

A Responsabilidade Civil nas Relações Transfronteiriças na União Europeia - o Regulamento «Roma II»¹

Carlos Manuel Gonçalves de Melo Marinho
Juiz Desembargador

1. Introdução

1.1. O Regulamento (CE) N.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Julho de 2007 relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais – também denominado Regulamento «Roma II» e, doravante, igualmente referido como *RR2* ou *Regulamento* – contém o actual regime normativo do Direito da União Europeia relativo às obrigações jurídicas de origem não contratual.

Por intermédio deste texto legal, o legislador europeu visou introduzir um sistema harmonizado de regras de escolha da lei aplicável em matéria de responsabilidade civil emergente de acto lícito ou ilícito e do risco – dando particular destaque e tratamento autónomo à responsabilidade por produtos defeituosos e à emergente da produção de danos ambientais, desrespeito de regras relativas à concorrência e violação de direitos de propriedade intelectual.

Quis abranger, também, a responsabilidade por danos emergentes do enriquecimento sem causa, da gestão de negócios («prática de um acto relativamente a negócios alheios sem a devida autorização», na definição constante do n.º 1 do art. 11.º) e da *culpa in contrahendo* (responsabilidade «decorrente de negociações realizadas antes da celebração de um contrato, independentemente de este ser efectivamente celebrado», nos termos do

¹ *Este texto correspondente ao conteúdo de uma palestra proferida na Universidade de Coimbra em 21.02.2017. Teve na sua origem o escrito sobre a matéria em MELO MARINHO, Carlos M. G. de / KUNDA, Ivana, Practical Handbook on European Private International Law, Edição da União Europeia, do Deutsche Stiftung Für Internationale Rechtliche Zusammenarbeit E.V e do Ministério da Justiça da Roménia, Bucareste, 2010.*

estabelecido no n.º 1 do art. 12.º)

O RR2 tem uma vocação abrangente e alargada, não só quanto ao tipo de actos geradores de responsabilidade mas também no que tange às suas consequências. Quanto a estas, quis-se compreender «todas as consequências decorrentes de qualquer das fontes de responsabilidade nele previstas – vd. o n.º 1 do art. 2.º.

1.2. No caminho que conduziu à sua aprovação, foi fundamental a entrada em vigor do *Tratado de Amesterdão* de 2 de Outubro 1997. O actual art. 81.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFEU) e os anteriores art.s 61.º, al. c), e 65.º do *Tratado da Comunidade Europeia*, que motivaram a produção das suas regras jurídicas, emergiram dos art.s 73-I e M do referido *Tratado de Amesterdão* que impôs especial dinamismo no domínio da cooperação judiciária em matéria civil e comercial e tornou possível o processo extraordinário de produção normativa europeia posterior ao ano 2000.

Também as *Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Tampere* de 16 de Outubro de 1999 constituíram um importante marco no caminho que conduziu à criação do RR2.

Em 30 de Novembro de 2000, o Conselho da União adoptou um *Projecto de Programa de Medidas Destinadas a Aplicar o Princípio do Reconhecimento Mútuo das Decisões em Matéria Civil e Comercial – Jornal Oficial da União Europeia (JOUE) C 12, 15.01.2001, pág. 1* – que reconheceu que «as medidas relativas à harmonização das regras de conflitos de leis, que podem ser por vezes inseridas nos mesmos instrumentos que as relativas à competência judiciária, contribuem para facilitar o reconhecimento mútuo das decisões».

Na mesma linha, o *Programa da Haia* adoptado pelo Conselho Europeu de Bruxelas de 4 e 5 de Novembro de 2004 – JOUE C 53, 03.03.2005, pág. 1 – recomendou, sob o ponto 3.4.2. relativo ao «Reconhecimento mútuo das decisões» que: «Deverão prosseguir de forma determinada os trabalhos relativos

aos seguintes projectos: conflito de leis no que se refere às obrigações extracontratuais».

1.3. O RR2 foi concebido com vista a completar o regime erigido pelo *Regulamento Roma I – Regulamento (CE) n.º 593/2008 Do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I)* – de forma a garantir o tratamento, pelo Direito da União Europeia, da forma o mais completa e compreensiva possível, da extensa e imprescindível temática do Direito da Obrigações.

Este elemento deve ser sempre ponderado pelo intérprete ao definir a submissão de um determinado objecto técnico a este Regulamento, já que se fica a saber, por seu intermédio, que, na dúvida, a tendência é a da inclusão temática. Esta noção cede, claro está, perante situações de exclusão expressa. Assim ocorre com as proscricções consignadas no n.º 2 do art. 1.º do encadeado normativo sob análise. De qualquer forma, atenta aquela vocação universal, tem que se entender que as referidas exclusões são taxativas pelo que estão sujeitas a um regime de *numerus clausus*.

1.4. Em sintonia com o Regulamento *Roma I*, o RR2 é apenas aplicável em matéria civil e comercial, objecto temático sem relação com as definições dele feitas nos Direitos nacionais, com um conteúdo eminentemente de Direito da União Europeia que vem sendo construído jurisprudencialmente pelo Tribunal de Justiça da União Europeia².

Tal como o Regulamento *Roma I*, o RR2 pertence a uma cadeia de Regulamentos da União que têm em comum o nome *Roma* em virtude de uma

² Vd., por todos, os Acórdãos *LTU Luftransportunternehmen GmbH & Co. KG vs., Eurocontrol*, de 14.10.1976, Processo n.º 29/76; *Netherlands State vs. Reinhold Rüffer*, de 16.12.1980, Processo n.º 814/79; *Volker Sonntag vs. Hans Waidmann e Outros*, de 21.04.1993, Processo n.º C-172/91; *Gemeente Steenberghe vs. Luc Baten*, de 14.11.2002, Processo n.º C-271/00; *Préservatrice Foncière Tiard SA vs. Staat der Nederlanden*, de 15.05.2003, Processo n.º C-266/01, e *Irini Lechouritou e Outros vs. Dimosio tis Omospondiakis Dimokratias tis Germanias*, de 15.02.2007, Processo n.º C-292/05.

origem normativa que apresenta idêntica incidência sobre o domínio da escolha de lei, ou seja, a *Convenção de Roma Sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais* de 19.06.1980, com uma versão consolidada no *JOUE* C-334 de 30.12.2005, pág. 1.

Esse encadeado de actos normativos compreende, também, os Regulamentos **Roma III** – *Regulamento (UE) n.º 1259/2010 do Conselho, de 20 de Dezembro de 2010 que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de **divórcio e separação judicial*** – **Roma IV** – *Regulamento (UE) n.º 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de julho de 2012 relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de **sucessões** e à criação de um **Certificado Sucessório Europeu***³ – e **Roma V** – *REGULAMENTO (UE) 2016/1103 DO CONSELHO de 24 de junho de 2016 que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de **regimes matrimoniais***.

1.5. Todos estes conjuntos de normas têm como desígnio central promover o **funcionamento adequado do Mercado Interno**, ou seja, ainda que incidindo sobre relações jurídicas de dimensão essencialmente privada, visam finalidades predominantemente económicas.

Para alcançar esse objectivo, foi assumido no Tratado de Amesterdão de 1998 o desiderato central de criação e desenvolvimento de um espaço comum de Justiça sendo instrumental, para tal efeito, no domínio área da definição da lei nacional aplicável, alcançar as finalidades pressupostas relativas: a) ao favorecimento da previsibilidade do resultado dos litígios; b) à criação de certeza quanto à lei aplicável (v.d n.º 6 do Preâmbulo) e c) à viabilização da livre circulação de decisões judiciais.

³ Sobre esta matéria nos pronunciamos com mais detalhe em *Sucessões Europeias O Novo Regime Sucessório Europeu*, Lisboa, *Quid juris*, 2015.

Da mesma forma, a obtenção de Justiça no caso concreto e de um equilíbrio sensível entre os interesses das partes são objectivos perseguidos pelo Regulamento.

1.6. As concepções subjacentes são claramente visíveis nos n.ºs 13, 14, 16 e 19 do preâmbulo que patenteiam as finalidades de:

a. Garantir a **uniformidade** das regras de escolha de lei e sua aplicação com abstracção das concretas leis designadas, com o intuito de, assim, se evitar distorções da concorrência;

b. Assegurar **certeza jurídica** e atender à necessidade de viabilizar a **produção de justiça** nos casos **concretos** com vista à construção de um **Espaço de Justiça comum**;

c. Aumentar a **previsibilidade** das decisões judiciais assegurando um balanço credível entre os interesses da pessoa alegadamente responsável e os daquela que sofreu o dano;

d. Fornecer os factores de conexão mais apropriados para a consecução desses objectivos – tendo-se optado pelo estabelecimento de uma **regra geral**, de diversas **regras específicas** orientadas para dar resposta aos «casos especiais de responsabilidade fundada em acto lícito, ilícito ou no risco em relação aos quais a regra geral não permita obter um equilíbrio razoável entre os interesses em presença» e de uma «**cláusula de salvaguarda**» susceptível de permitir o afastamento de qualquer dessas regras «se resultar claramente do conjunto das circunstâncias do caso que a responsabilidade fundada em acto lícito, ilícito ou no risco apresenta uma conexão manifestamente mais estreita com outro país».

1.7. Para alcançar esses objectivos, o *RR2* foi organizado com autonomização dos seguintes grupos temáticos, lançados em capítulos autónomos:

1. Definição do seu objecto de incidência ou âmbito de aplicação – art.s 1.º a 3.º;

2. Regime aplicável às situações de responsabilidade fundada em acto lícito, ilícito ou no risco – art.s 4.º a 9.º;

3. Regras autónomas sobre enriquecimento sem causa, gestão de negócios e *culpa in contrahendo* – art.s 10.º a 13.º;

4. Escolha da lei pelas partes – autonomia privada – art. 14.º;

5. Regras comuns, aplicáveis às várias fontes de responsabilidade – art.s 15.º a 22.º e 23.º a 28.º.

1.8. Tal como anunciado no ponto n.º 14 do preâmbulo e antes referido, o *RR2* erigiu:

1. Uma **regra geral**;
2. **Regras específicas** e
3. Um mecanismo protector ou de escape denominado de «**cláusula de salvaguarda**».

1.8.1. A regra geral está contida no n.º 1 do art. 4.º – a lei aplicável às obrigações extracontratuais decorrentes da responsabilidade fundada em acto lícito, ilícito ou no risco é a lei do **país onde ocorre o dano**.

1.8.2. Os art.s 5.º a 9.º contém um conjunto de **regras específicas** aplicáveis a certos tipos de factos geradores de responsabilidade civil – comercialização de produtos defeituosos, concorrência desleal, restrição da livre concorrência, produção de danos ambientais, violação de direitos de propriedade intelectual e produção de danos em virtude da acção colectiva.

1.8.3. Simultaneamente, o Regulamento reconhece a importância central do princípio da **autonomia privada**, tão relevante em matéria obrigacional. Fá-lo no art. 14.º, norma que permite às partes subordinar as obrigações extracontratuais à lei da sua escolha.

1.8.4. O n.º 3 do art. 4.º contém uma «**cláusula de salvaguarda**» (ou «escape clause», na terminologia usada na versão inglesa do Regulamento). Mas não só. Também o n.º 2 do art. 5, o n.º 4 do art. 10.º, o n.º 4 do art. 11.º e a al. c) do n.º 2 do art. 12.º contêm cláusulas dessa natureza.

1.8.5. O RR2 reconhece, ainda, relevo à **residência habitual comum** a ambas as partes, nos termos do estabelecido no n.º 2 do seu art. 4.º.

1.9. Este conjunto de regras foi erigido com vista a gerar a **flexibilidade** necessária para garantir o tratamento «dos casos individuais da forma adequada» – na terminologia usada pelo legislador no n.º 14 do preâmbulo.

1.10. O Regulamento não é um encadeado de normas asséptico. Antes assenta em **conceitos pré-assumidos de sociedade** e tenta proteger **interesses** previamente reputados como mais **relevantes**.

Por exemplo, em matéria de responsabilidade pela comercialização de produtos defeituosos, o legislador Europeu enunciou claramente a finalidade de concretizar a «justa repartição dos riscos inerentes a uma sociedade moderna de alta tecnologia, na protecção da saúde dos consumidores, na promoção da inovação, na garantia de uma concorrência não falseada e na facilitação das trocas comerciais» – vd. n.º 20 do preâmbulo.

2. Objecto

2.1. O RR2 contém conjuntos de preceitos que:

- a. apontam a **lei aplicável** a relações jurídicas extracontratuais;
- b. têm exclusiva incidência em **matéria civil e comercial**;
- c. regulam situações que envolvem um **conflito de leis** – cf.

n.º 1 do art. 1.º;

d. são aplicáveis sempre que as situações objecto de subsunção tenham **incidência transfronteiriça** – cf. n.º 1 do preâmbulo;

e. versam sobre relações de **direito privado**.

2.2. Dado que o conceito de obrigações extracontratuais difere entre Estados-Membros, a noção a assumir no âmbito da interpretação do Regulamento *Roma II* tem natureza autónoma, *id est*, independente das concepções nacionais – cfr. n.º 11 do preâmbulo.

Neste contexto, é na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e não à doutrina e jurisprudência nacionais que se deve buscar subsídios para a definição de tal conceito.

Este Tribunal tem vindo a definir as obrigações extracontratuais por exclusão, considerando como tais todas as que brotem à margem de uma relação contratual existente entre as partes, ou seja, que se mostrem desprovidas de um prévio vínculo voluntário entre estas. Por exemplo no Caso *Kalfelis* – Processo n.º 189/87 de 27 de Setembro de 1988 (*Athanasios Kalfelis contra Bankhaus Schröder, Münchmeyer, Hengst and Co. e Outros*) – afirmou-se que «A fim de assegurar uma solução uniforme em todos os Estados-membros, há que admitir que o conceito de “matéria extracontratual” abrange qualquer acção que tenha em vista desencadear a responsabilidade do réu e que não esteja relacionada com a “matéria contratual” na acepção do n.º 1 do artigo 5.º».

2.2.1 Nesta mesma linha se pronunciaram:

- O Acórdão de 22.03.1983, Processo n.º 34/82, *Martin Peters Bauunternehmung GmbH contra Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*;
- O Acórdão de 17.06.1992, Processo n.º, *Jakob Handte & Co. GmbH contra Traitements Mécano-chimiques des Surfaces SA*;
- O Acórdão de 27.10.1998, Processo n.º C-51/97, *Réunion européenne SA and Others contra Spliethoff's*

Bevrachtingskantor BV e o Master of the vessel Alblasgracht V002;

- *O Acórdão de 17.09.2002, Processo n.º C-334/00, Fonderie Officine Meccaniche **Tacconi** SpA contra Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS);*
- *O Acórdão de 01.10.2002, Processo n.º C-167/00, Verein für Konsumenteninformation contra Karl Heinz **Henkel**;*
- *O Acórdão de 05.02.2004, Processo n.º C-265/02, **Frahuil SA** contra Assitalia SpA.*

2.3 O Regulamento *Roma II* está centrado na noção de **dano**, sendo aplicável a todos os eventos danosos. Na economia do diploma, são relevantes quaisquer factos que produzam danos o que abrange, consequentemente, quer os estritamente **civis** quer os concomitantemente geradores de uma **resposta penal**.

Também todos os tipos de danos são abrangidos pelo seu sistema regulatório incidindo, pois, não apenas sobre os de **natureza patrimonial** mas também sobre os de relevo **não patrimonial**.

2.4. As regras de conflitos de leis estabelecidas no RR2 abrangem também as obrigações extracontratuais resultantes de **responsabilidade objectiva** ou pelo risco, nos termos do inscrito no n.º 11 do preâmbulo.

2.5. Sob o Regulamento – cf. art. 2 n.º 1 – o **dano** compreende qualquer consequência lesiva emergente de/do:

- a. acto **ilícito**;
- b. acto **lícito**;
- c. **risco**;
- d. **enriquecimento** sem causa;
- e. **gestão** de negócios;
- f. culpa na formação de **contratos**.

2.6. Não só as obrigações extracontratuais existentes mas também

as **susceptíveis de emergir** são contempladas pelo RR2. Quer isto dizer que as obrigações que brotem da materialização de factos geradores de danos que se deva esperar poderem ocorrer na sequência de outros factos ou acções estão nele compreendidas, nos termos do disposto no n.º 2 do art. 2.º.

2.7. O facto danoso relevante para os efeitos previstos no Regulamento inclui os **factos susceptíveis de ocorrer** que dêem origem a danos, sendo que a noção destes inclui os danos susceptíveis de ocorrer – als. a) e b) n.º 3 do art. 2.º.

2.8 O Regulamento aplica-se **independentemente da natureza do tribunal** em que a acção é proposta – vd. n.º 8 do preâmbulo. Não há, pois, qualquer obstáculo à sua aplicação no quadro de um processo penal, por exemplo.

3. Matérias excluídas

3.1. O RR2 não é aplicável a todas as obrigações não contratuais porquanto muitas destas foram **expressamente excluídas** do seu âmbito nos termos do disposto no n.º 1 do art. 1.º.

3.1.1. Em primeiro lugar, o seu objecto não contempla todas as matérias que, numa perspectiva de *Direito Civil* ou *Continental* (por oposição a *Direito Comum* ou de *common law*), poderiam ser classificadas como de Direito Público, ou seja:

1. matérias **fiscais**;
2. matérias **aduaneiras**;
3. matérias **administrativas**;
4. questões relativas à responsabilidade do Estado por actos e omissões no exercício do poder público (*acta iure imperii*) – aqui se incluindo as «acções contra funcionários que agem em nome do Estado e a responsabilidade por actos praticados no exercício de poderes

públicos, incluindo a responsabilidade de funcionários oficialmente mandatados», nos termos do declarado no n.º 9 do preâmbulo.

3.1.2. Em segundo lugar, mostram-se excluídos por opção legislativa as obrigações indicadas nos **n.ºs 2 e 3 do art. 1.º**.

Em termos genéricos, essas obrigações extracontratuais são as:

1. Decorrentes de relações **familiares ou equiparadas**, aqui se incluindo as obrigações alimentares e as sucessões;
2. Emergentes da emissão de **letras de câmbio, cheques, livranças** e outros títulos negociáveis;
3. Decorrentes do Direito das **sociedades** e do Direito aplicável a outras entidades;
4. Relativas a **trusts**;
5. Geradas pela produção de um **dano nuclear**;
6. Decorrentes da violação da **vida privada** e dos direitos de **personalidade**, incluindo a **difamação**.

3.1.3. O RR2 também não se aplica em matéria de **prova** e no domínio **processual** – vd. n.º 3 do art. 1.º.

4. Aplicação no espaço

4.1. O RR2, adoptado sob o processo legislativo de co-decisão previsto no então art. 251.º do *Tratado que Institui a Comunidade Europeia*, obriga todos os Estado-Membros da União Europeia, com excepção da Dinamarca (porquanto o reino Unido e a Irlanda optaram por participar na sua adopção e aplicação de acordo com o estabelecido no art. 3.º do *Protocolo sobre a posição do reino Unido e da Irlanda anexo ao Tratado da União Europeia* e ao *Tratado que Institui a Comunidade Europeia*)⁴.

⁴ Vd., quanto à Dinamarca, o n.º 4 do art. 1.º do RR2 e o art. 2.º do Protocolo sobre a posição da Dinamarca anexo aos aludidos Tratados e, presentemente, os arts. 1.º e 2.º do Protocolo n.º 22 sobre a posição da Dinamarca anexo ao Tratado da União Europeia e ao Tratado sobre o

4.2. Relevam, também, no que tange à aplicação no espaço, as regras emergentes do art. 25.º referente aos Estados que englobem várias unidades territoriais com normas de direito próprias em matéria de obrigações extracontratuais. De acordo com o preceito, «cada unidade territorial é considerada um país para fins de determinação da lei aplicável».

Porém, se o conflito não envolver um outro Estado e essa unidade territorial mas duas unidades territoriais do mesmo País, não é obrigatória a aplicação do Regulamento a esse conflito (podendo tal aplicação, no entanto, ocorrer em termos estritamente facultativos).

4.3. O art. 18.º da Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a Lei Aplicável às Obrigações Extracontratuais ("ROMA II")⁵ declarava «assimilados ao território de um Estado»:

a. As instalações e outros equipamentos destinados à exploração e ao aproveitamento de recursos naturais que se encontrem acima ou abaixo da parte dos fundos marinhos situada fora das águas territoriais;

b. os navios em alto mar, registado num determinado Estado ou com uma autorização ou documento análogo ou pertencente a um cidadão desse Estado;

c. Uma aeronave que se encontrasse no espaço europeu, registada por um Estado ou em seu nome ou inscrita no registo nacional desse Estado ou pertencente a um cidadão do mesmo espaço de soberania.

Esta assimilação anunciada desapareceu do texto final.

5. Aplicação no tempo

5.1. O Regulamento Roma II é aplicável a factos danosos ocorridos

Funcionamento da União Europeia JOUE 83, 30.3.2010, pág. 299.
5 Bruxelas, 22.7.2003, COM(2003) 427 final 2003/0168 (COD).

a partir de **11 de Janeiro de 2009** sendo que, porém, quanto à notificação e publicação de uma lista de convenções contendo regras sobre conflitos de leis em matéria de obrigações extracontratuais de que um ou mais Estados-Membros fossem parte na data da sua aprovação, a sua entrada em vigor foi antecipada para 11 de Julho de 2008, nos termos do estabelecido no art. 32.º.

5.2. O único elemento relevante para a determinação da aplicação temporal do encadeado de normas sob análise é a **data da materialização de um facto danoso** – cf. art. 31.º.

6. Aplicação universal

De acordo com o disposto no art. 3.º, não apenas a lei interna de um Estado-Membro mas a de **qualquer outro Estado** pode ser apontada como aplicável pelo RR2.

7. Regime geral

O regime geral (ou de accionamento à margem de regras específicas) relativo à escolha de lei a realizar no domínio da responsabilidade fundada em acto lícito, ilícito ou no risco sob o regime do *Regulamento Roma II* assenta num sistema de **factores de conexão em cascata** com a seguinte estrutura descendente:

1. Lei **escolhida** pelas partes – n.º1 do art. 14.º;
2. Lei do País da **residência habitual comum** do lesante e do lesado – n.º 2 do art. 4.º;
3. Lei do País em que **dano ocorra** (*Lex Loci Delicti Commisii*) – n.º 1 do ar. 4.º;
5. Lei do País com uma **conexão mais estreita** («cláusula de salvaguarda) – n.º 3 do art. 4.º.

8. Regras excepcionais

8.1. Normas de aplicação imediata

8.1.1. Os preceitos do RR2 não constituem um obstáculo à aplicação de **normas internas de natureza imperativa** incidentes sobre obrigações não contratuais, qualquer que seja o resultado da escolha de lei – art.s 16 e n.º 2 do art. 14.º.

8.1.2. Da mesma forma, as **disposições de Direito da União Europeia «não derogáveis** por convenção, tal como aplicadas pelo Estado-Membro do foro» têm precedência sobre o acordo das partes sobre a escolha de lei – n.º 3 do art. 14.º.

8.2. Regras de segurança e de conduta

8.2.1. As «**regras de segurança e de conduta** em vigor no lugar e no momento em que ocorre o facto» podem ser consideradas na avaliação do comportamento do lesante – art. 17.º.

8.2.2. O resultado de tal avaliação deve ser acolhido entre a **matéria de facto** e não ponderado num contexto de análise e subsunção jurídica.

8.2.3. A aplicação das regras mencionadas é feita após consideração da **justificabilidade** ou adequação dessa operação.

9. Relação com outras normas de Direito da União Europeia

O RR2 é compatível com a aplicação de normas de Direito da União Europeia que contenham regras de conflitos relativas a **matérias específicas** sobre responsabilidade civil extracontratual – v.d. art. 27.º.

10. Relações com Convenções internacionais pré-existent

10.1. O Regulamento não prejudica a aplicação de:

1. Convenções internacionais;
2. Das quais um ou mais Estados-Membros fossem

partes na altura da sua adopção;

3. Que contenham regras de conflitos de leis relativas a responsabilidade civil extracontratual.

10.2. Porém, entre Estados-Membros, o RR2 tem precedência, nos termos do disposto no art. 28.º, sobre:

- a. Convenções;
- b. Concluídas entre dois ou mais Estados-Membros;
- c. Que os vinculem de forma exclusiva;
- d. Que tenham o mesmo objecto.

10.3. Emerge do afirmado que as Convenções celebradas entre Estados-Membros e Estados Terceiros têm precedência sobre o Regulamento *Roma II*.

Encontramos nesta situação a *Convenção de Haia sobre a Lei Aplicável em matéria de acidentes rodoviários* (1971) e a *Convenção de Haia sobre a Lei Aplicável em matéria de Responsabilidade por Produtos Defeituosos* (1973).

11. O primeiro factor de conexão – a lei escolhida pelas partes

11.1. O art. 14.º contém a primeira e decisiva regra em matéria de escolha de lei. Representa a materialização do princípio da autonomia das partes e um esforço sólido no sentido da criação de certeza jurídica conforme visado pelo n.º 31 do preâmbulo. Conforme viabilizado pelo n.º 1 do art. 14.º, as «partes podem acordar em subordinar obrigações extracontratuais à lei da sua escolha».

11.2. Esta escolha pode ser:

1. **Expressa** – ou seja, assente num acordo válido, declarado por palavras;
2. **Tácita**.

11.2.1 A escolha implícita deve ser:

1. Patentada pelas **circunstâncias** do caso;
2. Apresentar-se com razoável grau de **certeza**.

11.3. O acordo deve ser **posterior** ao evento danoso.

Apenas quando as partes prossigam uma **actividade comercial** – por exemplo a actividade seguradora – tal acordo poderá **anteceder** o referido evento.

Emerge daqui a inadmissibilidade de aceitação da relevância de outros pactos anteriores tais como os celebrados com um empregado ou um consumidor.

11.4. O limite da aceitabilidade de acordos expressos ou tácitos é sempre o que emerge da colisão com **direitos de terceiros**.

11.5. A vontade das partes é também relevante sob o contexto do n.º 3 do art. 4.º, já que uma **relação anterior entre elas**, como por exemplo a celebração de um contrato, poderá apontar a existência de uma «conexão manifestamente mais estreita com um país diferente».

11.6.. É **inadmissível** o acordo dos envolvidos na relação jurídica, em matéria de escolha de lei no domínio obrigações extracontratuais relativas a **concorrência** desleal, actos que restrinjam a livre **concorrência** e direitos de **propriedade intelectual** – n.º 4 do art. 6.º e n.º 3 do art. 8.º.

12. Segunda regra de conexão – a lei da residência habitual comum

12.1. O n.º 2 do art. 4.º do RR2 consagra como factor de conexão a *Lex Domicilii Communis Partium*. De acordo com tal critério, numa situação de ausência de escolha de lei pelas partes, a obrigação não contratual dever ser regulada pela lei do País da **residência habitual comum de ambas** as partes.

Caso esta residência comum exista, a lei do País a que se reporte essa

identidade prevalece sobre a lei do Estado em que tenha ocorrido o facto lesivo.

Para este efeito, é relevante a residência das partes – Autor e Réu («a pessoa cuja responsabilidade é invocada», na terminologia do regulamento) – e não estritamente a do lesado e a do autor material dos danos já que este poderá não figurar na lide, como acontece quando o Réu é uma Companhia Seguradora.

12.2. O art. 23.º fornece algumas definições de residência das partes para os efeitos do Regulamento. Assim:

1. A «residência habitual das sociedades e outras entidades com ou sem personalidade jurídica corresponde ao local onde se situa a respectiva **administração central**»;

2. Quando o «facto que dá origem ao dano seja praticado, ou o dano ocorra, no exercício da actividade de uma sucursal, agência ou outro estabelecimento, considera-se que a residência habitual corresponde ao **local onde se situa a sucursal, agência ou outro estabelecimento**»;

3. A «residência habitual de uma pessoa singular no exercício da sua actividade profissional é o local onde se situa o seu **estabelecimento principal**».

12.3. Não se dispõe de uma **definição** normativa de residência habitual das pessoas singulares sem actividade profissional, o que representa uma séria limitação do Regulamento que tem que ser superada, particularmente se pensarmos nalguns tipos obrigações extracontratuais como as emergentes (com enorme expressão numérica) dos acidentes de viação, geradores de uma enorme diversidade e profusão de problemas.

Em relação a tais pessoas, a noção de residência habitual deverá ser obtida por apelo à **lei interna** dos Estados-Membros.

12.4. A atribuição de um tal relevo à residência habitual assenta na

crença de que o País da residência comum está ligado ao litígio de forma mais estreita e que, fazendo uso desse factor de conexão, é possível reduzir os custos emergentes para o Autor e para o Réu.

12.5. Este sistema é susceptível de gerar algumas fragilidades, particularmente se ponderarmos os interesses das Seguradoras no quadro dos acidentes de viação. Para este efeito, considerando que as aludidas seguradoras actuam no País em que o veículo está registado, poderá sustentar-se que a pessoa envolvida num acidente de viação sob qualquer estatuto – proprietário, locador ou empregador – deveria ser considerada, para efeitos de determinação da lei aplicável, como habitualmente residente no País em que exista tal registo.

12.6. Por outro lado, pode dizer-se que este critério não atende à soberania territorial do Estado em que se situa o local do evento danoso e ilude as expectativas da maioria das pessoas, que tende a antever a aplicação da lei revelada por essa soberania, *id est*, assente numa ligação circunstancial e específica com um determinado espaço físico.

12.7. Em caso de pluralidade de partes, todas elas têm que ter a sua residência no mesmo Estado para que a referida regra seja aplicável.

13. Terceiro factor de conexão – a lei do País da ocorrência do dano

13.1. A *lex loci delicti comissi* or *lex damni* corresponde ao terceiro factor de conexão utilizado com vista a determinar a lei aplicável. Tal critério, modelado no n.º 1 do art. 4.º, funciona em termos **subsidiários**, o que significa que, se **nenhum dos factores** anteriormente enunciados se materializar, as obrigações extracontratuais serão reguladas pela lei do lugar em que o dano ocorra, independentemente do local em que se verifique a prática do facto gerador do prejuízo ou em que se tenham produzido consequências indirectas.

Esta opção pelo lugar do dano representa uma solução sólida (adoptada por França) que responde às situações comuns em em que o facto causal é produzido num País e as consequências do mesmo materializadas num outro (*Distanzdelikte*, na doutrina alemã).

13.2. Se o facto danoso produzir danos em distintos Países, é aplicável a cada dano a lei do País em que o mesmo se concretize (de acordo com a *teoria do mosaico* – *Mosaikbetrachtung* – relativa a danos plurilocalizados).

Esta tese, consagrada no RR2, torna possível a aplicação de mais de uma lei a um mesmo facto gerador de prejuízos, o que afasta a necessidade de recurso a critérios secundários conducentes à identificação do dano relevante para o efeito de gerar a escolha de uma única lei.

13.3. O local da produção de **consequências indirectas** assume-se como irrelevante como factor de conexão, o que poderá fazer sentido face à sua imprevisibilidade pelos sujeitos envolvidos.

O único **dano** relevante é o **directo**, pelo que a lei aplicável é a do lugar em que o mesmo se verifique.

13.4. Só o **lesado directo assume relevo** na economia do RR2. O indirecto, ou seja, o que sofre um dano em consequência de uma lesão sofrida por uma outra pessoa – por exemplo, o pai que tem um ataque cardíaco ao ver, pela televisão, o seu filho ser brutalmente agredido – não tem importância autónoma no âmbito da escolha de lei.

Neste domínio, poderia ser recomendável a solução proposta pelo CCBE (*Conseil des Barreaux de L'Union Europeenne*) – in '*Response to the Proposal of the European Parliament and the Council for a Regulation on the law Applicable to Non-contractual Obligations (Rome II)*' – no sentido da relevância dos danos indirectos ou secundários e da possibilidade de ser aplicável a lei do País de materialização desses danos ao abrigo do *Princípio do Mosaico*

(*Mosaikbetrachtung*) supra referido, por o mesmo poder conduzir à solução mais justa e mais simples e ter alegada correspondência no texto legal sob ponderação.

13.5. O carácter subsidiário do critério da verificação do dano sob ponderação resulta do facto de:

1. O lugar do dano poder surgir em função de uma conjugação de circunstâncias imprevisíveis e apontar uma conexão não pré-figurável com o Direito estrangeiro;
2. A escolha das partes poder produzir menor custos de litigância e não envolver atentado a interesses públicos.

13.6. Este critério tem algumas **vantagens** que merecem destaque:

1. É simples – porquanto se mostra fácil, por regra, a determinação do local de manifestação do dano;
2. É previsível – já que os cidadãos comuns contam com o seu funcionamento;
3. Reduz o debate sobre lei aplicável – face à sua simplicidade;
4. Diminui os custos de litigância em função da sua alta previsibilidade – as partes envolvidas movimentam-se, por sua própria iniciativa em espaços geográficos cuja lei podem prever que seja aplicada.

13.7. Para o efeito de funcionamento deste factor de conexão, o **território compreende:**

1. O **solo**;
2. O **mar territorial**;
3. O **espaço aéreo**;
4. As **embaixadas**;
5. As **aeronaves** – no quadro da Convenção sobre

Aviação Civil Internacional de 7 de Dezembro 1944 (art.s 17.º a 21.º) todas as aeronaves têm a nacionalidade do Estado em que se encontrem registadas;

6. Os **barcos**.

13.8. Se os danos ocorrerem num **espaço geográfico não sujeito a soberania territorial** – v.g. *Mar Aberto, Antartida ou Fundos Marinhos* – a regra aplicável não é a vertida no n.º 1 do art. 4.º mas no n.º 3 deste artigo – «cláusula de salvaguarda». Quer isto dizer que, nesta situação, não é aplicável a lei do Estado do produção do dano – porque inexistente – mas a do País com o qual o facto danoso esteja mais estreitamente ligado.

14. O quarto factor de conexão – a «cláusula de salvaguarda»

14.1. Conforme anunciado pelo n.º 18 do preâmbulo, o n.º 3 do art. 4.º contém uma «cláusula de salvaguarda» que permite a fuga ou afastamento das regras enunciadas nos n.ºs 1 e 2 desse artigo.

Essa cláusula funciona «se resultar claramente do conjunto das circunstâncias do caso que a responsabilidade fundada em acto lícito, ilícito ou no risco apresenta uma conexão manifestamente mais estreita com outro país» – vd. o aludido n.º 18 – o que representa uma excepção aberta e de natureza genérica assente numa regra flexível de aferição jurisdicional no que tange à concretização das respectivas condições de funcionamento. Tal cláusula é activável sempre que outro País apareça com uma relação privilegiado com o facto danoso.

14.2. Para este efeito, não é suficiente a simples conexão de circunstâncias do caso com um determinado Estado-Membro. Exige-se, ainda, que essa ligação seja:

1. Estreita e
2. Manifesta.

14.3. Quando um dano seja imprevisível para as partes e o vínculo com um determinado País através da manifestação do prejuízo assuma carácter fortuito, poderá ser vantajoso para as partes aplicar a lei com a qual a situação possua um vínculo mais estreito.

14.4. Sem prejuízo da prevalência da regra da residência habitual comum, é possível que seja considerada aplicável, ao abrigo desta cláusula, a lei do País em que tenha ocorrido o facto danoso ou a de um Estado Terceiro em vez das regras jurídicas do local da aludida residência comum.

14.5. Por esta via técnica, o Tribunal competente tem poderes para afastar o critério da residência habitual ou da lei do local do dano se considerar que a aplicação desses factores de conexão poderá ser negativa para as partes, designadamente por produzir custos mais elevados. Para que assim seja, a lei rejeitada deve revelar uma fraca ligação com os factos e uma baixa previsibilidade.

14.6. Dado que os normais factores de conexão apontam, por regra, a lei melhor colocada para regular o conflito, a cláusula de salvaguarda funciona sempre numa base **excepcional**.

14.7. Trata-se de uma regra assente na ideia – originária do sistema legal dos Estados Unidos da América – de que os Tribunais devem procurar a melhor lei para regular o litígio.

Baseia-se na noção de que, em matéria de obrigações de emanção não contratual, os factos não estão indissociavelmente ligados a um País específico e de que ao Órgão Jurisdicional cumpre a tarefa de encontrar a lei melhor posicionada para atender às particulares necessidades emergentes do caso e materializar o objectivo de administrar Justiça efectiva.

14.8. Claro está que, neste percurso, o Tribunal tem que

fundamentar, de forma clara e sólida, a sua decisão de aplicação da apontada cláusula.

O Regulamento fornece algum subsídio para a definição dos contornos dessa fundamentação, recordando a importância de uma **relação pré-existente** como factor indicativo – conexão acessória – patenteando que uma «conexão manifestamente mais estreita com um outro país poderá ter por base, nomeadamente, uma relação preexistente entre as partes, tal como um contrato, que tenha uma ligação estreita com a responsabilidade fundada no acto lícito, ilícito ou no risco em causa» – n.º 3 do art. 4.º.

Isto ocorre, por exemplo, face a um pacto negocial anterior que imponha o sobrevôo regular de três Países por uma determinada carreira aérea e que permita concluir que os subscritores desse pacto esperaram a aplicação da lei de um desses três Países.

14.9. Como já se viu, esta cláusula é também aplicável face à existência de espaços geográficos sobre os quais **não incidam soberanias territoriais**.

15. Alcance da lei aplicável

15.1. A título meramente **exemplificativo**, o art. 15.º lista um grupo de questões jurídicas reguladas pela lei considerada aplicável às obrigações não contratuais.

Essas questões são:

- a) O fundamento e o âmbito da responsabilidade;
- b) As causas de exclusão da responsabilidade, bem como qualquer limitação e repartição da responsabilidade;
- c) A existência, a natureza e a avaliação dos danos ou da reparação exigida;
- d) As medidas que um tribunal pode tomar para

prevenir ou fazer cessar o dano ou assegurar a sua reparação;

e) A transmissibilidade do direito de exigir indemnização ou reparação, incluindo por via sucessória;

f) As pessoas com direito à reparação do dano pessoalmente sofrido;

g) A responsabilidade por actos de outrem;

h) As formas de extinção das obrigações, bem como as regras de prescrição e caducidade.

Coimbra, Universidade, 21 de Fevereiro de 2017