross-Border Security and Insolvency*, ed. MICHAEL BRIDGE e ROBERT STEVENS, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 123-143, p. 137 (embora apenas nas relações *inter partes*); PIERRE MAYER e VINCENT HEUZÉ, *Droit international privé*, 10.<sup>a</sup> Edição, Montchrestien, Paris, 2010, p. 498; ROLF WEBER, “Parteiautonomie im internationalen Sachenrecht?”, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 44, 1980, pp. 510-530, pp. 521ss (reservando à *lex rei sitae* a aplicação de normas imperativas destinadas à tutela de terceiros — p. 523); ISABELLE JUVET, *Des sûretés mobilières conventionnelles en*

mesmo, como defendemos noutra sede <sup>(54)</sup>, ao âmbito das hipotecas imobiliárias, já que a disparidade da sua regulação torna muito pouco atractiva a aceitação de uma hipoteca sobre coisa situada noutro Estado-Membro, distorcendo a liberdade de circulação de capitais.

O facto de certa matéria estar fortemente arreigada a determinado elemento de conexão em todos os Estados-Membros não deve constituir motivo de recusa da intervenção europeia: uma das características apontadas ao DIP é justamente a sua *versatilidade*, no sentido em que os métodos por si utilizados e as conexões classicamente indicadas acompanham a conjuntura política e económica internacional, seguindo as finalidades do momento presente. A circunstância de tradicionalmente se optar pela sujeição de certo instituto a uma determinada lei não impede que novos valores e preocupações conduzam a uma modificação da opção conflitual. Lembre-se que conexões até há pouco tempo *universais* foram sendo substituídas ou derogadas por outras consideradas mais adequadas, tendo as regras de conflitos europeias desempenhado um importante papel nesse movimento <sup>(55)</sup>.

Deste modo, não surgindo dúvidas quanto à aptidão da autonomia conflitual como mecanismo de promoção do mercado interno

*droit international privé*, Peter Lang, Berna, 1991, p. 83 (desde que limitada a escolha às ordens jurídicas com contacto com a coisa e reservando à *lex rei sitae* um papel de *loi de police*); HORST EIDENMÜLLER, “Secured...”, p. 282 (sustentando que o Tribunal de Justiça deverá criar a autonomia conflitual com base na doutrina das liberdades fundamentais ou a sua consagração através da qualificação negocial ou pessoal das garantias); AXEL FLESSNER, “Security...”, p. 346 (desde que o objecto do direito esteja sujeito a um *registro europeu*).

<sup>(54)</sup> AFONSO PATRÃO, *Autonomia Conflitual...*, pp. 567ss.

<sup>(55)</sup> YVON LOUSSOUARN, “Cours Général de Droit International Privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, 1973-II, Tomo 139, 1973, pp. 271-385, p. 276. Atente-se na responsabilidade extracontratual, que foi universalmente sujeita à *lex loci delicti* e encontra hoje numerosas e profundas excepções (*cit.*, p. 340); na *forma dos negócios jurídicos*, onde o princípio *locus regit actum* chegou a ser firmado universalmente (LUDWIG VON BAR, *The Theory and Practice of Private International Law*, tradução de GILLESPIE, 2.<sup>a</sup> Edição, William Green & Sons Law Publishers, Edimburgo, 1892, pp. 262-265) e que foi substituído por conexões múltiplas alternativas. Sobre o DIP comunitário e a substituição das conexões clássicas, cfr. JEAN-FRANÇOIS GOJON, “Loi réelle...”, p. 169 (“*le droit international privé d’origine communautaire tend à élargir sa place et à constituer un champ d’expérimentation et d’accélération des solutions classiques qui prévalaient jusqu’à son essor*”).



— ultrapassando as barreiras decorrentes da disparidade legislativa —, porventura esperar-se-á um alastramento desta regra em futuros instrumentos europeus, possivelmente admitindo a liberdade de escolha da lei aplicável no estatuto pessoal dos indivíduos ou aos direitos reais. O propósito de alcançar um correcto funcionamento do mercado interno torna provável a persistência da *liberdade de escolha da lei aplicável* em todo o direito internacional privado europeu.

## O REGULAMENTO 2019/1111 (\*)

RELATIVO À COMPETÊNCIA, AO RECONHECIMENTO E À EXECUÇÃO DE DECISÕES EM MATÉRIA MATRIMONIAL E EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADE PARENTAL E AO RAPTO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS (BRUXELAS II TER)

ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES (\*\*)

### I. A REFORMULAÇÃO DO REGULAMENTO BRUXELAS II BIS

O Regulamento 2019/1111 de 25 de junho de 2019 sobre competência, reconhecimento e execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças (Bruxelas II ter) vem revogar o Regulamento 2201/2003, 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 (Bruxelas II bis) <sup>(1)</sup>, com efeitos a partir de 1 de agosto de 2022 (artigo 104.º, secção 1, do Regulamento Bruxelas II ter), data a partir da qual é aplicável o Regulamento Bruxelas II ter (artigo 105.º,

(\*) Em 2005, a Professora Doutora Maria Helena Brito publicou um estudo sobre o Regulamento 2201/2003, 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 (Bruxelas II bis). Em 2021, voltamos a este tema, através de um estudo relativo ao Regulamento 2019/1111 que veio reformular o Regulamento Bruxelas II bis. Deste modo, prestamos a nossa sentida homenagem à Professora Doutora Maria Helena Brito, por quem nutrimos uma profunda admiração, enquanto estudiosa das matérias de Direito Internacional Privado.

(\*\*) Professora Associada da Escola de Direito da Universidade do Minho.

(1) O Regulamento Bruxelas II bis, por sua vez, revogou o Regulamento n.º 1347/2000, 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 (Bruxelas II).