

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI APLICÁVEL AO CONTRATO DE SEGURO

NUNO ANDRADE PISSARRA

*Assistente da Faculdade de Direito de Lisboa
Mestre em Direito
Advogado*

Recibido: 31.03.2011 / Aceptado: 15.04.2011

Resumo: Em 1 de Janeiro de 2009, entrou em vigor em Portugal o Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril, que aprovou um novo regime jurídico para o contrato de seguro. Este diploma contém, nos seus artigos 5.º a 10.º, regras destinadas a determinar a lei competente para regular o contrato de seguro internacional. Tais regras vieram substituir as que anteriormente transpuseram, para a ordem jurídica nacional, as Directivas comunitárias sobre a matéria. No entanto, a sua aplicação ficou muito prejudicada pela entrada em vigor do Regulamento Roma I. Neste estudo faz-se uma breve análise dos artigos 5.º a 10.º do novo regime jurídico do contrato de seguro, bem como dos preceitos internos por eles revogados e das regras sobre direito aplicável constantes das Directivas 88/357/CEE e 2002/83/CE. Numa última parte, serão estudadas as importantes normas de conflitos do Regulamento Roma I.

Palavras-chave: Decreto-Lei n.º 72/2008, Convenção de Roma, Regulamento Roma I, Directiva 88/357/CEE, Directiva 2002/83/CE, Decreto-Lei n.º 94-B/98, contrato de seguro, contrato de seguro internacional, lei aplicável, Direito aplicável, regras de conflitos, Direito de conflitos, risco, compromisso, normas de aplicação imediata.

Abstract: On the 1st of January 2009, a new legal regime regarding insurance contracts entered into force in Portugal. Approved by Decree-Law no. 72/2008, such regime contains, in its articles 5 to 10, new conflicts of law rules on international insurance contracts, which have replaced the former domestic conflicts rules approved by Decree-Law no. 94-B/98. Both Decree-Law no. 94-B/98 and Decree-Law no. 72/2008 aimed to transpose into Portuguese legal system the EU Directives on insurance contracts. Notwithstanding, the scope of application of articles 5 to 10 became severely affected when Rome I Regulation entered into force on December 17, 2009. Throughout the subsequent study, articles 5 to 10 of Decree-Law no. 72/2008 and the previous conflicts of law rules repealed by it, as well as the provisions established in Directives 88/357/CEE and 2002/83/CE on applicable law and those that have been introduced by Rome I Regulation shall be analyzed.

Key words: Decree-Law no. 72/2008, Rome Convention, Rome I Regulation, Directive 88/357/CEE, Directive 2002/83/CE, Decree-Law no. 94-B/98, insurance contract, international insurance contract, applicable law, conflicts of law rules, conflicts law, risk, commitment, *lois de police*.

Sumário: I. Aspectos gerais. II. Contratos anteriores à LCS. Em especial, as normas sobre Direito aplicável da Segunda Directiva 88/357/CEE, da Directiva «Vida» 2002/83/CE e do Decreto-Lei n.º 94-B/98. III. Contratos posteriores à LCS. 1. Âmbito de aplicação das normas da LCS sobre Direito aplicável. As normas da Convenção de Roma. 2. Conceitos de contrato de seguro e de contrato de seguro internacional. 3. Os arts. 6.º e 7.º da LCS. 4. O art. 8.º da LCS. 5. O art. 9.º da LCS. 6. O art. 10.º da LCS. IV. Contratos abrangidos pelo Regulamento Roma I. 1. Âmbito de aplicação do Regulamento Roma I. 2. O art. 7.º do Regulamento Roma I. 3. Os arts. 3.º, 4.º e 6.º do Regulamento Roma I.

I. Aspectos gerais

1. A Lei do Contrato de Seguro portuguesa, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril (de ora em diante, LCS)¹, contém, nos arts. 5.º a 10.º, regras destinadas a determinar a lei competente para regular o contrato de seguro internacional.

Estas regras são especiais e derogam as normas de conflitos gerais em matéria de obrigações contratuais de fonte interna (*maxime*, os arts. 41.º e 42.º do Código Civil português). Di-lo o próprio art. 5.º da LCS, quando prescreve que ao «contrato de seguro aplicam-se as normas gerais de direito internacional privado em matéria de obrigações contratuais [...] com as especificidades constantes dos artigos seguintes».

Mas o âmbito de aplicação dos arts. 5.º a 10.º da LCS é muito escasso, por força da vigência em Portugal de normas de conflitos de fonte internacional e comunitária aplicáveis ao contrato de seguro, normas que prevalecem sobre as da LCS, de harmonia com o art. 8.º da Constituição da República Portuguesa. No art. 5.º da LCS diz-se que ao «contrato de seguro [se aplicam] as normas gerais de direito internacional privado em matéria de obrigações contratuais, nomeadamente as decorrentes de convenções internacionais e de actos comunitários que vinculem o Estado Português, com as especificidades constantes dos artigos seguintes», mas claro está que esta referência às limitações introduzidas pelas «especificidades constantes dos artigos seguintes» só vale em relação às normas de conflitos de fonte interna. Não está o Direito interno ordinário autorizado a determinar a prevalência das disposições contidas nos arts. 6.º a 10.º da LCS sobre as normas de fonte comunitária ou internacional.

A principal fonte convencional de Direito Internacional Privado aplicável, na ordem jurídica interna, aos contratos é a Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, aberta à assinatura em Roma em 19 de Junho de 1980 (de ora em diante, Convenção de Roma). Quanto às normas de conflitos de fonte comunitária vigentes em Portugal, as principais constam do 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 (doravante, Regulamento Roma I)², da Directiva 88/357/CEE do Conselho, de 22 de Junho de 1988, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes ao seguro directo não vida e que fixa as disposições destinadas a facilitar o exercício da livre prestação de serviços e que altera a Directiva 73/329/CEE (doravante, Segunda Directiva 88/357/CEE)³, e da Directiva 2002/83/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Novembro de 2002, relativa aos seguros de vida (doravante, Directiva «Vida» 2002/83/CE)⁴. As Directivas, como se sabe, não são directamente aplicáveis.

2. Vejamos então mais de perto como se determina a lei aplicável ao contrato de seguro.

Começaremos por uma referência às regras de conflitos anteriores à LCS, passamos depois às constantes dessa lei e terminaremos com uma breve análise das do Regulamento Roma I.

II. Contratos anteriores à LCS. Em especial, as normas sobre Direito aplicável da Segunda Directiva 88/357/CEE, da Directiva «Vida» 2002/83/CE e do Decreto-Lei n.º 94-B/98

3. As normas de conflitos da LCS aplicam-se aos contratos de seguro celebrados ou renovados após 1 de Janeiro de 2009, nos termos dos arts. 2.º, 3.º, n.º 1, e 7.º do Decreto-Lei n.º 72/2008.

Quanto aos contratos de seguro anteriores a essa data, é necessário distinguir, para determinar a lei que lhes é aplicável, consoante se trate de contratos de seguro cujo risco se situa fora do território dos Estados-Membros ou dentro dele ou ainda de contratos de resseguro.⁵

¹ *Diário da República*, n.º 75, I Série, de 16 de Abril de 2008, pp. 2228 ss.

² *Jornal Oficial da União Europeia*, L 177, de 4 de Julho de 2008, pp. 6 ss.

³ *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, L 172, de 4 de Julho de 1988, pp. 1 ss.

⁴ *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, L 345, de 19 de Dezembro de 2002, pp. 1 ss.

⁵ Sobre a questão da lei aplicável aos contratos de seguro (não abrangidos pelo Regulamento Roma I) que cubram simultaneamente riscos situados dentro e fora do território da Comunidade (ou melhor, do Espaço Económico Europeu), v. L. MERRETT, «Choice of law in insurance contracts under the Rome I Regulation», *Journal of Private International Law*, 5-1, 2009, pp. 51 e

A *localização do risco* para efeitos de determinação das normas de conflitos aplicáveis é feita, por força dos arts. 1.º, n.º 3, *in fine*, da Convenção de Roma, 7.º, n.º 6, do Regulamento Roma I e 6.º, n.º 2, da LCS, nos termos da al. d) do art. 2.º da Segunda Directiva 88/357/CEE e da al. g) do n.º 1 do art. 1.º da Directiva «Vida» 2002/83/CE, fielmente transpostas para o Direito nacional pelas als. j) e l) do art. 2.º, n.º 1, do Regime da Actividade Seguradora e Resseguradora, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de Abril (de ora em diante, RGAS)^{6,7}

Quanto aos seguros não vida, o risco considera-se situado no Estado «onde se encontrem os bens, sempre que o seguro respeite quer a imóveis quer a móveis e seu conteúdo, na medida em que este último estiver coberto pela mesma apólice de seguro» (art. 2.º, n.º 1, al. j), i), do RGAS), ou no Estado «em que o veículo se encontra matriculado, sempre que o seguro respeite a veículos de qualquer tipo» (art. 2.º, n.º 1, al. j), ii), do RGAS), ou no Estado «em que o tomador tiver subscrito o contrato, no caso de um contrato de duração igual ou inferior a quatro meses relativo a riscos ocorridos durante uma viagem ou fora do seu domicílio habitual, qualquer que seja o ramo em questão» (art. 2.º, n.º 1, al. j), iii), do RGAS). Fora destas hipóteses, o risco tem-se por situado no Estado «onde o tomador tenha a sua residência habitual ou, se este for uma pessoa colectiva, [...] onde se situa o respectivo estabelecimento a que o contrato se refere» (art. 2.º, n.º 1, al. j), iv), do RGAS). Quanto aos seguros do ramo vida, o Estado da localização do risco (designado por Estado do compromisso) é aquele em que «o tomador reside habitualmente ou, caso se trate de uma pessoa colectiva, [...] onde está situado o estabelecimento da pessoa colectiva a que o contrato ou operação respeitam» (art. 2.º, n.º 1, al. l), do RGAS)⁸.

4. A lei aplicável aos *contratos de seguro anteriores à LCS cujo risco se situa fora do território dos Estados-Membros* é determinada pelas regras de conflitos da Convenção de Roma, *maxime* pelos arts. 3.º, 4.º e 5.º, que analisaremos brevemente mais adiante⁹.

Porém, a Convenção regula somente os contratos celebrados depois da sua entrada em vigor em cada Estado-Membro (art. 17.º), o que, em Portugal, ocorreu em 1 de Setembro de 1994¹⁰. Os contratos de seguro relativos a riscos situados fora do território dos Estados-Membros celebrados até 31 de Agosto de 1994 regem-se portanto, quanto ao Direito competente, pelas normas de conflitos do Código Civil (arts. 35.º, 36.º, 40.º, 41.º e 42.º).

5. O Direito aplicável aos *contratos de seguro anteriores à LCS cujo risco se situa dentro do território dos Estados-Membros (rectius, do Espaço Económico Europeu)* é definido nos seguintes termos:

- a) até à entrada em vigor das normas de conflitos internas que transpuseram a Segunda Directiva 88/357/CEE e a Segunda Directiva 90/619/CEE¹¹, pelos arts. 35.º, 36.º, 40.º, 41.º e 42.º do Código Civil;

52, e J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, «O contrato de seguro e a Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais», em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, vol. III, Coimbra, Almedina, 2010, p. 165 (defende o *dépeçage* do contrato).

⁶ *Diário da República*, n.º 90, I Série-A, de 17 de Abril de 1998, pp. 1706-(8) ss.

⁷ A Segunda Directiva 88/357/CEE e a Directiva «Vida» 2002/83/CE foram revogadas recentemente, mas com efeitos a partir de 1 de Novembro de 2012, pelo art. 310.º, 1.º §, da Directiva 2009/138/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2009, relativa ao acesso à actividade de seguros e resseguros e ao seu exercício (Solvência II) (*Jornal Oficial da União Europeia*, L 335, de 17 de Dezembro de 2009, pp. 1 ss.). As remissões efectuadas nos actos comunitários e estaduais para aquelas Directivas devem ser entendidas, a partir daquela data, como sendo feitas para a Directiva 2009/138/CE (arts. 309.º, n.º 1, 2.º §, e 310.º, 2.º §). O lugar do risco vem definido, nesta última, em termos substancialmente idênticos aos das Directivas 88/357/CEE e 2002/83/CE (cfr. art. 13.º, n.ºs 13 e 14).

⁸ Pode consultar-se uma boa explicação destas várias hipóteses de localização do risco em F. DE ALMEIDA PIRES, «Da lei aplicável ao contrato de seguro», *Revista Jurídica. Nova Série*, 18-19, 1995, pp. 277 ss.

⁹ *Infra*, n.º 17.

¹⁰ Aviso n.º 240/94, *Diário da República*, n.º 217, I Série-A, de 19 de Setembro de 1994, p. 5610.

¹¹ Segunda Directiva 90/619/CEE do Conselho, de 8 de Novembro de 1990, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes ao seguro directo de vida, que fixa as disposições destinadas a facilitar o exercício efectivo da livre prestação de serviços e altera a Directiva 79/267/CEE (*Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, L 330, de 29 de Novembro de 1990, pp. 50 ss.). O art. 4.º da Directiva 90/619/CEE corresponde, actualmente, ao art. 32.º da Directiva «Vida» 2002/83/CE.

- b) depois da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 102/94, de 20 de Abril (que ocorreu em 1 de Julho de 1994, art. 205.º)¹², pelas regras contidas nos respectivos arts. 180.º a 185.º;
- c) depois da entrada em vigor do RGAS, pelas regras contidas nos respectivos arts. 188.º a 193.º¹³ (que alteraram as do Decreto-Lei n.º 102/94).

Nas linhas que se seguem analisaremos brevemente as regras de conflitos contidas naquelas Directivas e no RGAS.

Antes, no entanto, cumpre esclarecer o seguinte ponto. Como melhor se verá¹⁴, as Directivas comunitárias continham regras somente aplicáveis quando o contrato de seguro fosse celebrado por seguradoras estabelecidas no território da Comunidade Europeia. Valerá semelhante restrição para as normas de conflitos constantes do Decreto-Lei n.º 102/94 e do RGAS, que transpuseram as Directivas para a ordem jurídica nacional? Se se responder afirmativamente, há-de concluir-se que tais diplomas não indicavam o Direito competente para regular os contratos de seguro celebrados por empresas seguradoras estabelecidas fora do território dos Estados-Membros para cobrir riscos neles situados.

Relativamente ao Decreto-Lei n.º 102/94, pronunciou-se neste sentido FLORBELA DE ALMEIDA PIRES¹⁵. As normas de conflitos aplicáveis seriam, por conseguinte, as do Código Civil relativas ao estatuto contratual.

Já quanto aos arts. 188.º e seguintes do RGAS, pronunciou-se a favor da sua aplicação aos contratos de seguro celebrados por seguradoras estabelecidas fora do território dos Estados-Membros o Prof. LUÍS DE LIMA PINHEIRO¹⁶.

Julgamos ser defensável que tanto as normas de conflitos do Decreto-Lei n.º 102/94 como as do RGAS abrangem os contratos de seguro concluídos por empresas estabelecidas fora do território comunitário. Com efeito, logo do art. 1.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 102/94 e do art. 1.º, n.º 3, do RGAS resulta que ambos se aplicam às «condições de acesso e de exercício da actividade seguradora e resseguradora em território português por sucursais de empresas de seguros com sede social fora do território da Comunidade Europeia»¹⁷.

6. As «indigestas» (na sugestiva expressão de PAUL LAGARDE¹⁸) *regras de conflitos da Segunda Directiva 88/357/CEE* aplicáveis aos contratos de seguro do ramo não vida constam do art. 7.º, n.º 1, als. a), b), c), d), e), f) e h), e do art. 8.º, n.ºs 2, 3 e 4¹⁹.

7. As regras do art. 7.º explicam-se da seguinte forma.

Há-de começar por se distinguir entre contratos que cobrem *grandes riscos* e contratos que não cobrem grandes riscos. Os contratos que cobrem grandes riscos são os que vêm referidos na al. d) do art. 5.º da Primeira Directiva 73/239/CEE²⁰. Ora, no que toca a estes contratos, diz-se na al. f) do art. 7.º, n.º 1, que as partes podem escolher livremente (embora com o limite prescrito na al. g)) a lei aplicável.

¹² *Diário da República*, n.º 92, I Série-A, de 20 de Abril de 1994, pp. 1860 ss.

¹³ V. MARQUES DOS SANTOS, «Algumas considerações sobre a autonomia da vontade no Direito Internacional Privado em Portugal e no Brasil», em *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 279.

¹⁴ *Infra*, n.º 18.

¹⁵ «Da lei aplicável ao contrato de seguro», pp. 300 e 301.

¹⁶ *Direito Internacional Privado. Direito de Conflitos. Parte Especial*, vol. II, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2005, p. 227.

¹⁷ L. MERRETT, «Choice of law in insurance contracts...», p. 51, também dá conta de que a legislação inglesa que transpôs as Directivas de que temos falado se aplica aos contratos de seguro que cobrem riscos situados no território da Comunidade independentemente do lugar do estabelecimento das seguradoras.

¹⁸ «Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)», *Revue critique de droit international privé*, 2, 2006, p. 333.

¹⁹ Quanto ao art. 7.º, n.º 2, v. *infra* n.ºs 40 e 43.

²⁰ Primeira Directiva do Conselho de 24 de Julho de 1973, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes ao acesso à actividade de seguro directo não vida e ao seu exercício (73/239/CEE) (*Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, L 228, de 16 de Agosto de 1973, pp. 3 ss.). A partir de 1 de Novembro de 2012, a remissão para a al. d) do art. 5.º da Primeira Directiva 73/239/CEE deve ter-se por dirigida ao art. 13.º, n.º 27, da Directiva 2009/138/CE (cfr. *supra* nota 7).

Quanto aos contratos que *não cobrem grandes riscos*, cumpre separar aqueles em que o risco se situa no mesmo Estado-Membro da residência habitual ou da administração central do tomador do seguro daqueles em que isso não sucede.

Se o tomador do seguro tiver a residência habitual ou administração central no mesmo Estado-Membro em que o risco se situa, a Directiva prevê a possibilidade de aplicação de três leis: *a)* a lei desse Estado-Membro (art. 7.º, n.º 1, al. a), 1.ª parte); *b)* a lei escolhida pelas partes ao abrigo e nos termos²¹ do Direito de conflitos daquele Estado-Membro, o que pode configurar um caso de reenvio²² (art. 7.º, n.º 1, al. a), 2.ª parte); *c)* em alternativa (cabendo a opção entre a aplicação das leis da al. a) e a da al. e) às partes), a lei do Estado-Membro em cujo território ocorreu ou pode ocorrer o sinistro, sempre que seja um Estado diferente do da localização do risco e o contrato cubra apenas os sinistros verificados nesse Estado (art. 7.º, n.º 1, al. e)).

Se o risco se situar num Estado-Membro diferente do Estado (membro ou não) da residência habitual ou administração central do tomador, a lei aplicável é uma das seguintes: *a)* a lei do Estado-Membro da localização do risco (art. 7.º, n.º 1, al. b)); *b)* a lei do Estado da residência habitual ou administração central do tomador (art. 7.º, n.º 1, al. b)); *c)* a lei escolhida pelas partes ao abrigo do Direito de conflitos do Estado-Membro do risco e do Estado-Membro da residência ou administração do tomador (art. 7.º, n.º 1, al. d))²³; *d)* a lei do Estado-Membro em cujo território ocorreu ou pode ocorrer o sinistro, sempre que seja um Estado diferente do da localização do risco e o contrato cubra apenas os sinistros verificados nesse Estado (art. 7.º, n.º 1, al. e))²⁴. A opção por uma destas leis cabe às partes.

Quando o contrato cobre dois ou mais riscos relativos à actividade comercial, industrial ou liberal do tomador do seguro e eles se situarem em diferentes Estados-Membros, as partes contratantes podem optar pelas seguintes leis: *a)* a lei dos Estados-membros dos riscos (art. 7.º, n.º 1, al. c)); *b)* a lei do Estado onde o tomador tiver a sua residência habitual ou administração central (art. 7.º, n.º 1, al. c)); *c)* a lei escolhida pelas partes ao abrigo do Direito de conflitos dos Estados-Membros dos riscos e da residência ou administração central do tomador (art. 7.º, n.º 1, al. d))²⁵; *d)* a lei do Estado-Membro em cujo território ocorreu ou pode ocorrer o sinistro, sempre que seja um Estado diferente do da localização dos riscos e o contrato cubra apenas os sinistros verificados nesse Estado (art. 7.º, n.º 1, al. e)).

A escolha da lei competente deve ser feita nos termos da al. h) do n.º 1 do preceito em apreço. Se não for feita, ou se for inoperante, o contrato reger-se-á pela lei do país, de entre as referidas nas als. a), b), c), d) e e), com que apresente «maiores afinidades», presumindo-se que esse país é o Estado-Membro onde o risco se situa. Se o risco estiver localizado em vários Estados-Membros, o contrato presume-se dividido em tantos contratos quantos os Estados de localização do risco, aplicando-se a lei de cada um à parte do contrato que cobre o risco situado no respectivo território (art. 7.º, n.º 2, 3.º §)²⁶.

O n.º 2 do art. 7.º, 1.º §, impõe a prevalência, sobre a lei competente nos termos do n.º 1, das normas de aplicação imediata do foro. O 2.º § permite que seja dada prevalência às normas de aplicação imediata de um terceiro Estado-Membro, desde que seja o da localização do risco ou o que impõe a obrigação de seguro.

²¹ Cfr. YVON LOUSSOUARN, «Les conflits de lois en matière de contrat d'assurance et la directive communautaire du 22 juin 1988», *Revue Générale des Assurances Terrestres*, 1, 1989, p. 299.

²² Cfr. P. LAGARDE, Nota à Segunda Directiva do Conselho, de 22 de Junho de 1988, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes ao seguro directo não vida, que fixa disposições destinadas a facilitar o exercício da livre prestação de serviços e que altera a Directiva 73/239/CEE, *Revue critique de droit international privé*, 1, 1989, p. 148.

²³ Atenta a letra da al. d), parece que é necessário que ambos os Estados referidos na al. b) prevejam a faculdade de escolher a lei competente. Cfr. YVON LOUSSOUARN, «Les conflits de lois en matière de contrat d'assurance...», p. 300, P. LAGARDE, Nota à Segunda Directiva do Conselho..., p. 148, e F. DE ALMEIDA PIRES, «Da lei aplicável ao contrato de seguro», p. 305.

²⁴ Por exemplo: num seguro para cobrir os riscos de uma viagem por 1 mês a França, subscrito em território nacional entre espanhol com residência habitual na Espanha e seguradora com sede na Espanha, pode-se escolher como competente o Direito francês. O lugar do risco é em Portugal (art. 1.º, al. d), 3.º travessão, da Segunda Directiva 88/357/CEE) e o do sinistro é na França.

²⁵ Também aqui sendo necessária a concordância de todas as leis quanto à faculdade de designar o Direito competente (cfr. *supra* nota 23).

²⁶ Neste sentido, v. P. LAGARDE, Nota à Segunda Directiva do Conselho..., p. 148.

O complexo art. 8.º da Segunda Directiva 88/357/CEE refere-se à lei aplicável ao contrato de seguro obrigatório²⁷. A lei competente é, em princípio, a lei definida nos termos do art. 7.º²⁸. Todavia, podem os Estados-Membros optar pela adopção de uma regra de conflitos que mande aplicar a lei do Estado que impõe a obrigação de seguro, isto é, que regula o tipo de seguro em causa como sendo obrigatório (art. 8.º, n.º 4, al. c)). Se o não fizerem, estabelece ainda o art. 8.º, n.º 3, que, em caso de contradição entre a lei do lugar do risco e a do Estado-Membro que impõe a obrigação de seguro, prevalece esta²⁹.

8. *As regras de conflitos previstas na Directiva «Vida» 2002/83/CE, aplicáveis aos contratos de seguro do ramo vida, constam do art. 32.º, n.ºs 1 e 2.*

A Directiva impõe aos Estados-Membros, como regra geral, a adopção de uma norma de conflitos que mande aplicar a lei do Estado-Membro do compromisso, isto é, daquele em que o tomador reside habitualmente ou, caso se trate de uma pessoa colectiva, em que está situado o estabelecimento a que o contrato ou operação respeita³⁰.

No entanto, deverão os Estados consagrar, igualmente, a faculdade de aplicação da lei escolhida pelas partes nos termos do Direito de conflitos do Estado-Membro do compromisso, quando para este remeta a norma de conflitos do foro, bem como o direito de as partes designarem a lei do Estado-Membro da nacionalidade do tomador, se for pessoa singular e residir habitualmente fora desse Estado.

9. *Passemos agora às normas de conflitos do RGAS (arts. 188.º a 193.º).*

Como se disse, este diploma visou transpor a Segunda Directiva 88/357/CEE e a Directiva «Vida» 2002/83/CE para o ordenamento jurídico português. Dissemos igualmente que, dentro do seu domínio de aplicação temporal, se aplica quando o risco está situado no território de Estados-Membros e independentemente de a empresa seguradora estar ou não estabelecida no território da União Europeia³¹.

No que respeita à determinação do Direito aplicável, julgamos deverem ser tratadas separadamente as hipóteses em que o risco está situado só em Portugal, também em Portugal ou só no estrangeiro.

10. *Se o risco estiver localizado só em Portugal, regem as regras de conflitos contidas nos arts. 188.º e 189.º.*

O art. 188.º aplica-se às situações em que o risco coberto pelo contrato de seguro (de vida ou não vida) esteja situado em Portugal e o tomador do seguro tiver em Portugal a sua residência habitual ou administração principal.

A lei competente, estatui-se no preceito, é a lei escolhida pelas partes (n.º 2).

Na falta de escolha, coloca-se a dúvida sobre se se deve aplicar a conexão subsidiária geral do art. 191.º, n.º 2, ou antes a regra de conflitos do art. 188.º, n.º 1. A resposta varia consoante se veja no n.º 1 do art. 188.º uma regra funcionalmente equivalente às dos arts. 189.º, n.º 1, e 190.º, n.º 1, ou não. Com efeito, nestes últimos preceitos, o legislador limita-se a enunciar algumas das leis que podem ser escolhidas pelas partes para reger o contrato. O que neles se prevê é, pois e desde logo, o exercício da autonomia conflitual pelas partes contratantes. Mas não parece que seja essa a natureza do art. 188.º, n.º 1, porquanto se não faz nele menção à *opção* das partes, como sucede nos arts. 189.º, n.º 1, e 190.º, n.º 1. Em vez de se falar da faculdade de escolha da lei portuguesa, nele determina-se simplesmente que os «contratos de seguro [...] são regulados pela lei portuguesa». Acresce que o recurso ao art. 191.º, n.ºs 2 e 4, para definir o Direito competente em caso de falta de escolha conduziria à aplicação da lei do Estado-Membro do risco (Portugal), salvo se houvesse conexão mais estreita com outro Estado. Mas sendo a residência habitual ou a administração central do tomador em Portugal, não se vê como pudesse

²⁷ Para uma análise bastante crítica desta disposição, v. M. FALLON, «La loi applicable au contrat d'assurance selon la directive du 22 juin 1988», *Revue Générale des Assurances Terrestres*, 1, 1989, pp. 259 ss.

²⁸ Sublinhando este aspecto, v. M. FALLON, «La loi applicable au contrat d'assurance...», p. 260.

²⁹ Para F. DE ALMEIDA PIRES, «Da lei aplicável ao contrato de seguro», p. 311, a norma em apreço é censurável, por não ser compreensível «que idêntica limitação não esteja estabelecida para os casos em que a lei reguladora do contrato seja v.g. a lei do lugar da residência habitual ou administração central do tomador do seguro ou a lei do lugar em que se verifica o sinistro».

³⁰ Cfr. *supra* n.º 3.

³¹ Cfr. *supra* n.º 5.

o Direito competente ser outro que não o português. É defensável, por conseguinte, que se veja no n.º 1 do art. 188.º uma conexão subsidiária especial (por contraposição à geral do art. 191.º, n.º 2), adoptada para funcionar quando se não concretize a conexão prevista no n.º 2.

O art. 189.º reporta-se às hipóteses em que o risco se situa em território português e o tomador do seguro não tem em Portugal a sua residência habitual ou a sua administração principal.

Em tais hipóteses, o Direito competente é o escolhido pelas partes contratantes, sendo que estas podem designar, nos termos do n.º 1, o Direito português ou o do Estado-Membro em que o tomador tiver a sua residência habitual ou administração principal e ainda, de harmonia com o n.º 2, o Direito de qualquer outro Estado, nos limites do art. 191.º, n.º 1.

Não tendo havido escolha, o Direito competente será o do Estado (salvo o caso do n.º 3 do art. 191.º), de entre os referidos nos arts. 188.º a 190.º, com cuja ordem jurídica o contrato esteja em mais estreita conexão (art. 191.º, n.º 2), presumindo-se ser esse o Estado-Membro em que o risco se situa (Portugal). A presunção é ilidível.

11. Quando o risco está situado também em Portugal rege o art. 190.º. Esta disposição aplica-se se estiverem reunidos quatro pressupostos: *a)* o contrato de seguro cobre dois ou mais riscos situados em Portugal e noutros Estados-Membros (e não Estados terceiros); *b)* o tomador do seguro exerce uma actividade comercial, industrial ou liberal; *c)* o contrato de seguro refere-se a essa actividade; *d)* o tomador tem residência habitual ou administração principal num Estado-Membro que não os Estados-Membros da localização dos riscos.

A lei mandada aplicar é, em primeira linha, a lei escolhida pelas partes (art. 190.º, n.º 2), podendo estas designar: *a)* a lei de qualquer um dos Estados-Membros de localização dos riscos; *b)* a lei do Estado-Membro da residência habitual ou administração principal do tomador; *c)* outra lei, nos limites do art. 191.º, n.º 1, mas apenas quanto aos riscos situados em território português (art. 190.º, n.º 2).

Não tendo sido feita escolha, o Direito competente é o do Estado (salvo o caso do n.º 3 do art. 191.º), de entre os referidos no art. 190.º, com cuja ordem jurídica o contrato esteja em mais estreita conexão (art. 191.º, n.º 2), presumindo-se ser o do Estado-Membro em que o risco se situa (n.º 4). Dado que o risco se situa em dois ou mais Estados-Membros, a presunção vale para todos eles e tem de se aplicar a lei de cada um à parte do contrato que cobre o risco situado no respectivo território (cfr. art. 192.º, n.º 2, por analogia), salvo ilisão da presunção.

12. A epígrafe do art. 191.º («declaração expressa») não dá uma ideia correcta sobre o seu teor. Primeiro, no n.º 1 admite-se logo que a escolha seja, não só expressa, como também implícita, desde que resulte inequivocamente das cláusulas do contrato³².

Segundo, no mesmo n.º 1 estabelece-se ainda *que* leis podem ser objecto da escolha das partes³³.

Terceiro, os n.ºs 2 a 4 prevêm uma verdadeira regra de conflitos autónoma, que nada tem a ver com a forma da *electio iuris*. O n.º 2 aplica-se se se verificar uma das seguintes situações: *a)* as partes contratantes não escolheram a lei aplicável, ou a escolha é ineficaz («se as partes contratantes não tiverem escolhido a lei aplicável»); *b)* o caso não cabe nas previsões dos artigos 188.º a 190.º («[fora] dos casos a que se referem os artigos anteriores»).

A primeira situação reporta-se às hipóteses em que as partes, podendo escolher a lei aplicável nos termos dos arts. 188.º a 191.º, n.º 1, o não fizeram porém ou o fizeram fora dos limites neles previstos. O art. 191.º, n.º 2, contém, neste domínio, uma regra de conflitos subsidiária.

A segunda reporta-se a todos os contratos não abrangidos pelas regras de conflitos dos arts. 188.º a 190.º (*maxime* àqueles em que o risco se situa exclusivamente em um ou mais Estados-Membros estrangeiros). Neste ponto, o art. 191.º, n.º 2, contém uma conexão primária. Esta solução legal é estranha, porque veda às partes, em contradição com as Directivas vida e não vida, a possibilidade de escolherem a lei aplicável a tais contratos³⁴.

³² Quanto ao significado desta expressão, v. *infra* n.º 24.

³³ Quanto a este ponto, v. *infra* n.ºs 26 a 29.

³⁴ Neste sentido, v. F. DE ALMEIDA PIRES, «Da lei aplicável ao contrato de seguro», p. 318. Admitindo a escolha, que seria

De harmonia com o n.º 2 do art. 191.º, a lei competente é, de entre as leis dos Estados com que se verifique alguma das conexões referidas nos arts. 188.º a 190.º, aquela com que o contrato apresente mais estreita conexão. Contam apenas, portanto, os Estados da localização do risco ou dos riscos e da residência habitual ou administração principal do tomador do seguro. Segundo o n.º 4, presume-se que a conexão mais estreita se estabelece com a ordem jurídica do Estado-Membro do risco. A presunção é ilidível. No n.º 3 do artigo admite-se, *excepcionalmente*, o *dépeçage* objectivo do contrato, caso em que se lhe aplicam duas leis.

13. O art. 192.º continha regra especial relativamente ao art. 22.º, n.º 1, do Código Civil, mas que, perante ele, era evitável. Sendo competente uma lei estrangeira, é evidente que não pode *a sua aplicação*³⁵ envolver ofensa aos princípios de ordem pública internacional portuguesa, quer o risco esteja situado em território nacional quer no estrangeiro. Pode é acontecer que, situando-se o risco em Portugal, se possa fazer actuar a reserva de ordem pública internacional mais facilmente, dada a relatividade que a caracteriza.

A sanção para a violação da reserva de ordem pública internacional portuguesa vem prevista no art. 22.º, n.º 2, do Código Civil.

No art. 192.º, n.º 3, continha-se disposição material especial que, segundo nos parece, valia tanto para contratos internos como para contratos transnacionais, apesar da sua inserção sistemática³⁶: não existia no RGAS norma equivalente à do art. 14.º da LCS, além de que o n.º 3 se não referia, como o n.º 1, apenas à ordem pública *internacional*. Sendo o contrato de seguro transnacional, o art. 192.º, n.º 3, constitui-se numa norma de aplicação imediata reguladora de todos os contratos que tenham com o território português uma conexão relevante (v.g., quando Portugal é o Estado da situação do risco ou do compromisso), independentemente do Direito que seria aplicável segundo as regras de conflitos dos arts. 188.º a 191.º³⁷.

14. A regra do art. 193.º, n.º 1, passou para o art. 10.º da LCS, que a seu tempo analisaremos.

III. Contratos posteriores à LCS

1. Âmbito de aplicação das normas da LCS sobre Direito aplicável. As normas da Convenção de Roma

15. Para determinar o âmbito de aplicação das normas sobre Direito aplicável da LCS, deve começar por se distinguir consoante se tenha de aplicar ou não o Regulamento Roma I.

Como adiante melhor se verá³⁸, o Regulamento Roma I aplica-se a todos os contratos de seguro e resseguro celebrados a partir de 17 de Dezembro de 2009, à excepção dos previstos no respectivo art. 1.º, n.º 1, al. j).

As normas do Regulamento prevalecem sobre as regras de conflitos da LCS. É verdade que estas são, no que toca aos contratos que cobrem riscos situados em território dos Estados-Membros, transposição de Directivas comunitárias e que, nos termos do art. 23.º do Regulamento, o Regulamento

regulada nos termos do art. 3.º da Convenção de Roma, v. L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. II, 2.ª ed., pp. 228-229.

³⁵ Não é —como se diz no art. 192.º, n.º 1— a *lei aplicável* que não pode ofender a ordem pública internacional do Estado português, mas sim a *aplicação da lei* (estrangeira).

³⁶ Para o Prof. L. DE LIMA PINHEIRO, o n.º 3 do art. 192.º era uma cláusula especial de ordem pública internacional, que, em substância, se reconduzia a uma norma autolimitada (cfr. *Direito Internacional Privado*, vol. II, 2.ª ed., p. 229, *Direito Internacional Privado. Introdução e Direito de Conflitos. Parte geral*, 2.ª ed., vol. I, Coimbra, Almedina, 2009, p. 592 e nota seguinte). Também o Prof. MARQUES DOS SANTOS via no preceito uma «cláusula especial de ordem pública internacional em matéria de contratos de seguro, diferente da cláusula geral do artigo 22.º do Código Civil» («Algumas considerações sobre a autonomia da vontade...», p. 281).

³⁷ L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, 2.ª ed., vol. I, p. 592, defende tratar-se de uma norma autolimitada aplicável a todos os contratos que cubram riscos situados em território português ou em que Portugal seja o Estado-Membro do compromisso.

³⁸ *Infra* n.ºs 49 a 51.

não prejudica a aplicação das regras de conflitos dos Estados-Membros adoptadas no quadro da transposição de actos comunitários. Todavia, nesse mesmo art. 23.º ressalva-se o art. 7.º do Regulamento, pelo que, no conflito entre as regras da LCS e as do art. 7.º, prevalecem estas.

Assim, tratando-se de contrato de seguro ou resseguro incluído no âmbito de aplicação material do Regulamento e *celebrado a partir de 17 de Dezembro de 2009*, a respectiva lei competente deve ser apurada (com excepção para os contratos referidos no art. 1.º, n.º 1, al. j), do Regulamento) ao abrigo das normas de conflitos daquele diploma comunitário.

16. A LCS aplica-se portanto, no que respeita à determinação da lei aplicável, aos contratos de seguro (não excluídos do âmbito de aplicação material do Regulamento Roma I) celebrados ou renovados *entre 1 de Janeiro de 2009 e 16 de Dezembro de 2009*³⁹.

Neste ponto, há, porém, que fazer nova distinção, consoante se trate de contrato de seguro cujo risco se situa fora do território dos Estados-Membros, dentro desse território ou contrato de resseguro.

17. Aos *contratos de seguro celebrados no referido período que cobrem riscos situados fora do território dos Estados-Membros* seriam, em princípio, aplicáveis as normas de conflitos da LCS⁴⁰. No entanto, sobre elas prevalecem as normas de conflitos contidas na Convenção de Roma, conforme resulta do seu art. 1.º, n.º 1, e, *a contrario*, n.ºs 2 e 3 — e isto quer a seguradora tenha estabelecimento no território da União quer não tenha.

A Convenção de Roma tem aplicação universal, isto é, aplica-se *sempre* que os órgãos de aplicação do Direito portugueses (ou de outros Estados a ela vinculados) sejam chamados a decidir sobre contrato de seguro internacional incluído no seu âmbito de aplicação material — e a lei por ela designada como competente deve ser aplicada mesmo que não seja de um Estado-Membro. Não é satisfatória a definição de aplicação universal dada pelo art. 2.º da Convenção.

Não havendo na Convenção norma de conflitos especial consagrada ao contrato de seguro, aplicam-se-lhe as regras de conflitos dos arts. 3.º e 4.º. Assim, as partes podem escolher a lei estadual aplicável, expressa ou implicitamente, total ou parcialmente e aquando da celebração do contrato, antes disso ou depois (art. 3.º, n.ºs 1 e 2). Se o fizerem, é a lei escolhida a competente para reger o contrato⁴¹. Na falta de escolha, recorre-se ao art. 4.º, n.ºs 1, 2 e 5, da Convenção: a lei competente para regular o contrato de seguro é então a do Estado (e sempre de um Estado) com o qual o mesmo apresenta a conexão mais estreita (n.º 1), presumindo-se que tal conexão se estabelece com a lei do país em que se situa a residência habitual, administração central ou estabelecimento principal (ou outro, se for através desse que a prestação deva ser fornecida) do fornecedor da prestação característica (n.º 2)^{42,43}.

³⁹ Sublinhando este aspecto, v. A. DA COSTA OLIVEIRA, Anotação aos arts. 5.º a 10.º da LCS, em AAVV, *Lei do Contrato de Seguro. Anotada*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 44 e 47.

⁴⁰ Com efeito, as normas de conflitos da LCS não distinguem conforme o risco se situa dentro ou fora do território dos Estados-Membros.

⁴¹ O art. 3.º, n.ºs 1 e 2, da Convenção de Roma corresponde, salvo num pequeno ponto, ao art. 3.º, n.ºs 1 e 2, do Regulamento Roma I. V., por isso, os breves comentários que tecemos a respeito deste último *infra* (n.ºs 58 a 63).

⁴² Cfr., porém, P. LAGARDE, Nota à Segunda Directiva do Conselho..., p. 147, que refere, a par da lei da residência habitual, administração central ou estabelecimento principal do segurador, enquanto lei do Estado com o qual existe conexão mais estreita, a «lei da situação do imóvel se o seguro se reporta a um imóvel».

⁴³ Quanto ao conceito de prestação característica, v. MARQUES DOS SANTOS, «Direito aplicável aos contratos celebrados através da Internet e tribunal competente», em *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 167-168, e «A Convenção de Roma e as operações bancárias», em *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 237-238, L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado. Direito de Conflitos. Parte Especial*, vol. II, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, p. 279, e E. GALVÃO TELES, «A prestação característica: um novo conceito para determinar a lei subsidiariamente aplicável aos contratos internacionais. O artigo 4.º da Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais», *O Direito*, 127, 1995, pp. 103 ss. Vale a pena transcrever as palavras dos Prof. M. GIULIANO e P. LAGARDE a este propósito (em tradução livre): «A submissão do contrato, na ausência de escolha das partes, à lei da prestação característica permite, com efeito, concretizar a conexão do contrato a partir do interior e não do exterior, por elementos que não estão em relação com a essência da obrigação, tais como a nacionalidade dos contratantes ou o lugar da conclusão. É possível, além disso, fazer remontar o conceito de prestação característica a uma ideia ainda mais geral, a saber, a ideia de que esta prestação tem em vista a função que a relação jurídica em causa desempenha na vida económica e social do país. O conceito de prestação característica permite, em substância, conectar o contrato ao meio sócio-económico

O fornecedor da prestação característica é, nos contratos de seguro, a seguradora⁴⁴, pelo que a lei competente é, na falta de escolha, a lei do país do estabelecimento principal da seguradora. Só se o contrato apresentar uma conexão mais estreita com outro país que não esse é que a lei competente passa a ser a deste país e não aquela (art. 4.º, n.º 5, da Convenção de Roma)⁴⁵.

Para certa doutrina, minoritária, os n.ºs 2 a 4 do art. 4.º da Convenção de Roma não constituem verdadeiras presunções, mas antes meras directrizes interpretativas, e o n.º 5 não é, conseqüentemente, uma cláusula de excepção⁴⁶. Aceitamos que o n.º 5 não contém uma cláusula de excepção, mas quer-nos parecer que os n.ºs 2 a 4 são efectivamente presunções⁴⁷. A função do n.º 5 é, a nosso ver, a de estabelecer que as presunções são ilidíveis e em que termos o são.

em que ele se vai integrar. A determinação da prestação característica de um contrato não levanta, evidentemente, nenhuma dificuldade no caso de contratos unilaterais. Pelo contrário, no caso de contratos bilaterais (sinalagmáticos), pelos quais os contratantes se encarregam mutuamente de prestações recíprocas, a contra-prestação de uma das partes consiste, na economia moderna, habitualmente em dinheiro. Esta prestação não é, portanto, característica do contrato. É a prestação pela qual o pagamento é devido, isto é, segundo os diferentes tipos de contratos, a transferência da propriedade, a entrega de objectos mobiliários corpóreos, a atribuição do uso de uma coisa, o fornecimento de um serviço, do transporte, do seguro, da actividade bancária, da caução, etc., que constitui o centro de gravidade e a função sócio-económica da operação contratual» («Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles», *JOCE*, n.º C 282, de 31 de Outubro de 1980, pp. 1 ss., anotação n.º 3 ao art. 4.º). Segundo E. GALVÃO TELES, a prestação característica é aquela «que dá uma configuração própria ao tipo contratual em causa por traduzir a sua função económica e social, permitindo distingui-lo dos outros tipos contratuais». «A ideia central da teoria da prestação característica —acrescenta a Autora— reside na identificação da prestação contratual fundamental no tipo contratual em causa, por consistir na actividade pela qual se realiza o seu propósito económico e social essencial. Em consequência, há que proceder à análise da natureza e função de cada tipo contratual, de forma a individualizar, no seu seio, a prestação que traduz essa função» («A prestação característica...», pp. 119 e 104). Pode ver-se uma esclarecida e recente defesa do princípio da prestação característica, contra as críticas que lhe têm sido apontadas, em P. MANKOWSKI, «The Principle of Characteristic Performance Revisited Yet Again», em BOELE-WOELKI, T. EINHORN, D. GIRSBERGER e S. SYMEONIDES (coord.), *Convergence and Divergence in Private International Law. Liber Amicorum Kurt Siehr*, Zurique, Schulthess, 2010, pp. 433 ss. Lembrando Churchill, conclui o autor a pp. 462 que «the principle of characteristic performance might be the worst conflicts rule for contracts — except for all the others that have been tried from time to time»).

⁴⁴ Cfr. M. GIULIANO e P. LAGARDE, «Rapport...», anotação n.º 3 ao art. 4.º, P. LAGARDE, Nota à Segunda Directiva do Conselho..., p. 147, F. DE ALMEIDA PIRES, «Da lei aplicável ao contrato de seguro», p. 293, O. BOSKOVIC, «La protection de la partie faible dans le règlement Rome I», *Recueil Dalloz*, 31, 2008, p. 2177, O. LANDO e P. NIELSEN, «The Rome I Regulation», *Common Market Law Review*, 45-6, 2008, p. 1711, C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «Los contratos de seguro del art. 7 del Reglamento Roma I», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1-2, 2009, pp. 31 e 37, L. MERRETT, «Choice of law in insurance contracts...», p. 57, e J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, «O contrato de seguro e a Convenção de Roma...», pp. 170 e 171. Pode ver-se um desenvolvido exame dos principais critérios destinados a identificar, no seio da economia contratual, a prestação característica, em E. GALVÃO TELES, «A prestação característica...», pp. 107 ss. Em geral, é característica a prestação que tem como contrapartida o pagamento em dinheiro ou, mais exactamente, um pagamento ou retribuição (*ibidem*, pp. 108 a 111). No contrato de seguro, é a prestação do tomador que constitui pagamento ou retribuição da prestação da seguradora (ainda que a prestação desta seja também pecuniária em muitos casos).

⁴⁵ Para um enunciado e análise de vários «casos típicos» em que deve afastar-se a aplicação da lei da prestação característica por via do art. 4.º, n.º 5, da Convenção de Roma, v. E. GALVÃO TELES, «A prestação característica...», pp. 152 ss.

⁴⁶ V. E. GALVÃO TELES, «A prestação característica...», p. 150, L. DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de empreendimento comum (joint venture) em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Cosmos, 1998, p. 852, *Direito Internacional Privado*, vol. II, 2.ª ed., p. 196, *Direito Internacional Privado*, vol. I, p. 399, *Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.ª ed., pp. 279 e 280, e «O novo regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I) — Uma introdução», em *Estudos de Direito Internacional Privado*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 426 e 427, M. H. BRITO, «Direito aplicável ao contrato internacional de concessão comercial», em *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2002, p. 121, e D. MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 469 ss. No sentido de que o art. 4.º, n.º 5, constitui uma autêntica cláusula de excepção, v. MOURA RAMOS, «Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional», separata do vol. XXXVI do Suplemento do *BFDUC*, Coimbra, 1991, pp. 405, 406 e 408-409, «Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions — Portugal», em *Das relações privadas internacionais. Estudos de Direito Internacional Privado*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 300-301, «Remarques sur les développements récents du droit international privé portugais en matière de protection des consommateurs», em *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 30, e «Previsão normativa e modelação judicial nas convenções comunitárias relativas ao Direito Internacional Privado», em *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 230 ss., e MARQUES DOS SANTOS, *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado. Esboço de Uma Teoria Geral*, 2 vols., Coimbra, Almedina, 1991, p. 398, nota 1298, e «A Convenção de Roma...», p. 238.

⁴⁷ Cfr. MOURA RAMOS, «L'adhésion du Portugal aux conventions communautaires en matière de droit international privé», em *Das relações privadas internacionais. Estudos de Direito Internacional Privado*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 165 e 166, e «Previsão normativa e modelação judicial...», pp. 229 e 230, e MARQUES DOS SANTOS, «Direito aplicável aos contratos...», p. 171, e «A Convenção de Roma...», p. 237.

O art. 5.º da Convenção de Roma, dedicado à determinação da lei aplicável aos contratos celebrados por consumidores, também parece relevar para os contratos de seguro (não os de resseguro), desde que se interprete o n.º 1 de maneira a incluir na locução «contratos que tenham por objecto o fornecimento de [...] serviços» os contratos de seguro⁴⁸. A admitir-se esta interpretação e uma vez reunidos os demais pressupostos de aplicação do art. 5.º⁴⁹, a lei competente será a lei escolhida pelas partes (n.º 2) ou, na falta de escolha, a da residência habitual do consumidor (n.º 3). Todavia, em caso de estipulação, as normas da lei designada devem ceder lugar às disposições imperativas da lei da residência habitual (a qual fornece um padrão mínimo de protecção) que, no caso, se mostrarem mais favoráveis aos interesses do consumidor.

Além dos arts. 3.º, 4.º e 5.º, interessam ainda sobretudo, para definir o estatuto contratual do contrato de seguro, os arts. 7.º, 8.º, 9.º, 15.º, 16.º e 19.º da Convenção, cujo regime não compete desenvolver neste lugar.

18. *Aos contratos de seguro celebrados no período referido que cobrem riscos situados dentro do território dos Estados-Membros* (ou do Espaço Económico Europeu) não pode aplicar-se a Convenção de Roma, por força da exclusão prevista no seu art. 1.º, n.º 3. Tais contratos são regulados pelas regras de conflitos da LCS.

As Directivas de que as normas de conflitos da LCS constituem transposição regulam apenas a lei aplicável aos contratos de seguro celebrados por empresas estabelecidas nos Estados-Membros. Efectivamente, o art. 7.º, proémio, da Segunda Directiva 88/357/CEE remete para o art. 1.º da Primeira Directiva 73/239/CEE, que abrange tão-só a actividade de seguros praticada por empresas estabelecidas no território de um Estado-Membro, e o art. 32.º, n.º 1, da Directiva «Vida» 2002/83/CE remete para o respectivo art. 2.º, proémio, que igualmente limita o seu objecto à actividade de seguros praticada por empresas estabelecidas num Estado-Membro. Não obstante, afigura-se-nos correcta a interpretação segundo a qual a LCS determina a lei aplicável aos contratos de seguro independentemente de a seguradora estar estabelecida na União⁵⁰. A LCS não distingue uns contratos dos outros e dela não constitui objecto a regulação do acesso e exercício da actividade seguradora. Limita-se, antes, a fixar o regime jurídico dos contratos de seguro.

19. À determinação do Direito competente para reger os *contratos de resseguro celebrados entre 1 de Janeiro de 2009 e 16 de Dezembro de 2009* aplica-se a Convenção de Roma (art. 1.º, n.º 4), qualquer que seja o lugar do risco. A LCS fica afastada.

O devedor da prestação característica é, nos contratos de resseguro, o ressegurador⁵¹.

⁴⁸ Admitindo a aplicação do art. 5.º da Convenção de Roma aos contratos de seguro, v. M. GIULIANO e P. LAGARDE, «Rapport...», anotação n.º 10 ao art. 1.º, F. DE ALMEIDA PIRES, «Da lei aplicável ao contrato de seguro», pp. 285 e 287, D. MOURA VICENTE, «Lei reguladora dos contratos de consumo», em *Direito Internacional Privado. Ensaios*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2005, p. 190, J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, «O novo regime jurídico do contrato de seguro. Breves considerações sobre a protecção do segurado», em *Contrato de Seguro. Estudos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 34, «O Direito Internacional Privado aplicável ao contrato de seguro: comentários ao ante-projecto de decreto-lei sobre o contrato de seguros», em *Contrato de Seguro. Estudos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 194, e «O contrato de seguro e a Convenção de Roma...», pp. 173 ss., P. LAGARDE e A. TENENBAUM, «De la convention de Rome au règlement Rome I», *Revue critique de droit international privé*, 4, 2008, p. 764, e L. MERRETT, «Choice of law in insurance contracts...», pp. 56 e 57.

⁴⁹ Não cabe aqui desenvolver os termos de que depende a aplicação do art. 5.º da Convenção de Roma, preceito extremamente problemático. Sobre o assunto, v., em Portugal, MOURA RAMOS, «Remarques sur les développements récents du droit international privé portugais...», pp. 26 ss., MARQUES DOS SANTOS, «Direito aplicável aos contratos...», pp. 176 ss., e «A Convenção de Roma...», pp. 240 ss., L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. II, 2.ª ed., pp. 198 ss., «Direito aplicável aos contratos com consumidores», em *Estudos de Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 163 ss., e «Direito aplicável aos contratos celebrados através da Internet», em *Estudos de Direito Internacional Privado*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 28 ss., D. MOURA VICENTE, «A comunitarização do Direito Internacional Privado e o comércio electrónico», em *Direito Internacional Privado. Ensaios*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 181 ss., «Lei reguladora dos contratos de consumo», pp. 188 ss., e *Problemática internacional da sociedade da informação*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 251 ss., e J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, «O contrato de seguro e a Convenção de Roma...», pp. 173 ss.

⁵⁰ Em face do ante-projecto de decreto-lei sobre o contrato de seguro, cfr. J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, «O Direito Internacional Privado...», p. 201, nota 19.

⁵¹ V. C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «Los contratos de seguro...», p. 31, R. MERKIN, «The Rome I Regulation and reinsurance»,

2. Conceitos de contrato de seguro e de contrato de seguro internacional

20. As normas de conflitos dos arts. 5.º e seguintes da LCS aplicam-se ao *contrato de seguro*. Definem a sua previsão por recurso ao um conceito estritamente jurídico.

É unanimemente defendido na doutrina de Direito Internacional Privado portuguesa que os conceitos delimitadores da previsão das regras de conflitos (*conceitos-quadro*) se devem interpretar autonomamente — fala-se por isso de uma *interpretação autónoma* da regra de conflitos⁵².

A interpretação autónoma é aquela que assenta no Direito do foro, que o toma como ponto de partida para a construção de uma primeira noção, mas que dele se *autonomiza* (e tem de autonomizar), por mor da necessidade de coordenação dos sistemas jurídicos, da tutela das expectativas dos intervenientes e da harmonia jurídica internacional. Ou seja, as notas características do conceito-quadro fornece-as o Direito material do foro, mas na previsão da norma de conflitos hão-de subsumir-se institutos jurídicos que, embora não exactamente idênticos, desempenham funções sócio-económicas análogas às do instituto nela referido.

Assim, o significado de contrato de seguro, para efeitos das normas de Direito Internacional Privado portuguesas, *maxime* das contidas nos arts. 6.º a 10.º da LCS, é dado pelo Direito material português (sendo importante, desde logo, o disposto no art. 1.º da LCS), mas a ele podem ser reconduzidos institutos jurídicos (portugueses ou estrangeiros) funcionalmente análogos (mesmo que não equivalham estritamente ao que, no nosso Direito, se entende por contrato de seguro). A tais institutos análogos devem aplicar-se também as normas de conflitos internas relativas ao contrato de seguro.

21. As normas de conflitos da LCS aplicam-se se o contrato for *internacional*. A questão de saber se a situação privada é internacional é prévia à resolução de qualquer problema de Direito de conflitos.

Foi já sublinhada entre nós a falta de uma noção clara e certa de questão privada internacional e as dificuldades que isso suscita⁵³. Não obstante, pode-se dizer, com alguma segurança, que a situação é internacional quando tem *contactos juridicamente relevantes* com mais do que um ordenamento jurídico soberano⁵⁴.

Por certo que têm de existir contactos com mais de um ordenamento jurídico soberano. Mas tais contactos devem ser relevantes e relevantes são os que forem juridicamente relevantes.

Em tese, é possível adoptar critérios fácticos ou jurídicos para aferir da internacionalidade do contrato. A adopção de um critério puramente *factual* parece de excluir⁵⁵. É preferível partir do relevo *jurídico* dos contactos⁵⁶.

Mas que contactos são juridicamente relevantes para qualificar o contrato de seguro como internacional? Resposta: são os que o forem para o Direito de conflitos dos contratos.

A Profa. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO recorreu, para qualificar o contrato de compra e venda como internacional, ao critério da transferência de valores através das fronteiras⁵⁷. O mesmo critério foi

Journal of Private International Law, 5-1, 2009, p. 71, e, desenvolvidamente, J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, «O contrato de seguro e a Convenção de Roma...», pp. 171 e 172.

⁵² V. FERRER CORREIA, «Direito Internacional Privado», em *Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 1989, pp. 155 e 156, «O princípio da autonomia do Direito Internacional Privado no sistema jurídico português», em *Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 1989, pp. 454 ss., e *Lições de Direito Internacional Privado*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 204 ss., I. DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, 1964, pp. 150 a 156 e 176 ss., BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 1997, pp. 112 ss., L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, pp. 405 e 514, e D. MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual...*, pp. 396 ss.

⁵³ V. MOURA RAMOS, «Da lei aplicável ao contrato de trabalho...», pp. 442, 443 e 449, L. DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de empreendimento...*, pp. 358 ss., e M. H. BRITO, *A representação nos contratos internacionais. Um contributo para o estudo do princípio da coerência em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 576 ss., especialmente pp. 580 e 581.

⁵⁴ Como é evidente, não bastam contactos com vários ordenamentos jurídicos pertencentes ao mesmo Estado soberano.

⁵⁵ Um critério deste género foi ensaiado por TH. M. DE BOER, «Facultative Choice of Law. The Procedural Status of Choice-of-Law Rules and Foreign Law», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 257, 1996, pp. 239 ss.

⁵⁶ Cfr. BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, p. 12, e L. DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de empreendimento...*, p. 358, nota 169.

⁵⁷ *Da compra e venda em Direito Internacional Privado. Aspectos fundamentais*, vol. I, Lisboa, 1954, pp. 79 ss.

adoptado pelo Prof. LUÍS DE LIMA PINHEIRO quanto aos contratos comutativos⁵⁸ e pelo Prof. EDUARDO DOS SANTOS JÚNIOR para a generalidade dos contratos do comércio internacional, enquanto critério destinado a *ponderar, dobrar e corrigir* os resultados deficientes a que conduziria, em alguns casos, o recurso ao «clássico e puro critério jurídico da plurilocalização dos elementos relevantes do contrato»⁵⁹.

O critério relevante para a determinação do carácter internacional da situação varia de sector para sector do Direito Internacional Privado e de matéria para matéria⁶⁰ e de contrato para contrato. No que toca ao contrato de seguro, quer-nos parecer que o critério da transferência de valores através das fronteiras é inadequado⁶¹: por exemplo, não pode, à face do disposto no art. 32.º, n.º 2, da Directiva «Vida» 2002/83/CE e no art. 7.º, n.º 3, al. c), do Regulamento Roma I, negar-se que é internacional o contrato do ramo vida celebrado, em Portugal e para cobrir riscos situados em Portugal, entre uma seguradora de estatuto português e um tomador com residência habitual em Portugal, mas com nacionalidade espanhola. Em tal caso não haverá, em princípio, transferência de valores e, no entanto, a lei aplicável pode ser a espanhola⁶². Igualmente, é internacional (embora sem transferência de valores) o contrato de seguro do ramo não vida celebrado, em Portugal, entre seguradora com sede em Portugal e tomador com residência habitual em Portugal para cobrir sinistros relativos a uma jóia durante uma exposição anual na França (cfr. art. 7.º, n.º 1, al. e), da Segunda Directiva 88/357/CEE e art. 7.º, n.º 1, al. d), do Regulamento Roma I).

O melhor critério para definir que contactos são relevantes afigura-se ser este: são relevantes os contactos que correspondem aos elementos de conexão usados pelas regras de conflitos reguladoras da lei aplicável ao contrato de seguro vigentes em Portugal, nos Estados em conexão com o contrato e eventualmente nos ordenamentos jurídicos mais representativos. Ninguém contestará que não chega o recurso às normas de conflitos internas, sob pena de se pôr em causa a harmonia jurídica internacional. Será, designadamente, internacional o contrato em que alguns dos seguintes elementos de conexão se situam em diferentes países soberanos: lugar do risco, lugar da residência habitual, administração central ou estabelecimento do tomador, lugar da residência habitual, administração central ou estabelecimento do segurador, nacionalidade do tomador, lugar do sinistro, lugar da celebração e lugar da execução do contrato⁶³.

3. Os arts. 6.º e 7.º da LCS

22. É a seguinte a redacção do art. 6.º da LCS («Liberdade de escolha»):

- «1. Sem prejuízo do disposto nos artigos seguintes e do regime geral de liberdade contratual, as partes contratantes podem escolher a lei aplicável ao contrato de seguro que cubra riscos situados em território português ou em que o tomador do seguro, nos seguros de pessoas, tenha em Portugal a sua residência habitual ou o estabelecimento a que o contrato respeita, consoante se trate de pessoa singular ou colectiva.
2. A localização do risco é determinada pelo regime jurídico de acesso e exercício da actividade seguradora.
3. A escolha da lei aplicável deve ser expressa ou resultar de modo inequívoco das cláusulas do contrato.
4. As partes podem designar a lei aplicável à totalidade ou apenas a uma parte do contrato, assim como alterar, em qualquer momento, a lei aplicável, sujeitando o contrato a uma lei diferente.»

⁵⁸ O critério da transferência de valores já não seria adequado para os contratos de empreendimento comum (v. *Direito Comercial Internacional*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 74 ss., e *Contrato de empreendimento...*, pp. 375 ss.).

⁵⁹ E. DOS SANTOS JÚNIOR, «Sobre o conceito de contrato internacional», em *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 189 e 190.

⁶⁰ Cfr. L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, p. 39, e E. DOS SANTOS JÚNIOR, «Sobre o conceito de contrato internacional», pp. 172 e 175.

⁶¹ O Prof. MOURA RAMOS, na sua tese de doutoramento, considerou o critério em apreço «não recomendável» («Da lei aplicável ao contrato de trabalho...»), pp. 446 e 447).

⁶² Em geral, a nacionalidade não é, porém, conexão relevante para efeitos de tornar internacional um contrato. V. I. DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da compra e venda...*, pp. 80 e 81, L. DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de empreendimento...*, p. 375, e *Direito Comercial Internacional*, p. 74, e E. DOS SANTOS JÚNIOR, «Sobre o conceito de contrato internacional», pp. 175, 182 e 187.

⁶³ A autonomia da vontade não é factor de transnacionalidade relevante (v., por exemplo, E. DOS SANTOS JÚNIOR, «Sobre o conceito de contrato internacional», pp. 183 e 184). Não é pois internacional o contrato meramente interno que é submetido pelas partes a uma lei estrangeira, valendo em tal caso a escolha feita pelas partes apenas como referência material (e não conflitual) à lei escolhida. Cfr., porém, *infra* nota 134. Sobre a distinção entre referência material e conflitual, v. *infra* n.º 58 e a bibliografia citada na nota 168.

Resulta do n.º 1 do preceito que as partes contratantes podem escolher a lei aplicável ao contrato de seguro se, nos seguros de danos, o contrato cobrir riscos situados em território português ou se, nos seguros de pessoas, o tomador do seguro tiver a residência habitual (tomador pessoa singular) ou o estabelecimento a que o contrato respeita (tomador pessoa colectiva) em Portugal.

A parte em que se diz «[sem] prejuízo do disposto nos artigos seguintes» reporta-se apenas aos arts. 9.º e 10.º. É dispensável quanto ao art. 7.º, porque este refere expressamente o art. 6.º, e errada quanto ao art. 8.º, porque é este que é subsidiário relativamente ao art. 6.º e não o contrário.

A localização do risco é determinada, diz-se no n.º 2, pelo regime jurídico do acesso e exercício da actividade seguradora, que, actualmente, consta do RGAS. As normas que definem o lugar do risco são, quanto aos seguros não vida, o art. 2.º, n.º 1, al. j), e, quanto aos seguros de vida, o art. 2.º, n.º 1, al. l)⁶⁴.

O momento relevante para aferir da localização do risco e da residência habitual ou do estabelecimento é o da celebração do contrato (v. os lugares paralelos dos arts. 7.º, n.º 3, als. a) e b), e 19.º, n.º 3, do Regulamento Roma I)⁶⁵.

Face ao disposto nas als. a) e b) do art. 7.º, n.º 1, da Segunda Directiva 88/357/CEE, que permitem a escolha de lei tenha ou não o tomador residência habitual ou administração central no Estado-Membro onde o risco se situa, é de interpretar o artigo sob anotação no sentido de autorizar a *electio iuris*, nos seguros de danos, esteja ou não situada em Portugal a residência habitual ou a administração central do tomador. Do mesmo modo, o preceito há-de valer para as situações referidas no art. 7.º, n.º 1, al. e), da mesma Directiva (contrato de seguro do ramo não vida relativo a riscos situados em Portugal mas cobrindo apenas sinistros ocorridos em outro Estado-Membro) e as hipóteses visadas no art. 32.º, n.º 2, da Directiva «Vida» 2002/83/CE (contrato de seguro do ramo vida com tomador residente habitualmente em Portugal e nacional de outro Estado-Membro).

23. As Directivas comunitárias admitem a autonomia privada em outros casos. Poderão eles caber no art. 6.º da LCS?

No caso de o risco se situar simultaneamente em Portugal e em outro ou outros Estados-Membros —hipótese contemplada no art. 7.º, n.º 1, al. c), da Segunda Directiva 88/357/CEE, embora sujeita a pressupostos adicionais—, parece que a resposta deve ser afirmativa. A letra do preceito sob anotação não exclui essas situações, porquanto se não refere aos contratos que cobrem riscos *exclusivamente* situados em Portugal. Ao que acresce que a primeira parte da *norma subsidiária* do art. 8.º, n.º 4, da LCS se refere expressamente aos casos de falta de escolha da lei, «nos termos previstos nos artigos anteriores», para regular os contratos que cubram dois ou mais riscos situados em Portugal e noutro Estado. Enfim, a escolha de lei nas situações em apreço era já facultada (submetida embora a mais pressupostos) pelo art. 190.º do RGAS⁶⁶. O art. 6.º, n.º 1, tem de abranger, portanto, na sua previsão as situações de riscos plurilocalizados em Portugal e noutro ou noutros Estados-Membros.

Mais complexos são os casos de seguros de danos em que o risco (ou parte dele) não está situado em Portugal e para os quais a Segunda Directiva 88/357/CEE prevê o direito de designar a lei competente: *a)* risco situado no Estado-Membro (estrangeiro) em que o tomador do seguro tem residência habitual ou administração central (art. 7.º, n.º 1, al. a)); *b)* risco situado num Estado-Membro estrangeiro tendo o tomador do seguro residência habitual ou administração central em Portugal ou em outro Estado (art. 7.º, n.º 1, al. b)); *c)* risco situado em mais de um Estado-Membro estrangeiro, tendo o tomador do seguro residência habitual em Portugal ou em outro Estado (art. 7.º, n.º 1, al. c)); *d)* risco situado num Estado-Membro estrangeiro e contrato de seguro cobrindo apenas sinistros ocorridos em Portugal ou em outro Estado-Membro (art. 7.º, n.º 1, al. e)); *e)* contrato cobrindo grandes riscos situados em Estado-Membro estrangeiro (art. 7.º, n.º 1, al. f)). Nos seguros de vida, o art. 6.º também omite referência aos casos em que o tomador do seguro tenha a residência habitual ou o estabelecimento a que o contrato respeita num Estado-Membro estrangeiro (art. 32.º, n.ºs 1 e 2, da Directiva «Vida» 2002/83/CE)⁶⁷.

⁶⁴ V. *supra* n.º 3.

⁶⁵ Neste sentido, quanto à residência habitual, v. A. DA COSTA OLIVEIRA, Anotação..., p. 50.

⁶⁶ Cfr. *supra* n.º 11.

⁶⁷ Se a residência habitual se situar simultaneamente em Portugal e noutro Estado-Membro, há plurilocalização do risco

Será a escolha da lei admissível nestes casos?⁶⁸

Do art. 8.º, n.º 3, da LCS parece resultar que se deve permitir a escolha da lei. Esta norma de conflitos prevê, segundo resulta da sua epígrafe, a «conexão subsidiária» para os casos de riscos situados no *estrangeiro*. Ora, constituindo essa a conexão subsidiária, tem de encontrar-se no Direito português uma conexão primária — e esta não pode ser outra que não a referida no art. 6.º, n.º 1. De resto, o art. 8.º, n.º 3, aplica-se, como resulta do respectivo n.º 1, «se as partes contratantes não tiverem escolhido a lei aplicável».

Por outro lado, não vemos que outro sentido útil, que não o de permitir a designação conflitual nas situações em apreço, possa ser atribuído à ressalva do «regime geral da liberdade contratual» feita no art. 6.º, n.º 1. Por certo que se não trata da liberdade contratual de Direito material, porque a essa não cabe fazer menção numa regra de conflitos, exclusivamente destinada a regular a liberdade de escolha conflitual. O verdadeiro significado da ressalva reside, a nosso ver, numa remissão para as regras de conflitos gerais que, em matéria de obrigações contratuais, consagram a liberdade de estipulação da lei competente pelos contratantes, sempre que o risco se situa no estrangeiro.

Enfim, o acolhimento da autonomia da vontade nestas situações é imposto pela Segunda Directiva 88/357/CEE e pela Directiva «Vida» 2002/83/CE.

O regime jurídico da *electio iuris* nos contratos de seguro cujo risco se situa no estrangeiro (embora em território comunitário) é, conseqüentemente, o do art. 41.º do Código Civil, por remissão do art. 6.º, n.º 1⁶⁹. Assim interpretada a LCS, tem de reconhecer-se, porém, que não foram transpostos exactamente para o Direito português os limites relativos às leis passíveis de escolha pelas partes estabelecidos nos arts. 7.º, n.º 1, als. a) a e), e 32.º, n.ºs 1 e 2, da Segunda Directiva 88/357/CEE e da Directiva «Vida» 2002/83/CE, respectivamente.

24. Segundo o n.º 3, a escolha deve ser expressa ou resultar de modo inequívoco das cláusulas do contrato.

A escolha é expressa quando as partes declaradamente se manifestam de acordo quanto à lei aplicável. Geralmente, a cláusula de escolha expressa aparece incluída no fim dos contratos, quando o contrato é escrito. Pode ser muito curta: *v.g.*, o presente contrato rege-se pela lei X; ao presente contrato aplica-se a lei do Estado X.

Diz-se tácita a escolha que, embora não feita expressamente, resulta de modo inequívoco das cláusulas do contrato⁷⁰. As partes não escolhem directa e expressamente a lei de um Estado como lei reguladora do contrato, mas das disposições do contrato, interpretadas sistematicamente, resulta que *quiseram* a aplicação de certa lei estadual. Por exemplo, o contrato de seguro obedece estritamente ao modelo aprovado por instituição reguladora da actividade seguradora de certo país ou o contrato respeita exclusivamente a riscos que são cobertos por seguros típicos em apenas um dos países conectados.

A escolha tácita pressupõe sempre que as partes *quiseram* efectivamente a aplicação da mesma lei ao contrato e que *manifestaram* exteriormente essa vontade. A escolha não pode ser hipotética, à semelhança do que sucede no quadro do art. 41.º do Código Civil⁷¹.

(nos seguros de vida, o risco situa-se no Estado-Membro onde o tomador reside habitualmente — art. 2.º, n.º 1, al. l), do RGAS) e é de admitir a autonomia privada conflitual por via do art. 6.º, sendo esta a solução mais conforme com o art. 32.º da Directiva «Vida» 2002/83/CE.

⁶⁸ Era bem mais certa, do ponto de vista da articulação com as Directivas, a proposta da norma de conflitos relativa à autonomia da vontade em matéria de contrato de seguro destinada a figurar na nova LCS apresentada pelo Conselheiro J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, «O Direito Internacional Privado...», pp. 196 e 197.

⁶⁹ Regime que omite solução expressa para os problemas da admissibilidade da escolha parcial e da alteração da lei aplicável pelas partes. Antes do Código Civil, já admitia porém a alteração da escolha I. DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito Internacional Privado*, vol. III, Lisboa, 1963, p. 231.

⁷⁰ A definição de escolha tácita inspira-se no art. 3.º, n.º 1, da Convenção de Roma, mas dele diverge num aspecto significativo: na Convenção de Roma admite-se ainda a escolha tácita se resultar de modo inequívoco das circunstâncias da causa. A definição de escolha tácita contida no preceito sob anotação corresponde à que figurava no art. 191.º, n.º 1, do RGAS.

⁷¹ V. I. DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Sistema português de normas de conflitos (Parte II. Do sistema das normas de conflitos portuguesas)*, Lisboa, 1968, p. 49, e BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, pp. 362 ss.

Só é de admitir a designação tácita quando haja *certeza* sobre a escolha. Na dúvida, não existe escolha. Nas palavras do Prof. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, não basta a «mera verosimilhança, nem sequer uma elevada probabilidade»⁷².

A referência às «cláusulas do contrato» parece indicar que a escolha tácita da lei aplicável tem de ser escrita⁷³.

Pergunta-se como se há-de conciliar o art. 6.º, n.º 3, que admite a escolha tácita da lei competente, com os arts. 18.º, al. 1), e 37.º, n.ºs 1 e 2, al. 1), da LCS, que impõem a referência expressa à lei escolhida na apólice de seguro.

A resposta afigura-se-nos simples: estes últimos preceitos, enquanto normas materiais portuguesas, só têm aplicação se uma regra de conflitos relativa à matéria sobre que versam atribuir competência ao Direito nacional. Ora, entende-se maioritariamente que a *professio iuris*— negócio jurídico de escolha de lei —se rege pela própria lei escolhida quanto aos requisitos relativos à existência e validade do consentimento. Não há petição de princípio neste raciocínio: ficciona-se que a escolha é válida para aferir, à luz da lei designada, se a designação é *efectivamente* válida⁷⁴. Consequentemente, sempre que for escolhida para disciplinar o contrato a lei portuguesa, terão de ser observados, em detrimento do disposto na 2.ª parte do número sob anotação, aqueles preceitos da LCS quanto aos termos da *electio iuris*. Se, porém, o risco coberto pelo contrato de seguro estiver situado em Portugal, os arts. 18.º, al. 1), e 37.º, n.ºs 1 e 2, al. 1), deverão, de harmonia com o art. 9.º, n.ºs 1 e 2, aplicar-se logo como normas de aplicação imediata (cfr. art. 13.º)⁷⁵, independentemente da lei reguladora do contrato.

25. Resulta do n.º 4, 1.ª parte, que as partes podem designar a lei aplicável à totalidade ou a uma parte do contrato. Esta norma, sem equivalente no Código Civil, corresponde ao art. 3.º, n.º 1, 3.ª parte, da Convenção de Roma e do Regulamento Roma I. Remetemos, por isso, para o que dissermos a propósito desse preceito⁷⁶.

Na 2.ª parte do n.º 4 prevê-se que as partes podem alterar, em qualquer momento, a lei aplicável ao contrato, sujeitando-o a uma lei diferente.

Consagra-se aqui o direito de designação da lei competente depois de celebrado o contrato. A lei escolhida altera a lei anteriormente aplicável, fosse ela competente por força de anterior escolha ou das normas de conflitos subsidiárias do art. 8.º.

As partes podem ou não atribuir eficácia retroactiva à escolha posterior⁷⁷. Se o fizerem, a escolha não pode prejudicar os direitos de terceiros nem tornar o contrato formalmente inválido (art. 3.º, n.º 2, 2.ª parte, da Convenção de Roma e do Regulamento Roma I, por analogia).

A escolha posterior pode respeitar à totalidade ou a parte do contrato.

Da conjugação do n.º 3 com o n.º 4 resulta que a escolha posterior da lei aplicável ao contrato há-de ser expressa, salvo se resultar de modo inequívoco das cláusulas do contrato que, a partir de certa altura, passa a reger-se por outra lei (mas será esta uma hipótese de rara verificação).

26. A lei escolhida ao abrigo do art. 6.º, n.º 1, pode ser qualquer uma, desde que observados os *limites* do art. 7.º.

Praticamente idêntico ao art. 41.º, n.º 2, do Código Civil e ao art. 191.º, n.º 1, *in fine*, do RGAS, o art. 7.º da LCS, sob a epígrafe «Limites», estabelece:

⁷² *Direito Internacional Privado*, vol. II, 2.ª ed., p. 191.

⁷³ Cfr. também, embora com fundamentação que não parece correcta (porque as normas portuguesas referidas pelo Autor só relevam se forem chamadas por alguma regra de conflitos), A. DA COSTA OLIVEIRA, Anotação..., p. 51.

⁷⁴ Cfr. I. DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da compra e venda...*, pp. 167 ss., FERRER CORREIA, «Algumas considerações acerca da Convenção de Roma de 19 de Junho de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 3787 a 3789, 1990, p. 365, e L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.ª ed., p. 272.

⁷⁵ Quanto à caracterização e modo de actuação das normas de aplicação imediata, v. *infra* n.ºs 37 a 42.

⁷⁶ V. *infra* n.º 60.

⁷⁷ V. o que, a propósito da eficácia da escolha das partes, afirmamos *infra* na nota 181.

«A escolha da lei aplicável referida no artigo anterior só pode recair sobre leis cuja aplicabilidade corresponda a um interesse sério dos declarantes ou esteja em conexão com alguns dos elementos do contrato de seguro atendíveis no domínio do direito internacional privado.»

27. Deste preceito decorre, em primeiro lugar, que as partes só podem escolher, ao abrigo do art. 6.º, Direito estadual e não normas não estaduais: «a escolha da lei aplicável referida no artigo anterior só pode recair sobre *leis...*»⁷⁸. É doutrina que também se depreende do próprio art. 6.º («as partes contratantes podem escolher a *lei aplicável...*»).

Dele decorrem, em segundo lugar, limites à liberdade conflitual que se explicam da seguinte forma: *a)* se a escolha recair sobre leis com as quais esteja em conexão algum dos elementos do contrato de seguro relevantes para efeitos do Direito Internacional Privado, a escolha é eficaz; *b)* quando assim não aconteça, a escolha será ainda válida se recair sobre lei cuja aplicabilidade corresponde a um interesse sério dos contratantes. Por conseguinte, nada impede que as partes chamem à regulação lei estadual com a qual o contrato não mantém conexão relevante, desde que nisso tenham interesse sério⁷⁹.

Estes limites não existem na Convenção de Roma e no Regulamento Roma I. Em contrapartida, ficam aquém dos limites à autonomia da vontade prescritos pela Segunda Directiva 88/357/CEE e pela Directiva «Vida» 2002/83/CE.

28. Os «elementos do contrato de seguro atendíveis no domínio do direito internacional privado» são, designadamente: *a)* em relação aos sujeitos, a residência habitual ou a administração central ou o estabelecimento das partes e a nacionalidade do tomador, se pessoa singular; *b)* em relação ao objecto, o lugar da celebração do contrato, o lugar da sua execução, o lugar do risco e o lugar do sinistro.

O artigo 7.º exige que a lei designada esteja em conexão com «alguns» dos elementos do contrato de seguro, ao passo que o art. 41.º, n.º 2, do Código Civil exige a conexão com «algum» dos elementos do negócio. Significará isto que é preciso que o contrato apresente mais do que uma conexão com o mesmo ordenamento para que esse ordenamento possa ser objecto de escolha? Parece-nos que a resposta deve ser negativa e a terminologia da lei desconsiderada. Basta uma conexão através de um elemento relevante⁸⁰. O art. 8.º basta-se, por exemplo, para atribuir competência à lei de um Estado na falta de escolha, com a localização do risco nesse Estado.

29. Escrevia a Profa. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO que o interesse sério é aquele «que tiver na sua base um interesse objectivamente fundado nas necessidades ou vantagens do comércio internacional [...]. A esta luz, o desejo das partes de excluir a aplicação de uma lei que invalidaria o contrato não basta para inquirar a legitimidade da escolha»⁸¹. São exemplos de interesse sério, diz o Prof. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, «o nexó existente entre o negócio e outros negócios regidos pela lei escolhida; a circunstância de esta lei ser a do Estado onde funciona a jurisdição convencionada; o facto de o negócio celebrado pelas partes se reportar a um tipo que é objecto de regulação desenvolvida na ordem jurídica escolhida». «[Só] em casos extremos, acrescenta o Professor de Lisboa, a escolha será invalidada por falta de um interesse sério, designadamente aqueles em que os seus motivos sejam puramente arbitrários ou caprichosos»⁸².

⁷⁸ Não é outro o entendimento tradicional à luz do art. 41.º, n.º 1, do Código Civil (v. MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional Privado. Sumários*, Lisboa, AAFDL, 1987, pp. 287-288, e *As normas...*, p. 686, nota 2251, MOURA RAMOS, «Da lei aplicável ao contrato de trabalho...», pp. 514 e 515, e L. DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de empreendimento...*, p. 715).

⁷⁹ Nas palavras do Prof. BAPTISTA MACHADO proferidas a propósito do art. 41.º, n.º 2, do Código Civil, «[admite-se], portanto, que a escolha possa recair sobre uma lei não ligada ao negócio por qualquer conexão objectiva, mas neste caso haverá que examinar se tal escolha foi motivada por um interesse sério e digno de tutela — ou se foi apenas determinada por motivos caprichosos ou fraudulentos» (*Lições...*, p. 362). No mesmo sentido, v. MOURA RAMOS, «La protection de la partie contractuelle la plus faible en droit international privé portugais», em *Das relações privadas internacionais. Estudos de Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 1995, p. 212, L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.ª ed., p. 331, e F. DE ALMEIDA PIRES, *Conflitos de leis. Comentário aos artigos 14.º a 65.º do Código Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 104.

⁸⁰ O Prof. MARQUES DOS SANTOS considerava igualmente «desprovida de significado» a diferença de redacções entre o art. 41.º, n.º 2, do Código Civil e o art. 191.º, n.º 1, *in fine*, do RGAS («Algumas considerações sobre a autonomia da vontade...», p. 281).

⁸¹ *Da compra e venda...*, p. 116.

⁸² *Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.ª ed., p. 331.

30. Se for escolhida lei estrangeira, a referência a ela feita pelas partes deve entender-se como indo dirigida directamente às respectivas normas materiais, nos termos dos arts. 19.º, n.º 2, e 16.º do Código Civil. Não há reenvio.

4. O art. 8.º da LCS

31. O art. 8.º da LCS prevê as *conexões subsidiárias* destinadas a regular o contrato de seguro. Vale, por conseguinte, para as situações em que se não concretizou a conexão primária —a escolha de lei pelas partes contratantes—, ou por falta de escolha em absoluto ou por a escolha ser inoperante.

Não podem subsistir dúvidas quanto ao direito de os contraentes escolherem a lei competente no que toca aos casos para os quais o art. 8.º prevê a lei *subsidiariamente* aplicável⁸³.

É a seguinte a redacção do art. 8.º («Conexões subsidiárias»):

- «1. Se as partes contratantes não tiverem escolhido a lei aplicável ou a escolha for inoperante nos termos dos artigos anteriores, o contrato de seguro rege-se pela lei do Estado com o qual esteja em mais estreita conexão.
2. Na falta de escolha de outra lei pelas partes, o contrato de seguro que cubra riscos situados em território português ou em que o tomador do seguro, nos seguros de pessoas, tenha a sua residência habitual ou o estabelecimento a que o contrato respeita em Portugal é regulado pela lei portuguesa.
3. Presume-se que o contrato de seguro apresenta conexão mais estreita com a ordem jurídica do Estado onde o risco se situa, enquanto nos seguros de pessoas, a conexão mais estreita decorre da residência habitual do tomador do seguro ou do estabelecimento a que o contrato respeita, consoante se trate de pessoa singular ou colectiva.
4. Na falta de escolha das partes contratantes, nos termos previstos nos artigos anteriores, o contrato de seguro que cubra dois ou mais riscos situados em Portugal e noutro Estado, relativos às actividades do tomador do seguro e quando este exerça uma actividade comercial, industrial ou liberal, é regulado pela lei de qualquer dos Estados em que os riscos se situam ou, no caso de seguro de pessoas, pela lei do Estado onde o tomador do seguro tiver a sua residência habitual, sendo pessoa singular, ou a sua administração principal, tratando-se de pessoa colectiva.»

32. A forma como está redigido o preceito suscita grandes dúvidas, visto que em três dos seus números (n.ºs 1, 2 e 4) se enuncia *autonomamente* o pressuposto de que depende a sua aplicação, qual seja o de as partes não terem designado a lei competente, e em apenas um dos números (n.º 3) se estabelece uma presunção. À primeira vista é possível interpretá-lo de duas maneiras: *a)* ou se entende que todo ele estabelece uma única conexão subsidiária —a do chamamento da lei do Estado com a qual o contrato tem conexão mais estreita—, contendo os n.ºs 2, 3 e 4 meras presunções de conexão mais estreita para as hipóteses neles figuradas; *b)* ou se entende que estabelece três conexões subsidiárias distintas, sendo a do chamamento da lei do Estado com que existe conexão mais estreita apenas uma delas, por sinal concretizada no n.º 3.

A epígrafe do artigo e a redacção dos n.ºs 2, 3 e 4 levam-nos a optar pela segunda interpretação.

Segundo a epígrafe, o preceito há-de conter mais do que uma conexão subsidiária e não somente uma, depois concretizada por presunções.

Atendendo à letra dos n.ºs 2, 3 e 4, só o n.º 3 se articula com o n.º 1, porque só ele não enuncia autonomamente o pressuposto de que depende a sua aplicação e só ele contém uma *presunção* de conexão mais estreita. Com efeito, os n.ºs 2 e 4 começam justamente por determinar que se aplicam na falta de escolha da lei pelas partes contratantes, ou seja, por estabelecer o pressuposto da sua aplicação com autonomia relativamente ao n.º 1. Quer dizer, os n.ºs 2 e 4 não se reconduzem a mera concretização da estatuição do n.º 1, mas antes a regras de conflitos subsidiárias dele independentes, embora comunguem do mesmo pressuposto de aplicação.

Assim sendo, encontram-se no art. 8.º três regras de conflitos subsidiárias: uma nos n.ºs 1 e 3 e as outras nos n.ºs 2 e 4.

33. O n.º 2 reporta-se aos contratos de seguro que cubram riscos situados em território português ou em que o tomador do seguro, nos seguros de pessoas, tenha a sua residência habitual ou o estabelecimento a que o contrato respeita em Portugal.

A lei competente para regular os contratos em apreço é, na falta de escolha, a lei portuguesa.

⁸³ Cfr. *supra* n.º 23.

O momento relevante para concretizar o lugar do risco, da residência habitual ou do estabelecimento é o da celebração do contrato (v. o lugar paralelo do art. 7.º, n.º 3, 3.º §, do Regulamento Roma I).

A atribuição de competência ao Direito português é feita sem reservas: ao interessado na aplicação de outro Direito não é facultado invocá-lo com fundamento em que é com ele que o contrato tem uma conexão manifestamente mais estreita. Nem a regra do art. 8.º, n.º 2, tem a natureza de presunção ilidível, nem na LCS se consagra cláusula de excepção.

Se o contrato de seguro cobrir riscos simultaneamente situados em Portugal e em outro Estado-Membro no momento da celebração, deve, por analogia com o art. 7.º, n.º 5, do Regulamento Roma I e o art. 9.º, n.º 3, da LCS, considerar-se dividido em vários contratos, cada um cobrindo um risco em um único Estado. Por conseguinte, o n.º 2 do art. 8.º regulará a parte do contrato que cobre o risco situado em Portugal e o n.º 3 (juntamente com o n.º 1) a parte que cobre o risco situado no Estado-Membro estrangeiro.

34. O n.º 3 reporta-se aos casos em que os riscos cobertos pelo contrato ou, nos seguros de pessoas, a residência habitual ou estabelecimento do tomador a que o contrato respeita não estão, no momento da celebração, situados em Portugal.

O n.º 3 tem de ser articulado com o n.º 1, pois é dele concretização. Do n.º 1 decorre que a regra, não havendo escolha de lei, é a da aplicação da lei do Estado com o qual o contrato de seguro esteja em mais estreita conexão. No n.º 3 presume-se que essa lei é a do Estado em que o risco se situa. Trata-se de presunção ilidível pela demonstração de que a conexão mais estreita se estabelece com outro Estado.

À semelhança do disposto no art. 7.º, n.º 3, 3.º §, do Regulamento Roma I, a remissão deve ter-se como dirigida à lei do Estado em que o risco ou, nos seguros de pessoas, a residência ou o estabelecimento se situam no momento da celebração.

Se o contrato de seguro cobrir riscos situados em mais do que um Estado-Membro estrangeiro no momento da celebração⁸⁴, deve, por analogia com o art. 7.º, n.º 5, do Regulamento Roma I e o art. 9.º, n.º 3, da LCS, considerar-se dividido em vários contratos, cada um cobrindo um risco em um único Estado. Aplica-se a *cada* contrato, por conseguinte e salvo ilusão da presunção, a lei do Estado onde está situado o risco por cada um coberto.

A referência feita a uma lei estrangeira ao abrigo do art. 8.º, n.ºs 1 e 3, constitui referência material (art. 16.º do Código Civil), na medida em que corresponderá sempre à lei da conexão mais estreita.

35. O n.º 4 contém uma terceira regra de conflitos subsidiária, cujos pressupostos de aplicação são: *a)* o contrato de seguro cobre, no momento da celebração, riscos situados em Portugal e noutra ou noutros Estados-Membros; *b)* o contrato foi celebrado no âmbito da actividade comercial, industrial ou liberal do tomador; *c)* não foi escolhida a lei competente.

A lei chamada à regulação do contrato é, no caso de seguro de pessoas, a do Estado onde o tomador do seguro tiver a sua residência habitual, se pessoa singular, ou a sua administração principal, se pessoa colectiva. Mas sendo o Estado-Membro da residência habitual do tomador que é pessoa singular, nos contratos de seguro do ramo vida, o Estado do lugar do risco (cfr. art. 2.º, n.º 1, al. 1), do RGAS), não se vê como pode o risco estar plurilocalizado sem haver várias residências habituais, pelo que perde sentido a remissão feita para a lei *da* residência habitual do tomador, como se este pudesse ter, nas hipóteses tidas em vista no preceito, uma só residência habitual. Parece que a lei competente será, em tais casos, a do país da residência habitual com o qual o contrato tenha conexão mais estreita.

Sendo o seguro de danos, prescreve-se que o Direito competente é o de qualquer um dos Estados em que os riscos se situam. Significará isso que o tribunal, ou até uma só das partes, pode optar entre as várias leis de localização do risco para regular todo o contrato? Não parece, sob pena de violação da igualdade e da certeza e segurança jurídicas. Assim como não parece que se possa optar por apenas uma das

⁸⁴ Se cobrir riscos situados em Estado-Membro estrangeiro e Estado não membro, a LCS só se aplica à determinação da lei aplicável à parte do contrato que cobre os riscos situados no Estado-Membro. À parte do contrato que cobre os riscos situados fora da União aplica-se a Convenção de Roma (art. 1.º, n.º 3) — cfr. *supra* nota 1 e J. C. MOUTINHO DE ALMEIDA, «O contrato de seguro e a Convenção de Roma...», p. 165. É próxima desta a solução dada pelo Regulamento Roma I aos contratos de seguro que cobrem simultaneamente riscos situados dentro e fora da União (cfr. *infra* nota 5).

leis da situação do risco em função da conexão mais estreita: a isso se opõe o imperativo de aplicação da lei de *qualquer* dos Estados, sem ordem de preferência... A solução mais ajustada afigura-se ser a de dividir o contrato de seguro em tantos contratos quantos os lugares de situação do risco, aplicando-se (e não presumindo-se aplicável) distributivamente, a cada contrato assim nascido, a lei do Estado em que se situa o risco por cada um coberto⁸⁵. Vale analogicamente a solução fornecida pelo art. 7.º, n.º 5, do Regulamento Roma I e não é outra a solução imposta pelo art. 7.º, n.º 1, al. h), da Segunda Directiva 88/357/CEE⁸⁶.

5. O art. 9.º da LCS

36. O art. 9.º da LCS reporta-se às chamadas *normas de aplicação imediata*⁸⁷. Nele se prescreve o seguinte:

- «1. As disposições imperativas em matéria de contrato de seguro que tutelem interesses públicos, designadamente de consumidores ou de terceiros, regem imperativamente a situação contratual, qualquer que seja a lei aplicável, mesmo quando a sua aplicabilidade resulte de escolha das partes.
2. O disposto no número anterior aplica-se quando o contrato de seguro cobre riscos situados em território português ou tendo o tomador do seguro, nos seguros de pessoas, a sua residência habitual ou o estabelecimento a que o contrato respeita em Portugal.
3. Para os efeitos do número anterior, sempre que o contrato de seguro cubra riscos situados em mais de um Estado, considera-se constituído por diversos contratos, cada um dizendo respeito a um único Estado.
4. Não é válido em Portugal o contrato de seguro, sujeito a lei estrangeira, que cubra os riscos identificados no artigo 14.º»

A *descoberta* das normas de aplicação imediata é geralmente atribuída ao jurista grego PH. FRANCESCOAKIS⁸⁸ e à sua obra *La théorie du renvoi*, de 1958⁸⁹. Em Portugal, quem mais estudou o tema foi o Prof. MARQUES DOS SANTOS, na sua tese de doutoramento.

A definição de normas de aplicação imediata deixada pelo Prof. MARQUES DOS SANTOS foi a seguinte: *(a) são normas materiais (b) espacialmente autolimitadas (c) dotadas de particular intensidade valorativa*⁹⁰. *Seguindo de perto esta definição, dir-se-á, muito sinteticamente*⁹¹, *o que se segue*.

37. As *normas* em apreço são, em primeiro lugar, *normas materiais*, vale dizer, nas palavras do Prof. BAPTISTA MACHADO, regras que «directamente regulam os factos a que se referem, segundo juízos de valor materiais»⁹². Não são *nunca*, portanto, normas de conflitos, remissivas; são antes regras de Direito substantivo que, directamente, criam ou impõem situações jurídicas activas ou passivas.

Neste ponto está de acordo toda a doutrina portuguesa⁹³.

⁸⁵ No mesmo sentido, em resultado, v. A. DA COSTA OLIVEIRA, *Anotação...*, p. 55.

⁸⁶ Cfr. *supra* n.º 7.

⁸⁷ Foi adoptada, de resto, a terminologia usada em outra legislação nacional recente. Na doutrina portuguesa são usadas outras expressões, como por exemplo, *normas de aplicação imediata ou necessária* (FERRER CORREIA, BAPTISTA MACHADO, MOURA RAMOS, MARQUES DOS SANTOS), *normas de aplicação necessária e imediata* (MOURA RAMOS), *normas susceptíveis de aplicação necessária* (L. DE LIMA PINHEIRO) ou *normas internacionalmente imperativas* (D. MOURA VICENTE). Na França, usam-se principalmente as expressões *lois de police*, *règles d'application immédiate* ou *lois d'application nécessaire*. Em língua inglesa, é frequente falar-se em *peremptory norms* ou em *internationally mandatory rules*. Na Alemanha fala-se de *Eingriffsnormen* e na Itália de *norme di applicazione necessaria*.

⁸⁸ V. MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição. Introdução a uma análise das suas relações*, 3.ª reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 1994, pp. 113 e 115, e MARQUES DOS SANTOS, *As Normas...*, pp. 1, 7, 697, 734 e 766.

⁸⁹ *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, Sirey, 1958, p. 13.

⁹⁰ *As normas...*, vol. II, *passim*.

⁹¹ Pode ver-se uma exposição mais desenvolvida das linhas seguintes, com citação de bibliografia adicional, em N. ANDRADE PISSARRA, «Normas de aplicação imediata e Direito Comunitário», em N. ANDRADE PISSARRA e S. CHABERT, *Normas de Aplicação Imediata, Ordem Pública Internacional e Direito Comunitário*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 9 ss.

⁹² *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis (Limites das Leis e Conflitos das Leis)*, reimpressão, Coimbra, Almedina, 1998, p. 269.

⁹³ V. MARQUES DOS SANTOS, *As Normas...*, pp. 834 a 837, e as referências feitas em N. ANDRADE PISSARRA, «Normas de aplicação imediata...», p. 24.

38. Em segundo lugar, as normas de aplicação imediata são *normas espacialmente autolimitadas*, porque delimitam o seu campo de aplicação no espaço de forma autónoma relativamente ao Direito de conflitos geral⁹⁴. São normas providas de uma *conexão espacial especial*, própria, que determina a sua aplicação a situações a que não seriam aplicáveis por virtude do Direito de conflitos comum do sistema jurídico a que pertencem (por isso se dizem de aplicação *imediate*). Como dizia o Prof. FERRER CORREIA, são normas dotadas de uma «vontade de aplicação geral»⁹⁵ que as leva a aplicarem-se por simplesmente *quererem*, de harmonia com os seus desígnios próprios, ser aplicadas, ainda que não esteja presente a conexão geral utilizada pelo Direito de conflitos. Ou, nas palavras do Prof. MOURA RAMOS, são regras dotadas «de um domínio de aplicação que não lhes seria fixado *ab extrinseco*, por regras de conflitos, antes resultando directamente de si próprias»⁹⁶. «Leur mise en oeuvre — afirmava PH. FRANCESKAKIS⁹⁷ — écarte de la sorte toute intervention d'une règle de conflit».

Em suma, as normas de aplicação imediata são regras cujo âmbito de aplicação no espaço é estendido ou alargado⁹⁸, mediante uma *regra de extensão*⁹⁹ que as projecta para além da esfera de aplicação espacial definida pelas regras de conflitos comuns.

Mas como delimitam as normas de aplicação imediata esse especial domínio de aplicação no espaço? Resposta: fazem-no através de *normas de conflitos unilaterais especiais ad hoc*.

Trata-se, por um lado, de regras de conflitos *unilaterais*, cuja função única é pois a de delimitar os termos da aplicação no espaço da lei do foro e que, por isso mesmo, remetem exclusivamente para a *lex fori*. Trata-se, por outro lado, de regras de conflitos *especiais ad hoc*¹⁰⁰, isto é, de regras de conflitos que valem unicamente para a norma material (de aplicação imediata) a que se reportam ou para um grupo individualizado de normas materiais, porque concebidas em função delas e para elas. Fala-se justamente, a este propósito, em *regras de acompanhamento*¹⁰¹ ou em *conexões específicas*¹⁰².

Não deve confundir-se a norma de conflitos unilateral especial *ad hoc*, que delimita os termos da aplicação no espaço da regra de aplicação imediata, com a regra de aplicação imediata em si mesma. Aquela é *norma de conflitos*, esta é *norma material*. Ambas andam incindivelmente acopladas e, no todo, formam um modo próprio de resolução do problema do Direito competente¹⁰³, porque não há nor-

⁹⁴ V., na doutrina portuguesa, FERRER CORREIA, *Lições...*, p. 161, *in fine*, e «Considerações sobre o método do Direito Internacional Privado», em *Estudos vários de Direito*, 2.^a tiragem, Coimbra, 1982, p. 395, BAPTISTA MACHADO, *Âmbito...*, p. 277, e MARQUES DOS SANTOS, *As Normas...*, pp. 886 ss., e *Direito Internacional Privado. Introdução*, I vol., Lisboa, AAFDL, 2001, p. 264. Cfr. porém L. DE LIMA PINHEIRO, que sustenta actualmente que as normas de aplicação imediata não são uma modalidade de normas autolimitadas, «mas um modo de actuação de certas normas “autolimitadas”» (*Direito Internacional Privado*, vol. I, p. 246).

⁹⁵ *Lições...*, p. 409.

⁹⁶ *Direito Internacional Privado e Constituição...*, p. 119.

⁹⁷ *La théorie...*, p. 13.

⁹⁸ Cfr. BAPTISTA MACHADO, *Âmbito...*, p. 279.

⁹⁹ Cfr. FERRER CORREIA, *Lições...*, p. 162, e MARQUES DOS SANTOS, *As Normas...*, p. 890, «Les règles d'application immédiate dans le droit international privé portugais», em *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Coimbra, Almedina, 1998, p. 134, e *Direito Internacional Privado. Introdução*, p. 270.

¹⁰⁰ Sobre as normas de conflitos unilaterais especiais *ad hoc*, v. L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, pp. 242 e 243.

¹⁰¹ Cfr. MARQUES DOS SANTOS, *As Normas...*, p. 890, e «Les règles...», p. 135.

¹⁰² As normas de aplicação imediata, diz BAPTISTA MACHADO, *Âmbito...*, p. 279, «não querem ser aplicadas senão quando se verifiquem as [respectivas] conexões específicas». V. igualmente FERRER CORREIA, «Miaja de la Muela e a tendência “substancialista” em Direito Internacional Privado», em *Estudos vários de Direito*, 2.^a tiragem, Coimbra, Almedina, 1982, pp. 270, nota 2, e 273, «O método conflitual em Direito Internacional Privado e as soluções alternativas», *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, 1-1, 1982, p. 19, «Direito Internacional Privado», em *Temas...*, p. 314, e *Lições...*, p. 161. No estrangeiro, aparece por vezes a referência a *rattachements spécifiques*, produto daquilo a que PH. FRANCESKAKIS chamou de «*délibération ad hoc*», em que estariam ponderados vários interesses, como o da organização estadual e o do tratamento igualitário da lei estrangeira e da lei do foro («Lois d'application immédiate et droit du travail. L'affaire du comité d'entreprise de la “Compagnie des Wagons-lits”»), *Revue critique de droit international privé*, 1974, p. 275).

¹⁰³ Cfr. I. DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da compra e venda...*, p. 324, MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição...*, pp. 112 e ss., e «La protection de la partie contractuelle la plus faible...», pp. 199, nota 9, 200 e 222, e MARQUES DOS SANTOS, *As Normas...*, pp. 840, 963, 964 ss., especialmente, 975 a 977, 1033, 1050, 1061 e 1067 a 1069, e *Direito Internacional Privado. Introdução*, pp. 58, 285, 286 e 307. Contra, v. L. DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de empreendimento...*, pp. 773 e 774, «Apontamento sobre as normas de aplicação necessária perante o Direito Internacional Privado português e o art. 21.º do

ma de aplicação imediata sem regra de conflitos especial delimitadora do seu campo de aplicação, nem a norma de conflitos existe senão em função da norma material a que se prende¹⁰⁴; mas não há confusão possível entre uma e outra.

Estas normas de conflitos unilaterais especiais *ad hoc* que assinalam às normas de aplicação imediata a sua esfera de aplicação espacial tanto podem ser *expressas* como *implícitas* e é possível que estejam incluídas na própria norma de aplicação imediata ou constar de preceito à parte, pertencente ao mesmo ou eventualmente a outro diploma legislativo. Quando devam ser implícitas, a sua descoberta há-de realizar-se por via interpretativa, em função dos fins e do objecto das normas materiais em causa. Como ensinava o Prof. MARQUES DOS SANTOS, o «âmbito de aplicação espacial autónomo — e específico — de cada norma de aplicação imediata explica-se pelo seu conteúdo e pelos seus fins, pelos objectivos por ela perseguidos e só por eles pode ser explicado»¹⁰⁵, havendo uma «ligação incidível entre o fim e o conteúdo das regras e o seu âmbito de aplicação no espaço»^{106, 107}.

Há muita divergência na doutrina sobre o *real significado* da autolimitação espacial das normas de aplicação imediata.

Em Portugal, o Prof. MARQUES DOS SANTOS sustentou sempre que a autolimitação implica que as normas em apreço se aplicam *apenas e quando* a regra de conflitos unilateral especial *ad hoc* respectiva impõe a sua aplicação, e não também quando fosse a ordem jurídica de que fizessem parte a competente por virtude do Direito de conflitos comum. «[...] [É] decididamente de rejeitar — escrevia o Professor de Lisboa — a distinção de certos autores entre o domínio de aplicação necessária e o domínio de aplicação possível das normas de aplicação imediata — que levaria a que tais regras tivessem um duplo *título de aplicação*, umas vezes como normas de aplicação necessária, dentro do seu domínio específico de aplicação no espaço, e outras vezes, como quaisquer regras materiais “normais”, *fora desse mesmo âmbito específico*, por força das regras de conflitos de leis —, pois tal doutrina não só tem conotações *lexforistas*, visando, neste ponto específico, maximizar o âmbito de aplicação da *lex materialis fori*, como ignora também deliberadamente a radical especificidade das regras de aplicação imediata, relativamente às quais — disse-o I. Magalhães Collaço em 1954, mas nunca é demais lembrá-lo — «[e]stamos fora (...) do plano dos conflitos de leis». Quanto a nós, este tenaz preconceito «conflitualista» [...] deve ser energeticamente repudiado, pelo que, ao contrário do que afirmam alguns juristas que continuam a admitir essa posição, pensamos que o campo de aplicação *máximo*, bem como *mínimo* (e não apenas este), das normas de aplicação imediata é sempre fixado, em completa e total autonomia, pela regra de extensão *ad hoc* — que é, neste caso, como se viu, uma verdadeira *regra de conflitos unilateral*, embora referida apenas a uma singular norma material, ou, quando muito, a um conjunto de regras substantivas inseridas num particular diploma legal, e não uma simples norma delimitadora com carácter material — e nunca,

Código Civil de Macau», *Revista da Ordem dos Advogados*, 60, 2000, pp. 24, 29, 30, 31-32 e 33-34, e *Direito Internacional Privado*, vol. I, pp. 249 e 250, e D. MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual...*, pp. 642 ss.

¹⁰⁴ «A irredutibilidade entre uma [a regra de conflitos] e outras [as normas materiais a que aquela se refere] é total, mas é em função da existência e do teor da regra de conflitos especial — e só por isso — que as normas materiais podem — e devem — ser qualificadas como *normas de aplicação imediata*» (MARQUES DOS SANTOS, *As Normas...*, p. 830).

¹⁰⁵ *As Normas...*, p. 940, e *Direito Internacional Privado. Introdução*, p. 278.

¹⁰⁶ *Direito Internacional Privado. Introdução*, p. 278. No mesmo sentido, v. PH. FRANCESCAKIS, «Conflits de lois (principes généraux)», *Répertoire de droit international*, 1968, n.º 124, FERRER CORREIA, «Miaja de la Muela...», p. 270, nota 2, «Considerações sobre o método...», p. 395, e *Lições...*, p. 161, e BAPTISTA MACHADO, *Âmbito...*, p. 279. O Prof. FERRER CORREIA afirmava que «a aplicabilidade [das normas de aplicação imediata] pressupõe que entre o “caso” e a *lex fori* se verifique a conexão que [elas] próprias estabeleçam ou que se deduza do seu fim» («Miaja de la Muela...», p. 270, nota 2, «Considerações sobre o método...», p. 395, e «O método conflitual...», pp. 19 e 22); o Prof. BAPTISTA MACHADO referia-se à delimitação do âmbito de aplicação das normas em apreço «por força duma explícita disposição *ad hoc* ou da finalidade que visam» (*Âmbito...*, p. 279); e PH. FRANCESCAKIS sublinhava que o domínio de aplicação das mesmas normas «se détermine en conséquence eu égard essentiellement au but qu’elles poursuivent» («Conflits de lois...», n.º 124).

¹⁰⁷ Em sentido diferente, v., na doutrina portuguesa, L. DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de empreendimento...*, pp. 772 e 773, «Apontamento sobre as normas de aplicação necessária...», p. 27, e *Direito Internacional Privado*, vol. I, pp. 247 e 248, e D. MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual...*, pp. 641 ss., para quem a interpretação da norma material e a análise do seu conteúdo e do seu fim não fornecem indicações suficientes sobre o respectivo âmbito de aplicação no espaço. De várias leis de DIP decorre, porém, a essencialidade da *natureza* e do *conteúdo* (art. 7.º, n.º 1, da Convenção de Roma), do *but* (art. 19 da Lei Federal sobre o DIP suíça), do *oggetto* e do *scopo* (art. 17 da Lei italiana de DIP, de 31 de Maio de 1995) ou do *objecto* e *fin específicos* (art. 21.º do Código Civil de Macau) da norma para apurar os termos da sua aplicação espacial.

em caso algum, pela norma de conflitos bilateral (ou unilateral bilateralizada) do sistema geral de DIP da ordem jurídica a que pertencem as normas materiais»¹⁰⁸.

Em sentido diferente se pronuncia o Prof. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, para quem «as normas “autolimitadas”» das categorias mais importantes (tipos I e II) podem nuns casos ser aplicadas como elementos da ordem jurídica competente segundo o Direito de Conflitos geral e noutros casos como normas de aplicação necessária»¹⁰⁹.

39. Em terceiro lugar, as normas de aplicação imediata são *normas ao serviço de especiais interesses da comunidade estadual*¹¹⁰. Por isso que são sempre imperativas. Mas não é qualquer norma de Direito material, embora imperativa no Direito interno, que merece a qualificação de norma de aplicação imediata. Necessário é ainda que nela se descortine a prossecução de um interesse fundamental do Estado.

PH. FRANCESCAKIS acentuou o elemento da *organisation étatique*: as normas de aplicação imediata seriam as leis «dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays»¹¹¹. O Prof. MARQUES DOS SANTOS, censurando o «carácter demasiado restritivo» da construção de PH. FRANCESCAKIS¹¹², defendeu, numa fórmula já bem reconhecida, que as normas em apreço traduzem, espelham, reflectem um «*interesse público* —quicá momentâneo, circunstancial ou até accidental, em todo o caso susceptível de se apagar e que nem sempre é vital—, ou, *rectius*, um *interesse do Estado*, na conformação, na modelação, na orientação segundo um determinado fim —ou uma certa perspectiva— da actividade jurídico-privada dos sujeitos de direito»¹¹³.

Alguma doutrina portuguesa recusa-se a ver na defesa de interesses estaduais uma característica das normas de aplicação imediata — devido à vastidão e indefinição desses interesses¹¹⁴ e à presença nelas de interesses que, segundo a mesma doutrina, seriam de outra natureza¹¹⁵. Foi, no entanto, a definição de PH. FRANCESCAKIS que, depois de adoptada pelo Tribunal de Justiça no Acórdão Arblade¹¹⁶, veio a ser incluída no art. 9.º, n.º 1, do Regulamento Roma I¹¹⁷, cuja redacção é a seguinte: «[as] normas de aplicação imediata são disposições cujo respeito é considerado fundamental por um país para a salvaguarda do interesse público, designadamente a sua organização política, social ou económica, ao ponto

¹⁰⁸ *As normas...*, pp. 895 a 897.

¹⁰⁹ Razão por que seria «mais rigoroso dizer que uma norma *actua como norma de aplicação necessária* ou que é *susceptível de aplicação necessária* do que dizer que uma norma é de aplicação necessária» (*Direito Internacional Privado*, vol. I, pp. 245 e 246).

¹¹⁰ Cfr. N. ANDRADE PISSARRA, «Normas de aplicação imediata...», pp. 34 ss.

¹¹¹ «Conflits de lois...», n.º 137.

¹¹² *As Normas...*, pp. 927, 928 e 934.

¹¹³ *As Normas...*, p. 934, e *Direito Internacional Privado. Introdução*, p. 277. Esta fórmula foi depois acolhida por FERNÁNDEZ ROZAS e SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho Internacional Privado*, 3.ª ed., Madrid, Civitas, 1996, p. 315, e *Derecho Internacional Privado*, 1.ª ed., Madrid, Civitas, 1999, p. 168. O Prof. MOURA RAMOS adopta também a fórmula de PH. FRANCESCAKIS («Da lei aplicável ao contrato de trabalho...», p. 667) e refere-se ainda à *penetração de valores de natureza pública no DIP*, à natureza de *traves mestras da organização estadual*, às *exigências da colectividade*, à *segurança e estabilidade sociais*, enfim, à conservação daqueles valores que, na óptica do legislador interno, *devem presidir ao desenvolvimento da vida de relação* (v. *Direito Internacional Privado e Constituição...*, pp. 113, 119, 121, nota 168, e 122, «Droit international privé vers la fin du vingtième siècle : avancement ou recul ?», em *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 174 e 184, e «L'ordre public international en droit portugais», em *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 251 e 252).

¹¹⁴ Neste sentido, v. L. DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de empreendimento...*, p. 772, e *Direito Internacional Privado*, vol. I, pp. 246 e 247, e D. MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual...*, pp. 641 e 642 («[eis] por que não se nos afigura possível determinar as normas em apreço com base no critério da prossecução pelas mesmas dos fins do Estado: estes há-os tantos e tão diversos quantas as ideologias que o inspiram»).

¹¹⁵ V.g., a protecção do contraente mais fraco, como os consumidores e os trabalhadores (v. L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, pp. 246 e 247, e D. MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual...*, p. 642).

¹¹⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Novembro de 1999, procs. C-369/96 e C-376/96, *Processos penais c. Jean-Claude Arblade e Arblade & Fils SARL e c. Bernard Leloup e o.*, *Colectânea de Jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância*, 11, 1999, pp. I-8453 ss., considerando 30.

¹¹⁷ Cfr. MOURA RAMOS, «O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a teoria geral do Direito Internacional Privado. Desenvolvimentos recentes», em *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 463, nota 91.

de exigir a sua aplicação em qualquer situação abrangida pelo seu âmbito de aplicação, independentemente da lei que de outro modo seria aplicável ao contrato, por força do presente regulamento». Pelo menos para efeitos da determinação do Direito aplicável aos contratos incluídos no âmbito de aplicação do Regulamento Roma I —o que não é pouco—, são normas de aplicação imediata as que prosseguirem interesses públicos, e interesses públicos são, *mas não são só*, os que se prendem com a salvaguarda da organização política, social ou económica do Estado.

40. O art. 9.º da LCS pretende transpor, para a ordem jurídica portuguesa, os arts. 7.º, n.º 2, da Segunda Directiva 88/357/CEE e 32.º, n.º 4, da Directiva «Vida» 2002/83/CE.

Todavia, refere-se tão-somente a *normas de aplicação imediata do foro*, isto é, vigentes no ordenamento jurídico português, ao passo que as disposições das Directivas abriam ainda caminho à possibilidade de os Estados-Membros atribuírem eficácia a normas de aplicação imediata de terceiros Estados.

A ausência de *norma de reconhecimento expressa* de regras de aplicação imediata de terceiros Estados em matéria de contrato de seguro (aos contratos abrangidos pela LCS não é aplicável o art. 7.º, n.º 1, da Convenção de Roma¹¹⁸, nem o art. 9.º, n.º 3, do Regulamento Roma I, nem outras normas de reconhecimento expressas vigentes no nosso ordenamento) não significa que não possam atribuir-se efeitos jurídicos a tais regras em Portugal. Na verdade, a doutrina portuguesa tem sustentado, embora por vias divergentes, a atribuição de eficácia interna a normas de aplicação imediata estrangeiras mesmo na impossibilidade de recorrer a norma de reconhecimento expressa¹¹⁹.

41. Pese embora a epígrafe do artigo 9.º, dele não faz parte qualquer norma de aplicação imediata.

Estas normas são, como se disse, normas materiais e o art. 9.º (salvo o n.º 4) não contém qualquer norma material. A sua função reside, antes, em estabelecer os critérios que permitem caracterizar, em razão da matéria e do âmbito de aplicação no espaço, as normas de aplicação imediata.

Quanto à *delimitação em razão da matéria*, rege o n.º 1, 1.ª parte. Dele decorrem três coisas. Primeira, que apenas disposições *materiais imperativas* são susceptíveis de qualificação como normas de aplicação imediata. Segunda, que apenas disposições *relativas ao contrato de seguro*, integrem ou não a LCS, são visadas pelo art. 9.º. Terceira, que normas de aplicação imediata são tão-somente as normas materiais imperativas vigentes em Portugal em matéria de contrato de seguro *que protegem interesses públicos*.

Referiu-se que há grande controvérsia sobre se constitui nota característica das normas de aplicação imediata a defesa de interesses públicos. Ora, é essa uma controvérsia carecida de sentido à face do n.º 1, 1.ª parte, do art. 9.º, visto que, em matéria de contrato de seguro, nele se caracterizam as normas de aplicação imediata, precisamente, em função de prosseguirem interesses públicos. O preceito tem ainda o mérito de especificar que constituem interesses públicos, *designadamente*, a protecção dos consumidores ou de terceiros.

Fica assim bem claro que, para ser merecedora de imediata aplicação, não basta à norma que seja *internamente imperativa*: é preciso que seja internamente imperativa e que proteja interesses públicos. Só nessa medida a norma material imperativa interna se tornará em norma de aplicação imediata, em norma *internacionalmente imperativa*, isto é, em *norma imperativa que, devido aos interesses essenciais que protege, deve ser observada mesmo em situações transnacionais*.

É precisamente porque só *certas* normas imperativas— e não todas —relativas ao contrato de seguro merecem alcançar a categoria de normas internacionalmente imperativas que se não deve cair no erro de ver nos preceitos referidos nos arts. 12.º e 13.º da LCS regras de aplicação imediata: tais precei-

¹¹⁸ A cuja aplicação em Portugal o legislador nacional fez, de resto, uma reserva (cfr. Aviso n.º 240/94, *Diário da República*, n.º 217, I Série-A, de 19 de Setembro de 1994, p. 5610).

¹¹⁹ V. MARQUES DOS SANTOS, *As normas...*, pp. 1042 ss., *Direito Internacional Privado. Introdução*, pp. 300 ss., «Direito aplicável aos contratos...», pp. 189 e 190, e «A Convenção de Roma...», pp. 249 ss., L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, pp. 278 ss., e D. MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual...*, pp. 660 ss. Sob certas condições, as próprias Directivas comunitárias podem servir de título que legitima o reconhecimento de normas de aplicação imediata de outros Estados-Membros (v. sobre o ponto N. ANDRADE PISSARRA, «Normas de aplicação imediata...», pp. 95 ss., 108 e 109).

tos são por certo imperativos, mas se constituem ou não regras *internacionalmente* imperativas depende de não haver dúvida quanto a prosseguirem interesses públicos.

42. No que tange à delimitação da *esfera de aplicação no espaço* das normas de aplicação imediata, rege o n.º 1, 2.ª parte, e o n.º 2 do art. 9.º.

Dissemos já que não se deve confundir a norma de aplicação imediata com a norma de conflitos unilateral especial *ad hoc* que lhe assinala o respectivo âmbito de aplicação espacial. Pois bem, os n.ºs 1, 2.ª parte, e 2 do preceito em apreço contêm a norma de conflitos que define os termos em que as normas materiais internas sobre contrato de seguro protectoras dos interesses referidos se aplicam no espaço. Trata-se de uma norma de conflitos *unilateral* — porque respeita exclusivamente à aplicação das normas materiais (de aplicação imediata) portuguesas — *especial* — porque só abrange no seu *conceito-quadro* as normas materiais sobre contrato de seguro — *ad hoc* — porque se reporta a um conjunto individualizado de regras materiais, quais sejam as que protegem interesses públicos no contrato de seguro. É norma de conflitos *expressa*, com isso se ganhando em certeza e previsibilidade.

Os *elementos de conexão* desta regra de conflitos são, segundo o n.º 2, o lugar do risco (seguros de danos) e o lugar da residência habitual ou do estabelecimento do tomador a que o contrato respeita (seguros de pessoas).

A *conexão* consiste no chamamento das normas portuguesas à regulação do contrato, na atribuição de competência às normas de aplicação imediata portuguesas (n.º 1, 2.ª parte).

Prescreve-se no n.º 1, 2.ª parte, que tais normas devem aplicar-se *imperativamente à situação contratual* (melhor seria dizer *contrato*), isto é, independentemente da lei competente segundo o Direito de conflitos comum (que pode, portanto, ser estrangeira) e ainda que tal Direito tenha sido o escolhido pelas partes.

O afastamento do Direito material normalmente competente (*rectius*, competente de harmonia com o sistema conflitual comum) traduz a consequência *natural* da actuação das regras de aplicação imediata. Com efeito, estas regras versam sobre interesses e questões tão importantes para a ordem jurídica portuguesa que não *podem consentir* na hipótese de ser aplicada à situação transnacional, por via do sistema conflitual geral, uma outra lei que não elas próprias. Não-de aplicar-se sempre com *precedência* e *prevalência* sobre as regras de conflitos comuns. Não são, portanto, chamadas *a posteriori*, para corrigirem a actuação das regras de conflitos gerais (como acontece com a ordem pública internacional); aplicam-se *a priori*, porque *ignoram*¹²⁰ os comandos do sistema conflitual geral. Nas palavras do Prof. MARQUES DOS SANTOS, as normas de aplicação imediata aparecem como «uma excepção, *a priori*, à aplicação das leis estranhas pela via das regras de conflitos, *independentemente do conteúdo dessas leis*, porque em tais domínios a ordem jurídica do foro não tolera a aplicação de um direito estrangeiro»¹²¹.

¹²⁰ V. VANDER ELST, «Ordre public international, lois de police et lois d'application immédiate», em *Mélanges offerts à Robert Legros*, Bruxelas, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1985, p. 667, nota 24.

¹²¹ *As Normas...*, p. 956. No mesmo sentido do texto, v. ainda PH. FRANCESCAKIS, *La théorie...*, pp. 12 a 14, «Quelques précisions sur les “lois d'application immédiate” et leurs rapports avec les règles de conflits de lois», *Revue critique de droit international privé*, 1966, pp. 3 e 11, e «Conflits de lois...», n.ºs 89 e 124, FERRER CORREIA, *Lições...*, p. 409, T. GUEDI, «The Theory of the Lois de Police, a Functional Trend In Continental Private International Law – A Comparative Analysis With Modern American Theories», *The American Journal of Comparative Law*, 39-4, 1991, pp. 666-667 e 680, MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição...*, p. 122, e «Da lei aplicável ao contrato de trabalho...», pp. 663 ss., FERNÁNDEZ ROZAS e SÁNCHEZ LORENZO, *Curso...*, p. 315, e *Derecho Internacional Privado*, 3.ª ed., Madrid, Civitas, 2004, p. 123, H. BRITO, *A representação...*, pp. 705 e 709, P. COURBE, *Droit international privé*, Paris, Armand Colin, 2000, p. 134, D. GUTMANN, *Droit international privé*, 2.ª ed., Paris, Dalloz, 2000, pp. 41 e 87, e MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional Privado. Introdução*, pp. 281 e 285. Segundo a doutrina que não aceita constituírem as normas de aplicação imediata um método autónomo de resolução do problema conflitual, a prevalência das normas de aplicação imediata sobre as regras de conflitos gerais resulta simplesmente do facto de a norma de conflitos *ad hoc* que as acompanha, enquanto norma de conflitos *especial*, prevalecer sobre o Direito de conflitos geral (v., por exemplo, L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, pp. 249-250). A essa doutrina respondia o Prof. MARQUES DOS SANTOS da seguinte maneira: «[a] nosso ver, não é tanto porque a norma de aplicação imediata é uma norma especial, ou excepcional, relativamente ao jogo das regras de conflitos gerais que ela tem precedência sobre elas, mas é, justamente ao invés, a sua prevalência sobre as regras de conexão que lhe dá o carácter de excepção ao sistema geral de normas de conflitos de leis no espaço: é porque a importância dos objectivos prosseguidos pelas normas de aplicação necessária é de tal modo capital para a ordem jurídica do foro —em que elas se inserem— que eles não podem deixar de ser perseguidos, mediante a mera alegação de que a norma de conflitos geral remete para uma lei estrangeira [...]» (*As Normas...*, pp. 955-956).

43. O n.º 3 visa transpor para o ordenamento jurídico nacional o art. 7.º, n.º 2, 3.º §, da Segunda Directiva 88/357/CEE, mas esquece que esta Directiva se não referia exclusivamente às normas de aplicação imediata do foro, como se faz na LCS.

Regula-se no n.º 3 o caso do contrato de seguro que cobre riscos plurilocalizados («sempre que o contrato de seguro cubra riscos situados em mais de um Estado»). Uma vez que o n.º 2 e o n.º 1, 2.ª parte, atribuem competência às normas de aplicação imediata portuguesas quando Portugal seja o Estado-Membro do risco ou do compromisso e que o n.º 3 começa por precisar que tem em vista as situações contempladas no «número anterior», tem de reconhecer-se que no n.º 3 do art. 9.º só se incluem os casos em que Portugal é um dos Estados da situação do risco.

Por força do preceito, em caso de plurilocalização do risco, o contrato de seguro divide-se em tantos contratos quantos os riscos plurilocalizados que cobre. Consequência: as normas de aplicação imediata portuguesas aplicam-se apenas à *parte* do contrato de seguro (que para todos os efeitos constitui um único contrato) que cobre riscos localizados em Portugal.

44. O n.º 4 proíbe que os contratos de seguro transnacionais «sujeitos a lei estrangeira» cubram os riscos referidos no art. 14.º. Quer dizer, apesar de o contrato ser transnacional e de ser competente para o regular um Direito estrangeiro, se cobrir os referidos riscos padece de nulidade («[não] é válido em Portugal [...]»).

O n.º 4 não é norma de conflitos, porque não se cinge a remeter para o art. 14.º, nem é concretização da cláusula geral de ordem pública internacional do art. 22.º do Código Civil, porque se não limita a decretar o afastamento da solução preconizada pela lei competente para as situações nele previstas. Parece-nos tratar-se, antes, de norma material especial de Direito Internacional Privado: aplica-se só a situações internacionais e determina directamente a nulidade do contrato que cubra os riscos referidos no art. 14.º¹²².

6. O art. 10.º da LCS

45. No art. 10.º da LCS, sob a epígrafe «Seguros obrigatórios», estatui-se o seguinte:

«Os contratos de seguro obrigatórios na ordem jurídica portuguesa regem-se pela lei portuguesa, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo anterior.»

Este artigo corresponde ao n.º 1 do anterior art. 193.º, n.º 1, do RGAS. Ambos pretendem transpor para a ordem jurídica portuguesa o art. 8.º da Segunda Directiva 88/357/CEE, cujo n.º 4, al. c), permite que os Estados-Membros adoptem regras de conflitos especiais ordenando a aplicação, ao contrato de seguro obrigatório, da lei do Estado que impõe a obrigação¹²³.

O preceito é difícil de interpretar.

46. O art. 10.º constitui norma de conflitos unilateral —porque apenas manda aplicar a lei portuguesa— e especial em relação aos arts. 6.º e 8.º da LCS — porque de previsão mais restrita.

Porque é especial, o art. 10.º prevalece sobre os arts. 6.º e 8.º. Por exemplo, ao contrato de seguro de danos celebrado, entre seguradora com sede em Portugal e tomador com estabelecimento na Espanha, para cobrir risco situado na Espanha e que deva ser obrigatoriamente segurado apenas em Portugal aplicar-se-á, não a lei espanhola (por força do art. 8.º, n.ºs 1 e 3), mas sim a lei portuguesa.

A lei portuguesa regulará, em princípio, a totalidade do contrato, mas se o risco estiver simultaneamente situado em Portugal e em outro ou outros Estados-Membros, o contrato há-de considerar-se dividido em tantos quantos os Estados onde se localiza o risco e a lei portuguesa impor-se-á somente à

¹²² Para o Prof. L. DE LIMA PINHEIRO, o art. 9.º, n.º 4, constitui «cláusula especial de ordem pública internacional que releva nos termos do art. 21.º do Regulamento» (*Direito Internacional Privado*, vol. I, p. 319).

¹²³ V. *supra* n.º 7.

parte do contrato que cobre riscos situados em Portugal. Parece ser este o sentido da parte final do preceito («sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo anterior»)¹²⁴.

Sendo o contrato de seguro obrigatório na ordem jurídica portuguesa, a escolha de lei não é permitida («[s]em prejuízo do disposto nos artigos seguintes», diz-se no art. 6.º, n.º 1¹²⁵).

47. Sendo o seguro obrigatório apenas na ordem jurídica estrangeira com que o contrato também está conectado, deve aplicar-se a lei estrangeira que impõe a obrigação de seguro, bilateralizando a norma de conflitos em apreço, ou antes as regras de conflitos dos arts. 6.º e 8.º? Por exemplo, ao contrato de seguro de danos obrigatório no ordenamento jurídico espanhol celebrado entre seguradora com sede em Portugal e tomador com estabelecimento na Espanha para cobrir risco situado em Portugal, será aplicada a lei portuguesa (cfr. art. 8.º, n.º 2) ou a lei espanhola enquanto lei que impõe a obrigação de seguro? Em prol da harmonia jurídica internacional, se o Direito espanhol também determinar a sua aplicação enquanto lei do Estado que impõe a contratação do seguro, é de aplicar a todo o contrato a lei espanhola, por força de uma regra de conflitos encontrada a partir da bilateralização da norma de conflitos (unilateral) sob anotação (o que implica a restrição da previsão do art. 8.º)¹²⁶. A regra de conflitos a adoptar ao abrigo do art. 8.º, n.º 4, al. c), da Segunda Directiva 88/357/CEE deveria ser, aliás, bilateral¹²⁷. E deve ter-se presente que, em caso de contradição entre a lei do lugar do risco e a lei que impõe a obrigação de seguro, a Directiva determina a aplicação desta (art. 8.º, n.º 3).

Quando mais do que um Estado conectado com a situação considera o seguro transnacional obrigatório e prescreve a aplicação da respectiva lei, há-de prevalecer a lei do Estado que, impondo a obrigação de segurar, fosse competente de acordo com os critérios fixados nas regras de conflitos do art. 8.º¹²⁸. Por exemplo, o contrato de seguro de danos, obrigatório nos ordenamentos jurídicos espanhol e português, celebrado entre seguradora com sede na Espanha e tomador com estabelecimento em Portugal para cobrir risco situado em Portugal há-de reger-se pela lei portuguesa (cfr. art. 8.º, n.º 2).

48. Mais adiante analisaremos a relação entre o art. 10.º da LCS e o art. 7.º, n.º 4, do Regulamento Roma I¹²⁹.

IV. Contratos abrangidos pelo Regulamento Roma I

1. Âmbito de aplicação do Regulamento Roma I

49. Dissemos que a LCS não regula os contratos de seguro e resseguro abrangidos pelo Regulamento Roma I, porquanto as normas de conflitos deste diploma prevalecem sobre as da LCS, em tanto quanto haja sobreposição.

É agora altura de precisar melhor quando e como se aplica este diploma comunitário.

É comum distinguir-se entre o âmbito de aplicação material, espacial e temporal do Regulamento.

¹²⁴ A LCS contradiz assim o disposto no art. 8.º, n.º 4, da Segunda Directiva 88/357/CEE (bem como no art. 7.º, n.º 4, do Regulamento Roma I), que reserva o *fraccionamento* do contrato para as hipóteses em que os Estados não optam por adoptar regra de conflitos a mandar aplicar a lei que considera o contrato de seguro obrigatório (na al. a) daquele n.º 4 ressalva-se justamente a hipótese prevista na al. c)). Fazendo esta interpretação, v. P. LAGARDE, Nota à Segunda Directiva do Conselho..., p. 148.

¹²⁵ Cfr. *supra* n.º 22.

¹²⁶ Sobre a operação de bilateralização em Direito de Conflitos, v. L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, pp. 256 ss.

¹²⁷ Não obstante, não foi só Portugal que transpôs a Directiva através de uma regra de conflitos unilateral. Fizeram-no igualmente, por exemplo, a Espanha e a França (cfr. C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «Los contratos de seguro...», pp. 47 e 48, e P. LAGARDE e A. TENENBAUM, «De la convention de Rome...», p. 769, nota 116).

¹²⁸ F. DE ALMEIDA PIRES, a propósito das disposições da Directiva, dizia que deveria prevalecer a lei do Estado, de entre os que impusessem a obrigação de segurar, em que se localizasse o risco ou, subsidiariamente, a lei da residência habitual ou administração central do tomador do seguro ou a lei do lugar do sinistro («Da lei aplicável ao contrato de seguro...», p. 311).

¹²⁹ *Infra* n.º 57.

O *âmbito material* vem definido nos arts. 1.º, 13.º e 18.º. Segundo o art. 1.º, n.º 1, o Regulamento aplica-se às obrigações contratuais em matéria civil e comercial. Não se aplica às obrigações contratuais em matéria fiscal, aduaneira e administrativa.

Obrigações contratuais são contratos¹³⁰. O contrato de seguro está, evidentemente, incluído no campo de aplicação material do Regulamento.

Todavia, há certos contratos, mesmo em matéria civil e comercial, que ficam dele excluídos — são os que vêm referidos no n.º 2 do art. 1.º. Em especial quanto ao contrato de seguro, cumpre destacar a exclusão da al. j): o Regulamento Roma I não se aplica aos contratos de seguro «decorrentes de actividades levadas a efeito por organismos que não as empresas referidas no artigo 2.º da Directiva 2002/83/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Novembro de 2002, relativa aos seguros de vida cujo objectivo consista em fornecer prestações a assalariados ou a trabalhadores não assalariados que façam parte de uma empresa ou grupo de empresas, a um ramo comercial ou grupo comercial, em caso de morte ou sobrevivência, de cessação ou redução de actividades, em caso de doença profissional ou de acidente de trabalho»¹³¹.

Os demais contratos de seguro são regulados, quanto à determinação da lei aplicável, pelo Regulamento, independentemente de o risco estar situado dentro ou fora do território dos Estados-Membros.

O Regulamento determina ainda a lei aplicável à capacidade dos contratantes (art. 13.º)¹³² e aos meios de prova, ao ónus da prova e às presunções legais (art. 18.º).

Em suma, o Regulamento Roma I aplica-se à generalidade dos contratos de seguro e de resseguro.

50. No que toca ao *âmbito de aplicação espacial*, o Regulamento disciplina todos os contratos de seguro que impliquem um conflito de leis (art. 1.º). O critério usado para definir a transnacionalidade relevante dos contratos que são seu objecto é, pois, o que já constava do art. 1.º, n.º 1, da Convenção de Roma. É critério que pode ser concretizado nos termos acima enunciados^{133, 134}.

Nos termos do art. 2.º, o Regulamento tem aplicação universal. Ter aplicação universal significa não tanto que o Regulamento se aplica, nos termos do art. 2.º, mesmo quando a lei chamada não seja a de um Estado-Membro (por exemplo, as partes escolheram a lei brasileira ou é esta a lei competente ao abrigo do art. 4.º), mas sobretudo que ele se aplica *sempre* que, observados os respectivos requisitos de aplicação material e espacial, a questão em causa tenha de ser apreciada no território de um Estado vinculado pelo Regulamento, independentemente de qualquer conexão com esse território.

¹³⁰ Certa doutrina recente, minoritária, tem defendido que o Regulamento também se aplica a negócios jurídicos unilaterais. Cfr. L. DE LIMA PINHEIRO, «O novo regulamento comunitário...», pp. 406 a 408, e *Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.ª ed., pp. 258 ss.

¹³¹ A partir de 1 de Novembro de 2012, a remissão para a Directiva «Vida» 2002/83/CE deve ter-se como dirigida à Directiva 2009/138/CE (cfr. *supra* nota 7).

¹³² Quanto às pessoas colectivas, o art. 13.º aplica-se analogicamente. Neste sentido, v. L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.ª ed., pp. 151 ss.

¹³³ *Supra* n.º 21. As situações que implicam um conflito de leis, escreviam os Profs. M. GIULIANO e P. LAGARDE a propósito da Convenção de Roma, são as que «comportam um ou mais elementos de estraneidade em relação à vida social interna de um país (por exemplo, o facto de uma parte ou todas as partes do contrato serem nacionais estrangeiros ou pessoas domiciliadas no estrangeiro; o facto de o contrato ser concluído no estrangeiro, o facto de uma ou várias das prestações das partes serem a executar num país estrangeiro, etc.), dando aos sistemas jurídicos de vários países vocação para se aplicarem» («Rapport...», anotação n.º 1 ao art. 1.º).

¹³⁴ É, porém, muito discutida a questão de saber se existe conflito de leis quando o contrato é puramente interno e as partes escolhem um Direito estrangeiro para o regular (v.g., contrato celebrado em Portugal entre tomador com residência habitual em Portugal e seguradora com sede em Portugal, para cobrir riscos situados no nosso País, submetido, pelas partes, à lei espanhola). Por certo que não é esse um contrato internacional (cfr. *supra* nota 63), mas será uma obrigação contratual que implica um conflito de leis (art. 1.º, n.º 1, do Regulamento Roma I)? A resposta tradicional é afirmativa (cfr. P. LAGARDE, «Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980», *Revue critique de droit international privé*, 2, 1991, pp. 293-294), por isso que a situação vem contemplada no art. 3.º, n.º 3, do Regulamento (e no art. 3.º, n.º 3, da Convenção de Roma), embora a estipulação não possa aí ser aceite como conflitual (expressamente, v. H. BRITO, *A representação...*, p. 431). A doutrina minoritária responde negativamente, razão por que o art. 3.º, n.º 3, se há-de referir a outras situações (v. *infra* n.º 63). Sobre a distinção entre referência material e conflitual, v. *infra* n.º 58 e a bibliografia citada na nota 168.

Os Estados vinculados pelo Regulamento são todos os Estados-Membros menos a Dinamarca (cfr. art. 1.º, n.º 4, e considerando 46)¹³⁵. O Reino Unido, ao contrário do que inicialmente aconteceu (cfr. considerando 45), passou a estar vinculado pelo Regulamento com a Decisão da Comissão de 22 de Dezembro de 2008, relativa ao pedido apresentado pelo Reino Unido com vista a aceitar o Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I)¹³⁶.

Em suma, sendo a questão em causa apreciada em Portugal ou em outro Estado-Membro vinculado pelo Regulamento, este diploma aplica-se obrigatoriamente e as suas normas de conflitos prevalecem geralmente sobre as que vigoram no plano interno para as matérias por ele abrangidas. A lei competente à luz das regras de conflitos do Regulamento pode ser tanto a de um Estado-Membro como a de um Estado não membro.

51. Quanto ao âmbito de aplicação temporal, o Regulamento aplica-se aos contratos celebrados a partir de 17 de Dezembro de 2009 (art. 28.º).

Na versão inicial do Regulamento, o art. 28.º referia-se aos contratos celebrados após 17 de Dezembro de 2009. Isto era contraditório com o que previa o art. 29.º, 2.º §, segundo o qual o Regulamento era aplicável a partir de 17 de Dezembro de 2009. A contradição foi resolvida pela Rectificação ao Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I)¹³⁷, que substituiu a palavra *após* contida na redacção originária do art. 28.º pela expressão *a partir de*.

O Regulamento não se aplica aos contratos celebrados antes de 17 de Dezembro de 2009 ainda que venham a ser renovados posteriormente: a aplicação ao período em que o contrato vigorou antes de 17 de Dezembro seria retroactiva e a aplicação às renovações posteriores a essa data poderia não só frustrar as expectativas das partes como também trazer incoerência à definição do estatuto contratual do mesmo contrato.

2. O art. 7.º do Regulamento Roma I

52. Apesar de aplicável à generalidade dos contratos de seguro e resseguro celebrados a partir de 17 de Dezembro de 2009¹³⁸, o Regulamento Roma I não determina a lei aplicável uniformemente. Com efeito, a regra de conflitos especial do art. 7.º não vale para todos os contratos.

Há que distinguir entre: *a)* contratos de seguro que cobrem grandes riscos; *b)* contratos de seguro que cobrem riscos (não grandes) situados no território dos Estados-Membros; *c)* contratos de seguro que cobrem riscos (não grandes) situados fora do território dos Estados-Membros; *d)* contratos de resseguro.

¹³⁵ Deve notar-se, todavia, que, de acordo com o art. 178.º da Directiva 2009/138/CE, «[os] Estados-Membros não sujeitos à aplicação do Regulamento (CE) n.º 593/2008 aplicam o disposto nesse regulamento para determinar a lei aplicável aos contratos de seguro abrangidos pelo artigo 7.º do mesmo regulamento».

¹³⁶ *Jornal Oficial da União Europeia*, L 10, de 15 de Janeiro de 2009, p. 22.

¹³⁷ *Jornal Oficial da União Europeia*, L 309, de 24 de Novembro de 2009, p. 87.

¹³⁸ Deve notar-se que certos aspectos conexos com o contrato de seguro são regulados, em matéria de determinação da lei competente, não pelo Regulamento Roma I, mas sim pelo Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais («Roma II») (*Jornal Oficial da União Europeia*, L 199, de 31 de Julho de 2007, pp. 40 ss.), aplicável aos factos lesivos ocorridos a partir de 11 de Janeiro de 2009 (arts. 31.º e 32.º). Segundo o art. 18.º («Acção directa contra o segurador do responsável») do Regulamento Roma II, «[o] lesado pode demandar directamente o segurador do responsável pela reparação, se a lei aplicável à obrigação extracontratual ou a lei aplicável ao contrato de seguro assim o previr»; e segundo o art. 19.º («Sub-rogação»), «[se], por força de uma obrigação extracontratual, uma pessoa (“o credor”), tiver direitos relativamente a outra pessoa (“o devedor”), e um terceiro tiver a obrigação de satisfazer o direito do credor, ou tiver efectivamente satisfeito o credor em cumprimento dessa obrigação, a lei que rege esta obrigação do terceiro determina se e em que medida este pode exercer os direitos do credor contra o devedor, segundo a lei que rege as suas relações». Enfim, a lei reguladora da responsabilidade por *culpa in contrahendo* é definida, também no que toca aos contratos de seguro, pelo art. 12.º do Regulamento Roma II, embora esta regra de conflitos remeta para a «lei aplicável ao contrato ou que lhe seria aplicável se tivesse sido celebrado» (ou seja, remeta a solução, em princípio, para as regras de conflitos do Roma I).

O art. 7.º aplica-se apenas (e já não é pouco) aos contratos de seguro que cobrem grandes riscos, situados ou não num Estado-Membro, e aos contratos de seguro que cobrem riscos situados no território dos Estados-Membros (para efeitos do art. 7.º, também a Dinamarca é Estado-Membro — cfr. art. 1.º, n.º 4).¹³⁹

No que toca aos contratos de seguro que cobrem riscos situados fora do território dos Estados-Membros e aos contratos de resseguro (independentemente do lugar do risco), as regras de conflitos pertinentes são, pelo menos, as dos arts. 3.º e 4.º do Regulamento e não o art. 7.º.^{140, 141}

Começemos por analisar o art. 7.º.

53. O art. 7.º do Regulamento Roma I¹⁴² começa por determinar que as regras de conflitos dele constantes apenas abrangem os contratos de seguro que cobrem grandes riscos¹⁴³ e os contratos de seguro que cobrem riscos situados no território dos Estados-Membros (n.º 1).

Quanto aos *contratos de seguro que cobrem grandes riscos*, o Direito competente é: a) o Direito livremente escolhido pelas partes contratantes nos termos do art. 3.º (art. 7.º, n.º 2, 1.º §)¹⁴⁴; b) não tendo havido escolha, o do país da residência habitual do segurador (art. 7.º, n.º 2, 2.º §, 1.ª parte), salvo se das circunstâncias do caso resultar *claramente* que o contrato apresenta conexão *manifestamente* mais estreita com outro país, caso em que o Direito competente será o deste último (cláusula de excepção)¹⁴⁵.

A residência habitual relevante para efeitos desta disposição vem definida no art. 19.º do Regulamento. O momento em que se concretiza o elemento de conexão é o da celebração do contrato (art. 19.º, n.º 3).

¹³⁹ H. HEISS, «Insurance Contracts in Rome I: Another Recent Failure of the European Legislature», *Yearbook of Private International Law*, vol. X, 2008, pp. 265 e 266, defende, com base na obrigação de não discriminação prevista no art. 4.º do Tratado que instituiu o Espaço Económico Europeu, a aplicação do art. 7.º, n.º 3, do Regulamento aos contratos de seguro que cubram riscos situados na Islândia, Noruega e Listenstaine.

¹⁴⁰ V. H. HEISS, «Insurance Contracts...», p. 265, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «The Rome I Regulation: Much ado about nothing?», *The European Legal Forum*, 2, 2008, pp. 74-75, O. LANDO e P. NIELSEN, «The Rome I Regulation», p. 1711, L. DE LIMA PINHEIRO, «O novo regulamento comunitário...», p. 453, H. KENFACK, «Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (“Rome I”), navire stable aux instruments efficaces de navigation?», *Journal du Droit International*, 1, 2009, p. 34, S. FRANCO, «Le règlement “Rome I” sur la loi applicable aux obligations contractuelles», *Journal du Droit International*, 1, 2009, p. 60, C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «Los contratos de seguro...», p. 33, e L. MERRETT, «Choice of law in insurance contracts...», p. 59. Criticando a opção pela exclusão destes contratos do âmbito de aplicação do art. 7.º, v. OLIVERA BOSKOVIC, «La protection de la partie faible...», p. 2177.

¹⁴¹ De harmonia com o considerando 33 do Regulamento, quando «um contrato de seguro que não cubra um grande risco cobrir mais do que um risco dos quais pelo menos um se situe num Estado-Membro e pelo menos um num país terceiro [por exemplo, um contrato de seguro que cubra riscos relativos a imóveis situados na França e no Brasil], as disposições especiais do presente regulamento relativas aos contratos de seguros [isto é, o art. 7.º] apenas se deverão aplicar ao risco ou aos riscos situados no Estado-Membro ou nos Estados-Membros relevantes». Quer dizer, aos riscos cobertos pelo contrato localizados num Estado-Membro aplica-se o art. 7.º e aos riscos localizados em Estados terceiros aplicam-se os arts. 3.º e 4.º do Regulamento. A disciplina jurídico-conflitual do contrato resulta, assim, fraccionada, embora esse fraccionamento possa não se repercutir na sua disciplina jurídico-material (por exemplo, as partes podem escolher a mesma lei ao abrigo dos arts. 7.º e 3.º ou, na falta de escolha, ser a mesma a lei competente por força do art. 4.º, n.º 2, e 7.º, n.º 3, 3.º §). Mas também pode suceder que a lei aplicável seja efectivamente diferente. Critica esta solução, com esse fundamento e por apenas se reportar aos contratos que cobrem mais do que um risco plurilocalizados e deixar de fora os casos de um só risco plurilocalizado (por exemplo, um seguro de vida de uma pessoa habitualmente residente na Inglaterra e em Nova Iorque), L. MERRETT, «Choice of law in insurance contracts...», p. 54.

¹⁴² A introdução do art. 7.º no Regulamento Roma I —que não fora inicialmente proposta pela Comissão (v. Proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I), COM(2005) 650 final, de 15 de Dezembro de 2005)— obedeceu ao intuito de reunir num só diploma as regras de conflitos da Segunda Directiva 88/357/CEE e da Directiva «Vida» 2002/83/CE, bem como à necessidade de proceder à sua simplificação (cfr., por exemplo, C. BRIÈRE, «Le droit international privé européen des contrats et la coordination des sources», *Journal du Droit International*, 3, 2009, p. 794). Não obstante, o art. 7.º continua ainda a ser uma regra de conflitos complexa.

¹⁴³ Os grandes riscos são, de acordo com o próprio art. 7.º, n.º 2, os que vêm definidos na al. d) do art. 5.º da Primeira Directiva 73/239/CEE. A partir de 1 de Novembro de 2012, a remissão para a al. d) do art. 5.º da Primeira Directiva 73/239/CEE deve ter-se como dirigida ao art. 13.º, n.º 27, da Directiva 2009/138/CE (cfr. *supra* nota 7).

¹⁴⁴ Sobre o art. 3.º, v. *infra* n.ºs 58 a 63.

¹⁴⁵ Evidentemente, esta cláusula de excepção não funciona quando as partes tenham escolhido o Direito competente.

Comparando a solução do art. 7.º, n.º 2, com a fornecida pelos arts. 3.º e 4.º do Regulamento conclui-se que são idênticas¹⁴⁶, na medida em que destes também resultaria a atribuição de competência à lei escolhida e, faltando a escolha, à lei do Estado da residência habitual do segurador enquanto contraente adstrito a efectuar a prestação característica do contrato (art. 4.º, n.º 2)¹⁴⁷. A razão de ser para a autonomização do art. 7.º, n.º 2, parece prender-se com o intuito de sujeitar os contratos relativos a grandes riscos às disposições do n.º 4 relativas ao seguro obrigatório¹⁴⁸.

54. No que toca aos *contratos de seguro que cobrem riscos situados no território dos Estados-Membros* vale o disposto no art. 7.º, n.ºs 3 e 4.¹⁴⁹

O lugar do risco é definido por remissão para o art. 2.º, al. d), da Segunda Directiva 88/357/CEE e o art. 1.º, n.º 1, al. g), da Directiva «Vida» 2002/83/CE (cfr. art. 7.º, n.º 6, do Regulamento)¹⁵⁰.

O art. 7.º, n.º 3, começa por estabelecer que as partes contratantes *podem escolher a lei competente*. Impõe-se outra vez o princípio da autonomia da vontade. A escolha, diz-se no prómio, deve ser feita nos termos do art. 3.º, isto é, pode ser expressa ou tácita, anterior ou contemporânea do momento da celebração do contrato ou posterior e total ou parcial¹⁵¹.

Mas o art. 7.º, n.º 3, visa proteger o tomador do seguro, conforme decorre do considerando 32 do Regulamento, e por isso não admite uma escolha ilimitada: a designação da lei pelas partes apenas pode incidir sobre as leis referidas nas als. a) a e).

Segundo a *al. a)*, as partes podem atribuir competência à lei do Estado-Membro em que se situa o risco. Como o momento relevante para aferir da localização do risco é o da celebração do contrato, a escolha dessa lei não resulta afectada em caso de mudança do lugar do risco e as partes não podem alterar a escolha para a lei do novo lugar do risco. Se a escolha for feita depois da celebração do contrato, às partes só é permitido conferir competência à lei do lugar do risco aquando da celebração. Se o contrato cobrir *um* risco situado em mais do que um Estado-Membro no momento da celebração, as partes *podem* escolher *qualquer* uma das leis desses Estados-Membros para reger *todo* o contrato (a «lei de qualquer dos Estados-Membros em que se situa o risco», diz-se na al. a))¹⁵².

Segundo a *al. b)*, as partes contratantes têm também o direito de designar a lei do país da residência habitual do tomador do seguro, que nos seguros não vida pode ou não ser um Estado-Membro¹⁵³. A residência habitual, já se sabe, vem definida no art. 19.º do Regulamento. Se a residência habitual mudar depois da celebração do contrato, essa mudança é irrelevante: mantém-se competente a lei da residência habitual no momento da celebração e as partes não podem alterar a escolha para a lei da nova residência habitual (art. 19.º, n.º 3). Se a escolha da lei for posterior à data da celebração do contrato,

¹⁴⁶ Sublinhando este ponto, v. O. LANDO e P. NIELSEN, «The Rome I Regulation», p. 1711, nota 96, P. LAGARDE e A. TENENBAUM, «De la convention de Rome...», p. 773, e C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «Los contratos de seguro...», p. 37.

¹⁴⁷ V. *infra* n.ºs 59 a 65.

¹⁴⁸ Neste sentido, v. H. HEISS, «Insurance Contracts...», p. 68, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «The Rome I Regulation...», p. 75, e C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «Los contratos de seguro...», p. 37.

¹⁴⁹ O art. 7.º não resolve a questão da lei aplicável quando o contrato cobre, simultaneamente, grandes riscos e não grandes riscos situados no território da Comunidade.

¹⁵⁰ V. *supra* n.º 3. Como se sublinhou na nota 7, a partir de 1 de Novembro de 2012, a remissão para o art. 2.º, al. d), da Segunda Directiva 88/357/CEE e o art. 1.º, n.º 1, al. g), da Directiva «Vida» 2002/83/CE deve ter-se como dirigida ao art. 13.º, n.ºs 13 e 14, da Directiva 2009/138/CE.

¹⁵¹ E não pode incidir sobre Direito não estadual. A propósito dos *tipos* de escolha referidos no texto, v. *infra* n.ºs 59 a 61.

¹⁵² A regra de conflitos sobre o contrato de seguro proposta pelo MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW também não deixava dúvidas quanto ao direito das partes de estipularem a aplicação da lei de um dos Estados de localização do risco para regular todo o contrato (cfr. art. 5a, n.º 2, al. a), da proposta, cuja redacção era: «2. The parties to the contract of insurance may chose (a) the law of the country in which the risk or *part of it* is situated in accordance with the internal law of the forum» («Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 71, 2007, p. 277). Entende H. HEISS, «Insurance Contracts...», p. 269, que a utilidade da al. a) reside na possibilidade de escolher uma única lei em casos de plurilocalização do risco. Se o risco se situar em um único Estado, a lei aplicável será, mesmo na falta de escolha, a lei desse Estado, por virtude do art. 7.º, n.º 3, 3.º §.

¹⁵³ A relevância da al. b) é reduzida no contexto dos seguros (de vida ou não vida) cujo risco se considera situado no lugar da residência habitual do tomador — por força do art. 7.º, n.º 3, 3.º §, a lei objectivamente competente já é, nesses casos, a lei da residência habitual do tomador (v. H. HEISS, «Insurance Contracts...», pp. 269 e 270).

aquela só pode incidir sobre a lei da residência que o tomador tinha na altura da celebração do contrato. Tendo o tomador mais do que uma residência habitual no momento da celebração, as partes podem optar por qualquer uma delas.

De acordo com a *al. c)*, os contraentes podem igualmente atribuir competência, no caso de seguros de vida, à lei do Estado-Membro da nacionalidade do tomador do seguro. Esta regra equivale à do art. 32.º, n.º 2, da Directiva «Vida» 2002/83/CE. A nacionalidade relevante para efeitos desta alínea afigura-se ser a do momento da celebração do contrato, por analogia com as *als. a) e b)*¹⁵⁴. A mudança de nacionalidade depois do momento da celebração não é, pois, relevante, nem sobre a nova nacionalidade pode recair a escolha das partes. Se o tomador não tiver nacionalidade de um Estado-Membro, a alínea não tem aplicação. Tendo o tomador mais do que uma nacionalidade de um Estado-Membro no momento da celebração, as partes podem optar por qualquer uma delas.

A *al. d)* permite que os contraentes sujeitem o contrato à lei do Estado-Membro em que ocorre o sinistro, na condição de o contrato cobrir exclusivamente sinistros ocorridos fora do Estado do risco e naquele Estado-Membro. Esta regra equivale à que vinha prevista no art. 7.º, n.º 1, *al. e)*, da Segunda Directiva 88/357/CEE. Se o Estado do sinistro não for membro da União Europeia, às partes não assiste o direito de designarem a respectiva lei¹⁵⁵.

Segundo a *al. e)*, quando o contrato cobre dois ou mais *riscos* relativos à actividade comercial, industrial ou liberal do tomador do seguro e situados em diferentes Estados-Membros, as partes contratantes podem ainda optar, para regular *todo* o contrato, por uma das leis dos Estados-Membros dos riscos ou pela lei do país (mesmo que não seja Estado-Membro) em que o tomador tiver a sua residência habitual. Esta regra equivale à consagrada no art. 7.º, n.º 1, *al. c)*, da Directiva 88/357/CEE. O momento relevante para a determinação da localização dos riscos e do lugar da residência habitual é também o da celebração do contrato.

55. Em princípio, a referência feita pelas normas de conflitos do Regulamento Roma I é material, no sentido de que vai directamente apontada às normas *materiais* da ordem jurídica designada. Escolhida a lei espanhola, por exemplo, enquanto lei do Estado-Membro da localização do risco no momento da celebração do contrato, o Direito aplicável é, directamente, o Direito material espanhol, desconsiderando-se o respectivo Direito de conflitos. Esta regra, de exclusão do reenvio, vem consagrada no art. 20.º do Regulamento.

Todavia, este mesmo art. 20.º exclui o reenvio «salvo disposição em contrário no presente regulamento». Tem-se entendido que o *art. 7.º, n.º 3, 2.º §*, constitui, precisamente, uma hipótese de admissão do reenvio (ou de algo muito próximo do reenvio) no seio do Regulamento¹⁵⁶.

Sem prejuízo de melhor reflexão, não parece ser de seguir este entendimento. Das duas uma: ou os contraentes, quando celebram o contrato, antes ou depois, escolhem como lei competente uma das referidas nas *als. a), b) ou e)* do n.º 3 do art. 7.º, ou escolhem outras leis. Se escolherem uma daquelas, então é essa a lei competente por força das ditas alíneas e nenhuma outra há que aplicar. Se escolherem como competente uma lei diferente das previstas nas mesmas alíneas, então não cabe aplicá-las sequer e, conseqüentemente, aceitar a remissão para o Direito que referem. Com efeito, tal Direito, material ou conflitual, não pode ser atendido por força de uma qualquer remissão operada pelas regras do art. 7.º, n.º 3, *als. a), b) ou e)*, porque tal remissão não existe. Se a escolha da lei designada for admissível ao abrigo do Direito de conflitos dos Estados-Membros a que se referem essas alíneas, então a lei escolhida será competente, não por força de um reenvio aceite pelo Regulamento, mas sim por virtude da «comunitarização» desse Direito de conflitos pelo art. 7.º, n.º 3, 2.º §.

Vale isto por dizer que as partes contratantes podem escolher, não só as leis previstas nas *als. a), b) e e)* do n.º 3, como também outras leis, desde que o Direito de conflitos dos *Estados-Membros* de

¹⁵⁴ Neste sentido, v. C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «Los contratos de seguro...», p. 41.

¹⁵⁵ V. C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *ibidem*, e, criticamente, H. HEISS, «Insurance Contracts...», p. 270.

¹⁵⁶ Neste sentido, v. OLIVERA BOSKOVIC, «La protection de la partie faible...», p. 2177, S. FRANCO, «Le règlement “Rome I”...», *Journal du Droit International*, p. 61, P. LAGARDE e A. TENENBAUM, «De la convention de Rome...», p. 775, e C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «Los contratos de seguro...», pp. 42 e 43.

localização do risco ou da residência habitual do tomador o permita (não releva o Direito de conflitos do Estado-Membro da nacionalidade do tomador, nem o do lugar do sinistro, nem o do Estado da residência habitual do tomador se for um Estado não membro). O tribunal deverá, por conseguinte, consultar também esses Direitos conflituais para precisar os termos em que lhe é facultado admitir a designação efectuada pelas partes.¹⁵⁷

56. Em caso de *falta ou ineficácia* (v.g., porque não incide sobre uma das leis susceptíveis de escolha) *da escolha de lei*, o art. 7.º, n.º 3, 3.º §, do Regulamento manda aplicar a lei do Estado-Membro da situação do risco no momento da celebração do contrato. O lugar da situação do risco é determinado à luz do n.º 6 do mesmo artigo e a sua mudança posterior à celebração é, portanto, irrelevante.

Se o contrato de seguro cobrir riscos situados em mais do que um Estado-Membro no momento da celebração, estatui inilidivelmente¹⁵⁸ o n.º 5 do art. 7.º que «o contrato é considerado como constituindo vários contratos relativos, cada um deles, a um só Estado-Membro». Por exemplo, se o contrato cobrir riscos situados em Portugal e em Espanha, considera-se dividido em dois, de maneira que ao risco situado em Portugal se aplica o Direito português e ao situado na Espanha o Direito espanhol.

Não prevê o art. 7.º, n.º 3, qualquer cláusula de excepção para a hipótese de falta de designação da lei competente e de não ser a lei do lugar do risco aquela com que se estabelece a conexão mais estreita; nem o preceito está formulado nos moldes de uma presunção ilidível¹⁵⁹. Isto quer dizer que se deve aplicar sempre a lei do lugar do risco, mesmo que do conjunto das circunstâncias do caso resulte claramente existir conexão manifestamente mais estreita com outro ordenamento jurídico¹⁶⁰. É solução criticável¹⁶¹, tanto mais que não era a consagrada no art. 7.º, n. 1, al. h), da Segunda Directiva 88/357/CEE.

57. O art. 7.º, n.º 4, contém disposições específicas para o contrato de seguro obrigatório que cubra grandes riscos ou riscos situados no território dos Estados-Membros (cfr. art. 7.º, n.º 1, do Regulamento).

Segundo se afirma no prómio, as als. a) e b) do n.º 4 constituem *regras adicionais* relativamente aos n.ºs 2 e 3 do art. 7.º. Vale isto por dizer que o Direito aplicável aos contratos em apreço é, em princípio, o referido nas regras de conflitos especiais dos n.ºs 2 e 3 do art. 7.º. O n.º 4 traz um limite à competência atribuída a esse Direito.

As als. a) e b) do n.º 4 têm campos de aplicação diferentes.

A *al. b)* permite que os Estados-Membros afastem a sujeição do contrato de seguro obrigatório às regras de conflitos dos n.ºs 2 e 3 do art. 7.º («[em] derrogação dos n.ºs 2 e 3», diz-se logo no início da alínea) e o submetam, na totalidade¹⁶², à lei do Estado-Membro que impõe a obrigação de subscrever o seguro¹⁶³. Trata-se, pois, de regra equivalente à do art. 8.º, n.º 4, al. c), da Segunda Directiva 88/357/CEE.

Portugal fez uso dessa faculdade logo no RGAS (art. 193.º, n.º 1) e faz, actualmente, no art. 10.º da LCS, de maneira que a lei reguladora do contrato de seguro obrigatório não é, mesmo para os contratos abrangidos pelo art. 7.º do Regulamento, a designada nos termos dos respectivos n.ºs 2 e 3, mas sim a referida no artigo 10.º da LCS.

¹⁵⁷ Concede uma maior liberdade de escolha —para usar a expressão do art. 7.º, n.º 3, 2.º §—, por exemplo, o Direito português, nos arts. 6.º e 7.º da LCS. Sublinhando este ponto, v. L. DE LIMA PINHEIRO, «O novo regulamento comunitário...», pp. 451 e 453, e *Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.ª ed., p. 316. Com mais reticências, v. F. DE ALMEIDA PIRES, *Conflitos de leis...*, p. 101. Fazendo uma apreciação muito crítica do preceito, v. H. HEISS, «Insurance Contracts...», p. 274.

¹⁵⁸ Como sublinha L. MERRETT, «Choice of law in insurance contracts...», p. 61, não parece ser possível ilidir a regra e aplicar o Direito de um só dos Estados de localização do risco (por exemplo, o do lugar do principal risco). Criticando o preceito, por levar o princípio da proximidade longe de mais, v. H. GAUDEMET-TALLON, «Le principe de proximité dans le Règlement Rome I», *Revue hellénique de droit international*, 61, 2008, p. 195.

¹⁵⁹ Cfr. OLIVERA BOSKOVIC, «La protection de la partie faible...», p. 2177.

¹⁶⁰ Neste sentido, v. C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «Los contratos de seguro...», pp. 46 e 47. E não parece haver lugar para aplicar analogicamente os arts. 7.º, n.º 2, ou 4.º, n.º 3, do Regulamento (v. S. PERNER, «Das Internationale Versicherungsvertragsrecht nach Rom I», *IPRax*, 3, 2009, p. 220).

¹⁶¹ V. H. GAUDEMET-TALLON, «Le principe de proximité...», p. 198.

¹⁶² Cfr. H. HEISS, «Insurance Contracts...», p. 279, e C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «Los contratos de seguro...», pp. 48 e 50-51.

¹⁶³ Mesmo com prejuízo para a autonomia conflitual, que resulta inadmissível (cfr. C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «Los contratos de seguro...», p. 49).

Mas o art. 10.º devia ser uma norma de conflitos bilateral, por isso que se há-de sustentar a sua bilateralização¹⁶⁴, de forma a também admitir a aplicação da lei estrangeira do Estado que impõe a obrigação de segurar¹⁶⁵.

A *al. a)* vale para os casos em que os Estados-Membros não optem pela atribuição de competência à lei do Estado que impõe a obrigação de segurar. Em tais casos, regem as normas de conflitos dos n.ºs 2 e 3 do art. 7.º e o Direito competente será o escolhido ou o definido no n.º 2, 2.º §, ou no n.º 3, 3.º §. Todavia, o tribunal deve comparar as disposições pertencentes ao Direito aplicável com as do Estado que impõe a obrigação de subscrever o seguro (n.º 4, *al. a)*, 1.ª parte) e, havendo contradição em algum aspecto concreto que ponha em causa os interesses subjacentes à determinação da obrigatoriedade do seguro, dar prevalência a estas últimas nesse ponto (*al. a)*, 2.ª parte)^{166, 167}.

3. Os arts. 3.º, 4.º e 6.º do Regulamento Roma I

58. Cabe agora analisar brevemente as regras dos *arts. 3.º e 4.º do Regulamento*, aplicáveis ao contrato de seguro relativo a riscos situados fora do território dos Estados-Membros e ao contrato de resseguro (cfr. art. 7.º, n.º 1, *a contrario*).

A regra geral em matéria de lei aplicável às obrigações contratuais, de consagração praticamente universal, é a da autonomia da vontade. É regra que predomina no Regulamento Roma I, constituindo a conexão principal para a generalidade dos contratos.

As partes do contrato de seguro não abrangido pelo art. 7.º têm então o direito de escolher a lei aplicável de harmonia com o art. 3.º. Escolhida a lei, a referência que a ela vai dirigida é conflitual¹⁶⁸, isto é, são as suas normas, imperativas e supletivas, que passam a compor o estatuto contratual. Estando o caso a ser resolvido em Portugal, por exemplo, e escolhida uma lei estrangeira, não há por que respeitar as normas imperativas da lei portuguesa ou da lei que fosse aplicável na falta de escolha. As normas imperativas que as partes deverão observar passam a ser tão-somente as que integram a lei competente. De leis que não a escolhida, só as normas internacionalmente imperativas podem relevar.

59. A escolha pode ser *expressa ou tácita* (art. 3.º, n.º 1, 2.ª parte). Não pode é ser hipotética¹⁶⁹.

A escolha é expressa quando as partes declaradamente se manifestam de acordo quanto à lei aplicável. Geralmente, a escolha expressa da lei aplicável, quando escrita, aparece incluída nas cláusulas finais dos contratos. Pode ser muito breve: *v.g.*, o presente contrato rege-se pela lei X; ao presente contrato aplica-se o Direito do Estado X.

¹⁶⁴ V. *supra* n.º 47.

¹⁶⁵ Em caso de conflito de duas ou mais leis que impõem a obrigação de subscrever o seguro, prevalece a lei competente ao abrigo dos critérios subsidiários dos n.ºs 2 e 3 do art. 7.º.

¹⁶⁶ O art. 7.º, n.º 4, *al. a)*, 2.ª parte, refere-se apenas à contradição com a lei do Estado-Membro onde o risco se situa, mas há-de considerar-se por ele abrangida a contradição com uma das outras leis designadas ao abrigo dos n.ºs 2 e 3. Neste sentido, v. C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «Los contratos de seguro...», p. 50. P. LAGARDE e A. TENENBAUM, «De la convention de Rome...», pp. 768 e 769, cingem-se a uma interpretação literal do preceito, que por isso criticam.

¹⁶⁷ Embora criticando a *vaga e insatisfatória* formulação do art. 7.º, n.º 4, *al. a)*, 2.ª parte, P. LAGARDE e A. TENENBAUM, «De la convention de Rome...», p. 769, admitem que se tem aí em vista qualquer contradição entre a lei do lugar do risco e a lei do seguro obrigatório e nele se faz prevalecer esta «qualquer que seja o nível de protecção que decorre [da sua] aplicação prioritária».

¹⁶⁸ E não meramente material. Sobre a distinção entre referência conflitual e referência material, que assenta no princípio da autonomia da vontade previsto no Direito material aplicável, v. L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.ª ed., pp. 266 e 267. Sobre a noção de referência material, v. I. DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da compra e venda...*, pp. 42-43.

¹⁶⁹ Cfr. M. GIULIANO e P. LAGARDE, «Rapport...», anotação n.º 3 ao art. 3.º (o art. 3.º não autoriza o juiz «a presumir uma escolha da lei pelas partes quando elas não tiveram clara intenção de a fazer»), FERRER CORREIA, «Algumas considerações acerca da Convenção de Roma...», p. 291, L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. II, 2.ª ed., p. 191, D. MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual...*, p. 460, e CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1-2, 2009, p. 64. Hipotética é a escolha que as partes razoavelmente teriam feito acaso a questão da determinação da lei aplicável se lhes tivesse posto.

Diz-se tácita a escolha que, embora não feita expressamente, resulta de forma clara das disposições do contrato ou das circunstâncias do caso. Na primeira hipótese, as partes não escolhem directa e expressamente a lei de um Estado como lei reguladora do contrato, mas das disposições do contrato, interpretadas sistematicamente, resulta que quiseram a aplicação de certa lei estadual. Por exemplo, um contrato de seguro obedece estritamente ao modelo aprovado por instituição reguladora da actividade seguradora de certo país ou respeita exclusivamente a riscos que são cobertos por seguros típicos em apenas um dos países com conexão. Na segunda hipótese, a vontade negocial não tem de resultar das disposições do contrato, sendo suficiente que decorra das circunstâncias ou factos que rodeiam a sua formação ou execução. Por exemplo, o contrato faz parte de um conjunto de contratos interligados, nos quais se escolhe a lei aplicável, ou o contrato é mera execução de outro para o qual foi escolhida a lei competente, ou o contrato foi sempre negociado à luz do quadro normativo fornecido por certa lei¹⁷⁰.

A escolha tácita pressupõe sempre que as partes *quiseram* efectivamente a aplicação da mesma lei ao contrato e que *manifestaram* essa vontade. Não chega que se tenham convencido de que, por qualquer razão, era essa a lei competente. É preciso que fosse da sua vontade a aplicação de uma mesma lei¹⁷¹. Assim como não basta que tenham querido a aplicação da mesma lei, se não manifestaram pela sua conduta a intenção de submeter o contrato a essa lei¹⁷². «A designação da lei aplicável ao contrato resultará de uma manifestação tácita da vontade comum das partes sempre que do comportamento destas puder deduzir-se a intenção de submeter o contrato a determinada legislação local»¹⁷³.

Exige-se que a escolha resulte de forma *clara* das disposições do contrato ou das circunstâncias da causa¹⁷⁴. É clara a escolha cuja existência e alcance não deixa dúvidas. Se houver dúvidas, deve ter-se por não efectuada qualquer escolha.

É de acrescentar que, de harmonia com o art. 3.º, n.º 5, a existência e a validade do consentimento, bem como a sua forma e a capacidade para consentir na escolha da lei aplicável, se regulam ainda, respectivamente, pelas leis designadas nos arts. 10.º, 11.º e 13.º.

60. A escolha pode ser *total ou parcial*.

Nos termos do art. 3.º, n.º 1, 3.ª parte, do Regulamento, «as partes podem designar a lei aplicável à totalidade ou apenas a parte do contrato».

¹⁷⁰ Podem ver-se exemplos de *indícios* de escolha da lei aplicável em I. DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da compra e venda...*, pp. 156-157, M. GIULIANO e P. LAGARDE, «Rapport...», anotação n.º 3 ao art. 3.º, L. DE LIMA PINHEIRO, «O novo regulamento comunitário...», p. 421, e *Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.ª ed., p. 274, e CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I...», pp. 64 ss. Em especial quanto ao contrato de seguro, v. J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, «O contrato de seguro e a Convenção de Roma...», p. 167. Segundo o considerando 12 do Regulamento, a atribuição de jurisdição exclusiva aos tribunais de um Estado não significa, só por si, que o Direito aplicável deva ser o vigente nesse Estado, embora seja esse um elemento a «ter em conta para determinar se a escolha da lei resulta de forma clara». No quadro da Convenção de Roma, M. GIULIANO e P. LAGARDE, «Rapport...», anotação n.º 3 ao art. 3.º, esclareciam já que «em certos casos ainda, a escolha do foro de um certo país pode revelar sem ambiguidade que as partes quiseram que o contrato fosse regulado pela lei do foro, na condição de que isso seja compatível com as outras disposições do contrato ou com o conjunto das circunstâncias da causa». Cfr., sobre esta questão, S. FRANCO, «Le règlement “Rome I”...», *Journal du Droit International*, p. 53, e CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I...», pp. 65 a 67. Não passou para a versão final do Regulamento a presunção, inicialmente estabelecida no art. 3.º, n.º 1, 2.º §, 2.ª parte, da Proposta de regulamento da Comissão (COM(2005) 650 final, de 15 de Dezembro de 2005), de que a escolha do tribunal implicava a escolha da respectiva lei («[se] as partes tiverem convencionado que um tribunal ou os tribunais de um Estado-Membro têm competência para decidir de quaisquer litígios que tenham surgido ou possam surgir relativamente ao contrato, presume-se que as partes escolheram igualmente a lei deste Estado-Membro»).

¹⁷¹ Como escreve o Prof. L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.ª ed., p. 272, «não é suficiente uma representação concordante das partes sobre o Direito aplicável, porque sem vontade não há uma escolha».

¹⁷² V. I. DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da compra e venda...*, p. 156, e *Direito Internacional Privado*, vol. III, p. 237.

¹⁷³ I. DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da compra e venda...*, pp. 155-156.

¹⁷⁴ Na Convenção de Roma é-se ainda mais exigente: tácita é a escolha que resulta de *modo inequívoco* das disposições do contrato ou das circunstâncias da causa. Note-se porém que a versão portuguesa do Regulamento não corresponde exactamente às versões em outras línguas («[the] choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case»; «[le] choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause»; «[die] Rechtswahl muss ausdrücklich erfolgen oder sich eindeutig aus den Bestimmungen des Vertrags oder aus den Umständen des Falles ergeben»). Chamando a atenção para este ponto, v. L. DE LIMA PINHEIRO, «O novo regulamento comunitário...», p. 421, e *Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.ª ed., p. 274, e S. FRANCO, «Le règlement “Rome I”...», *Journal du Droit International*, p. 53.

A escolha é total quando abrange a totalidade dos aspectos contratuais do contrato e parcial quando abrange somente parte deles. Admite-se com isto o desmembramento ou fraccionamento (*dépeçage*) da disciplina jurídica do contrato.

A doutrina é unânime em recusar o *dépeçage subjectivo* do contrato, isto é, a convenção pela qual as partes declaram aplicável a uma delas uma lei e à outra uma outra lei¹⁷⁵.

O *dépeçage* a que se refere o preceito é, pois, o *dépeçage objectifo*. Neste domínio tem-se defendido que o fraccionamento é possível se respeitar a questões *separáveis* do contrato, sendo que separáveis são as questões que são pelo legislador tratadas separadamente¹⁷⁶ ou correspondem «à regulamentação de um interesse tipicamente protegido por lei»¹⁷⁷. Por exemplo, não há obstáculo de princípio a que se sujeite a questão da cessação do contrato de seguro a uma lei diferente da que se há-de aplicar ao resto do contrato, ou a que se escolha para reger a formação e celebração do contrato uma outra lei que não a aplicável à sua execução.

A escolha parcial só é então de admitir se a aplicação das *leis* reguladoras do contrato não conduzir a soluções incompatíveis, isto é, se o *dépeçage* for coerente¹⁷⁸. Há que comparar os Direitos materiais aplicáveis e verificar se a sua aplicação cumulativa não leva a resultados inconciliáveis. Sendo esse o caso, a escolha é ineficaz.

Nos casos em que a escolha é parcial, o resto do contrato rege-se pela lei também escolhida pelas partes para esse efeito ou, não havendo escolha, pela lei designada nos termos das regras de conflitos supletivas (v.g., art. 4.º).

É discutível se as partes podem escolher mais do que uma lei para regular o contrato ou se, pelo contrário, só podem escolher uma lei relativamente a uma questão parcelar, deixando a regulação dos demais aspectos do contrato à lei aplicável na falta de escolha. Por exemplo, poderão as partes escolher para regular várias questões separáveis do contrato as leis dos países A, B e C? Ou poderão simplesmente escolher, para certa questão parcelar, a lei do país A, aplicando-se supletivamente, quanto ao resto do contrato, a lei B? No art. 3.º, n.º 1, 2.ª parte, da Convenção de Roma diz-se que as partes podem designar a lei aplicável à totalidade ou *apenas a uma parte* do contrato. Certa doutrina interpretava esta passagem no sentido de que está vedada mais do que uma escolha parcial¹⁷⁹. Ora, no Regulamento Roma I não se fala de *uma parte* do contrato, mas da designação da lei aplicável *a parte* do contrato. Será esta alteração da redacção relevante? Não parece, porque não tem paralelo noutras versões do Regulamento. Pelo menos nas versões francesa, inglesa, alemã e italiana, a letra do art. 3.º, n.º 1, 3.ª parte, do Regulamento é igual à do preceito correspondente na Convenção. Mas a teleologia do princípio da autonomia da vontade obriga a considerar a escolha que for mais consentânea com os interesses das partes. A melhor forma de tutelar as suas expectativas é, com efeito, respeitando a sua vontade. Essencial é que o *dépeçage* seja coerente, que «o fraccionamento do contrato respeite a lógica jurídica dos conjuntos normativos e não rompa o equilíbrio contratual», que as partes do contrato sejam «autenticamente separáveis» e a sua sujeição a leis diferentes não implique «a perda de coerência ou do sentido lógico-jurídico que tenha o contrato»¹⁸⁰.

¹⁷⁵ Já neste sentido, quanto ao contrato de compra e venda internacional e à luz do Direito Internacional Privado então vigente, v. I. DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da compra e venda...*, p. 128. V. ainda *Direito Internacional Privado*, vol. III, pp. 228 e 229.

¹⁷⁶ Cfr. L. DE LIMA PINHEIRO, «O novo regulamento comunitário...», p. 423, e *Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.ª ed., p. 276.

¹⁷⁷ I. DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da compra e venda...*, p. 130. V. igualmente, *Direito Internacional Privado*, vol. III, p. 229.

¹⁷⁸ «Em caso de *dépeçage*, escreviam M. GIULIANO e P. LAGARDE, a escolha deve ser coerente, isto é, respeitar aos elementos do contrato que podem ser regulados por leis diferentes sem dar lugar a resultados contraditórios. [...] Se as leis escolhidas não se podem combinar de uma maneira coerente, deve recorrer-se ao art. 4.º da Convenção» («Rapport...», anotação n.º 4 ao art. 3.º).

¹⁷⁹ Cfr. MARQUES DOS SANTOS, «Direito aplicável aos contratos...», p. 168, e «A Convenção de Roma...», pp. 231-232. Algumas versões estrangeiras do texto da Convenção de Roma seriam igualmente concludentes: «les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à *une partie seulement* de leur contrat»; «the parties can select the law applicable to the whole or *a part only* of the contract»; «le parti possono designare la legge applicabile a tutto il contratto, ovvero a *una parte soltanto* di esso»; «die Parteien können die Rechtswahl für ihren ganzen Vertrag oder *nur für einen Teil* desselben treffen».

¹⁸⁰ CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I...», p. 76.

61. A escolha de lei pode ser *anterior, contemporânea ou posterior* à celebração do contrato.

A escolha posterior altera a lei aplicável ao contrato. Como expressamente resulta do art. 3.º, n.º 2, 1.ª parte, do Regulamento, esta lei tanto pode ser a lei anteriormente escolhida pelas partes como a lei que era supletivamente aplicável. Em qualquer caso, se as partes atribuírem eficácia retroactiva à escolha¹⁸¹, ficam ressalvados os direitos de terceiros e a validade formal do contrato (não vá a escolha de lei posterior tornar inválido formalmente o contrato válido ao abrigo da lei anterior).

A escolha posterior pode ser total ou parcial, nos termos referidos, e pode ser expressa ou tácita. Para ser tácita tem de decorrer de forma clara das circunstâncias do caso, nos termos do art. 3.º, n.º 1, 2.ª parte, *in fine*. Assim, as partes contratantes são livres de acordar expressamente, no decurso de acção a correr em tribunal português, na aplicação de lei diferente da que inicialmente regulava o contrato, lei que o juiz deverá observar. Mas a escolha posterior também pode ser tácita¹⁸². Se, por exemplo, o contrato se rege por lei estrangeira e, em tribunal, as partes contratantes fundarem os seus pedidos na lei portuguesa, sem fazerem referência à lei estrangeira competente, *é possível* que se forme acordo tácito quanto à aplicação do Direito português, em princípio com eficácia retroactiva.

Cumprido, no entanto, sublinhar dois aspectos: primeiro, como bem ensina o Prof. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, só é admissível falar de escolha de lei no processo se da conduta processual das partes «se puder inferir uma vontade real das partes nesse sentido»¹⁸³. Segundo, se as partes agirem processualmente representadas por mandatário judicial, a admissibilidade de alteração da lei aplicável ao contrato depende da extensão dos poderes conferidos ao mandatário. Sendo o mandato regulado pelo Direito português, afigura-se que, nos poderes forenses conferidos, vai incluído o de alterar a lei inicialmente competente, mesmo que tivesse sido escolhida pelo patrocinado¹⁸⁴.

62. A escolha de lei só é válida se recair sobre a lei de um *Estado*. É entendimento unânime o de que as partes não podem escolher, para reger o contrato, um ordenamento jurídico não estadual (*v.g.*, a *lex mercatoria*, os Princípios de Direito Europeu dos Contratos, os Princípios do UNIDROIT sobre os contratos comerciais internacionais, etc.)¹⁸⁵. Todavia, diz-se no considerando 14 do Regulamento, as partes podem *incorporar* no contrato um corpo legislativo não estatal ou uma convenção internacional.

¹⁸¹ Como sublinha o Prof. L. DE LIMA PINHEIRO, as partes são livres de determinar se a escolha posterior produz ou não efeitos *ex tunc* (*Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.ª ed., p. 275). Se nada disserem ou havendo dúvidas, deve presumir-se que lhe atribuíram eficácia retroactiva, de maneira a preservar a unidade do estatuto contratual (neste sentido, *v. CALVO CARAVACA*, «El Reglamento Roma I...», p. 84, que invoca a solução contida no art. 116, n.º 3, 2.ª parte, da Lei Federal sobre o Direito Internacional Privado suíça de 18 de Dezembro de 1987).

¹⁸² *V. CALVO CARAVACA*, «El Reglamento Roma I...», p. 83.

¹⁸³ «O novo regulamento comunitário...», p. 422, e *Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.ª ed., p. 275.

¹⁸⁴ Defendendo que a facultade de o mandatário alterar o Direito competente está implícita no dever de defender os interesses do cliente, *v. CALVO CARAVACA*, «El Reglamento Roma I...», p. 83, nota 184.

¹⁸⁵ Já no âmbito do Regulamento Roma I, *v. A. BONOMI*, «The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations. Some General Remarks», *Yearbook of Private International Law*, vol. X, 2008, p. 170, *F. MARELLA*, «The New (Rome I) European Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations: What has Changed?», *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 19-1, 2008, p. 89, *R. WAGNER*, «Der Grundsatz der Rechtswahl und das mangels Rechtswahl anwendbare Recht (Rom I-Verordnung). Ein Bericht über die Entstehungsgeschichte und den Inhalt der Artikel 3 und 4 Rom I-Verordnung», *IPRax*, 5, 2008, pp. 379 e 380, *O. LANDO* e *P. NIELSEN*, «The Rome I Regulation», pp. 1694 ss., *P. LAGARDE* e *A. TENENBAUM*, «De la convention de Rome...», p. 736, *L. DE LIMA PINHEIRO*, «O novo regulamento comunitário...», pp. 418 e 419, e *Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.ª ed., p. 270, *H. KENFACK*, «Le règlement (CE) n° 593/2008...», pp. 12 e 13, *S. FRANCO*, «Le règlement “Rome I”...», *Journal du Droit International*, p. 51, *CALVO CARAVACA*, «El Reglamento Roma I...», p. 69, *H. HEISS*, «Party Autonomy», em *F. FERRARI* e *S. LEIBLE* (coord.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Munique, Sellier, 2009, p. 2, *S. SYMEONIDES*, «Party Autonomy in Rome I and II From a Comparative Perspective», em *BOELE-WOELKI*, *T. EINHORN*, *D. GIRSBERGER* e *S. SYMEONIDES* (coord.), *Convergence and Divergence in Private International Law. Liber Amicorum Kurt Siehr*, Zurique, Schulthess, 2010, pp. 539 e 540, e *U. MAGNUS*, «Die Rom-I Verordnung», *IPRax*, 1, 2010, p. 33. A Comissão ainda propôs que as partes pudessem «igualmente escolher como lei aplicável os princípios e regras de direito material dos contratos, reconhecidos a nível internacional ou comunitário» (cfr. art. 3.º, n.º 2, da Proposta de regulamento da Comissão, COM(2005) 650 final, de 15 de Dezembro de 2005), de maneira a, segundo se dizia na Exposição de Motivos, «autorizar, nomeadamente, a escolha dos princípios UNIDROIT, dos *Principles of European Contract Law* ou de um eventual futuro instrumento comunitário opcional, proibindo, ao mesmo tempo, a escolha da *lex mercatoria*, insuficientemente precisa, ou de codificações privadas não suficientemente reconhecidas pela comunidade internacional». Mas a proposta acabou por cair. Sobre este ponto, *v. o excelente estudo do Professor CALVO CARAVACA*, «El Reglamento Roma I...», pp. 69 ss.

Ou seja, os contratantes estão autorizados a fazer a esse corpo legislativo ou a essa convenção uma referência material — e então as normas visadas valem somente como cláusulas contratuais e devem respeitar as normas imperativas da lei estadual competente¹⁸⁶.

À semelhança do que sucede com a Convenção de Roma, a lei escolhida pode ser a de qualquer Estado (comunitário ou não), independentemente de qualquer conexão do contrato ou das partes com o respectivo ordenamento e da aferição da existência de interesse sério das partes na aplicação da correspondente lei¹⁸⁷. Por exemplo, é válida a escolha da lei brasileira para regular contrato de seguro celebrado entre comerciante português com residência habitual em Portugal e seguradora com sede na França cujo risco se situa na Argentina.

63. Os problemas levantados pelo art. 3.º, n.ºs 3 a 5, do Regulamento ultrapassam o escopo do presente texto.

Apenas se sublinha, dadas as dificuldades de interpretação que as disposições equivalentes da Convenção de Roma têm suscitado, que o n.º 3 se reporta, consoante as opiniões, ao caso de contrato interno com escolha de lei estrangeira (v.g., contrato de resseguro celebrado, em Portugal, por seguradora com sede em Portugal e tomador com residência habitual em Portugal para cobrir riscos situados em Portugal e em que é escolhida a lei espanhola)¹⁸⁸ ou de contrato estrangeiro com escolha da lei do foro ou de outra lei estrangeira (v.g., contrato de resseguro celebrado, na Espanha, por seguradora com sede na Espanha e tomador com residência habitual nesse país para cobrir riscos situados na Espanha e em que é escolhida a lei portuguesa)¹⁸⁹. Se algum dos elementos relevantes do contrato tiver conexão com mais de um Estado, já não se aplica o art. 3.º, n.º 3. O art. 3.º, n.º 4, por seu turno, aplicar-se-á às situações em que o contrato de resseguro é interno ou tem apenas contactos com ordenamentos jurídicos comunitários e é escolhida uma lei de um Estado não membro¹⁹⁰.

64. *Se não tiver sido escolhida a lei aplicável ao contrato de seguro não abrangido pelo art. 7.º ou a escolha for ineficaz*, o Direito material competente é o referido no art. 4.º do Regulamento Roma I. O art. 3.º e o art. 4.º do Regulamento formam, pois, uma conexão singular subsidiária.

O princípio geral subjacente ao art. 4.º é o da aplicação da lei do Estado com o qual o contrato apresenta uma conexão mais estreita. Neste particular —mas só nele—, não há diferença com o preceito correspondente da Convenção de Roma.

O art. 4.º do Regulamento articula-se da seguinte forma.

¹⁸⁶ V. U. MAGNUS, «Die Rom-I Verordnung», p. 33.

¹⁸⁷ Neste sentido, claramente dominante na doutrina, v., em Portugal, FERRER CORREIA, «Algumas considerações acerca da Convenção de Roma...», p. 363, MARQUES DOS SANTOS, «Direito aplicável aos contratos...», p. 167, e «A Convenção de Roma...», p. 234, e L. DE LIMA PINHEIRO, «Direito aplicável aos contratos celebrados através da Internet», p. 18, «Direito aplicável às operações bancárias internacionais», em *Estudos de Direito Internacional Privado*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 242-243, «O novo regulamento comunitário...», pp. 415-416, e *Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.ª ed., p. 265. No estrangeiro, v. F. MARELLA, «The New (Rome I) European Regulation...», p. 89, CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I...», p. 79, H. HEISS, «Party Autonomy», p. 2, e S. SYMEONIDES, «Party Autonomy...», pp. 526 e 527. Em Portugal pronunciou-se contrariamente, a propósito do equivalente art. 3.º da Convenção de Roma, D. MOURA VICENTE, «Lei aplicável à responsabilidade pela utilização ilícita de obras disponíveis em redes digitais», em *Direito Internacional Privado. Ensaio*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 163 e 164, e *Problemática internacional da sociedade da informação*, p. 232, para quem a escolha é válida unicamente se assentar em interesse sério que a justifique, «à luz da ideia de que todo o direito se encontra restringido, no seu exercício, pelo seu fim, função social ou fundamento axiológico».

¹⁸⁸ Esta é a opinião maioritária (v. M. GIULIANO e P. LAGARDE, «Rapport...», anotação n.º 8 ao art. 3.º, e, em Portugal, FERRER CORREIA, «Algumas considerações acerca da Convenção de Roma...», pp. 363 e 364, MOURA RAMOS, «Da lei aplicável ao contrato de trabalho...», pp. 450 a 452, nota 140, e MARQUES DOS SANTOS, «A Convenção de Roma...», pp. 229 e 235).

¹⁸⁹ Esta opinião é minoritária. Em Portugal é seguida por F. DE ALMEIDA PIRES, «Da lei aplicável ao contrato de seguro», pp. 271 ss., e L. DE LIMA PINHEIRO, «O novo regulamento comunitário...», pp. 417 e 418, e *Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.ª ed., pp. 268 ss.

¹⁹⁰ Sobre o novo n.º 4 do art. 3.º, v. A. BONOMI, «The Rome I Regulation...», pp. 172 e 173, H. HEISS, «Party Autonomy», pp. 4 e ss., e U. MAGNUS, «Die Rom-I Verordnung», pp. 33 e 34.

No *n.º 1* determina-se qual a lei aplicável a certos tipos de contratos através de elementos de conexão de conteúdo determinado¹⁹¹. É outra, como se viu¹⁹², a solução da Convenção de Roma, que, depois de enunciado o princípio da aplicação da lei do Estado mais estreitamente conectado com a situação, se limita a estabelecer presunções ilidíveis, de ordem geral e especial, sobre a lei com que, em concreto, se verifica a conexão mais estreita. O *n.º 1* do art. 4.º do Regulamento não prevê presunções, mas antes regras de conflitos rígidas, embora sujeitas ao prescrito no *n.º 3*.

No *n.º 2* prevê-se uma regra subsidiária aplicável aos contratos não referidos no *n.º 1* e aos contratos mistos, sempre que neles seja possível individualizar a prestação característica. Em tais hipóteses, a lei competente é a do país onde o contraente que deve efectuar essa prestação tem, no momento da celebração do contrato, a sua residência habitual¹⁹³. Note-se que se trata de elemento de conexão pessoal: não é competente a lei do país onde deva ser efectuada a prestação característica, mas sim a do país em que tem residência habitual o devedor dessa prestação.

O *n.º 4* prescreve uma segunda regra de conflitos subsidiária (em relação ao *n.º 1* e ao *n.º 2*). Vale para os contratos não contemplados no *n.º 1* e nos quais é impossível individualizar uma prestação característica (por exemplo, o contrato de permuta). A lei aplicável é, em tais espécies, a lei do país com o qual o contrato tem uma conexão mais estreita.

Finalmente, no *n.º 3* do art. 4.º adopta-se uma cláusula de excepção, cuja intervenção deve ser limitadíssima e que apenas vale, como é óbvio, para as situações previstas nos *n.ºs 1* e 2¹⁹⁴. Cabendo a situação no *n.º 4*, a lei reguladora do contrato é, logo à partida, a lei do Estado da conexão mais estreita.¹⁹⁵

65. Os contratos de seguro e de resseguro não estão abrangidos por nenhuma das alíneas do *n.º 1* do art. 4.^o¹⁹⁶, mas neles consegue identificar-se o devedor que fornece a prestação característica. Esse devedor é o *segurador*¹⁹⁷.

Assim, a lei aplicável ao contrato de seguro não abrangido pelo art. 7.º ou ao contrato de resseguro é, na falta de escolha de lei, a lei da residência habitual do segurador no momento da celebração do contrato (art. 4.º, *n.º 2*)¹⁹⁸. Dado que, na maioria dos casos (ou em todos), os seguradores serão pessoas colectivas, a lei competente será então a da administração central da seguradora no momento da celebração. Por exemplo, num contrato de seguro celebrado na Espanha entre seguradora com sede em Portugal e um tomador com residência habitual na Espanha, cujo risco se situa no Brasil, a lei competente é a lei portuguesa.

Por força da cláusula de excepção prevista no *n.º 3* do art. 4.º, o contrato de seguro ou de resseguro deve sujeitar-se a outra lei que não a da administração central da seguradora se resultar *claramente* do conjunto das circunstâncias que apresenta, com essa outra lei, conexão *manifestamente* mais estreita

¹⁹¹ Que não são todos concretização do critério tirado da prestação característica do contrato (v. A. BONOMI, «The Rome I Regulation...», p. 174, MIGUEL ASENSIO, «Applicable Law in the Absence of Choice to Contracts relating to Intellectual or Industrial Property Rights», *Yearbook of Private International Law*, vol. X, 2008, pp. 205 e 206, ZHENG TANG, «Law Applicable in the Absence of Choice – The New Article 4 of the Rome I Regulation», *The Modern Law Review*, 71-5, 2008, pp. 787 ss., FRANCO FERRARI, «Quelques remarques sur le droit applicable aux obligations contractuelles en l'absence de choix des parties (art. 4 du règlement Rome I)», *Revue critique de droit international privé*, 3, 2009, p. 476, e U. MAGNUS, «Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law in the Absence of Choice», em FRANCO FERRARI e S. LEIBLE (coord.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Munique, Sellier, 2009, pp. 33-34).

¹⁹² *Supra* *n.º 17*.

¹⁹³ Relembre-se que o conceito de residência habitual e o momento relevante para efeitos da sua concretização vêm definidos no art. 19.º do Regulamento. Sobre o *n.º 2* do art. 4.º, v. O. LANDO e P. NIELSEN, «The Rome I Regulation», pp. 1703 e 1704, e, criticamente, ZHENG TANG, «Law Applicable...», pp. 792 ss.

¹⁹⁴ Nos termos do considerando 20, 2.ª parte, do Regulamento, para encontrar o país com o qual o contrato apresenta uma conexão manifestamente mais estreita «deverá ser tido em conta, nomeadamente, se o contrato em questão está estreitamente ligado a outro contrato ou a uma série de contratos». Para uma crítica à imprecisão do considerando, v. H. KENFACK, «Le règlement (CE) n.º 593/2008...», p. 29, e ZHENG TANG, «Law Applicable...», pp. 798 ss.

¹⁹⁵ Sobre a interpretação do art. 4.º, *n.º 3*, v. ZHENG TANG, «Law Applicable...», pp. 797 ss.

¹⁹⁶ R. MERKIN, «The Rome I Regulation and reinsurance», p. 74, considera, no entanto, que a lei aplicável ao contrato de resseguro é a lei da residência habitual do ressegurador enquanto prestador de serviços, nos termos do art. 4.º, *n.º 1*, al. b).

¹⁹⁷ V. *supra* *n.º 17* e nota 44.

¹⁹⁸ V. U. MAGNUS, «Die Rom-I Verordnung», p. 40.

(v.g., um contrato celebrado, no Brasil, entre seguradora com sede em Portugal e tomador brasileiro com residência habitual no Brasil, para cobrir riscos situados no Brasil, deve regular-se pela lei brasileira e não pela lei portuguesa).

66. A doutrina encontra-se já dividida sobre a *admissibilidade da aplicação do art. 6.º do Regulamento aos contratos de seguro*¹⁹⁹ não abrangidos pelo art. 7.º²⁰⁰.

No sentido de que é de admitir a aplicação do art. 6.º pronunciaram-se, por exemplo, HELMUT HEISS²⁰¹, GARCIMARTÍN ALFÉREZ²⁰², STÉPHANIE FRANCO²⁰³, PAUL LAGARDE e ALINE TENENBAUM²⁰⁴, CELIA CAMIÑA DOMÍNGUEZ²⁰⁵, LOUISE MERRETT²⁰⁶, STEFAN PERNER²⁰⁷ e ULRICH MAGNUS²⁰⁸.²⁰⁹ Com efeito, enquanto o art. 5.º da Convenção de Roma restringia a protecção do consumidor aos contratos que tivessem por objecto o fornecimento de bens móveis corpóreos ou serviços, o art. 6.º do Regulamento não faz qualquer restrição em função do objecto do contrato e aplica-se a grande parte dos contratos internacionais celebrados entre um comerciante ou profissional e um consumidor²¹⁰.

Em sentido inverso pronunciou-se o Prof. LUÍS DE LIMA PINHEIRO²¹¹, com fundamento no estatuído no considerando 32, *in fine*.

Parece-nos que é de aplicar o art. 6.º. O considerando 32 do Regulamento, ao dizer que o art. 6.º não se deve aplicar no contexto dos contratos de seguro, reporta-se simplesmente aos contratos de seguro incluídos na previsão do art. 7.º²¹². Com efeito, aquele considerando visa somente justificar a aprovação das «disposições específicas» contidas no art. 7.º (e no art. 5.º) e, como tal, auxiliar a sua interpretação com vista à determinação do regime aplicável aos contratos de seguro por ele abrangidos. Quanto aos restantes, não-de valer as outras regras do Regulamento. Por outro lado, a única razão para se não aplicar o art. 6.º aos contratos de seguro previstos no art. 7.º e para sobre aquele prevalecer este reside em que este último foi aprovado com o preciso e declarado objectivo de assegurar um nível adequado de protecção para os tomadores de seguro (cfr. considerando 32). Ora, sempre que não for viável tal protecção por via da aplicação do art. 7.º há-de admitir-se o regresso ao art. 6.º.

¹⁹⁹ Não se vê como pode o art. 6.º aplicar-se a contratos de resseguro, dada a definição de consumidor: pessoa singular que celebra contrato para uma finalidade que possa considerar-se estranha à sua actividade comercial ou profissional (à face da Convenção de Roma, v. L. MERRETT, «Choice of law in insurance contracts...», p. 56). De resto, é porque não merece protecção o tomador do resseguro que também o art. 7.º se não aplica aos contratos de resseguro (n.º 1, *in fine*).

²⁰⁰ Quanto aos contratos de seguro incluídos na previsão do art. 7.º não subsiste a menor dúvida de que se lhes não aplica o art. 6.º, ainda que sejam celebrados com consumidores (cfr. art. 6.º, n.º 1). V. OLIVERA BOSKOVIC, «La protection de la partie faible...», p. 2176, O. LANDO e P. NIELSEN, «The Rome I Regulation», p. 1710, e L. MERRETT, «Choice of law in insurance contracts...», p. 58.

²⁰¹ «Insurance Contracts...», pp. 265, 279 e 280.

²⁰² «The Rome I Regulation...», pp. 74-75.

²⁰³ «Le règlement “Rome I”...», *Journal du Droit International*, p. 60.

²⁰⁴ «De la convention de Rome...», p. 776.

²⁰⁵ «Los contratos de seguro...», p. 33.

²⁰⁶ «Choice of law in insurance contracts...», p. 59.

²⁰⁷ «Das Internationale...», pp. 219 e 220.

²⁰⁸ «Die Rom-I Verordnung», pp. 39 e 40.

²⁰⁹ O Prof. P. LAGARDE («Remarques sur la proposition de règlement...», p. 340) e o MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW («Comments...», p. 279) admitiam também a aplicação aos contratos de seguro do art. 5.º, n.º 2, da Proposta de regulamento da Comissão (COM(2005) 650 final, de 15 de Dezembro de 2005), cuja definição de contrato celebrado com consumidores equivalia à que consta do art. 6.º, n.º 1, do Regulamento.

²¹⁰ Sublinhando este ponto, v. OLIVERA BOSKOVIC, «La protection de la partie faible...», p. 2176, L. DE LIMA PINHEIRO, «O novo regulamento comunitário...», pp. 437-438, e *Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.ª ed., pp. 289-290, e CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I...», p. 95, e, em face do art. 5.º da Proposta de regulamento da Comissão (COM(2005) 650 final, de 15 de Dezembro de 2005), P. LAGARDE, «Remarques sur la proposition de règlement...», p. 340, e MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, «Comments...», pp. 269 e 271.

²¹¹ «O novo regulamento comunitário...», p. 453, e *Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.ª ed., p. 318.

²¹² Daí que a não aplicação do art. 6.º aos contratos de seguro abrangidos pelo art. 7.º apareça depois expressamente referida no início do próprio art. 6.º, n.º 1.

67. Tratando-se então de contrato de seguro celebrado com consumidor e estando reunidos os requisitos referidos no n.º 1 do art. 6.^º²¹³, das duas uma: ou as partes escolhem a lei aplicável ao contrato ou não.

Tendo havido escolha, que é perfeitamente admissível, a lei competente é a escolhida (art. 6.^º, n.º 2). Todavia, o juiz, oficiosamente, tem de comparar a solução fornecida pelas disposições dessa lei com a dada pelas da lei da residência habitual do tomador consumidor²¹⁴. Se a lei da residência habitual contiver normas (internamente) imperativas mais favoráveis ao consumidor, não-de aplicar-se essas normas e não as da lei escolhida, embora estas possam continuar-se a aplicar a outras concretas questões contratuais. É por isso que se diz que, nestes casos, a lei da residência habitual do consumidor fornece um padrão mínimo de protecção do consumidor²¹⁵.

Não havendo escolha, a lei chamada à regulação é a lei da residência habitual do consumidor e não a determinada nos termos do art. 4.^º (que seria, em princípio, a do Estado da administração central da seguradora) — art. 6.^º, n.º 1.

68. A definição do estatuto contratual dos contratos de seguro abrangidos pelo Regulamento Roma I obriga o intérprete a ter ainda presentes, designadamente, os arts. 9.^º, 10.^º, 11.^º, 12.^º, 13.^º, 20.^º, 21.^º e 22.^º, cujo teor põe problemas que se não compadecem com o âmbito do presente estudo.

²¹³ Quanto a estes requisitos, v., por exemplo, P. LAGARDE e A. TENENBAUM, «De la convention de Rome...», pp. 743 ss., L. DE LIMA PINHEIRO, «O novo regulamento comunitário...», pp. 440 ss., e *Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.^a ed., pp. 292 ss., e CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I...», pp. 98 ss. São também importantes os considerandos 24 e 25 do Regulamento.

²¹⁴ Quanto aos termos e âmbito da comparação, v. H. BRITO, *A representação...*, pp. 698 ss., L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.^a ed., pp. 294-295, e E. DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 245 ss.

²¹⁵ L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.^a ed., p. 295.