

A QUESTÃO DA PROTECÇÃO DOS CONSUMIDORES NOS CONTRATOS PLURILocalizados (*)

Pelo Dr. Pedro Gustavo Magalhães do Nascimento Teixeira

SUMÁRIO:

PARTE I. Enquadramento dogmático. O ambiente contratual das transacções de consumo. — PARTE II. As soluções legislativas nacionais. As propostas doutrinárias. O mecanismo da *Sonderanknüpfung*. — PARTE III. A Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais de 1980. Os arts. 5.º e 7.º e a sua articulação. — PARTE IV. A interdependência entre o conflito de leis e o de jurisdições no âmbito da Comunidade Europeia: a Convenção de Bruxelas sobre a competência judiciária e a execução das decisões em matéria civil e comercial de 1968. O art. 60.º, n.º 1 da Constituição da República.

(*) Este trabalho foi originariamente pensado como um mero relatório escolar para a cadeira de Direito Internacional Privado II, do Curso de Direito do Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa, leccionada pelo Prof. Doutor Rui Moura Ramos, a quem devo a base dos conhecimentos que me permitiram elaborar este estudo e a quem agradeço desde já a atenção que me dispensou ao longo deste ano de formatura.

Acabei por ter a felicidade de ser agraciado com o «Prémio para Estudantes de Direito», instituído em boa hora pelo matador Vítor Mendes (em colaboração com a companhia de seguros Mapfre Vida), por decisão do distintíssimo jurf constituído pelos Ex.^{mos} Senhores Doutor Fausto Quadros, Doutor Miguel Teixeira de Sousa, Dr. António

INTRODUÇÃO

«All international transactions are at present under the control of national sovereignty one way or another. Let us recall what the law was at the beginning and let us reflect on how the law should be in the field of our concern. We talk of national laws, regulations and uniform laws. We have them because we believe that just and fair results can be attained through their application. In a society where conceptual perfectionism is preferred, particularly by legal scholars, we tend to consider that these rules represent the law itself and forget that they were initially created merely as tools or indexes to accomplish reasonable results. We tend to forget that some of these rules, however correct they may be in the abstract, may not be appropriate under certain circumstances. Initially, contract law rules were rules of common sense, and were not technical. They were based on the rule of reason. But now are surrounded by jungles of legal technicalities. Logically consistent formal thinking is becoming more and more incompatible with the reasonable expectations of the parties. The development and refinement of theory is of great interest to legal scholars. But how much does it really mean to business?»

Kazuaki Sono (**)

O objectividade deste trabalho não é tanto averiguar o melhor modo de proteger o consumidor nos contratos internacionais, mas mais indagar da natureza do princípio da protecção da parte mais

Braz Teixeira, Dr. Fernão Fernandes e Thomaz, Dr. José Maria Hurtado e Dr. Vítor Direito.

Se inesperada foi esta honra, mais inesperada foi a oportunidade que a Revista da Ordem dos Advogados me concede de publicar, no seu mais que ilustre papel, esta tentativa de estudo, pelo que endereço os meus últimos e sinceros agradecimentos à redacção desta Revista.

(**) Professor de Direito na Universidade de Hokkaido, Sapporo, Japão, *Jungle of technicalities or the 'Rules of Reason'*, in «New Directions in International Trade Law», ps. 599 e ss.

fraca, especialmente no domínio contratual, e da sua adequação no âmbito do Direito Internacional Privado.

Como os casos de situações jurídicas em que são supostos estar em causa sujeitos mais fracos são múltiplos e variados, como o trabalhador, o segurado, o incapaz, o cônjuge, o que necessita de alimentos, etc., julguei adequado concentrar o estudo na protecção da parte contratual mais fraca que pode constituir o consumidor.

A protecção do consumidor é já um princípio consagrado no direito material dos contratos, mas a questão mais importante surge com a sua consideração no âmbito do Direito Internacional Privado, que é tradicionalmente concebido como um direito meramente formal, sem a possibilidade de incluir valores materiais no seu sistema.

Assim, esta problemática é alvo de um grande relevo neste trabalho porque é um *príus* que não é passível de ser ignorado para o ulterior estudo das diversas concepções dos Autores, e das soluções legislativas, nacionais e convencionais.

Em DIP a problemática da protecção do consumidor levanta bastante discussão no seio dos nomes mais qualificados da doutrina, além de ser alvo de consagração em variadas legislações de DIP.

A melhor via metodológica parece ser, como primeiro problema deste estudo, caracterizar e enquadrar devidamente a transacção plurilocalizada envolvendo bens de consumo. Para esta tarefa vou procurar adoptar uma perspectiva integrada e multidisciplinar beneficiando, em certos momentos, dos ensinamentos e perspectivas da análise económica do direito, e da teoria relacional do contrato proposta por Ian MACNEIL.

Com este passo, e depois de compreender o significado ambiental de uma transacção internacional de consumo, torna-se necessário explicitar o princípio da protecção do mais fraco no Direito dos Contratos.

Entrando no estudo de DIP, é necessário indagar se o princípio da protecção da parte contratual mais fraca pode ser considerado como um valor de sistema de DIP.

Se a resposta obtida for afirmativa, proceder-se-à ao estudo das soluções legislativas e doutrinárias mais significativas quanto à questão da lei aplicável aos contratos com os consumidores.

A análise da Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais de 1980 ocupa um lugar de destaque neste tra-

balho: primeiro, é uma Convenção prestes a ser ratificada por Portugal (já foi assinada por altura da Presidência Portuguesa) e daí a oportunidade do seu estudo, e segundo, representa um ponto de confluência das soluções apresentadas pela doutrina e pelas legislações nacionais quanto à lei aplicável aos contratos com os consumidores.

Não adiantando mais, o trabalho termina com a necessária ponderação da interdependência entre o conflito de leis e o conflito de jurisdições, mas apenas no âmbito das Convenções da Comunidade Europeia: a de Roma, já citada, e a de Bruxelas sobre a competência judiciária e a execução das decisões em matéria civil e comercial de 1968 (as soluções que consagra para a protecção do consumidor surgem só com a Convenção de Adesão da Dinamarca, Irlanda e Reino Unido, de 1978). Nesta última parte é dada uma breve nota sobre o alcance possível do art. 60.º da CRP, análise que só foi possível com o desenvolvimento completo do tema que me propus abordar.

PARTE I

1. O ponto de partida deste trabalho é a questão de saber se os contratos de adesão são ou não verdadeiros contratos, dada a limitação da liberdade contratual do aderente no sentido da modelação do conteúdo.

As condições contratuais gerais permitem às empresas incluir nos contratos vantagens para si mesmas, que não têm contrapartida no campo do consumidor, chegando mesmo alguns Autores a apelidar certas práticas de «terrorismo contratual».

Concebe-se que para existir uma verdadeira liberdade contratual são necessários três pressupostos: a liberdade de decisão das partes, a paridade das partes, e a existência de alternativas.

Cabe então analisar sucintamente se estas circunstâncias estão presentes nos contratos de adesão no contexto do mercado livre evoluído, o de hoje.

Os contratos que contêm condições gerais resultam da necessidade de eficiência do mercado, que se torna mais complicada de

atingir à medida que a velocidade da informação e da comunicação aumentam, e hoje, sem exagero, de dia para dia. Uma empresa comercial tem a possibilidade de orientar a sua actividade para um número indeterminado de pessoas (o que leva o empresário a entender «cada indivíduo como um cliente»), e já não para esta ou aquela pessoa; concebe os seus clientes como 'tipos' ou grupos de consumidores (dos 25 aos 40 anos, os profissionais de serviços, os godos, etc., etc....), não interessando sequer em que países se encontram.

Como refere o Professor CALVÃO DA SILVA «à produção de massa corresponde o consumo de massa, onde as qualidades e particularidades do adquirente perdem cada vez mais significado. Não é já o cliente certo que se dirige, de acordo com as reais necessidades ao produto; é o produto padronizado e em série que, publicitado, propagandeado e exaltado, vai ao encontro do cliente anónimo, desindividualizado, massificado e tipificado» (1).

Desta visão do mercado, em que a empresa produz para grupos generalizados, decorre que, como sujeito contratual não está motivada para o contrato de venda concreto, singular (*discrete transactions*) que é visto apenas como um meio, uma ferramenta para o fim da empresa, o lucro.

A eficiência do mercado depende da velocidade com que os sujeitos económicos empresariais conseguem responder aos impulsos do consumidor (para isso, existem, cada vez mais, elaboradas pesquisas de mercado, e, assim, o lema dos anos 90, a juntar aos dos 80 'o tempo é dinheiro', vai ser 'a informação é dinheiro'!). A capacidade da empresa vai depender da sua organização, que deve ser apta a conquistar o mercado. O instrumento contratual deve ser o mais eficiente possível, i.e., ser simples e rápido no seu funcionamento, e além disso, vantajoso e seguro para a empresa (de modo a evitar prejuízos e responsabilidades na medida do possível). Tornam-se, assim, essenciais à movimentação da empresa no mercado, a existência de condições gerais comuns aos múltiplos contratos singulares que

(1) *Responsabilidade Civil do Produtor*, Coimbra, 1990, ps. 20 e ss.

celebra, ou até aos contratos que as outras empresas da mesma área de mercado celebram.

A empresa beneficia assim, de uma racionalização dos meios, que se traduz na simplicidade e rapidez a contratar, além da possibilidade de transferência de riscos que a sua posição económica possibilita ⁽²⁾.

No estudo desta questão, a análise económica do direito tem uma contribuição não dispicienda. Com efeito, estando em causa contratos que se inserem num mercado, i.e., num espaço onde existe uma interacção entre os produtores e os adquirentes autónomos de um bem, e tendo ainda em conta que a formação dos preços no mercado de consumo é um elemento fundamental para a evolução da economia porque demonstra a sua vitalidade e o estado dos agentes económicos participativos, a regulamentação jurídica do conteúdo dos contratos em massa tem um efeito directo nas condições de desenvolvimento do mercado livre e concorrencial. Por isto, a análise económica do direito permite uma perspectiva multidisciplinar da regulação jurídica das condições contratuais gerais, e demonstra, primeiro, as consequências, a nível de mercado, de determinadas soluções positivas, e se, do ponto de vista da eficiência económica, são convenientes ou não; e, segundo, a análise económica das situações jurídicas a regular permite uma melhor compreensão do facto jurídico, e das soluções adequadas *de jure constituendo*.

Uma breve referência à evolução ⁽³⁾ e ao significado da análise económica do direito será útil para a compreensão da contribuição que poderá ter para o âmbito deste trabalho.

Em 1960 surge o artigo de Ronald COASE *The Problem of Social Cost* no «Journal of Law and Economics» que representa o ponto de partida para o movimento que procura averiguar a

⁽²⁾ Cfr. SOUSA RIBEIRO, *Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato*, Coimbra, 1990.

⁽³⁾ Ver *La règle juridique observée par le prisme de l'économiste, une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit*, artigo de Ejan MACKAAY publicado na «Revue Internationale de Droit Economique» de 1986, ps. 43 e ss..

relação entre o direito e a economia; outros autores e múltiplos artigos e obras se lhe seguiram como CALABRESI sobre a responsabilidade civil, Steven CHEUNG sobre o papel e a natureza dos contratos, Gary BECKER que chegou a fazer uma análise económica da caridade e do amor!

A obra que iniciou a segunda fase do movimento foi a *Economic Analysis of Law* de Richard POSNER, que por ser professor de direito tornou este tipo de análise acessível aos juristas, dando um impulso definitivo à renovação do ensino do direito nas faculdades norte americanas (num espaço de dez anos, de 1972 a 1982, foram escritos cerca de um milhar de artigos sobre a análise económica aplicada a todos os domínios do direito). Além da influência no ensino do direito, os argumentos deste movimento surgem ainda na actividade legislativa e nas decisões jurisprudenciais, o que demonstra o estatuto que a análise económica do direito atingiu, nos seus *golden years*, nos EUA.

Sendo as duas primeiras fases deste movimento dominadas pelas ideias da Escola de Chicago, já a terceira fase, a actual, é uma fase de crítica, principalmente devido aos excessos cometidos por certos autores que reivindicavam a análise económica do direito como uma autêntica teoria do direito.

POSNER⁽⁴⁾ assinala dois importantes papéis à análise económica do direito: um papel normativo e um papel positivo. O papel normativo representa a possibilidade da análise económica do direito criticar as soluções vigentes por serem ineficientes ou mesmo ineficazes, e encontrar, *de jure constituendo*, as soluções que considera melhores de acordo com as suas consequências económicas. O papel positivo, o que POSNER considera o mais importante, surge porque esta análise permite explicar as leis e as suas consequências no âmbito do sistema vigente. Uma ideia essencial deste Autor é a de que nem o

⁽⁴⁾ Todas as referências e citações (excepto quando indicado) de Richard POSNER são retiradas de *Economic Analysis of Law*, 2.ª edição, §§ e ss. (*The Nature of Economic Reasoning*), §§ 4.1 e ss. (*Contract Rights and Remedies*), §§ 13.1 e ss. (*The Choice Between Regulation and Common Law*).

jurista nem o juiz podem ignorar o futuro, i.e., as consequências das soluções que propõem ou decidem.

Por muito que se critique a análise económica do direito é inegável que em certas matérias jurídicas a sua contribuição é enorme. A lei e as decisões judiciais intervêm na vida económica, umas vezes de um modo indirecto, outras de um modo explícito quando são expressão autêntica da política económica de um Estado. Um exemplo significativo é realmente o da regulação das cláusulas contratuais gerais: a análise económica pode ajudar a prever se determinada regulação embora juridicamente vantajosa para o aderente se torne afinal economicamente desagradável, e.g., por tendenciar a inflação dos preços, representando assim uma expressão da conhecida teoria do *second best* ⁽⁵⁾.

«Where a transaction is between a large corporation and a ordinary individual, it is tempting to compare the individual to the helpless fellow forced to sign a promissory note with a knife at his throat, especially if his contract with the corporation is a standard contract or the consumer is a poor person. But the analogy is of dubious validity». POSNER assinala que existem duas razões, uma inocente e outra sinistra, para o uso por parte da empresa de condições contratuais gerais: uma a já referida, da racionalização dos meios, a inocente; outra, sinistra, a de que as empresas usam as condições gerais para simplesmente não dar opção ao consumidor: *«The sinister explanation is in general implausible because it implicitly assumes the absence of competition. What is important is not whether there is haggling in every transaction but whether competition*

⁽⁵⁾ A teoria do *second best* afirma que o que parece ser um desenvolvimento vantajoso numa parte de um processo ou sistema interdependente pode ter efeitos desvantajosos noutra parte. Sem precisar mais, porque se trata de uma teoria económica, esta teoria ensina que a regulamentação jurídica, e.g., protecção e restritiva, das condições contratuais gerais embora melhore a protecção jurídica do consumidor, pode piorar a sua situação económica e de mercado no acesso aos bens, não sendo portanto a solução mais vantajosa ou mais eficiente (*First Best solution*). Sobre esta teoria ver *Cases and Materials on Law and Economics*, por Charles GOETZ, 1984.

forces sellers to incorporate in their standard contracts terms that maximize the purchaser's benefits from transacting».

Portanto, a questão é a de saber se a eficiência da actividade das empresas é feita à custa do sacrifício da liberdade contratual do consumidor, da clássica figura da parte contratual mais fraca, e com o próprio sacrifício do contrato, com a *morte* do contrato, tornando-se o chamado contrato de adesão num não-contrato, dada a subordinação de uma parte contratual aos interesses da outra. Para ZWEIGERT e KÖTZ já não seria a liberdade contratual o princípio fundamental do direito dos contratos, mas antes o princípio da justiça contratual, porque uma das condições da liberdade contratual já não existiria: a igualdade económica e social das partes. CANARIS refere, em crítica a ZWEIGERT e KÖTZ ⁽⁶⁾, que a concorrência assegura «uma neutralização do desequilíbrio de poder». O mesmo Autor destaca também «a importante *eficácia económica* da liberdade contratual e da economia de concorrência». A existência de alternativa, para o consumidor, representa o factor de equilíbrio que permite a reacção ao abuso contratual. Um mercado evoluído é assim sinónimo de um mercado concorrencial ⁽⁷⁾. Um monopólio de facto de uma empresa é que repre-

⁽⁶⁾ *A liberdade e justiça contratual na sociedade jurídico-privada*, comunicação ao congresso Internacional sobre Contratos, «Actualidade e Evolução», promovido pela Universidade Católica do Porto, de 1991.

⁽⁷⁾ Nos EUA, um dos mercados mais desenvolvidos, observa-se que certas revistas especializadas na divulgação de certo tipo de produtos (e.g., computadores), vendidos mundialmente, recusam anunciar certas empresas que vendem por correspondência (hoje já não é só nos EUA que se vende virtualmente tudo por correspondência; na Europa, e mesmo em Portugal existem grandes empresas exclusivamente dedicadas à venda por correspondência, que é, como se sabe, um tipo de negócio que facilmente extravasa fronteiras e que constitui, por isso, uma grande parte dos contratos internacionais com consumidores), em relação às quais receberam queixa dos seus leitores, por serviço defeituoso; assim, apesar de a revista depender economicamente dos seus anunciantes, a direcção preferiu perder dinheiro da publicidade do que perder credibilidade junto dos leitores, pois tal poderia implicar a médio prazo o fim da revista.

O próprio mercado, num alto grau de evolução, parece assim funcionar no sentido da lealdade, e da protecção dos consumidores, boicotando as empresas que pretendem lesar os interesses da vida económica (como é que uma empresa por venda por correspondência poderá sobreviver sem poder anunciar nas revistas especializadas no seu produto?!).

senta o perigo da subordinação dos interesses do consumidor aos da empresa comercial. Observa-se, portanto, nos países onde existe menos concorrência, uma maior preocupação pela protecção contra as condições gerais contratuais que podem representar uma oportunidade para «o predisponente, na prossecução de interesses próprios, ditar à massa dos aderentes condições inequitativas e pesadamente desfavoráveis» (8).

Os vários sistemas jurídicos têm prosseguido a protecção do consumidor pela adopção de soluções acentuadamente protecționistas e restritivas da actividade das empresas. POSNER propõe que, quando as forças de mercado não conseguem informar os consumidores, nomeadamente, sobre a qualidade dos produtos, ou seja, quando a velocidade e quantidade da informação que circula não permite a auto regulação do mercado a favor dos que produzem melhor, as soluções legais não deviam ter uma atitude restritiva: os consumidores lesados deveriam ter a possibilidade de exigir *punitive damages* (9) em que as empresas além de serem obrigadas a reparar os danos, teriam de pagar uma pena por terem ofendido os direitos dos consumidores. Por isto, e segundo POSNER, deriva a importância das associações de consumidores nas acções colectivas contra certa empresa como garantia da efectiva protecção dos consumidores.

Outro aspecto da análise económica do direito e que importa realçar é o Teorema de COASE (10), especialmente um dos conceitos: os custos da transacção. Criticando as teorias neo-clássicas de PARETO e PIGOU, COASE introduz o conceito de custos da transacção: para PARETO os únicos custos existentes no mercado eram os da produção e os do transporte, enquanto COASE considera também os custos da *negociação dos contratos*, que existem porque as partes muitas vezes não se conhecem e por iso, além dos custos na planificação desse contrato, justifica-se a intervenção de juristas de modo a reforçar a

(8) SOUSA RIBEIRO, *op. cit.*

(9) Sobre este instituto, *Cláusula Penal e Indemnização*, do Professor PINTO MONTEIRO, n. 1525.

(10) Manuel VICTOR MARTINS, *Ronald Coase: na fronteira da Economia e do Direito*, in «Sub judice» de 1992, ps. 29 e ss..

confiança no cumprimento através da correcção formal do contrato e da inserção de mecanismos preventivos como a cláusula penal (relevando a sua função indemnizatória se estipulada pelas partes como cláusula de fixação antecipada do montante da indemnização) ⁽¹⁾, e.g.. Assim, COASE conclui que a negociação de qualquer contrato pode envolver custos pesados para ambas as partes que não podem ser ignorados pela teoria económica e pelo direito.

Para o que interessa para este trabalho, e não desenvolvendo o Teorema de COASE, este Autor defende que seria tarefa do direito minimizar ou baixar os custos de transacção ou de negociação o que parece que é prosseguido pela legislação civil quando consagra tipos contratuais, cujo conteúdo é supletivo para as partes (art. 405.º do Código Civil), libertando os sujeitos contratuais da negociação exaustiva sobre os termos do conteúdo contratual, e criando confiança no instrumento contratual pela prática habitual no tráfico jurídico desses contratos típicos, o que provoca o reconhecimento da prática jurídica e o minimizar do medo do desconhecido.

As empresas têm como variáveis de gestão os custos da transacção e o risco jurídico ⁽²⁾. Quando contratam não atendem só ao elemento da planificação mas também aos custos das negociações, da própria feitura formal do contrato de acordo com certo sistema jurídico, dos mecanismos destinados a garantir o cumprimento como o sinal; a outra variável de gestão é ainda o *risk-management*, que nos contratos é referido como o risco jurídico, i.e., a possibilidade de emergir um litígio do contrato que suspenda a sua eficácia económica frustrando a planificação da empresa.

É de notar que os custos da transacção e o risco jurídico são bastante significativos nos contratos internacionais, objecto deste trabalho, e que por isso, as soluções de DIP podem ser determinantes na decisão de uma empresa em contratar ou não,

⁽¹⁾ Ver PINTO MONTEIRO, *op. cit.*, § 4 (*Problemas que a cláusula penal visa resolver*), ps. 24 e ss., e § 51 (*Espécie de cláusula penal prevista no art. 810.º*), p. 577 e ss..

⁽²⁾ Maria Manuel LEITÃO MARQUES, *O direito nos contratos das empresas*, in «Sub judice» *cit.*.

beneficiando um mercado livre e concorrencial, e mais vantajoso para o consumidor, ou não.

A regulamentação de DIP deve também ser vista como *preventive law*. O DIP deverá ter como tarefa indicar o *caminho* às partes, ou seja, a lei mais apropriada para reger certa situação jurídica plurilocalizada. Assim, as empresas para a gestão dos custos de transacção e do risco jurídico necessitam de segurança quanto ao estatuto do contrato: se a escolha da lei contratual, ou do foro de um eventual litígio, poderá ser posta em causa, em que termos, ou mesmo, se em certos tipos de contratos terá autonomia conflitual. Tudo isto porque a gestão do risco jurídico pelas empresas implica a adopção de medidas preventivas, como a adopção de cláusulas contratuais que fixem os direitos do credor, e nos contratos internacionais, cláusulas de eleição de lei ou de foro que apresentem mais vantagens para a sua actividade e para enfrentar futuros conflitos judiciais.

Através de uma análise económica do direito as condições gerais do contrato surgem quase como *conditio sine qua non* da eficiência do mercado, eficiência que beneficia quer os sujeitos económicos empresariais, quer os singulares, os consumidores. Sendo menor a eficiência do mercado, menor será o nível da satisfação das necessidades, por existirem menos bens, e porque necessariamente será menor a capacidade de aquisição do consumidor, dada a tendência para a inflação dos preços quando as empresas não são eficientes.

Pietro TRIMARCHI ⁽¹³⁾ a propósito dos efeitos da impossibilidade de cumprimento do contrato refere como princípios que devem orientar as soluções legais, os seguintes: (a) a lei deve fornecer um conteúdo contratual supletivo a ser utilizado quando as partes não preferirem acordar elas mesmas o que sucede ao contrato face a acontecimentos supervenientes; (b) a lei deve impôr em certos contratos o dever das partes incluírem termos (*preventive law*) que prevejam a impossibilidade econó-

(13) *Commercial impracticability in contract law: an economic analysis*, in «International Review of Law and Economics» de 1991, ps. 63 e ss.

mica; e (c) a regra legal deve proporcionar a solução mais eficiente do ponto de vista da afectação dos recursos de modo a evitar que o contrato constitua um desperdício económico. Estes princípios são facilmente transpostos para a regulamentação legal dos contratos com os consumidores: a lei deve proporcionar ao consumidor um regime imperativo cujo *standard* protectivo não possa ser ignorado pelas partes na conformação do conteúdo contratual; por isso, a lei deve impor à parte que contrata em massa um dever de cuidado na elaboração do contrato de modo a não negligenciar esse *standard* protectivo do consumidor e assim evitar litígios desnecessários; e, terceiro, a lei não deve adoptar soluções que criem obstáculos onerosos para a facilidade do tráfico jurídico.

Assim, a análise económica do direito em relação as contratos com os consumidores pode ambicionar a um papel normativo, e contribuir para o indagar das melhores soluções legais, não só ao nível do direito interno, mas também no âmbito do DIP, como será indagado ao longo deste trabalho.

POSNER, na sua obra essencial refere que: «*Many contracts are offered on a take-it-or-leave-it basis. The seller hands the purchaser a standard printed contract that sets forth in detail the respective obligations of the parties. It is an easy step from the premise that there is no negotiation to the conclusion that the purchaser lacked a free choice and therefore should not be bound by onerous terms*».

Para averiguar os condicionalismos do acordo de vontades nos contratos com os consumidores é necessário atender, não só, ao conteúdo contratual expresso, mas também, às circunstâncias ambientais do acordo contratual. Num contrato plurilocalizado o ambiente contratual reporta-se ao facto do contrato ter conexões concretas com vários Estados o que implica, para a sua caracterização e inserção jurídica, uma complexidade acrescida.

2. O modelo clássico apenas caracterizaria o contrato com o consumidor como sendo entre dois «sujeitos autónomos, cada

um prosseguindo separadamente os seus projectos individuais, usando o contrato como meio de estabelecer interacções ocasionais e cuidadosamente circunscritas» (14). É uma visão negativa, que vê o contrato isolado do ambiente em que se insere.

O modelo de Ian MACNEIL caracteriza estes contratos como sendo de tipo relacional, i.e., implicam uma relação continuada, de cooperação duradoura, sendo claro o papel reservado à confiança (mais elevado que num contrato de tipo discreto) (15).

O conceito fundamental da concepção de MACNEIL é a sua noção de contrato (16): «*relations among people in the course of projecting exchange into the future*». Neste sentido, como MACNEIL avisa, todos os contratos são relacionais, mas uns mais que outros.

Primeiro, os contratos são relações entre pessoas: «*exchange of any importance is impossible outside a society*». Não é possível conceber qualquer transacção sem os pressupostos que MACNEIL refere, como a existência de um sistema de comunicação que permita a interactividade entre as pessoas, de um sistema jurídico (com garantias de execução estadual) que assegure a confiança nos compromissos, e um sistema monetário que permita a troca. Assim, as partes não podem nunca ignorar, quando contratam, o molde social (*social matrix*) onde a transacção se insere e depende. A transacção acontece porque as pessoas comunicam em sociedade, pois só assim ficam informadas dos bens que podem alcançar para satisfazer as suas necessidades.

Quando a circulação de informação aumentou de velocidade e de quantidade assistiu-se ao fenómeno da sociedade de consumo, que resulta precisamente da facilidade e simplicidade de meios para obter informação na sociedade moderna.

(14) LEITÃO MARQUES, *op. cit.*

(15) «... *In a complex society, parties frequently enter into continuing, highly interactive contractual arrangement where a complete contingent contract may not be feasible*», in GOETZ, *op. cit.*

(16) *Values in contract: internal and external*, in «Northwestern University Law Review» ps. 340 e ss., v. 78, n.º 2 de 1983.

Voltando à concepção de MACNEIL, a visão relacional do contrato permite compreender que os contratos não podem ser definidos como acordos de vontade limitados a compromissos meramente ocasionais. Tendo em conta o ambiente contratual, uma das obrigações das partes será a preservação da relação contratual.

Os contratos relacionais podem referir-se a transacções entre indivíduos, ou a transacções entre grupos de indivíduos, como parece ser o caso das empresas e os consumidores. Dada a economia de mercado, nos contratos com consumidores, as interacções surgem entre duas comunidades (interactivas): as empresas, e os consumidores. A nível mais particular, a empresa contrata com os seus clientes, e é com eles que se estabelece esse acordo de cooperação, e a sanção para a empresa por quebra desse acordo (com a venda de produtos, ou de prestação de serviços de má qualidade ou defeituosos) é simplesmente o consumidor não voltar a contratar. Como as comunidades de consumidores são interactivas, o que implica troca (rápida) de informação, a quebra da cooperação da empresa com um consumidor pode implicar a recusa a contratar de um número indeterminado de consumidores.

A classificação de determinado contrato como relacional não deve depender do seu carácter de longa duração⁽¹⁷⁾. Um contrato é relacional na medida em que as partes, quer por não ser possível, quer pelas força das circunstâncias não ser preciso (daqui a necessidade do intérprete deste tipo de contratos não os isolar do ambiente contratual em que se desenvolvem), não reduzem formalmente o conteúdo contratual a obrigações bem definidas; e.g., se nos contratos de tipo discreto não se pode deixar de atender ao ambiente contratual para compreender princí-

(17) Embora os contratos relacionais não sejam necessariamente contratos de longa duração, são, no entanto este tipo e contratos que mais se adequa a esta caracterização, onde a incerteza e a complexidade são conceitos chave. Por isso, são muitas vezes elementos gerais os que definem a posição de uma parte, o conjunto dos seus direitos, e principalmente, dos seus deveres: o caso do código deontológico do médico, do advogado, do corretor da Bolsa. Tal é óbvio na dificuldade dos tribunais em atribuir e concretizar obrigações que decorrem de certas posições jurídicas de conteúdo geral.

pios e deveres obrigacionais laterais como os da confiança, respeito e lealdade, nos contratos relacionais, por maioria de razão, é essencial conformá-los juridicamente no âmbito de todas as circunstâncias que afectem a relação, porque, nestes casos, a dificuldade de concretizar certos deveres e obrigações é acrescida (18).

Podem, assim, existir contratos de curta duração que assumam a feição de relacionais como desde logo o são os contratos com os consumidores: além do exemplo da garantia que perdura após a entrega das prestações características, é necessário considerar ainda que todos os contratos das empresas com os consumidores são relacionais no sentido da sua envolvência jurídica se enquadrar no âmbito da relação grande da empresa com a comunidade de consumidores interactiva, e é desta relação que decorrem especiais deveres (que dependem de vários

(18) Os contratos relacionais surgem cada vez mais porque derivam da evolução da economia, do mercado e da concorrência: a opção das empresas pela integração vertical está em declínio, porque os custos de manter determinada relação contratual são mais baixos, além de garantirem à empresa uma maior flexibilidade na sua actividade. Mas a consequência mais importante do abandono pelas empresas da integração vertical é o facto de já não ser a empresa quem decide todos os assuntos que dizem respeito à sua actividade: tem de existir um acordo, que é muitas vezes implícito, no sentido da manutenção da cooperação de modo a assegurar a continuidade, a manutenção da relação, que tem muitas vezes o conteúdo de uma dependência recíproca.

Essa relação de cooperação entre as empresas que resulta do facto da produção numa economia evoluída não estar concentrada numa empresa, envolve uma componente de estratégia comum às várias empresas, partes de contratos relacionais, como o *franchising*, e.g., de modo a enfrentar eficientemente o mercado concorrencial. A análise económica permite identificar os requisitos de cooperação nos vários sectores da economia, da produção à distribuição, mas o dado mais importante a reter é a relação de dependência que existe entre as empresas e que o contrato clássico não é um instrumento suficiente para garantir a cooperação e evitar a insegurança que advirá, e.g., nos contratos onde existem direitos exclusivos como pode ser o caso do contrato de agência, onde será exigível (e como o nosso DL 178/86 o nota especialmente nos arts. 6.º, 7.º, 8.º e 12.º — ver, do Professor PINTO MONTEIRO, o *Anteprojecto* no BMJ n.º 360, ps. 87 e ss., e a *Anotação* aos artigos citados) o melhor esforço do agente na promoção de certo produto que constitui condição necessária para o produtor sobreviver. Como foi dito, a maior dificuldade advirá da tentativa de concretização desses deveres, mas será sempre essencial ao intérprete considerar o ambiente contratual, cujo elemento mais importante será o mercado onde a transacção se desenvolve.

elementos da relação como a reputação da empresa, o tipo de consumidores a que ela se dirige, etc., etc.), e.g., o de não vender produtos defeituosos ou de não emitir publicidade enganosa.

MACAULAY afirma que «uma perspectiva global do contrato relacional indica que podem ser extremamente pesados os custos implícitos e os prejuízos resultantes da quebra da relação à volta da qual a empresa estruturou todas as suas operações o que a mantêm amarrada a uma certa dependência»⁽¹⁹⁾, o que é certo para a relação mais importante da empresa que é com a comunidade de consumidores alvo da sua inserção de mercado, onde uma quebra põe em causa o próprio fim da empresa comercial, o lucro, e mesmo a curto prazo a própria empresa, por falta de confiança no mercado, por parte de investidores e daí a diminuição de possibilidades de financiamento.

Os consumidores, por seu lado, é na empresa, como organismo de afectação de recursos, que concebem a possibilidade de satisfazerem as suas necessidades e desejos na obtenção de bens. Não é possível, sem entes organizados de produção, responder ao ímpeto da procura no mercado.

Existe, portanto, uma relação de dependência recíproca entre as comunidades empresariais e dos consumidores, e é em entre estes dois grupos que deve ser entendida essa obrigação, ou *relational norm*, de preservação da relação contratual, preservação essa que decorre das especiais características da solidariedade contratual nos contratos ditos relacionais.

Esta norma contratual da preservação deve ser o mais ampla possível, neste caso, para abranger quer as transacções singulares de bens de consumo, quer a relação grande de cooperação entre as duas comunidades. É óbvio que essa obrigação de preservação depende do comportamento social das partes: os consumidores deixam de querer preservar uma relação com uma empresa que apresenta uma produção ou serviço deficiente e até atentatório do seu bem estar; é interessante notar que as exigências da sociedade às empresas têm evoluído: desde a res-

(19) Citado por LEITÃO MARQUES, *op. cit.*.

ponsabilização do produtor, passando pelo controle da publicidade enganosa, até à responsabilidade pelo ambiente físico, ao ponto de se falar hoje do conceito de 'bom cidadão empresarial'.

A norma da preservação tem, assim, como primeira condição as partes contratuais cumprirem os seus papéis e funções sociais de uma forma considerada correcta, i.e., leal e honesta.

Uma segunda condição para a preservação da relação contratual será a reciprocidade de tratamento. Para MACNEIL a questão «*What have you done for me lately?*» estará sempre presente nos contratos relacionais; dado o carácter continuado da relação as partes deverão estar dispostas a adaptarem-na de acordo com as mudanças que ocorrerem no seu tempo. Por isso, a flexibilidade das atitudes e dos comportamentos das partes de modo a manter o elemento da reciprocidade de tratamento também é essencial para a preservação do contrato.

Parece que a teoria de MACNEIL será útil, e de forma sucinta, para ajudar a compreender que a comunicação entre as duas comunidades interactivas das empresas e dos consumidores que resulta do mercado de concorrência (e daí sua *conditio sine qua non*) pode *a priori*, antes da celebração da transacção particular, definir condições de equilíbrio que representem, considerando a interacção entre as duas comunidades, um conteúdo justo e negociado do ponto de vista relacional. Claro que são de considerar as condições de existir um mercado de concorrência, de existir interactividade, circulação de informação entre os consumidores, de modo que não haja obstáculos à sanção pela quebra de cooperação pela empresa (vendendo, como exemplo, produtos defeituosos ou não assegurando a reparação de danos) que é a dos consumidores não voltarem a contratar com essa empresa, o que em mercados altamente concorrenciais como os EUA pode representar o fim da actividade da empresa, restabelecendo de novo o equilíbrio. Como conclusão, a empresa comercial não se propõe simplesmente a efectuar *discrete contracts*, mas sim a contratar com comunidades de consumidores.

O que me pareceu mais importante na visão relacional do contrato é que não terá uma mera função analítica, i.e., ser uma

visão mais ampla a juntar à visão clássica, mas terá a potencialidade de ser uma visão conformadora: ao mostrar o interesse do ambiente contratual, o valor das práticas usuais, os interconhecimentos entre as partes, e.g., demonstra que existe muita informação que circula *inter partes* que é subentendida, e não entendida como informação privilegiada, i.e. com conteúdo jurídico de vinculação. A visão relacional de MACNEIL deverá por isso permitir argumenta que as partes não podem isolar o contrato do ambiente contratual onde a transacção se insere.

Em suma, os contratos entre as empresas e consumidores devem beneficiar de um entendimento social a par do jurídico. Na análise deste tipo de contratos não é possível abstrair do ambiente sócio económico que envolve a transacção e que tem influência directa na conformação jurídica do conteúdo contratual. É por esta razão que a análise económica do direito fornece elementos imprescindíveis para o estudo das soluções de DIP para a lei aplicável aos contratos internacionais com os consumidores.

3. A visão de mercado dos contratos com os consumidores deve ser compreendida no contexto das tendências dos anos 90, em que as minorias subestimadas como os consumidores organizam-se, e tornam-se mais informadas, tendo uma maior capacidade e velocidade de reacção à exploração pelas empresas, originando uma viragem total de conceitos. A empresa comercial já não considera '*cada indivíduo, um cliente*', '*mas cada cliente, um indivíduo*'. Também, se a palavra que caracteriza o mercado dos anos 80 é *ganância*, a dos anos 90 será *value*, ou *valor* ⁽²⁰⁾, em que os consumidores pretendem adquirir o

⁽²⁰⁾ Segundo POSNER a eficiência económica depende do «*value — human satisfaction as measured by aggregate consumer willingness to pay for goods and services*», porque variam no mesmo sentido. Também na sua obra *The economics of justice: «the most important thing to bear in mind about the concept of values is that is based on what people are willing to pay for something rather than on the happiness they would derive from having it. Value and happiness are of course related: a person would not buy something unless having it would give him more happiness, in the broad utilitarian sense, than the alternative goods or services (including leisure) that he must give up to have it. ... the*

melhor produto, com o preço mais baixo possível (o bem adquirido deverá valer o preço que é pago, ao contrário da década anterior em que o preço correspondia mais à marca do produto, do que à sua qualidade) ⁽²¹⁾, exigindo às empresas uma adaptação de vulto ⁽²²⁾.

Mas o que para a economia é o *value* da aquisição do consumidor, para os juristas é um acentuar da justiça comutativa do contrato. Como justamente nota o Professor GHESTIN «*on donne aujourd'hui dans le contrat, par un singulier retour aux conceptions du droit romain, une importance particulière à l'élément objectif, matériel, du déplacement de valeur d'un patrimoine à un autre*» ⁽²³⁾.

Tudo isto para concluir, que se o contrato com o consumidor for visto isoladamente, fora do ambiente em que é celebrado, não se pode deixar de concluir que não se está perante uma harmonização de interesses que é ideal num contrato. No entanto, se for tida em conta essa relação duradoura que as empresas e os consumidores mantêm, observa-se que existe de facto, por influência do mercado, uma composição de interes-

wealth of the society is the aggregate satisfaction of those preferences that are backed up by money, that is, that are registered in a market.».

As preferências dos consumidores reflectem-se necessariamente num mercado concorrencial perante as múltiplas ofertas das empresas; daqui resulta que qualquer transacção que envolva bens de consumo é indissociável do mercado que condicionou o processo de decisão do adquirente.

⁽²¹⁾ «Any marketeer or manufacturer who wants to succeed in the Nineties has to understand the new intelligent consumers. What these consumers really want is top quality at the lowest possible price. They are no longer willing to pay for brand names if they cannot distinguish a qualitative difference between branded items and private label goods», in «FORTUNE International», Dezembro 1992, 'What intelligent consumers want'.

⁽²²⁾ «The delivery of value to the costumers is the nexus at wich all aspects of commerce converge. It calls for a clear understanding of costumers needs, superior product design, intelligent application of technology, relentless focus on quality, cost control, and productivity — and a pugnacious insistence on one-upping the competition. This is the most basic test of business effectiveness. Those who don't pass it may not be with us when the value decade is done.» in «FORTUNE», Novembro de 1992, 'How to prosper in the value decade».

⁽²³⁾ *Le juste et l'utile dans les effets du contrat*, comunicação ao Congresso dos Contratos, cit..

ses anterior ao próprio contrato, composição essa que resulta da *colisão* entre essas duas comunidades interactivas, em que o interesse da empresa em realizar o seu fim, é o do consumidor em ter acesso a diversos e variados bens. É possível, ousadamente, afirmar que o consumidor *investe* com a sua liberdade negocial de modelar o conteúdo de determinado contrato particular corrente, na eficácia do mercado, sabendo que os seus interesses estão salvaguardados pelo equilíbrio da cooperação entre as forças do mercado, cuja quebra por parte de determinada empresa poderá representar o suicídio económico (surge como característica da comunidade interactiva de consumidores — e não de *um* consumidor — o facto de ser um *countervailing power*). Além disso, não parece necessário ao indivíduo ter uma esfera de liberdade negocial tão ampla como a das empresas (entes organizados e especializados); o indivíduo só necessita de uma esfera de liberdade necessária e útil para cada tipo de relação contratual, e uma relação empresa/consumidor de tipo corrente e instantânea no aspecto de aquisição do produto não é ideal para pré-negociações com o fim de modelar o conteúdo do contrato, e pelo que já foi descrito, nem é do interesse do consumidor, devendo-se entender, assim, a limitação da liberdade negocial do consumidor nem tanto um sacrifício, mas antes um *investimento* na eficácia do mercado livre.

Parece, de novo, apropriado citar POSNER: «*the foregoing discussion raises the general question whether the concept of unequal bargaining power is fruitful, or even meaningful, as a guide to the legal regulation of consumer contracts*». A resposta das legislações, e da doutrina, a esta questão, é que sim, tem sentido, e no âmbito do Direito Internacional Privado tem dado origem à não observância dos princípios essenciais do sistema e.g., pela profusão de normas de aplicação necessária e imediata, ou mesmo, maxime, pelo precluir da autonomia conflitual das partes, o que conduz a um indesejável chauvinismo.

4. Partindo do *lemma* de que as pessoas não podem, quando contratam, abstrair do meio envolvente da transacção, cabe averiguar do ambiente contratual de um contrato plurilocalizado.

Um contrato internacional é uma situação jurídica que apresenta conexões concretas a vários sistemas jurídicos. O que torna esta SJ peculiar para o DIP é a dificuldade em designar como apropriado e competente determinado sistema jurídico para reger o contrato: não é possível isolar um ponto de contacto significativo do contrato em termos de se afirmar que é a conexão *x* e não a conexão *y* que, pelos princípios de DIP, é adequada para afirmar a competência de determinada OJ. Num contrato internacional a conexão pessoal das partes, a conexão real da coisa objecto da transacção, a conexão do *locus celebrationis*, a conexão do *locus executionis*, etc., poderão ser igualmente aptas para afirmar a competência da OJ para reger o contrato. Sem discutir, por agora, a problemática da autonomia conflitual, parece claro que qualquer tentativa para eleger uma conexão prevalente num contrato internacional só será cumprida por critérios de aproximação de modo a tentar distinguir a OJ sobre que recai as expectativas das partes, ou então, tendo presentes os outros princípios de DIP como a facilidade e celeridade do tráfico jurídico que transmitem a ideia de que as soluções de DIP devem reflectir e ter em conta o efeito económico em causa nas transacções económicas, eleger a conexão de que depende essencialmente o efeito de troca, de que é exemplo o critério do lugar da execução da prestação característica.

Quando se analisa o ambiente contratual destes contratos a dificuldade é a mesma: a de indagar a prevalência a dar às conexões em causa para caracterizar o meio que envolve a transacção, e também para descortinar as expectativas das partes contratuais.

Com efeito, o espaço jurídico das SJs plurilocalizadas é indefinido, e não restrito como as situações internas. Um exemplo claro é o do contrato de trabalho: considera-se essencial para a apreciação da existência de justa causa de despedimento a consideração do ambiente contratual onde a relação laboral se desenvolve ⁽²⁴⁾. A consideração do ambiente contratual para os

⁽²⁴⁾ Cfr. *Justa causa de despedimento: conceito e ónus da prova*, de BERNARDO LOBO XAVIER, in RDES do ano XXX, n.º 1.

efeitos da justa causa, como é sabido, implica, entre outros elementos, a apreciação do comportamento, anterior à decisão de despedimento, da entidade empregadora em matéria do exercício do poder disciplinar, a ponto de alguns autores atribuírem um valor de precedente vinculativo aos critérios utilizados na aplicação de medidas disciplinares ⁽²⁵⁾. Para além da influência do princípio da igualdade dos trabalhadores, estará em causa, na consideração do ambiente contratual, um elemento de respeito pelas expectativas do trabalhador quanto aos efeitos disciplinares de um comportamento seu; o trabalhador espera não suportar uma sanção disciplinar mais grave do que a que sofreu um seu colega por um comportamento semelhante em termos de lesão dos interesses da empresa.

Numa SJ internacional a dificuldade em definir as expectativas das partes face às prescrições jurídicas que a vão conformar juridicamente é claramente difícil.

A tarefa do DIP, em termos da sua eficiência de actuação, é a de permitir às pessoas o reconhecimento da prática jurídica, i.e., o DIP deve justificar as expectativas de quem é parte nas situações plurilocalizadas ⁽²⁶⁾. É este o seu objectivo, mas também é o seu problema: as partes quando celebram um contrato tanto podem ter em vista a sua lei pessoal como a lei do lugar da celebração do compromisso, ou mesmo a lei da execução das prestações acordadas, como foi dito.

Em relação ao contrato o conceito mais aceite como válido é que LAGARDE chamou de princípio da proximidade: o contrato deve ser regulado pelo ordenamento jurídico com que apresentar laços mais estreitos ⁽²⁷⁾.

Este princípio permitiria, segundo LAGARDE, não só o respeito pelas expectativas das partes, mas também a uniformidade de julgados e a eliminação de situações dúbias ou incertas,

⁽²⁵⁾ Cfr. *Direito do Trabalho* de MONTEIRO FERNANDES, 7.ª edição de 1991, ps. 216 e ss..

⁽²⁶⁾ É esse o fundamento, e.g., do princípio da conservação dos negócios jurídicos, ou *favor negotii*, em DIP de que é expressão significativa o art. 36.º do Código Civil.

⁽²⁷⁾ *Le principe de proximité dans le DIP contemporain*, in «Recueil des Cours», v. 196 de 1986.

o equilíbrio entre os interesses dos respectivos Estados para regular a SJ, e finalmente, representa uma ideia de justiça conflitual pois consagra uma conexão concreta e não abstracta porque decorre da própria SJ em causa.

O ponto mais importante do raciocínio de LAGARDE parece-me ser o da conexão concreta. O DIP não pode abstrair do caso concreto e da especificidade de certas SJs internacionais, o que justifica a consagração do princípio da parte contratual mais fraca como princípio de DIP nos contratos em que existe o risco de instrumentalização de um sujeito contratual, em detrimento do outro, da faculdade de escolha de lei nos contratos internacionais. A atenção ao caso concreto permite também distinguir as conexões acessórias ou de ocasião do contrato das conexões decisivas na transacção e na designação da lei aplicável.

Restringindo o estudo aos contratos com os consumidores, só estarão em causa para a caracterização do ambiente contratual, no máximo, três conexões juridicamente relevantes para as expectativas das partes: a residência habitual do consumidor, o *place of business* da empresa, e o mercado onde a transacção se insere.

Dos sistemas que MACNEIL considera essenciais para a existência de uma transacção (comunicação, jurídico e monetário) o da comunicação parece decisivo nos contratos com os consumidores. De facto, a comunicação para a empresa comercial é um meio de sobrevivência: necessita de comunicar com os seus clientes, fornecedores, investidores, financiadores, parceiros empresariais e a comunidade onde se integra ou quer integrar. No caso dos consumidores, a empresa comunica de forma especial ou cuidada porque pretende o contrato, ou a transacção, que se exerce num mercado, ponto de encontro entre os produtores e os adquirentes de que resulta o preço do bem, que por sua vez resulta do valor que os sujeitos atribuem à troca. A empresa apela às vantagens da aquisição de determinado produto pelo consumidor, e portanto, coloca o bem em circulação no mercado em que pretende vender; este colocar em circulação de um produto num mercado de concorrência provoca ajustamentos na estratégia das outras empresas, e, princi-

palmente, movimentos interactivos de informação na comunidade dos consumidores de modo a gerar uma convicção sobre as reais vantagens, sociais e económicas, em adquirir esse produto.

Não parecem, assim, existir dúvidas de que qualquer transacção que envolva bens de consumo é indissociável do mercado onde se insere.

A atenção ao mercado nas transacções ligadas ao consumo já surge na discussão relativa à conexão apropriada à responsabilidade civil do produto. A conexão do mercado é defendida principalmente pela doutrina alemã: BEITZKE considera o lugar de aquisição do produto como sendo a *lex loci delicti*, embora possa ser suplantada pela residência habitual do lesado no caso da empresa comercializar o produto em causa nesse Estado; outra corrente considera que impede sobre a empresa um dever de conduta no sentido da segurança dos consumidores do mercado em que comercializa os seus produtos, e por isso, aos acidentes com origem em bens de consumo aplicar-se-ia a lei do Estado onde o produto foi oferecido ao público. Esta última posição é assumida por TEBBENS que argumenta que só esta conexão é a apropriada porque possibilita à empresa, quando propõe o seu produto em determinado mercado, calcular os custos de produção tendo em conta as eventuais indemnizações que poderá ter a cargo e o valor do seguro a contratar, o que impõe a igualdade das empresas concorrentes em termos de segurança e de custos ⁽²⁸⁾.

Sem analisar a validade da conexão *mercado* para a responsabilidade do produtor, o conceito do mercado onde a transacção de bens de consumo se insere é já um conceito parajurídico dada a relevância que lhe é atribuída por estes Autores como conexão da *lex loci delicti*, e também pela referência directa ao local da publicidade do produto que as soluções legislativas contêm para a lei aplicável aos contratos com os

⁽²⁸⁾ Sobre a aplicação da conexão do mercado à responsabilidade do produtor, Professor CALVÃO DA SILVA, *op. cit.*, p. 143 n.º 2, e Marc FALLON, *Le droit des rapports internationaux de consommation*, in *Clunet* n.º 4, 111.º ano (1984), ps. 801 e ss.

consumidores (AGB-Gesetz § 12, DL 446/85, art. 33, CR art. 5, CB art. 13, Projecto da Convenção de Haia sobre a Lei Aplicável a certas Vendas aos Consumidores ⁽²⁹⁾, Lei federal suíça de DIP de 1987 art. 120 (b)).

No entanto, para que o mercado onde a transacção se insere seja considerado um conceito é necessário defini-lo em termos jurídicos.

Essencial é o elemento do anúncio publicitário, da apelação a contratar por parte da empresa que pretende comercializar certo produto num determinado espaço. A empresa dirige-se estrategicamente à comunidade de consumidores de certo espaço por meio do anúncio público do convite a contratar; esse espaço constitui a amplitude da sua actuação comercial, i.e., o âmbito da actividade comercial que a empresa se propõe empreender em certo mercado.

Mas, para que exista uma transacção é necessário uma outra parte, o consumidor. O consumidor é alguém que recebeu a apelação a contratar por parte da empresa e que lhe envia uma proposta contratual.

Parece, assim, que para se reconhecer que uma transacção se insere num certo mercado é necessário uma coincidência de factores: que o consumidor, que recebeu a apelação a contratar, a tenha recebido no âmbito do mercado no qual assenta a estratégia da empresa, ou seja, dentro da amplitude comercial da

(29) Art. 5.º: *La convention ne s'applique que dans les cas suivants:*

1. *les pourparlers en vue de la vente on été principalement menés dans le pays où le consommateur avait alors sa résidence habituelle et ce dernier a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat;*
2. *le vendeur, son représentant, agent ou commis voyageur a reçu la commande dans le pays où le consommateur avait alors sa résidence habituelle;*
3. *la commande a été précédée d'une proposition spécialement adressée au consommateur dans le pays de sa résidence habituelle ou bien de toute forme de publicité ou de prospection commerciale, entreprise dans ce pays ou dirigée vers celui-ci, et le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat;*
4. *le consommateur s'est rendu dans un pays étranger à partir du pays de sa résidence habituelle et y a passé la commande, à la condition que le voyage ait été directement ou indirectement organisé par le vendeur dans le but d'inciter le consommateur à un achat.*

empresa; e que tenha enviado a sua proposta contratual do espaço a que corresponde esse mercado.

Nestes termos é inevitável a conclusão que a transacção se insere num mercado definido e delineado, elemento principal e essencial do ambiente contratual dos contratos com os consumidores.

Determinada transacção deve considerar-se inserida em certo mercado quando o consumidor enviar a sua proposta contratual do espaço a que corresponde o mercado alvo da apelação a contratar por parte da empresa.

Se, e.g., o consumidor obtiver conhecimento de certo produto que só é comercializado noutra país mas de qualquer forma envia a sua proposta contratual à empresa, não se poderá afirmar, para que o consumidor obtenha a protecção de determinada lei, que a transacção, de que é parte, se insere em certo mercado: neste caso, a sua transacção é isolada e incaracterística, não pode se considerada inserida num processo de consumo em massa num dado mercado alvo da estratégia comercial de uma empresa.

No conceito de mercado deve incluir-se, não só, o sistema de comunicação entre as partes contratuais, como foi referido, mas também o sistema monetário porque, como é óbvio e em regra, a troca num contrato inserido num mercado, nos termos definidos anteriormente, referir-se-à ao sistema monetário desse mesmo mercado. Não será assim nas transacções isoladas em que a moeda utilizada será normalmente imposta pela empresa porque neste caso a transacção não é dependente de um mercado onde a empresa comercializa o seu produto.

A indagar neste trabalho será a questão de saber se o facto de se considerar que a transacção se insere em certo mercado, e daí, no seu sistema de comunicação, e também no seu sistema monetário, implica a sujeição do contrato ao *sistema jurídico* desse mercado, e em que termos.

De notar é que para a definição do mercado onde os contratos com os consumidores se inserem não é relevante a residência habitual do consumidor, ao contrário do que assumem as soluções legislativas a estudar neste trabalho.

A residência habitual do consumidor é um elemento do ambiente contratual na medida em que possa servir de critério aferidor das expectativas deste sujeito contratual, ou mesmo da empresa: com efeito, podem existir, e.g., na lei da residência do consumidor normas de aplicação necessária e imediata à SJ em causa, mesmo tratando-se de uma transacção isolada, e por isso, será expectativa do consumidor beneficiar de certa protecção, e ao mesmo tempo, a empresa pode e até deve conhecer da vontade de aplicação dessa lei estando sempre ao seu alcance poder recusar a proposta contratual desse consumidor. De qualquer modo, a conexão pessoal do consumidor não é um critério definidor do mercado onde a transacção se insere, sendo, portanto, quando incluída pelas legislações como critério distintivo, um elemento restritivo do campo de aplicação da lei, sem significado para a protecção do consumidor que negocia em certo espaço de comércio.

5. Como este trabalho vai incidir especialmente sobre as soluções adoptadas pela CE a definição do conceito de mercado deve ser aprofundada no contexto dos mercados alargados que surgem actualmente em todo o mundo. Por isso, é adequado o estudo do conceito de mercado nos Estados Unidos onde coexiste um mercado único (com os mesmos sistemas de comunicação e monetário) com vários ordenamentos jurídicos.

A atenção ao ambiente contratual, *maxime* ao mercado da transacção, surge na jurisprudência americana. Em certos tribunais americanos tem sido o critério do mercado onde a transacção se insere o aferidor da competência internacional no âmbito da doutrina do *forum non conveniens*. Dada a adopção por vários Estados americanos dos chamados *long-arm Statues*, surgiu a necessidade de restringir a competência internacional dos tribunais, por demais ampliada, o que é conseguido pela doutrina do *forum non conveniens*. No entanto, como ao juiz fica atribuída uma ampla discricionariedade, surge a necessidade de formular critérios que delimitem a relação causal entre o caso concreto e o foro. Um desses critérios adoptados, tem sido, precisamente, o do mercado onde a transacção se insere, inde-

finido mais especialmente, como o do território onde a empresa comercial obteve os lucros, derivados da venda para consumo.

Paradigmático, foi o caso *World-Wide Volkswagen Corp. v Woodson* ⁽³⁰⁾.

Um automóvel, de marca *Audi*, foi adquirido pela família Robinson ao revendedor *Seaway Volkswagen*, do *North Country* nova-iorquino. Os Robinson, que residiam no Estado de New York, decidiram mudar para o Estado do Arizona, tendo empreendido a viagem no Audi. Ao passar pelo Estado do Oklahoma foram abalroados por outra viatura, o que provocou que o Audi se incendiasse causando lesões nos seus ocupantes.

Os Robinson propuseram uma acção de responsabilidade no tribunal do Estado do Oklahoma, invocando defeitos de concepção e fabrico da viatura, contra as seguintes sociedades: a alemã *Audi NSU AutoUnion A.G.* (filial da *Volkswagen A.G.*), fabricante, *Volkswagen of America*, sociedade importadora (filial em 100% da *Volkswagen A.G.*), *World-Wide Volkswagen*, distribuidor regional do Estado de New York (e independente das outras sociedades), e ainda contra a *Seaway Volkswagen*, revendedor.

Tanto a *World-Wide Volkswagen*, como a *Seaway Volkswagen*, invocaram a incompetência do tribunal.

A legislação do Oklahoma (um exemplo de *long-arm statute*) prevê a competência do tribunal quando a actividade dos réus fora deste Estado, directa ou indirectamente, cause danos no Oklahoma, desde que os réus participem em transacções comerciais neste Estado, ou usufruam de lucros substanciais derivados da comercialização de produtos utilizados ou consumidos no Oklahoma. Assim, todos os réus seriam partes legítimas no foro do Oklahoma.

O *Supreme Court* dos Estados Unidos decidiu que a aplicação desta lei violaria o *Due Process Clause* da 14.^a emenda da Constituição. A regra é que deve existir um laço substancial entre o réu e o Estado do foro, regra essa que tem uma dupla fundamentação: primeiro, protege o réu de se ter de defender

(30) «*Journal du Droit International*», de 1980, ps. 920 e ss..

num foro remoto, com o qual não tem ligações; e segundo, protege um princípio essencial do federalismo americano, o da proibição do imiscuir dos Estados nos assuntos que interessam particularmente a outros. Esta regra não deve ceder nem perante razões de ordem prática, neste caso, o acesso simplificado a testemunhas do acidente. PETER HERZOG, na anotação a este caso no *Clunet*, observa que o *Supreme Court* não faz depender do facto dos réus serem de outro Estado americano o funcionamento da *Due Process Clause*. Assim, a primeira fundamentação da 14.^a emenda é a efectiva protecção do (de qualquer) réu do risco de ver julgado o litígio num foro absolutamente estranho, e o próprio *Supremo Court* procura evitar a sobreposição dos interesses do foro americano aos interesses da justiça, evitando acusações de chauvinismo, referindo em vários casos que será uma má política para os Estados Unidos querer fazer julgar todos os casos em que intervem uma parte americana num foro americano.

Interessantes são as conclusões do *Supreme Court*. Primeiro, como a *World-Wide Volkswagen* e a *Seaway Volkswagen* não tinham distribuído ou vendido, e nem sequer publicitado, os Audi no Estado do Oklahoma, não teriam qualquer ligação com esse Estado, sendo o tribunal incompetente. Segundo, implicitamente, declara a competência do tribunal do Oklahoma perante a *Audi NSU AutoUnion A.G.* e a *Volkswagen of America*.

Analisando a diferença de tratamento entre as empresas, observa-se que embora o critério do mercado onde as empresas participam seja decisivo para estabelecer uma relação causal com determinado foro, esse critério é no entanto relativizado. Decisivo, propriamente, passa a ser a amplitude da actuação comercial de cada empresa, a potencialidade e a possibilidade de tirar proveitos, derivados da sua actividade económica, em determinado mercado.

A amplitude comercial do distribuidor regional e do revendedor não se confunde com a da multinacional *Volkswagen A.G.* e da filial importadora. O distribuidor exerce uma acção circunscrita, vinculada contratualmente com a sociedade importadora. O revendedor exerce uma actividade localizada, facil-

mente identificável, primeiro, pela publicidade no mercado, e segundo, como parte contratual *activa* com o consumidor.

A sociedade alemã, por meio da sua sociedade importadora (*Volkswagen of America*) para os Estados Unidos, propõe-se comercializar os seus produtos precisamente no conjunto do mercado norte americano, que é, indiscutivelmente, um mercado único, com um sistema de comunicação que o permite, o idioma, e um único sistema monetário, o dólar. A estratégia de mercado é radicalmente diferente das outras empresas; para precisar, toda a sua gestão empresarial e de produto, orienta-se na óptica de um mercado vasto como o americano, não se limitando aos consumidores, e.g., dos Estados de New York ou da California.

Será justo e coerente, para o *Supreme Court*, decidir que esta sociedade tem laços com qualquer Estado americano (decisão a que não será estranha a doutrina dos efeitos — *effects doctrine* — que é dominante na jurisprudência norte-americana no domínio da defesa da concorrência, especialmente como direito *antitrust* ⁽³¹⁾, pois da amplitude da sua acção comercial resultam, pelo menos potencialmente, consequências económicas, e neste caso jurídicas, em todo o mercado americano.

Na anotação, HERZOG verifica que o *Supreme Court* não acolhe como decisivos os princípios da doutrina de EHRENZWEIG que preconiza a aplicação do direito apropriado pelo foro apropriado, i.e., as regras de competência judiciária devem conduzir à aplicação do direito do foro. Com efeito, o *Supreme Court* não permite que o foro do Oklahoma seja competente para julgar o litígio em causa apesar da lei deste Estado ser provavelmente aplicável como *lex loci delicti*.

Esta posição demonstra a importância que o *Supreme Court* atribuiu ao ambiente contratual como medida das expectativas das partes: não seria expectável pelo revendedor nem pelo distribuidor regional virem a responder pelas suas actividades num foro estranho ao sistema jurídico em relação ao qual

⁽³¹⁾ Cf. *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional*, de R. MOURA RAMOS, § 5, ps. 52 e ss., sobre a influência desta doutrina na protecção da concorrência nos EUA e na Europa.

orientaram a sua actividade; já a sociedade alemã e a sua sociedade importadora como comercializam o seu produto no mercado norte americano, encarado como um todo, não lhes será estranho responder perante o foro de qualquer Estado americano. Por isso, a decisão do *Supreme Court* respeita de forma admirável os valores de DIP ao distinguir as situações das empresas em causa tendo em conta as legítimas expectativas que decorrem da sua actividade.

Portanto, nem sempre o mercado corresponde a um só sistema jurídico, como vai acontecer com a Comunidade Europeia, e daí a relevância que adquire a medida da amplitude da actuação comercial da empresa para determinar o sistema jurídico em que a transacção se insere. Esta conclusão tem importância para determinar o *standard* protectivo que o consumidor deve beneficiar nas transacções de que é parte.

Se uma empresa comercializa o seu produto em todos os Estados-membros da CE será em princípio indiferente o local onde o consumidor adquire o bem, e então deve beneficiar do regime que lhe for mais adequado, que provavelmente será o da sua residência habitual tendo em conta que lhe será mais simples accionar a empresa nesse foro também. Deste modo não serão prejudicadas as expectativas da empresa porque contrata em massa no conjunto do mercado único europeu, e ao mesmo tempo é possibilitado ao consumidor, a parte contratual mais fraca, lidar com um sistema jurídico que lhe é próximo.

Se a empresa orientar a sua actividade no espaço limitado a certos ordenamentos jurídicos da CE tal facto deve relevar na lei aplicável ao contrato e no foro apropriado para o litígio.

O local de origem da empresa, o seu *place of business*, é outro elemento do ambiente contratual mas menos decisivo dada a fraca ligação de uma empresa comercial a um espaço, o que é demonstrado pela complexa problemática da lei pessoal das sociedades. Mas, é de incluir a origem da empresa como um dos elementos do ambiente contratual, já que pode ser determinante para a decisão de contratar por parte do consumidor. A origem da empresa pode constituir uma base para as expectativas do consumidor: e.g., um consumidor de um país de Leste pode ter confiança, não só na qualidade do bem que pretende

adquirir, mas também na correcção das negociações e do conteúdo do contrato que celebra com uma empresa da CE. Embora este problema seja referido mais tarde, é inegável que os objectivos da CE, que não são só económicos, mas eminentemente sociais, não terão a mera ambição de só serem concretizados nas suas fronteiras, e com os limites das suas fronteiras. Os objectivos do Direito, hoje, não podem ter limites territoriais, e principalmente, não podem ser redutores mas constitutivos. A consciência jurídica, social e económica da CE não pode ser fechada às expectativas das pessoas que entrem em contacto com o seu meio, como é o caso dos consumidores ocasionais, porque não residem no espaço territorial da CE, do mercado único. É de salientar, e para provar o interesse da consideração da origem da empresa como elemento do ambiente contratual, a solução do art. 14.º da CB que permite ao consumidor (embora com os limites do art. 13.º, o que torna a solução inócua porque demasiado restritiva) accionar a empresa no local da sua sede, agência, delegação ou outro estabelecimento.

Embora realmente a hipótese do operar do art. 14.º da CB seja restrita, a solução de base é correctíssima: considerando que a origem da empresa pode gerar expectativas na adequação jurídica de certo contrato, i.e., no seu conteúdo não ser abusivo para os direitos do consumidor, será seu direito accionar a empresa no foro da sede ou qualquer estabelecimento de forma a beneficiar, e.g., das normas imperativas do foro, ou dos seus étimos jurídicos fundamentais com o operar da excepção de ordem pública.

Concluindo a análise do ambiente contratual dos contratos internacionais com os consumidores, como contratos relacionais, e os seus elementos fundamentais, especialmente o conceito do mercado onde a transacção se insere, é de considerar que deste ambiente contratual deriva a definição da confiança existente na manutenção da relação de cooperação (entre as comunidades empresarial e dos consumidores), das expectativas recíprocas, e outros laços e compromissos que resultam dos interconhecimentos entre partes. Por isto, o ambiente contratual não é indiferente na transacção e muito menos na conformação jurídica a dar ao contrato em termos de lei aplicável.

6. «A autonomia privada é o princípio da conformação autónoma das relações jurídicas por parte do indivíduo segundo a sua vontade. A autonomia privada faz parte do princípio geral da autodeterminação do homem. ... A autonomia privada, baseada no pressuposto da igualdade jurídica dos indivíduos, encontra-se, desde sempre, perante o eterno dilema de uma desigualdade de poderes, existente entre os agentes jurídicos. Na verdade uns são mais fortes e outros são mais fracos... O princípio da igualdade jurídica, como princípio formal, deve ser *corrigido* com base em critérios materiais em vista à protecção dos mais fracos.» ⁽³²⁾.

Para a realização da liberdade contratual, princípio básico do direito privado, é necessário que o sistema garanta a igualdade jurídica material das partes. Não basta afirmar que o conteúdo de um contrato, porque resultou de um acordo de vontades (232.º CCiv.), é necessariamente justo. Existem realmente posições de força no comércio jurídico, e apenas pelo facto de existirem entes especializados e organizados, aptos a contratar em massa, face a indivíduos cujo único interesse é o de satisfazer necessidades em bens de consumo de forma simples e eficaz.

Desde a consagração absoluta do conteúdo formal do princípio da igualdade com o liberalismo — o que permitia a existência de um mercado selvagem, com o sobrepor das tensões económicas às sociais — até ao Estado de Direito Privado, que se passou do incipiente princípio geral da protecção do mais fraco, até à afirmação de princípios especiais, da protecção do consumidor, dos menores, do acesso à justiça...

Para essa evolução, da defesa do consumidor, contribuiu, segundo o Professor CALVÃO DA SILVA, o declínio do mercado de concorrência ⁽³³⁾ (após a Grande Depressão de

⁽³²⁾ *Teoria Geral do Direito Civil*, do Professor H. HÖRSTER, edição de 1987/88.

⁽³³⁾ Hoje, a partir dos anos 80, já se assiste, de novo, à ascensão de um mercado cada vez mais concorrencial. A formação de mercados alargados como o Mercado Único Europeu, o NAFTA (North American Free Trade Agreement) no continente norte-americano, o GATT (General Agreement on Tariffs and Trade) a nível mundial, a maior e mais rápida circulação de informação, o aumento entre a interdependência entre os agentes eco-

1929-33), a inadequação do direito tradicional, o movimento dos consumidores, o movimento de acesso à justiça (passou-se do *interesse pessoal a agir*, do liberalismo, para a defesa de interesses colectivos por parte de associações de consumidores).

Desde o *consumer bill of rights message* do Presidente Kennedy, que se atribuiu à protecção do consumidor um lugar de destaque, e.g. na Europa com a *Carta de Protecção do Consumidor* do Conselho da Europa, e hoje com a menção no Tratado da Comunidade Europeia da defesa do consumidor como princípio básico da construção económica europeia. Além destes textos, os Programas da CEE para uma política de informação e protecção dos consumidores e o Programa de protecção dos consumidores da ONU. CALVÃO DA SILVA enquadra estas manifestações como resultantes do movimento *consumerism*, dos consumidores, como reacção à produção em massa no mundo industrializado democrático.

Como as respostas se adaptam às solicitações, observa-se uma evolução, uma progressiva adaptação do direito dos contratos à medida que a vida económica internacional se desenvolve, em particular, quando a apelação, e as partes contratuais dos consumidores nacionais são estrangeiras.

O desenvolvimento das relações económicas internacionais deu origem a novos ramos autónomos de direito, como o direito comercial internacional, e o direito internacional económico. Como é notado, os contratos com consumidores repre-

nómicos (comunidades interactivas de consumidores / empresas; banca / indústria / serviços), são condições que forçam necessariamente uma concorrência no acesso ao mercado, sendo, além disso, uma concorrência cada vez mais *civilizada*, dado o aperfeiçoar das leis, e o desenvolvimento de conhecimentos.

Para exemplificar, com o mercado em embrião do NAFTA, prevê-se que a indústria do México em bens de consumo expandir-se-à, especialmente em termos de qualidade dos produtos, dadas as exigências dos consumidores americanos.

A indústria, perante mercados alargados, tende a especializar-se numa série limitada de bens, onde as oportunidades lhe são favoráveis, de forma a que os seus trabalhadores fiquem peritos em certas operações (como aconteceu no Extremo Oriente). Daqui a conclusão da inevitabilidade, próximo ou longínqua, dos mercados concorrenciais, tendo por critério a qualidade.

os seus princípios: «da licitude, identificabilidade, veracidade e respeito pelos direitos do consumidor».

O problema do domínio contratual que é essencial neste primeiro eixo de protecção é, como se sabe, o das condições gerais contratuais ou dos contratos de adesão, principal fonte de lesões aos direitos dos consumidores.

Para GARCIA AMIGO ⁽⁴⁰⁾ o contrato deve ser visto não só como facto jurídico e como uma relação entre pessoas, mas também como uma norma ou *lex privata*.

Como já foram indagadas, no estudo dos contratos relacionais, as normas contratuais dos contratos com os consumidores cabe averiguar, agora, da origem e validade do contrato como *lex privata*.

Os princípios fundamentais do direito dos contratos são os da autonomia privada e da liberdade negocial. A autonomia privada legitima os particulares para a «autoregumentação dos seus interesses, para a auto-ordenação das suas relações jurídicas» ⁽⁴¹⁾. A liberdade contratual envolve a liberdade de contratar ou não, e a liberdade de negociar o conteúdo do contrato. Assim, o contrato e o seu conteúdo resulta necessariamente do consenso mútuo das partes, porque elas são sempre livres de o deixar de celebrar se não concordam com as obrigações assumidas e os direitos adquiridos. Como o contrato é um acto de informação *inter partes*, surge o problema de saber se os sujeitos contratuais assimilaram essa informação privilegiada ou jurídica, porque cria confiança na vinculação das partes às prestações futuras acordadas, de forma a prevenir razoavelmente as consequências eventuais e potenciais dos desvios na conduta contratual que as partes prometeram, ou informaram, uma à outra prosseguir.

É neste contexto que surge a necessidade da protecção da parte contratual cujas expectativas incidem sobre a correcção do conteúdo contratual definido pela outra: «*the law must guaranteee*

⁽⁴⁰⁾ *El contrato en la perspectiva comunitaria*, comunicação ao Congresso dos Contratos, *cit.*.

⁽⁴¹⁾ *Direito das Obrigações*, texto elaborado pelos Drs. SOUSA RIBEIRO, SINDE MONTEIRO, ALMENO DE SÁ e J.C. PROENÇA com base nas lições do Professor RUI DE ALARCÃO, Coimbra 1983, ps. 90 e ss.

the implementation of the reasonable expectations of the parties, which are the lubricant for business activities. When one party signs a contract, it would be reasonable to expect that the other party should have read and understood it. There is no duty to read but there is a need to protect this expectation. However, such a need ceases to exist where the terms contained in the contract are not reasonable. Where the terms are such that no ordinary man would have expected the other to incorporate them, the drafting party is under a duty to avoid a surprise to him because the non-reading but signing party must have relied in the other party's skill or expertise, expecting that the terms are reasonable given the situation» (42). Esta afirmação de SONO ajusta-se perfeitamente à problemática dos contratos com consumidores e da necessidade de proteger a parte contratual mais fraca. De facto, se, como foi dito, o contrato não pode ser isolado pelas partes do seu ambiente, o conteúdo contratual definido unilateralmente pela empresa sobre a forma de condições gerais não pode constituir uma «surpresa» para o consumidor tendo em conta a prática jurídica do mercado onde a transacção se insere.

Para evitar esse efeito de surpresa deve ser exigida uma justiça procedimental nos contratos, que garanta que ambas as partes estão informadas do alcance do compromisso que vão celebrar. Em relação à parte contratual mais fraca, porque é menos preparada para negociação e conformação do conteúdo contratual, o sujeito contratual que constitua um ente especializado e organizado, como a empresa, deve proporcionar-lhe a informação que reconduza as suas expectativas à realidade contratual em causa. Por não existir certeza do cumprimento desses deveres de informação por parte da empresa, e porque muitas vezes o conteúdo contratual desvia-se da conformação jurídica normal deste tipo de contratos inseridos em certo mercado, manifesta-se uma «*social exigency*» no controle das transacções em massa. Então, o problema passa a ser o do limite da liberdade da empresa na elaboração de condições contratuais gerais.

(42) SONO, *op. cit.*

Jelena LILUS⁽⁴³⁾ afirma que a «*borderline for such freedom is found where the use of such general conditions may be detrimental for society*». A questão centra-se, assim, na fronteira entre a liberdade contratual e as necessidades da sociedade.

Como foi notado, o uso de condições gerais contratuais pelas empresas será uma *conditio sine qua non* da eficiência do mercado, mas existe um limite para o conteúdo jurídico dessas condições gerais que será definido pelo molde social, ou *social matrix*, nos termos de MACNEIL, no qual a transacção se insere. Parece de defender, e contra a visão clássica do contrato em que este consistiria no resultado das mútuas intenções das partes, que a nova vida económica e social tomou o processo de negociação e conclusão dos contratos radicalmente diferente do que era concebido anteriormente. A liberdade negocial depende das condições de concorrência (tanto pode ser limitada a da empresa, nos mercados altamente concorrenciais, como a do consumidor, num mercado monopolizado) e por isso deve ser sempre encarada de um modo relativo⁽⁴⁴⁾. Essenciais passam a ser as razoáveis expectativas das partes no bem que pode resultar da transacção, o que inclui, nos contratos com os consumidores, a confiança na qualidade dos produtos, a confiança de que o conteúdo contratual definido pela empresa por condições contratuais gerais não lhe provocará surpresa, e finalmente, confiança na garantia dos seus direitos mais básicos de acordo com o ambiente contratual onde a transacção se insere.

É nestes termos que encaro o princípio da protecção da parte contratual como princípio do direito dos contratos, i.e., que a defesa deste princípio não passa pela subalternização do princípio da autonomia privada com a definição *ex lege* do conteúdo dos contratos, mas antes pela protecção das legítimas expectativas das partes controlando o conteúdo contratual que não deve afrontar os

(43) Comunicação ao *2nd Congress on Private Law held by the International Institute for the Unification of Private Law*, 1976.

(44) Cf. *Decline of Freedom of Contract Since the Emergence of the Modern Business Corporation*, de Kevin M. TEEVEN, in «*Saint Louis University Law Journal*», vol. 37, n.º 1 Fall 1992, ps. 117 e ss., *passim*.

valores jurídicos que ordenam a comunidade social onde a transacção se insere.

Assim, são princípios do direito comunitário dos contratos segundo GARCIA AMIGO ⁽⁴⁵⁾ o da liberdade contratual e o da defesa dos consumidores de acordo com a dicotomia «*Europa de las Empresas o de los Mercadores*» / «*Europa de los Ciudadanos*». Para só aflorar o problema, se estes são os valores do mercado único europeu nenhuma transacção de consumo que se insira neste mercado (seja qual for a nacionalidade ou residência dos sujeitos) deverá desrespeitar e deixar de garantir ao consumidor um dos direitos mais básicos do consumidor que é a reparação por danos; em que termos é que essa reparação deve ser assegurada será um dos objectos da indagação deste trabalho.

7. A consideração do princípio da protecção da parte contratual mais fraca como princípio de DIP exige a consideração e a análise do sistema estrutural de DIP, i.e., os princípios que o ordenam e condicionam, os seus instrumentos de intervenção, as regras de conflitos, e a equação de sistema: o modo como o DIP se realiza, ou converte os seus valores em resolução jurídica, e a concepção de justiça no tratamento jurídico nas relações plurilocalizadas.

A respeito do problema do reconhecimento dos direitos adquiridos o Professor MOURA RAMOS refere: «...num sistema de conflitos bilateral parece-nos que há que escolher...entre por um lado, a protecção às situações jurídicas constituídas no estrangeiro sem observância do preceituado pela Regra de Conflitos do foro, e por outro a concepção que sustenta o carácter abstracto, territorial, e consequentemente a aplicação necessária e ilimitada dessa mesma Regra de Conflitos. Ora, o autêntico imperativo de justiça que postula o reconhecimento de certas situações naquelas condições, a ausência de necessidade lógica em considerar da forma referida a Regra de Conflitos, e a conveniência, evidente a todos os títulos, em a conceber simplesmente como meio ao serviço dos fins do DIP, da justiça conflitual, levamos a aderir a uma concepção

⁽⁴⁵⁾ *Op. cit.*

da Regra de Conflitos com um papel instrumental, com uma actuação portanto subordinada aos fins do DIP.

Da não haver obstáculos em admitir o seu afastamento... quando, neste plano de relações jurídicas já constituídas, assim o exigirem os valores fundamentais que enformam o DIP.

E sendo a teleologia do DIP que verdadeiramente fundamenta o reconhecimento das situações em causa, não parece haver distinção como a que FRANCESKAKIS e outros autores intentaram, pois que, tanto nuns casos como noutros, o afastamento da Regra de Conflitos do foro poderá ser requerido pela justiça intencionalprivatística (no dizer de KEGEL). Do mesmo modo, a instrumentalidade da Regra de Conflitos em relação ao DIP como um todo dispensa as engenhosas construções de um DIP de segundo grau a que os autores se viam forçados» (46).

Esta citação extensa e exigida porque estes parágrafos encerram toda a concepção de DIP, e em particular do papel da regra de conflitos no sistema, que domina a feitura deste trabalho.

CANARIS, na sua obra fundamental, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, permite compreender o sistema de DIP na máxima actualidade do seu funcionamento: o Autor procura fundamentar um conceito de sistema «que esteja apto para captar a adequação interior e a unidade da ordem jurídica»; por isso, e.g., o estudo das regras de conflitos revela valores comuns à sua actuação, como são, e como exemplo, o princípio da conservação dos negócios jurídicos e da facilidade e celeridade do tráfico jurídico.

Se se pretender ir mais longe, o funcionamento do sistema de DIP é ordenado por uma ideia de eficiência: eficiência da actuação, através, e.g., da simplicidade do conteúdo do prescrito nas regras de conflitos, do método analítico da subsunção da situação jurídica plurilocalizada aos conceitos quadro, das condições em que se aceita o processo do reenvio, do considerar da excepção de ordem pública como um «elemento estranho ao sistema», do princípio da bilateralidade do sistema e o ideal da harmonia de julgados, do reconhecimento de direitos adquiridos nos termos em que é

(46) *Dos Direitos Adquiridos em DIP*, ps. 43 e 44.

aceite, ...; eficiência também das soluções, e.g., o princípio da certeza e segurança jurídica e da protecção das expectativas das partes, de que decorre o princípio da conservação dos negócios jurídicos (*favor negotii*), as regras quanto às consequências da incapacidade (que são expressão também do interesse da protecção do comércio jurídico, neste caso, local), ... (47).

Parece, portanto, e seguindo CANARIS, que os elementos constitutivos, e estruturantes do sistema de DIP são os princípios que lhe definem e tornam perceptível «a unidade interna e a adequação da ordem jurídica». O Autor define a ideia da unidade como sendo «a recondução da multiplicidade do singular a alguns princípios constitutivos», os princípios gerais de uma ordem jurídica: «o sistema deixa-se assim, definir como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica de ordem teleológica e o da unidade interna à característica dos princípios gerais».

Esta concepção de sistema é facilmente descortinada em DIP: desde a formulação concisa e mecânica das regras de conflitos (que conduziu ao equívoco de considerar o DIP como direito meramente formal), até à teoria das lacunas em DIP, que concebe o Direito de Conflitos como um sistema «que não se consubstancia na soma das regras de conflitos, da mesma forma que o direito privado propriamente dito é a soma das normas materiais» (48), que se compreende *a equação do sistema como sendo a dependência necessária e absoluta dos meios aos valores, na medida em que estes sejam actuais (de ordenação), e legítimos, i.e., com vocação internacional e relevância no plano conflitual.*

A equação de sistema de DIP, assim descrita, é dominada no seu desenvolvimento pela ideia de justiça, como qualquer sistema de Direito, e essa ideia de justiça em DIP tem de ser concretizada

(47) Ver DIP, *Alguns Problemas* de FERRER CORREIA, ps. 109 e ss., e *Lições de DIP* de BAPTISTA MACHADO, ps. 46 e ss..

(48) Com esta expressão o Professor BAPTISTA MACHADO sintetiza o significado da sua doutrina que constitui uma verdadeira revolução copernicana na concepção do sistema de DIP, *op. cit.*, p. 145.

pelo estudo desses valores actuais e legítimos que caracterizam o sistema.

A regra básica de que nenhuma lei deve ser aplicada senão a factos com os quais esteja em contacto, ou princípio da não transatividade, constitui a síntese onde confluem os valores que o DIP procura expressar na regulação das situações jurídicas plurilocalizadas.

Os valores devem ser actuais e legítimos. Com esta afirmação pretendo sintetizar as características de que dependem os princípios para pretenderem inspirar as regras de conflitos.

Os valores devem ser actuais, ou de ordenação, i.e., devem representar e exprimir princípios fundamentais vigentes ou aceites na maioria superior dos sistemas jurídicos, pois só assim o objectivo primordial de DIP que é o de assegurar o reconhecimento universal da competência da lei designada pelas regras de conflitos será prosseguido. Esta referência à actualidade é essencial porque o DIP é um sistema em constante evolução: desde os primórdios do DIP em que os sistemas jurídicos nacionais eram fechados à cooperação e à reciprocidade por força do princípio da territorialidade (princípio que não é hoje actual), passando pela Escola Francesa do séc.XVI que iniciou, através de DUMOULIN, O princípio da autonomia da vontade em DIP, pelas concepções de MANCINI, O abandono do princípio da territorialidade e a defesa do princípio da nacionalidade ou prevalência da *lex patriae*, até à questão actual da admissibilidade do princípio da protecção da parte mais fraca como princípio de DIP, que se observa, não um sistema deserto, ou, se me é permitido utilizar a expressão inglesa, *permafrost*, mas um sistema vivo com vontade superior de ordenação⁽⁴⁹⁾. Portanto mesmo pela descrição tosca de certos momentos históricos demonstra-se que só os valores que têm uma expressão actual na ordenação das situações jurídicas plurilocalizadas podem aspirar à influência na designação da lei competente para as regular.

⁽⁴⁹⁾ Para a evolução histórica dos princípios de DIP ver *Principles of the Conflict of Laws National and International*, de K. LIPSTEIN, MNP 1981.

Os valores devem ser legítimos: o legislador interno quando formula as regras de conflitos tem em atenção «as soluções geralmente admitidas e que pela sua razoabilidade e conveniência sejam verdadeiramente susceptíveis de se tornar *universais*», i.e., os princípios estruturantes de DIP devem ter uma vocação internacional, devem consagrar respostas que possibilitem a harmonia internacional quanto à lei competente para regular determinada situação jurídica, como é o exemplo do estatuto real ser definido pela *lex rei sitae*. Também, os valores de DIP devem ter relevância no plano conflitual, ou seja, que determinado efeito jurídico possa ser alcançado, ou possa derivar, do jogo conflitual. Por isto, a dificuldade em encontrar no sistema de DIP valores com o mesmo conteúdo que o direito material, porque os resultados materiais da concreta conformação das situações jurídicas não dependem directamente do DIP: o que o DIP provoca é que o resultado seja x e não y, porque a lei que considera competente é X e não Y. O DIP é, portanto, um elemento condicionante e não determinante da conformação material da situação jurídica. O DIP não decide, e.g., se em certo contrato há incumprimento ou não, apenas decide a *lex contractus* para regular essa questão.

8. A principal consequência desta concepção de sistema de DIP vai ser a compreensão de que as regras de conflitos têm o alcance e os limites que os valores que as ordenam possibilitarem.

Como bem refere CANARIS «*os princípios não têm pretensão de exclusividade*», i.e., «*uma mesma consequência jurídica, característica de um determinado princípio, também pode ser conectada com outro princípio*».

Então, uma regra de conflitos expressa uma variedade de princípios ou valores de DIP, como é aliás notório: qualquer regra de conflitos procura proteger as naturais expectativas dos indivíduos, a uniformidade de julgados, a facilidade e celeridade do tráfico jurídico, a segurança das relações jurídicas, a paridade de tratamento das leis interessadas na regulamentação da situação jurídica (quando bilateral)...

Se é assim, ao colocar-se a questão do princípio da protecção da parte mais fraca como princípio de DIP não se coloca em causa, necessariamente os princípios já consagrados, apenas se pode dis-

cutir as consequências da sua admissibilidade em termos de acondicionamento do sistema.

Mas, primeiro, é necessário analisar o princípio da protecção da parte contratual mais fraca e saber, em termos de DIP, se é actual e legítimo.

Este princípio parece surgir como um valor actual novo, considerando a evolução do direito dos contratos e a tendência de regulação multinacional (os exemplos referidos no §6.º deste trabalho), que, no entanto, e para distinguir, pode colidir com valores actuais antigos, como o da autonomia conflitual. Parece bastar a consagração contemporânea deste princípio como de direito dos contratos, a par da liberdade negocial e da autonomia privada, para poder ser reivindicado como valor actual para DIP.

A segunda característica que tem de preencher é a da sua legitimidade: se tem vocação internacional e relevância no plano conflitual.

A vocação internacional interrelaciona-se com a actualidade: embora um princípio possa ser actual sem ter vocação internacional (e.g., a protecção de menores em certa medida), não pode, para ser considerado valor de DIP, ter vocação internacional sem ser actual, como é o caso da protecção da parte contratual mais fraca, que, pela análise anterior, especialmente tendo em conta a preocupação demonstrada por organismos internacionais em relação ao consumidor e ao trabalhador e.g., demonstra ter essa vocação internacional.

O conceito mais importante é, sem dúvida, o da relevância no plano conflitual. O DIP constitui um elemento condicionante do resultado material da conformação jurídica de uma SJ através da designação da lei aplicável. Como os níveis de protecção da parte contratual mais fraca são diversos, a designação da lei aplicável poderá ser decisiva para a pretensão dessa parte; nestes casos, a influência do DIP já não parece meramente condicionante mas decisiva quanto à protecção obtida pela parte mais fraca, o que retira qualquer característica da neutralidade substancial da regra de conflitos. Além do mais, um outro princípio pode intervir, o da protecção das naturais expectativas dos indivíduos, e, restringindo agora a questão à protecção do consumidor, o consumidor ao tratar com certa empresa em determinado mercado espera benefi-

ciar de certo regime protectivo que constitui o ambiente jurídico ou contratual da transacção. Ora, o princípio da protecção das expectativas pode ser posto em causa por outro princípio, o da autonomia da vontade com expressão no DIP, ou seja, a autonomia conflitual.

Destas duas circunstâncias, o facto da designação da lei ser decisiva para determinado resultado material, e da autonomia conflitual nos contratos permitir que a lei aplicável, pela desigualdade de posição jurídica e económica, seja desvantajosa para uma parte, lesando as suas naturais expectativas, deriva a relevancia no plano conflitual do princípio da protecção da parte contratual mais fraca.

A melhor conclusão a retirar será a de conceber o princípio da protecção da parte mais fraca como princípio estruturante de DIP o que implica a dependência necessária e absoluta das regras de conflitos a este e aos outros princípios de DIP.

O que é de notar é que o aceitar deste princípio como princípio de DIP não implica a derrogação de outros valores, como, e o que será mais seriamente posto em causa, o da autonomia conflitual, um novo princípio apenas provocará um acondicionamento do sistema, adequando as respostas aos valores estruturantes, passando as regras de conflitos a ser expressão também de um novo valor, actual.

A doutrina coloca também a questão se o DIP pode pretender acolher um princípio de natureza material.

O DIP não «pode ser concebido como um direito exclusivamente formal, meta organização técnica que funcionaria sem olhar aos fins que tinham presidido à sua formação ou que se nestes atentava, os reduzia também a objectivos de tipo igualmente formal, à luz dos quais não tinha cabimento, senão em te~nos excepcionais, a consideração do mérito ou do sentido dos resultados concretos a que a aplicação das suas normas conduzia» ⁽⁵⁰⁾. Deve assim defender-se um sistema de DIP *cibernético*, i.e., que atente «nas conse-

⁽⁵⁰⁾ *DIP e Constituição, Introdução a uma análise das suas relações*, do Professor MOURA RAMOS.

quências de decisões que legitime, modificando-se e adaptando-se em função desses elementos periféricos» (51).

É indiscutível, hoje, a pertença do sistema de DIP à unidade de direito do sistema material nacional: o DIP está «condenado a assumir, como *leit-motiv* da visão global que preside aos seus concretos comandos, os mesmos valores em ordem aos quais a comunidade entende que deve ordenar-se o agir humano em sociedade» (52).

Da concepção do DIP como outro ramo de direito provêm também a sua sujeição à Constituição. A sentença do *Bundesverfassungsgericht* de 4 Maio de 1971: «quer as regras de DIP, quer a aplicação a um caso particular do direito estrangeiro declarado competente em virtude dessas regras, devem ser confrontadas com os direitos fundamentais (53). No entanto «pela porta da consideração dos preceitos constitucionais, há que impedir que se projecte no DIP o particularismo de cada ordem jurídica, este será o risco a correr por um sistema conflitual que não queira fazer tábua rasa dos étimos fundamentais da ordem jurídica a que pertence» (54). O risco será precisamente voltar à concepção de BARTIN que define «o DIP como expressão genuinamente nacional, seria apenas a projecção do direito privado interno no plano internacional. As normas de conflitos correspondem rigorosamente, em cada Estado, à natureza e cor das instituições jurídicas aí reconhecidas e vigentes» (55).

O equívoco de considerar o DIP como um direito meramente formal provem, a meu ver, do modo como os seus comandos se concretizam: as regras de conflitos. Com efeito, a sua formulação é simples, mecânica e parecendo destituída de valor. No entanto, pela análise dos princípios de DIP, este tipo de formulação é precisamente uma exigência desses valores, e.g., para a facilidade e celeridade do tráfico jurídico. Indo um pouco mais longe, todo o

(51) *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*, de C.W. CANARIS, Introdução de MENEZES CORDEIRO.

(52) *DIP e a Constituição*, cit., n.º 26.

(53) *DIP e a Constituição*, cit., *ibidem*.

(54) *Idem*.

(55) *Lições de DIP* do Professor FERRER CORREIA.

sistema de DIP é influenciado pela ideia de *preventive law*, i.e., as regras de conflitos devem indicar às partes qual a lei que se aplica a determinada situação jurídica de modo a permitir, e.g. um dos elementos essenciais da transacção, a planificação, e deste modo o não defraudar de expectativas por não terem seguido a lei correcta para o DIP. O DIP deve ter uma concretização tal nas regras de conflitos de modo que o seu normativo seja facilmente decifrável pelos indivíduos interessados.

Portanto, à exteriorização e concretização do DIP em regras deve presidir essa ideia de *preventive law*, mas ao seu funcionamento interior e às soluções que apresenta é a ideia de justiça, como em qualquer sistema de direito, que constitui o âmago.

A justiça surge pela realização dos valores do sistema em causa; por isso, pretender que a justiça conflitual não constitui uma justiça material por não promover o mesmo tipo de valores que os sistemas substantivos é ilógico: só o observar rigoroso dos princípios estruturantes do sistema conflitual permitirá as soluções justas a nível conflitual.

Dada a complexidade da questão limito-me a citar o Professor MOURA RAMOS: «a única forma de tratar em termos *justos* a questão da disciplina jurídica das relações plurilocalizadas consiste em tomar em conta (em lugar de a desprezar) a diferenciação jurídica que necessariamente existe em casos como estes, realizando a opção em função de um critério que, permitindo tratar em termos iguais o que for igual, respeite na medida do possível as distintas versões da justiça material recebidas pelos vários sistemas jurídicos.»⁽⁵⁶⁾. Esse critério será o princípio da igualdade, ou princípio da paridade de tratamento entre as várias leis interessadas na regulamentação de dada situação só prosseguido por regras de conflitos bilaterais. Assim, este princípio, em interacção com todos os outros, agora incluindo o da protecção da parte contratual mais fraca, definirá a justiça conflitual.

Parece, portanto, que «a justiça conflitual não é, no fim de contas, um outro e diverso tipo de justiça a opor à justiça material, mas antes a forma que nas relações plurilocalizadas esta neces-

⁽⁵⁶⁾ *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional*, cit., § 41.

sariamente assume»⁽⁵⁷⁾, e por isso, passo a referir-me à justiça de DIP como justiça material conflitual.

O juiz não poderá, portanto, recusar a aplicação de determinada regra de conflitos por, no seu entender, conduzir a um indesejável resultado material: só a realização dos valores de DIP conduzirá à justiça da escolha da lei aplicável; após este passo, em que a justiça material conflitual da SJ em causa está assegurada, segue-se a justiça material substancial do caso concreto pela aplicação do ordenamento jurídico escolhido. Assim, de um modo pleno é assegurada a justiça, pela realização dos valores dos sistemas conflitual e substancial, da situação jurídica plurilocalizada concreta.

No estudo, que se seguirá, das soluções doutrinárias e legislativas para a protecção do consumidor será sempre a ideia da justiça material conflitual, e da dependência absoluta das regras de conflitos aos valores de DIP, o parametro de apreciação dessas soluções, não esquecendo que não há impedimento ao facto da mesma regra de conflitos, ou a mesma consequência jurídica a nível conflitual, ser expressão de vários princípios de DIP.

Em relação a esta dependência necessária e absoluta das regras de conflitos aos valores de DIP, existem autores que defendem que as regras de conflitos não deveriam ser mais do que directivas ou *Leitsätze*, ou seja, regras não obrigatórias, meras recomendações.

É o exemplo do *Restatement of the Law Second* que consagra as chamadas *openended Rules* que permitem ao juiz averiguar com grande liberdade as conexões prevalentes da situação jurídica plurilocalizada em causa.

Esta também é a orientação da Lei Austríaca de DIP de 1978 que refere no seu §1.º: (1) Em matéria de direito privado, as situações que apresentem contactos com o estrangeiro são reguladas pela ordem jurídica com a qual se acharem mais fortemente conexas. (2) As regras especiais sobre o direito aplicável (regras de conflitos) contidas nesta lei devem ser encaradas como expressão

(57) *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional*, cit., § 41, p. 255.

deste princípio⁽⁵⁸⁾; e da lei suíça de DIP no seu art. 15: *Le droit désigné... n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n'a qu'un lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit.*

Também a CR no art.º 4.º n.º 5 consagra uma cláusula de excepção (com um alcance menor do que resulta do §1 da Lei Austríaca) que permite o abandono das conexões supletivas do contrato à vontade das partes quando resultar «do conjunto das circunstâncias que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com outro país»⁽⁵⁹⁾.

Parece, assim, que quando, pela análise da situação jurídica plurilocalizada concreta, se concluir que a SJ está mais próxima de outro sistema jurídica que não o indicado na regra de conflitos, esta regra deixa de valer para a regulação desta SJ.

A cláusula de excepção a que estas leis se referem não se confunde com a excepção de ordem pública: a ordem pública só intervem quando determinada lei é já competente pelo jogo conflitual, e quando o conteúdo dessa lei e o resultado a que poderá conduzir foi já subsumido pelo juiz; a cláusula de excepção em causa cai no âmbito do jogo conflitual não relevando o conteúdo material da lei

⁽⁵⁸⁾ Para o Professor FERRER CORREIA, *DIP Matrimonial (Direito Português)*, RLJ ano 116 ps. 321 e ss., «o alcance prático de tal declaração é limitado: consiste apenas em por esse modo se vincular o juiz a certo tipo de actuação na interpretação das regras de conflitos e no preenchimento de lacunas de sistema». Para este Autor o § 1.º, n.º 2 da Lei Austríaca não poderá fundamentar excepções ou desvios ao operar das regras de conflitos, a não ser na medida da interpretação das normas e da integração de eventuais lacunas, não actuando, assim, como uma cláusula de excepção ao jogo conflitual, nem ao estabelecer das regras de conflitos como meras presunções ilídiveis pelas circunstâncias da situação jurídica plurilocalizada.

⁽⁵⁹⁾ LAGARDE, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, in RCDIP n.º 80 (2) de avril-juin de 1991, defende a utilidade dos critérios supletivos, ou presunções do art. 4.º CR porque existem muitos casos em que os índices de localização do contrato estão repartidos de modo quase igual entre dois ou mais países.

LAGARDE defende assim uma grande relativização das regras de conflitos dos contratos diminuindo por isso a segurança jurídica e o papel preventivo do DIP, cuidando pouco pelas expectativas das partes, dados os frágeis critérios do art. 4.º CR.

a escolher, mas antes as conexões concretas que apresenta com a SJ plurilocalizada em causa ⁽⁶⁰⁾.

A cláusula de exceção pode originar um efeito de surpresa nas expectativas das partes e no seu esforço de planificação; LAGARDE ⁽⁶¹⁾ entende que existem casos em que a necessidade de segurança jurídica não merece ser sobreposta à justiça em aplicar a lei com os laços mais estreitos à situação jurídica, como serão exemplos, o divórcio, em que o princípio mais importante a salvar é o da uniformidade de julgados e daí o reconhecimento dos direitos adquiridos; os efeitos pessoais do casamento; e a responsabilidade extraobrigacional. Mas, apesar de nestes casos ser aconselhável dar uma certa prevalência a determinados valores de DIP em detrimento de outros como inspiradores das regras de conflitos, não é justificável, simplesmente pela falta de urgência, enviar ao juiz, através da cláusula de exceção, o encargo de procurar numa situação jurídica complexa, como são as SJs internacionais dados os interesses em jogo, — de localização e de resultado material concreto — o sistema jurídico competente para a regular. A tendência óbvia, e já observada ⁽⁶²⁾, é o favorecimento da aplicação da *lex fori*, o que frustra por completo todos os propósitos de favorecer a justiça material conflitual com a consagração de uma cláusula de exceção geral baseada no conceito indeterminado da proximidade.

MOSCONI ⁽⁶³⁾ a este propósito cita NADELMANN: «*Putting into one's written law a binding rule and then authorizing one court to disregard it, if the court does not like the result, is a proposition not everybody may like to take seriously*». Com efeito, tal cláusula terá consequências em dois sentidos: permite ao juiz aplicar uma lei com a qual está familiarizado, a do foro, e também retira o papel de *preventive law* ao DIP lesando o princípio da segurança jurídica.

⁽⁶⁰⁾ Ver Franco MOSCONI, *Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules*, in «Recueil des Cours», ps. 188 e ss..

⁽⁶¹⁾ *Op. cit.* ps. 116 e ss..

⁽⁶²⁾ MARQUES DOS SANTOS, *op. cit.*, ps. 397 e ss.

⁽⁶³⁾ *Op. cit.*

Num sistema de DIP onde as regras de conflitos funcionassem como presunções, os valores já não teriam só o carácter de base do sistema, mas teriam também o papel de guias, *guidelines*, com eficácia imediata. O operar do sistema não dependeria de regras imperativas e precisas, mas seriam os princípios gerais do sistema que cumpririam a função de escolha da lei aplicável.

A estas orientações estará subjacente a vontade de subjugar o DIP a um papel instrumental de realização da justiça material substancial do foro porque num sistema onde caberia ao juiz decidir a lei aplicável a tendência seria a de dar prevalência à consciência jurídica da *lex fori*, quer por a impor à SJ em causa, ou por indicar o sistema jurídico que conduza ao melhor resultado, a *lex potior et utilior*, pelas concepções do foro. Por isso, a cláusula de excepção corre o risco de ser um manifestar do *better law approach* do sistema americano: se o juízo que decidir determinada lei como aplicável à SJ em causa for determinado por razões não só de proximidade mas também de equidade. LAGARDE defende que a cláusula de excepção no seu operar não identifica o conteúdo material dos sistemas jurídicos em presença, mas apenas as suas reais conexões ao caso concreto, e daí existir uma impossibilidade lógica de confusão entre o juízo de equidade e o de proximidade. Este Autor pretende, assim, com base na distinção precisa dos dois métodos, o da proximidade e o da *better law approach* salvaguardar a validade e as vantagens do primeiro. O princípio da proximidade poderia servir de fundamento, principal ou subsidiário, a um grande número de regras de conflitos, e de princípio de correcção à «quase totalidade delas».

Pode existir uma tendência para considerar cada vez mais as regras de conflitos como presunções ilidíveis por prova de que os princípios de DIP são melhor prosseguidos pela designação de uma lei que não a indicada na regra de conflitos, mas, como referi anteriormente, a própria existência das regras de conflitos é uma exigência da justiça material conflitual, quanto mais não seja, para garantir a segurança jurídica, além do papel de *preventive law* que deve ser assumido pelo DIP. Como bem afirmam Max KELLER e Arnold SCHLAEPFER «*assurément, l'image du sujet de droit qui se renseigne avant d'agir sur les aspects de son activité peut avoir en matière de conflit de lois ne correspond pas à la réalité psycho-*

logique d'une grande partie des intéressés et de trop nombreux juristes. Toutefois, ici, comme dans tous les problèmes que soulève la sécurité juridique, il s'agit de la possibilité donnée à l'individu de prévoir la portée de son activité» (64).

Por isto, não parece ser de aceitar uma tal relativização das regras de conflitos. O que a equação do sistema de DIP sugere, e que deve ser aceite na maioria dos sistemas de Direito, é a possibilidade de interpretação criativa das regras de conflitos nos casos em que a aplicação estrita destas regras conduziria à lesão ou à não prossecução dos valores de DIP actuais e legítimos. O DIP como qualquer outro sistema de direito não deve ser fechado e apresentar as regras de conflitos como dogmas indiscutíveis. O sistema de DIP, face à formidável evolução das relações privadas internacionais, deve apresentar-se como um sistema aberto, móvel, heterogéneo e cibernético: «aberto no duplo sentido de extensivo e intensivo; extensivo por oposição a pleno: admite questões a ele exteriores, que terão de encontrar saídas; intensivo por oposição a contínuo: compatibiliza-se no seu interior, com elementos materiais a ele estranhos. Móvel por, no seu seio, não postular proposições hierarquizadas, antes surgindo intermutáveis. Heterogéneo por apresentar, no seu corpo, áreas de densidade diversa: desde coberturas integrais por proposições rígidas até às quebras intersistemáticas e às lacunas rebeldes e à analogia. Cibernético por atentar nas consequências de decisões que legitime, modificando-se e adaptando-se em função desses elementos periféricos» (65).

E este novo pensamento sistemático adapta-se a um sistema como o de DIP que lida com uma realidade jurídica em autêntica revolução.

O sistema de DIP é um sistema aberto nos dois sentidos: admite a excepção de ordem pública porque compreende que a sobreposição da justiça material conflitual à justiça material substancial pode conduzir a conflitos insanáveis para a consciência jurídica do foro; segundo, compatibiliza-se, e como exemplo, com

(64) Max KELLER e Arnold SCHLAEPFER, *Convergences et divergences entre le droit international privé et le droit matériel privé*.

(65) CANARIS, *op. cit.*, Introdução de MENEZES CORDEIRO.

as regras materias que reinvidicam unilateralmente um espaço próprio de aplicação, criando mecanismos como a *Sonderanknüpfung*. É um sistema móvel porque, como foi dito, uma regra de conflitos pode ser expressão de vários princípios ou valores de DIP, sendo uns mais expressos ou prevalentes que outros, e essa relação de hierarquia vai variar de regra para regra de acordo com as conexões e o conceito quadro em causa. É um sistema heterogéneo porque apresenta a densidade dos valores ou princípios base do sistema que ordenam os instrumentos, as regras de conflitos a que corresponde uma outra densidade de valoração (mais relativa). Finalmente, é um sistema cibernético como o prova a consagração do princípio da parte contratual mais fraca como princípio de DIP, principalmente pelo risco da autonomia conflitual, um valor máximo do DIP, conduzir à subalternização de uma parte contratual aos interesses da outra; outro exemplo será ainda o critério que determina a lei pessoal dos indivíduos que pode variar de acordo com as correntes migratórias, como será hoje o caso de Portugal.

Pode ser esta a principal crítica à posição de LAGARDE, pois este Autor coloca de modo definitivo o princípio da proximidade como valor prevalente na elaboração das regras de conflitos, inviabilizando o sistema tal como foi caracterizado. Embora o princípio da proximidade seja um princípio flexível porque concretiza-se na SJ em causa e nas conexões aos vários sistemas jurídicos que apresenta, não exprimindo a justiça conflitual como abstracta, deixa pouco espaço para o acomodar dos outros princípios, desde logo, o da segurança jurídica, mas também o da protecção da parte contratual mais fraca, tornando o sistema de DIP um sistema fechado, e deste modo, meramente formal.

O sistema de DIP deve estar apto a evoluir e a assimilar os novos valores das relações jurídicas privadas internacionais, e para isso é essencial manter as características do sistema postulado por CANARIS: aberto, móvel, heterogéneo e cibernético.

Como conclusão o sistema de DIP deve ser um sistema informado: informado da evolução das relações privadas internacionais de modo a possibilitar, evoluindo e propondo novas soluções, na medida do possível, a maior eficiência do tráfico jurídico; informado das consequências da ordenação dos seus valores, do ponto

de vista dos resultados materiais a que directamente conduz, do ponto de vista da eficiência económica das suas soluções; e informado da actualidade dos seus próprios valores, procedendo a rehierarquizações quando o acondicionamento do sistema o exija como é o caso com o novo princípio da protecção da parte contratual mais fraca.

É nesta perspectiva de sistema que as soluções de DIP para a protecção do consumidor nos contratos internacionais vão ser analisadas.

PARTE II

9. O mercado livre não será um mercado selvagem, mas sempre o produto de leis que protegem a concorrência, os contratos voluntários e a propriedade de cada um, pois sem essas leis, esse mercado seria uma ficção, i.e., os três pressupostos da liberdade contratual não se verificariam.

O problema parece estar no grau de intervenção do legislador, e parece que deve ser tão mais elevado quanto menor for a evolução do mercado, em especial quanto menor for a velocidade e quantidade da circulação de informação, e ainda mais, quanto menor for a assimilação dessa informação. A lei apenas deve intervir para garantir um quadro estável de regras, no interior das quais, os indivíduos possam ter segurança para tomar as suas próprias decisões ⁽⁶⁶⁾. Este quadro de regras não se confunde com a protecção que o direito civil reserva para o contrato concreto, como a protecção da vontade nas declarações negociais, contra a coacção, a usura, o erro; o *starting point* é que o mercado não é auto-regulado: na sua evolução existem momentos em que, pela maior ou menor circulação de informação e consequentemente pelas reac-

⁽⁶⁶⁾ Neste sentido C.W. CANARIS, *A liberdade e justiça contratual na sociedade jurídico-privada*, cit., na sua concepção da *sociedade de direito privado*, e o Autor destaca precisamente, o papel constitutivo do direito, e que é a *sociedade de direito privado*, segundo VON HAYEK que torna possível a *sociedade aberta* no sentido de POPPER, em que os cidadãos podem escolher livremente os seus objectivos e forma de agir.

ções mais ou menos rápidas dos agentes económicos, ele assegura a própria sobrevivência e desenvolvimento, preservando a concorrência, a verdade e a transparência das transacções, o que pode conduzir, como foi explicitado, à não existência própria de partes mais fracas, mas antes, a mais oportunidades aos mais eficientes e aos que produzem com melhor qualidade beneficiando com isso toda a comunidade, incluindo os consumidores.

E é pela diferença nas evoluções dos mercados, que se compreende a variedade de soluções que os diferentes legisladores nacionais dão à questão da lei aplicável aos contratos plurilocalizados com os consumidores.

O que está em causa em cada solução nacional é uma determinada concepção político-económica historicamente situada, em relação à evolução do mercado. Parece ajustado, neste contexto referir a expressão do Professor GHESTIN: *ordre public économique de direction* ⁽⁶⁷⁾.

Também o Professor PINTO MONTEIRO na Introdução à sua tese *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil* refere que: «Com o intervencionismo do Estado na economia a ordem pública (económica) adquiriu uma nova dimensão, passando a falar-se de uma ordem pública de *direction*, tendente a fornecer o necessário apoio jurídico para conter as convenções que contrariem o dirigismo económico do Estado»; e em nota, refere ainda: «Fala-se mesmo, no âmbito da CEE, de uma ordem pública económica europeia, destinada a salvaguardar os princípios e a filosofia subjacentes à integração europeia».

Nos contratos de adesão, não é só a ordem pública contratual que impõe determinada regulação para defesa dos princípios da autonomia privada e da liberdade negocial, protegendo a parte mais fraca das condições gerais e procurando o equilíbrio das prestações, a regulação concreta das condições gerais contratuais e, principalmente, o modo como se impõe, vai derivar de certas opções de política legislativa que têm por fundo determinados conceitos condicionados pela evolução do mercado económico e pelas suas implicações sociais. E este é o ponto essencial que condiciona

(67) *Le juste et l'utile dans les effets du contrat, cit..*

as soluções de DIP do legislador nacional: da urgência no controle das condições gerais contratuais nos mercados que podem ser menos evoluídos derivam soluções, não de compromisso, mas dirigistas do comportamento jurídico que tem implicações para a economia nacional.

Só um estudo exaustivo e comparado da diversidade das soluções nacionais em conjunção com a análise de certos indicadores de mercado é que poderá confirmar esta tendência; não sendo esse estudo possível no âmbito deste trabalho indicam-se no entanto, certas soluções de DIP que podem conduzir a certas conclusões, necessariamente provisórias.

10. Um primeiro exemplo é o do DIP do Quebec. Pelo art.8.º da Lei de Protecção do Consumidor: «*Toute clause d'un contrat assujettissant celui-ci, en tout ou en partie, à une loi autre qu'une loi du Parlement du Canada ou de la législation du Quebec est nulle*» (68).

A autonomia conflitual das partes não é admitida para os contratos com os consumidores.

É de notar que se trata de uma lei de 1971 e daí é necessariamente um reflexo do movimento dos consumidores, *consumerism*, que se iniciou nos anos 60 no continente norte-americano em consequência do aumento de produção dos bens de consumo face ao crescimento demográfico (o *baby boom*).

Esta necessidade de protecção surge assim como uma emergência social que decorre das circunstâncias em que o mercado se desenvolveu, praticamente de forma selvagem, o que não corresponde a um mercado livre, a inaugurar a era do consumo.

Hoje, passados 22 anos sobre esta lei, a regulação dos contratos dos consumidores não seria, no que respeita pelo menos ao DIP, com certeza igual: com a participação do Canadá no NAFTA e as perspectivas deste mercado alargado, mercado que exige um

(68) Sobre o sistema de protecção do consumidor em DIP do Quebec e canadiano ver «*Rapport sur La protection du consommateur en droit international privé québécois e canadien*» de NABHAN e TALPIS, em «*Travaux de l'Association HENRI CAPITANT des amis de la culture juridique française*», v. xxix, de 1973, sobre a protecção dos consumidores.

alto grau de eficiência económica, a solução que afasta a autonomia conflitual não é a mais razoável face aos fins de política económica, e mesmo perante a *ordre public économique de direction* que irá dominar o mercado que o NAFTA constitui.

Trata-se, assim, de uma opção política historicamente localizada, no contexto de mercados ainda pouco abertos, e daí susceptíveis de justificar este regime exorbitante que tem por fim assegurar o máximo de eficácia possível da lei interna comportando a exclusão da autonomia conflitual dos sujeitos contratuais.

No estudo consultado, os Autores, não atribuindo a esta norma o carácter de aplicação necessária e imediata, referem que o estatuído no art. 8.º abrangerá todos os contratos que tenham o seu «*centre de gravité*» no Quebec.

O segundo exemplo é o da diferença entre as soluções para a aplicação no espaço da *AGB-Gesetz* e do DL n.º 446/85.

§12 da *AGB-Gesetz* (69). Âmbito de aplicação inter-estadual.

Se um contrato estiver submetido a um direito estrangeiro, as disposições desta lei devem ser igualmente observadas (70), se

1. o contrato for concluído na base de uma proposta dirigida ao público, de um reclame público ou de semelhante actividade profissional do predisponente (71), desenvolvida dentro do âmbito de aplicação da presente lei, e

2. a outra parte contraente no momento da emissão da sua declaração, dirigida à conclusão do contrato, tiver o seu domicílio ou seu paradeiro habitual no âmbito de aplicação da presente lei e (também) fizer a sua declaração de vontade no âmbito de aplicação desta lei.

(69) Tradução dos Professores H. HÖRSTER e SINDE MONTEIRO in RDE n.º 5.

(70) No original «*berücksichtigen*», ou seja, «considerar, tomar em consideração».

(71) Para o Professor PINTO MONTEIRO, a tradução mais correcta de '*verwender*' será a de 'utilizador', i.e., quem se serve das condições gerais contratuais definidas anteriormente, e.g., por associações de determinado ramo.

DL n.º 446/85, Art.º 33 (Aplicação no espaço).

O presente diploma aplica-se:

- a) Aos contratos regidos pela lei portuguesa;
- b) Aos demais contratos celebrados a partir de propostas ou solicitações feitas ao público em Portugal, quando o aderente resida habitualmente no País e nele tenha emitido a sua declaração de vontade.

Ambos os artigos consagram normas de aplicação necessária e imediata ⁽⁷²⁾, i.e. uma «lei interna cuja aplicação se impõe por ela própria, no interior de um quadro por si definido, e ultrapassando o jogo da regra normal de conflitos» ⁽⁷³⁾.

Deriva da própria fórmula das normas de aplicação necessária e imediata, que se trata de uma regra imperativa, de um comando, e o juízo de valor que encerra, e.g. o comando do art.º 33 é o de afirmar que a lei portuguesa é a melhor lei a proteger o aderente. Apesar do estatuto contratual ser definido por uma lei escolhida pelas partes, ou determinada pela regra de conflitos do art.42.º CCiv, e sem interessar o seu real efeito e consequências para o aderente, o art.33.º b) considera *sempre*, o regime do DL n.º 446/85 como o o mais adequado à regulação do conteúdo cont~atual. Antes de referir o desvio que esta norma constitui à justiça material conflitual, é necessário compreender se este regime é uma exceção às regras gerais de DIP no âmbito do direito dos contratos, ou se é uma tendência na evolução do DIP face à neutralidade da regra de conflitos.

A principal diferença, e óbvia, en~e as duas soluções é a da AGB-*Gesetz* apenas prescrever o «*tomar em consideração*» das suas disposições, enquanto o DL n.º 446/85 impõe a sua aplicação aos contratos sujeitos ao direito estrangeiro.

⁽⁷²⁾ Sobre as normas de aplicação necessária e imediata: *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado* do Professor MARQUES DOS SANTOS.

⁽⁷³⁾ *Aspectos recentes do DIP português* do Professor MOURA RAMOS. Ver também este estudo para a comparação das soluções da AGB-*Gesetz* e do DL 446/85.

Antes de analisar o significado desta diferença parece necessário indagar, primeiro, as consequências, as, jurídicas e as económicas deste lema.

Embora sejam de considerar ambas as soluções como sendo normas de aplicação necessária, a sua eshutura operativa difere: a lei alemã não faz uso de um mecanismo de subtracção da aplicação da *lex contractus* tão directo ou incontornável como o da lei portuguesa. Com efeito, qual pode ser o sentido do termo «*tomar em consideração*»? O *tomar em consideração* pode conduzir a dois efeitos: ou a AGBG exclui, subtrai a aplicação da *lex contractus*; ou pode acontecer que a AGBG não participe, de todo, na conformação jurídica do contrato.

Parece, assim, que o termo utilizado pela AGBG constitui um comando discricionário ao juiz: só o intérprete e aplicador de direito é que pode afirmar o interesse da ordem jurídica em regular o contrato, e se deve, ou não, existir intervenção. O critério aferidor será, com certeza, o da protecção da parte mais fraca, o aderente às condições gerais contratuais. Deste modo, o mecanismo funciona pela imposição de um *standard*, e funciona nos seguintes termos: deve existir, por parte do julgador, um juízo, que surge na sequência do processo de comparação (*Äquivalenzprüfung*) do regime protectivo dos sistemas em causa, que decida o campo de aplicação necessário, pelos fins do legislador, para a conformação jurídica correcta do contrato. Assim, se pelo exame da equivalência dos regimes protectivos a protecção do sistema estrangeiro for superior, ou essencialmente análoga, à do sistema nacional, não existe fundamento para a intervenção da AGBG porque os fins do legislador são prosseguidos, talvez, até, de forma melhorada, pela lei estrangeira ⁽⁷⁴⁾.

A AGBG combina, com sucesso, os interesses da justiça material conflitual, procurando assegurar a protecção da parte mais fraca (dentro da capacidade do que prescreve materialmente) com os princípios básicos e essenciais da autonomia conflitual das partes, e também do princípio da paridade de tratamento das leis envolvidas, o que conduz, idealmente, à harmonia de julgados.

(74) *AGB Kommentar*, anotação ao § 12, ps. 696 e ss..

A solução do DL n.º 446/85 é única e definitiva: as suas normas aplicam-se, no condicionalismo do art.33.º (b), qualquer que seja a *lex contractus* e o seu regime protectivo. Mas ainda, o que retira à regra quaisquer laivos de bilateralidade, o DL n.º 446/85 aplica-se mesmo que exista um sistema jurídico enquadrado na situação da alínea (b), e que seria, na lógica do raciocínio do legislador português, o sistema, em abstracto, mais adequado a proteger o aderente (e.g., porque é o que corresponde às suas expectativas).

O DL n.º 446/85 assume-se, assim, como um ponto de referencia ideal na regulação das condições contratuais gerais de *qualquer* contrato.

É clara a violação do princípio da paridade de tratamento dos sistemas jurídicos, condição essencial da realização da justiça material conflitual, que se realiza, necessariamente pela bilateralidade das regras de conflitos. Assim, em termos de consequências jurídicas, a solução do DL n.º 446/85 distingue-se da da AGBG no sentido da imposição inevitável da regulação, pretendendo proteger de um modo *chauvin*, que não é o do DIP, os interesses da parte mais fraca.

Como será indicado noutro número, este modo de conceber a protecção da parte mais fraca, por meio de normas de aplicação necessária e imediata rígidas no seu operar, poderá ter um efeito perverso em termos das possibilidades de escolha da jurisdição pelo aderente: na medida em que a *lex contractus* consagre um regime mais protectivo do que a lei portuguesa será desvantajoso para o aderente cuja situação se enquadre na do art.33.º (b) recorrer aos tribunais portugueses. O foro irá impôr, e sem razões de justiça (quer material, quer da forma conflitual) que o justifiquem, determinada regulação das condições gerais contratuais, apesar dos fins do sistema estarem superiormente acautelados pela aplicação de um sistema estrangeiro.

Quanto às consequências económicas, não parecem existir dúvidas que a solução da lei alemã é a mais eficiente: as empresas que actuem no contexto de mercados amplos, como o mercado europeu, e que se pretende que seja único, não necessitam de lidar com várias leis conforme os Estados onde comercializem os seus produtos, porque basta escolherem, como condição geral, uma

cláusula de escolha, parcial ou total, de uma lei que preencha o *standard* do mercado onde actua, o que será do interesse do consumidor pois não afecta as suas expectativas; e também não será um procedimento estranho para as empresas porque, e que é pressuposto neste trabalho, as partes ao contratar não podem deixar de atender ao envolvimento, ao ambiente contratual. A solução portuguesa, por seu lado, não permite, até certo ponto, que as empresas encarem com tranquilidade o nosso mercado, que por si já é relativamente pouco atractivo, dados os custos jurídicos inerentes ao facto de lidar com uma lei que não a sua (*enterprise law*); trata-se, de facto, de uma solução proteccionista e chauvinista⁽⁷⁵⁾ porque importa custos às empresas estrangeiras que queiram actuar no nosso espaço, sendo, assim, uma solução ineficiente para o mercado de concorrência.

Também, para o julgador de direito, a tarefa de harmonizar a regulação das condições gerais pelo DL n.º 446/85 com o estatuto contratual será mais complicada (porque estão presentes valores sistemicamente distintos e uma provável *depêche* do con-ato), ou pelo menos morosa, do que o *Äquivalenzprüfung* limitado à comparação da protecção dos sistemas em relação à questão da causa, o *point at issue*.

Cabe, agora, analisar o significado possível da diferença das soluções alemã e portuguesa, sabendo que esta última foi influenciada pela primeira, discordando, afinal, no elemento essencial: se as disposições devem consagrar um *standard* ou uma imposição da ordem jurídica.

O sistema português demonstra um interesse especial pela actividade de empresas no nosso espaço, e.g., o art. 4.º n.º 1 do CSC⁽⁷⁶⁾ impõe às empresas que desejem exercer aqui a sua acti-

(75) Esta ideia parece percorrer todo o sistema português de DIP no que concerne à protecção da parte mais fraca. Neste sentido, o Professor MOURA RAMOS em *La protection de la partie contractuelle la plus faible en DIP portugais*, in «Droit International et Droit Communautaire, Actes du Colloque», da Fundação Calouste Gulbenkian, Centro Cultural de Paris, 1991.

(76) Com o art. 58.º do Tratado Comunidade Europeia as «sociedades constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-membro e que tenham a sua sede social, administração central ou estabelecimento principal na Comunidade» terão, tal como as pessoas singulares, assegurado o livre estabelecimento no território de outro Estado-

vidade por mais de um ano que instituem cá uma representação comercial e cumpram a lei portuguesa no que concerne ao registo comercial ⁽⁷⁷⁾, e o art. 33.º do DL n.º 446/85 parece conter o mesmo espírito de desconfiança, neste caso, como foi visto, menos justificado, da regulação jurídica de um sistema estrangeiro. Outro exemplo deste espírito será o do contrato de agência que no art. 38.º, do seu regime prescrito pelo DL n.º 178/86, impõe a aplicação da lei portuguesa, a não ser (excepção) que legislação diversa se revele mais vantajosa para o agente ⁽⁷⁸⁾.

A estas soluções é indissociável uma atitude protecionista que não terá cabimento nas concepções do mercado único europeu e na vontade de um país se integrar num espaço onde os princípios

-membro, o que limita a aplicação do art. 4.º, n.º 1 CSC às sociedades constituídas de acordo com o direito de um Estado não membro da CE.

Sendo assim, no espaço jurídico nacional, e em conformidade com os princípios comunitários, passará a ter relevância a actuação da autonomia privada na escolha da lei que irá dominar a vida societária, i.e., o critério da incorporação que apenas tem o valor de proteger o «interesse da própria pessoa colectiva» (BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*, ps. 344 e ss.) e que resulta da «verificação, aliás de senso comum, de que não é fácil reger uma sociedade ou pessoa colectiva por uma lei diferente daquela que lhe deu vida sem, por um lado, desrespeitar a vontade negocial dos fundadores e, por outro, acarretar irregularidades mais ou menos inevitáveis» (Pedro PAES DE VASCONCELOS, *Estatuto Pessoal das Sociedades Comerciais*, in «Estruturas Jurídicas da Empresa», ps. 37 e ss. Dada a relevância deste critério, parece surgir a necessidade futura, e no contexto da evolução da OJ comunitária, harmonizar o direito de constituição do ente societário de modo a evitar desigualdades na concorrência no mercado comum.

⁽⁷⁷⁾ Em contradição flagrante está o art. 481.º, n.º 2 CSC que exclui do âmbito de aplicação do Título VI relativo às sociedades coligadas as sociedades que não tenham sede em Portugal, o que demonstra uma discriminação *a favor* de sociedades estrangeiras, o que até será inconstitucional pelo princípio de igualdade consagrado no art. 13.º da Constituição, além de chocar com os princípios do art. 7.º do Tratado da Comunidade Europeia que proíbe «toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade». Cfr. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades — Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurisocietária*, p. 248.

Sobre o art. 4.º, n.º 1 CSC, MOURA RAMOS, *Aspectos Recentes*, cit., ps. 28 e ss., e «Crónicas» da RDE de 1987, ano XII, ps. 333. e ss., nomeadamente, ANTÓNIO CAEIRO, *Algumas Notas sobre o Artigo 4.º do Código das Sociedades Comerciais*, e MOURA RAMOS, *O Artigo 4.º do Código das Sociedades Comerciais Revisitado*.

⁽⁷⁸⁾ MOURA RAMOS, *Aspectos Recentes*, cit. ps. 12 e ss..

básicos são os da «liberdade de circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais» (79).

A solução alemã, e também a do art.5.º CR, parecem mais ajustadas à eficácia de um mercado livre sem, no entanto, comprometer étimos sociais fundamentais, como o é a protecção do consumidor.

Sendo a solução portuguesa uma solução proteccionista, porque não torna natural a actuação da empresas estrangeiras no nosso espaço, parece, sem dúvida, indicar uma tendência da *ordre public économique* de direction que é distinta da da Alemanha, que como se sabe, é dominada pela concepção liberal da economia de mercado. Esta diferença possibilita a conclusão, em relação a estes exemplos, da relação directa entre a diversidade de soluções de DIP para os contratos com os consumidores e as diferentes concepções de política económica e social, e a forma de as aplicar.

Este significado da diversidade das soluções anteriores compreende também a solução do sistema do Reino Unido, a do *Unfair Contract Terms Act* (UCTA) de 1977. A *section 27* n.º 2 (b) refere que o UCTA é aplicável quando «*in the making of the contract one of the parties dealt as consumer, and he was then habitually resident in the United Kingdom, and the essential steps necessary for the making of the contract were taken there, whether by him or by others on his behalf*». Existe neste caso o *depêçage* do contrato.

A solução do UCTA é paralela à do DL n.º 446/85: em ambas as soluções o legislador procura proteger o consumidor residente no seu território e que seja parte num contrato submetido à lei estrangeira.

Mas, o legislador inglês não deixa de atender às necessidades do comércio intemacional, e por isso faz uso, na *section 26* (*International Supply Contracts*) de um conceito restritivo de contratos internacionais como, e.g., só o serão pelo n.º 4 (b) quando «*the acts constituting the offer and acceptance have been done in the territories of different States, or (c) the contract provides for the goods to be delivered to the territory of a State other than that within whose territory those acts were done*». A UCTA só se aplica

(79) Art. 3.º do Tratado da Comunidade Europeia.

como *lex specialis* do direito inglês quando os contratos sejam considerados pela *section 26* contratos internacionais, condição que deverá estar preenchida quanto aos contratos onde uma parte é consumidor nos termos da *section 27n.º 2 (b)*.

Apesar de não se aproximar do conceito de mercado liberal e de concorrência da Alemanha, esta solução também não se vai reconduzir ao protecionismo da lei portuguesa, pois denota uma preocupação de não afectar certo tipo de comércio internacional, definindo-o com precisão.

Também neste caso parece existir uma graduação, ténue, mas visível, da protecção do consumidor de acordo com a *ordre public économique de direction* vigente em cada Estado.

Um outro exemplo, e talvez incompreensível, é a solução do direito suíço: a lei de 18 de Dezembro de 1987, no art. 120.º, exclui, de todo, a possibilidade de escolha de lei nos contratos com os consumidores, impondo a aplicação da lei da residência habitual do consumidor.

Sobre as razões desta solução não me é possível, por falta de informação sobre as concepções suíças de mercado, tecer grandes comentários, mas pode existir uma relação do espírito do art. 120.º com a recente recusa da Confederação Helvética em integrar o Espaço Económico Europeu (EEE) ⁽⁸⁰⁾.

Mas, já é diferente a atitude da lei austríaca que, no mesmo sentido da AGBG, permite a escolha de lei nos contratos com os consumidores impondo, apenas, se a escolha recair sobre uma lei desvantajosa para o consumidor, a observação das normas imperativas da lei da sua residência habitual.

Esta análise, meramente exemplificativa, de várias soluções legislativas, contribui para a conclusão de uma relação necessária da *ordre public économique de direction* de cada Estado, tendo em conta a evolução do mercado e da economia, e a diversidade do tratamento a nível do DIP da protecção do consumidor: de um modo mais rígido e tenso, mas que não corresponde a mais eficaz, ou de um modo mais tranquilo, assegurando o que é essencial na protec-

⁽⁸⁰⁾ Sobre o tratamento do sistema suíço à protecção do consumidor ver Anne IMHOFF-SCHEIER em *Protection du consommateur et contrats internationaux* Genève, 1981.

ção, combinando a justiça material conflitual e as necessidades características do comércio internacional.

E é a solução da lei alemã, o assegurar ao consumidor um *standard* mínimo, que a Convenção de Roma de 1980 relativa às obrigações contratuais segue. As regras da CR destinam-se a valer para o espaço comunitário, o do Mercado Único, onde valem, para benefício da integração económica e social dos seus membros, os princípios da eficiência e da autonomia privada, em conjunto com a liberdade de circulação e de iniciativa económica em qualquer mercado dos Estados da CE. Por isto, a solução da CR para a lei aplicável para os contratos com os consumidores teria de passar pelo respeito da ordem pública económica europeia, o que demonstra, uma vez mais, a importancia deste conceito nas soluções legislativas.

Também é interessante notar a colisão entre a *ordre public économique de direction* do Mercado Único com a de Portugal: o art. 19.º (h) do DL n.º 446/85 refere que «são proibidas, consoante o quadro negocial padronizado, designadamente, as cláusulas contratuais gerais que: remetam para o direito estrangeiro, quando os inconvenientes causados a uma das partes não sejam compensados por interesses sérios e objectivos da outra», ao contrário do que prescreve a CR, no art. 5.º em conjugação com o art. 3.º, que permite a escolha de lei mesmo nos contratos com consumidores sem as restrições do DL n.º 446/85. Como pelo art. 8.º da CRP as normas das convenções internacionais, ratificadas ou aprovadas, vigoram na ordem interna é de considerar o art. 19.º (h) do DL n.º 446/85 como derogado pelas disposições da CR ⁽⁸¹⁾.

Assim, do confronto das duas concepções de *ordre public économique de direction*, a relativa ao mercado nacional, e a que domina o Mercado Único, resulta a prevalência desta última, porque é a adequada às necessidades de um mercado que se quer vivo e competitivo, sem deixar de salvaguardar valores sociais como o da protecção do consumidor pela imposição relativa

⁽⁸¹⁾ Neste sentido Erik JAYME em *Les contrats conclus par les consommateurs et la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, in «Actes du Colloque», *cit.*.

(porque não implica, necessariamente, a derrogação da lei escolhida pelas partes) de um regime protectivo.

Desta análise breve das soluções legislativas mais significativas parece possível retirar a conclusão, necessariamente provisória, de que o fundo das respostas de DIP por parte do direito interno à questão da lei aplicável aos contratos com os consumidores varia bastante de acordo com a evolução da economia e do mercado de bens: existem Estados mais ou menos intervencionistas que, ou por convicção, ou por receio, chamam apenas a si a regulação e o controle destes contratos, embora muitas vezes, essas soluções, não conduzam ao prosseguir dos interesses do consumidor, como foi observado, no âmbito do conflito de jurisdições, e no próprio contexto de mercado devido ao desincentivo da concorrência de empresas estrangeiras com reflexo na qualidade e nos preços dos bens.

A *ordre public économique de direction* sendo o fundamento das soluções, mais ou menos radicais, das regulamentações das condições gerais dos contratos de cada país, também será o fundo da excepção que os tribunais utilizam para conformar juridicamente um contrato plurilocalizado cujo conteúdo e consequências lese os interesses fundamentais desse conceito de OP.

Nas palavras do Professor BAPTISTA MACHADO o conceito de OP é necessariamente «contingente e concreto, relativo a uma ordem jurídica determinada, e da sua essencial imprecisão, a OP afirma-se ainda com um carácter de *actualidade*»⁽⁸²⁾. Ao contrário das soluções legislativas, dificilmente adaptáveis ou passíveis de interpretação criativa, que são exigências de um sistema cibernético, a OP é um conceito que acompanha os tempos, e como a referência à conjuntura económica provou ser decisiva na evolução da concepção da protecção do consumidor (maior a concorrência, melhor a protecção *natural* do consumidor pelo próprio mercado), este conceito, conteúdo de uma excepção ao jogo das regras de conflitos, poderá ser valioso para acompanhar o envolvimento sócio económico, extremamente mutável, dos con-

(82) *Lições de DIP*, do Professor BAPTISTA MACHADO.

tratos com os consumidores que se insiram em determinado ambiente contratual.

Assim, em relação à jurisprudência, talvez, afinal, não seja tão excessivo o recurso à excepção de ordem pública para atingir a protecção da parte mais fraca nos contratos intemacionais, porque a *ordre public économique de direction* não é tanto, como é tradicional conceber-se, uma excepção que é um «elemento perturbador do sistema, um mal necessário, que, como tal, se deverá reduzir ao mínimo», mas antes uma direcção imediata da ordem jurídica, constitutiva e não marginal.

Com efeito, em 1977, o OLG de Hamburgo aplicou uma ordem de execução do art. 34.º da *Gewerbordnung* alemã de 20 Junho de 1977, apesar do contrato estar submetido, por escolha das partes ao direito espanhol. Tratava-se de um contrato com uma empresa de intermediação imobiliária (alemã, com sede na Alemanha) com vista à compra de um apartamento em Espanha, e a empresa recusava constituir uma garantia a favor do comprador alemão, domiciliado na Alemanha. O tribunal de Hamburgo julgou contrário à ordem pública (art. 6.º EGBGB) ignorar o fim de protecção do comprador que a lei alemã prossegue. Com efeito o contrato apresenta laços estreitos com a Alemanha: as partes são lá domiciliadas, e a obrigação do comprador, o pagamento do preço, será cumprida também na Alemanha⁽⁸³⁾.

Observa-se que o situar do contrato num determinado meio económico-social pela referência ao local do pagamento do preço que é o elemento do valor, para o comprador, da transacção, foi decisivo para o operar da excepção, e talvez nem tanto a concepção de proximidade⁽⁸⁴⁾ do contrato à Alemanha. Pelo facto da transacção se inserir no mercado alemão, a coisa objecto do contrato, o apartamento em Espanha, surge quase como acessório e pouco relevante para evitar que o ambiente contratual seja o da ordem jurídica alemã, e por isso, o tribunal julgou normal que o fim de protecção da lei alemã não pudesse ser ignorado pelas partes na conformação jurídica do conteúdo contratual. Realmente,

⁽⁸³⁾ Caso referido por IMHOFF-SCHEIER, *op. cit.*

⁽⁸⁴⁾ LAGARDE, *op. cit.*

a transacção insere-se perfeitamente no tráfico jurídico corrente do mercado alemão, embora o facto do objecto ser um imóvel implique certas precisões de que é exemplo a solução especial do art. 28.º n.º 2 do Código Civil quanto às consequências da incapacidade ⁽⁸⁵⁾.

Existe, no entanto, uma diferença significativa entre o que está em causa na decisão jurisprudencial e o que fundamenta as soluções legislativas: se o que decide certa solução, ou não, na lei, são, essencialmente, determinadas concepções de mercado (mais ou menos liberal, proteccionista...), na sentença o que decide é a sensibilidade do juiz à equidade ⁽⁸⁶⁾ do contrato. O juiz ao decidir pela equidade recorre a mecanismos de excepção para fundamentar a *fuga* ao jogo conflitual.

A excepção de ordem pública intencional é o instrumento privilegiado para evitar um resultado ingrato, para a parte mais fraca, da aplicação das regras jurídicas que apresentem uma «incompatibilidade concreta com as concepções éticojurídicas da ordem do foro». No entanto, esta excepção, ao jogo das regras de conflitos, não deve, portanto, ser entendida nos moldes tradicionais, no que respeita ao seu fundamento e efeitos.

O principal efeito, nestes casos em que está em causa uma parte mais fraca, da aplicação da excepção de ordem pública não é tanto os tribunais procurarem evitar a aplicação de determinada lei (efeito impeditivo), mas impõem uma determinada conformação jurídica, imposição que deriva das concretas conexões do contrato a determinada ordem jurídica (e no caso dos contratos com os consumidores, a transacção inserir-se em determinado mercado), e daí o sentido natural do contrato não poder consistir num desvio à *ordre public économique de direction* do mercado onde se insere. e.g., o conteúdo de um contrato onde seja parte um consumidor do Mercado Único, não pode enfermar de uma exclusão maciça de direitos da parte mais fraca, simplesmente porque é de uma incon-

⁽⁸⁵⁾ Ver BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*, ps. 342 e ss..

⁽⁸⁶⁾ O juiz «ao julgar segundo a equidade dá ao caso a solução que parecer mais justa, atendendo unicamente à sua especificidade e prescindindo das normas gerais e abstractas eventualmente aplicáveis», FERRER CORREIA, V. G. LOBO XAVIER in RDES, IV.

gruência absoluta com os princípios básicos do mercado, considerado evoluído, onde se insere.

A visão relacional de MACNEIL, do meu ponto de vista, e como foi referido atrás, não justifica só determinada concepção do contrato, mas contribui também para uma visão conformadora: um contrato não deve ser isolado pelas partes do condicionalismo económico e de mercado onde se insere. A ambiência sócioeconómica deve ser um elemento caracterizador do contrato que releva no seu conteúdo e consequências.

Da relação contratual derivam três princípios: o princípio da confiança, que constitui as partes em deveres mútuos, «nomeadamente tendentes a não permitir defraudar a crença pacífica do parceiro contratual num decurso, sem incidentes, da relação contratual». O princípio da lealdade à convenção livremente celebrada, «à necessidade jurídica de providenciar a efectiva obtenção e manutenção do escopo contratual». E o princípio da protecção, em que «as partes para além do dever genérico de respeito, têm num contrato, obrigações específicas de não atentar contra os bens jurídicos de umas das outras» (87).

A conformação concreta destes princípios no contrato apela necessariamente a essa ambiência sócio-económica onde o contrato se insere. E penso que os juízes ao recorrer à excepção de *ordre public économique de direction*, limitam-se a *acordar*, a remeter o contrato para a realidade, e não procuram, apenas, «afastar o efeito chocante que a lei estrangeira tenderia a produzir».

Mas, apesar de ser justificada, a excepção de ordem pública quando opera é sempre ofensiva de certos interesses de DIP, e por isso, não deve ser vocacionada para um uso regular.

Desde logo, pode ser ofendido o princípio da segurança e certeza jurídica: os tribunais resolvem um litígio que se levanta a propósito de determinada questão, a causa, ou o *point at issue*, e daí, nem sempre é nitido para o juiz se a protecção do consumidor é premente em determinado caso para justificar o uso da excepção; em síntese, a pretensão do consumidor não pode apoiar-se na possibilidade do operar de uma excepção, excepção que não deve ser

(87) *Pós-eficácia das obrigações*, do Professor MENEZES CORDEIRO.

considerada como um instrumento de primeira linha na conformação jurídica das situações plurilocalizadas. E se os direitos dos consumidores só estivessem seguros pela possibilidade do operar da excepção, com toda a certeza, o recurso aos tribunais pelos consumidores seria mínimo: a excepção como forma de protecção dos mais fracos só beneficia os mais fortes que tem a seu favor a regra.

Outro princípio lesado quando o tribunal usa a excepção de OP é o do mínimo dano causado à lei estrangeira: sendo, pelas regras de conflitos, atribuída competência a determinada lei não devem existir desvios à sua aplicação à situação jurídica em causa pela imposição de regras materiais do foro.

Por isto, o operar da excepção de OP, mesmo quando o seu conteúdo corresponda à da *ordre public économique de direction*, que em princípio é mais positiva nas suas consequências, deve constituir uma válvula de segurança do jogo conflitual, pertencendo o papel positivo da regulação dos contratos com os consumidores às regras de conflitos que assegurem a presença no conteúdo contratual de um *standard* mínimo de protecção.

11. Em 1760, no caso *Robinson v. Bland*, Lord MANSFIELD declara que: «*The general rule established ex comitate et jure gentium, is that the place where the action is brought, is to be considered in expounding and enforcing the contract. But this rule admits of an exception where the parties (at the time of making the contract) had a view to a different Kingdom*». Já no século anterior, em 1689, HUBER considerava também que a *lex loci contractus* deveria ser a *proper law*, no entanto se as partes tinham em vista, no momento da conclusão, a lei de outro lugar será esta a lei do contrato, já que «*everyone is deemed to have contracted in that place, in wich he is bound to perform*»⁽⁸⁸⁾.

No direito norte-americano a concepção da *proper law* do contrato evoluiu do *Restatement of the Law of Conflict of Laws* original para o *Second*. Assim, no *Restatement* original não era dada às partes a possibilidade de escolha de lei, vigorando a lei do *locus*

⁽⁸⁸⁾ Retirado de *Canadian Conflict of Laws*, de J.G. CASTEL, 1986.

celebrationis para questões de validade, e o *locus executionis* para questões de fundo. Também não eram individualizadas categorias de contratos, pois as regras eram baseadas na concepção dos *vested rights* de BEALE, que parte do princípio da territorialidade das leis estaduais, negando o conflito de leis, e recusando a aplicação pelos juízes de direito material estrangeiro. O juiz limitar-se-à apenas a reconhecer determinada situação jurídica⁽⁸⁹⁾, determinado direito adquirido⁽⁹⁰⁾, como «meros factos despidos de qualquer relevo jurídico autónomo, ainda que a sua existência seja indispensável para que no foro se possa criar, com uma norma deste Estado, um direito de conteúdo análogo»⁽⁹¹⁾.

O *Restatement of the Law Second* (e também a orientação jurisprudencial americana) é no sentido da autonomia conflitual das partes, desde que a escolha tenha uma *reasonable basis*, segundo o §187. O critério da *proper law*, na falta de escolha, já não distingue as questões de validade das de fundo, mas antes, a lei

⁽⁸⁹⁾ O Professor FERRER CORREIA, em *La doctrine des droits acquis dans un système de règles de conflit biltérales*, incluído em «Estudos Vários de Direito», refere em crítica que, primeiro não é possível equivaler os limites da soberania nacional com os limites de aplicação da lei nacional, e segundo, não há direitos adquiridos, quando a lei não se considera competente para tal, daí a essencialidade do joco conflitual.

⁽⁹⁰⁾ Esta concepção distingue-se assim da moderna teoria dos direitos adquiridos, que procura, hoje, estabelecer o limite do uso (e não do âmbito espacial) do instrumento de DIP, que é a regra de conflitos, face aos princípios e interesses do DIP, limite que será próximo da fórmula definitiva «de que devem ser reconhecidos no Estado do foro os direitos ou situações jurídicas que no estrangeiro produziram os seus efeitos típicos, à luz de um sistema legal que apresente, na óptica do DIP do foro, uma conexão suficientemente forte com a situação de vida a regular, e se repute aplicável, quer de um outro a quem o primeiro considere competente», in *Dos Direitos Adquiridos em DIP*, do Professor MOURA RAMOS.

Da concepção da «Regra de Conflitos com um papel instrumental, com uma actuação subordinada aos fins do DIP», o que constitui um imperativo de justiça conflitual, pois é do particular funcionamento das regras de conflitos que depende a sua realização, resulta a compreensão dos princípios de DIP como o fundamento necessário da actuação dessas regras, como foi explicitado noutro ponto, e daí não há impedimento para ultrapassar o joco das regras de conflitos formalizadas e reconhecer situações jurídicas constituídas validamente com base nas legítimas expectativas das partes na competência de determinado ordenamento jurídico porque próximo da SJ em causa. (nos termos definidos pelo Professor MOURA RAMOS).

⁽⁹¹⁾ *DIP e a Constituição*, n.º 11.

aplicável será a do Estado que tenha *the most significant relationship* com a transacção e as partes, segundo o §188, de acordo com certos princípios da secção sexta.

Para além das concepções de direito, objectivismo, subjectivismo, intervenção mais proteccionista, ou mais liberal do Estado, tem sido a consideração dos interesses de DIP, e considerações de ordem prática que impuseram a autonomia conflitual como regra da escolha de lei contratual, e não excepção.

Seguindo a sistematização de PATOCCH⁽⁹²⁾, existem justificações negativas e positivas que fundamentam a autonomia conflitual.

Primeiro, a resposta clássica à solução da autonomia conflitual das partes é a da dificuldade na localização do contrato plurilocalizado, que resulta do DIP utilizar critérios de conexão espaciais que necessitam de um concretum a que se liguem, o que não é o contrato, dada a sua natureza imaterial. O método de localização espacial do contrato com base em factos materiais concretos (o local da celebração, da execução, residência das partes...), que são factos únicos, diferentes, ou partes, do todo contratual, que tem uma natureza heterogênea e imaterial, revela-se inadequado para encontrar o centro de gravidade do contrato. Um contrato é um facto jurídico criado pelas partes que mutuamente atribuem direitos e obrigações, o que constitui o quadro contratual (e deste todo, derivam ainda outros deveres), e lhe determina a fisionomia própria, que se insere num determinado ambiente sócio-económico do qual resultam ainda expectativas⁽⁹³⁾. Do todo contratual não é pos-

⁽⁹²⁾ *Règles de Rattachement Localisatrices et Règles de Rattachement à Caractère Substanciel. De quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe*, de Paolo Michele PATOCCHI, Genève, 1985.

⁽⁹³⁾ «Tal quadro jurídico, unitário e funcional ou finalista, está aliás em unísono com a concepção do tráfego sobre a respectiva relação da vida que é igualmente vista com um todo. Cada relação da vida social é um corte do devir social global. Igualmente a relação jurídica emanada de um contrato obrigacional será, nas palavras de ESSER, uma relação unitária imersa na vida, um laço social condicionado pelo fim», in *Cessão da Posição Contratual*, do Professor MOTA PINTO.

Esta caracterização aplicada a um contrato plurilocalizado determina que para o seu quadro social e económico (mais amplo que o contratual, onde este se insere) contribua uma maior complexidade. As partes, de diversas origens, encontram-se num determinado

sível, portanto, fazer emergir uma conexão concreta ao seu contexto jurídico, já que o quadro contratual e o ambiente onde se insere são um facto jurídico complexo e composto sem hierarquização, ou especial prevalência dos pontos de contacto com os diversos sistemas jurídicos. Por isso, WENGLER⁽⁹⁴⁾ refere que a indagação dos juristas a este respeito lembra-lhe a busca da pedra filosofal dos alquimistas da Idade Média.

A dificuldade de localização do contrato é o primeiro grande problema para eleger conexões para cada tipo contratual, *Vertragstypenformel*, acabando a autonomia conflitual por ser, meramente, uma solução de recurso *Verlegenheitslösung*⁽⁹⁵⁾, por não ser possível eleger uma conexão primária em matéria contratual, com carácter localizador.

Como o estruturante, em DIP, são os seus princípios e interesses com vocação internacional (e não as opções nacionais), a autonomia conflitual deve ser justificada neste plano. O interesse das partes é o critério que determina a referência conflitual, e então será interesse do DIP proteger as expectativas das partes na eficácia da transacção perante a lei que escolheram. Só assim se prosseguem outros fins de DIP, como a segurança jurídica (que decorre

mercado, onde a transacção se efectua (podendo as negociações decorrer noutra), tendo em vista certa lei, sentido da sua referência conflitual. Um eventual litígio é sujeito ao juízo de um tribunal, que também pode resultar da vontade das partes, que avaliará da conformidade jurídica do conteúdo contratual face aos princípios do (seu) DIP.

Não sendo o DIP um direito estranho a valores materiais, no início demonstrado pela excepção de Ordem Pública, e hoje, pelas regras de conflito de conexão substancial, e pela sujeição do DIP à Constituição, a conformação material do contrato internacional passa por dois momentos: primeiro, o carácter plurilocalizado do contrato obriga à sua inserção num ambiente jurídico, económico e social composto; segundo, a conformação jurídica do conteúdo contratual face ao seu estatuto, objecto da referência conflitual das partes, ou então face a várias leis (*dépeçage* do contrato), se, e.g., o DIP pretender impor a aplicação de normas *terceiras*.

(⁹⁴) *L'évolution moderne du DIP et la prévisibilité du droit applicable*, in «Actes du Colloque», *cit.*

(⁹⁵) Como refere KEGEL no seu *International PrivatRecht*, § 18, 5.ª edição, 1984. KEGEL conclui que é a dificuldade na delimitação do espaço do contrato que origina a conexão à vontade das partes: «*Dier Anknüpfung an den Parteiwillen ist (zur Vermeidung von Abgrenzungsschwierigkeiten) insofern formalisiert*».

da previsibilidade do direito) e a celeridade das transacções, que são exigências do comércio internacional.

Decisivo será o argumento da harmonia internacional de decisões, pois a autonomia conflitual «encontra-se hoje consagrada, como conexão primária, na maior parte dos textos nacionais onde se recolhem as normas de conflitos de cada país, igual solução sendo acolhida nos textos convencionais ... a jurisprudência orienta-se no mesmo sentido, idêntico sendo o posicionamento dos Autores», podendo falar-se, assim numa certa «standardização»⁽⁹⁶⁾.

Os princípios e interesses de DIP só estão salvaguardados se as partes tiverem autonomia conflitual, não sendo prejudicados pela dificuldade de localização do contrato, a não ser em sede supletiva.

Pelo exposto a autonomia conflitual das partes é o princípio e não a excepção, e é um princípio constitutivo de DIP, embora com um valor subordinado, i.e., dependendo do princípio da segurança e certeza jurídica como valor de DIP. É neste sentido que se devem compreender as regras de DIP que pretendem proteger o consumidor: só na medida em que pretendem proteger o valor da autonomia (que depende da liberdade, igualdade, compreensão do alcance potencial do conteúdo contratual, e do consequente equilíbrio contratual)⁽⁹⁷⁾ é que as regras prosseguem os interesses de DIP. As regras que procuram proteger o consumidor, excluindo ou limitando a autonomia conflitual, do ponto de vista do direito material nacional, impondo-o, não protegem a autonomia, mas antes valores particulares, que não são chamados para o DIP.

A autonomia conflitual deriva desde logo, como já foi dito, da ideia de eficiência que domina todo o sistema de DIP. O conceito de eficiência exige simplicidade e rapidez procedimental na modelação jurídica das relações entre pessoas. i.e., os sujeitos devem conhecer, ou confiar legitimamente na aparência, a competência de determinado ordenamento jurídico para regular a

⁽⁹⁶⁾ *Contrato de Trabalho em DIP*, n.º 69.

⁽⁹⁷⁾ A entender em termos hábeis, como resulta do exposto em §§ anteriores: existirá uma igualdade em termos económicos entre as duas comunidades interactivas das empresas comerciais e dos consumidores, de que resulta a eficácia económica do mercado.

situação jurídica que pretendem constituir, modificar ou extinguir validamente.

O problema coloca-se nos factos jurídicos plurilocalizados complexos ou suspensos a uma conexão relevante e prevalente a um ordenamento jurídico determinado. Tratam-se de situações jurídicas que apresentam: ou uma multiplicidade de pontos de contacto que torna indistinto o prevalente, como é o caso do contrato; ou uma fisionomia interpessoal próxima que, para ser tratada pelo sistema de um modo justo, não só no modo conflitual (por influência, e.g., do princípio da estabilidade da vida jurídica), mas também no material (por exemplo, o princípio constitucional da igualdade dos cônjuges, que o DIP deve respeitar como ramo de direito integrante da ordem jurídica nacional), deve ser regulada por um ordenamento jurídico com o qual os sujeitos em causa tenham contacto próximo.

Esta última hipótese refere-se, e.g., às relações de família onde as soluções legislativas procuram encontrar um ponto de contacto pessoal comum, a nacionalidade ou a residência habitual, devido, e.g., ao princípio constitucional da igualdade dos cônjuges.

É evidente que surge um grande problema quando as conexões pessoais dos sujeitos envolvidos não coincidem: o art. 52.º n.º 2 do nosso Código Civil manda aplicar «a lei do país com o qual a vida familiar se ache mais estreitamente conexa»; o art. 53.º n.º 2 manda aplicar a «lei da primeira residência conjugal»; o art. 56.º n.º 2 manda aplicar «a lei pessoal do filho»; o art. 57.º n.º 1 aplica também a lei pessoal do filho; o art. 60.º n.º 2 indica «a lei do país com o qual a vida familiar dos adoptantes se ache mais estreitamente conexa».

A questão torna-se então a de averiguar se as soluções a adoptar nestas duas hipóteses deverão ser meras soluções de recurso, *Verlengheitslösung* (como as do nosso Código, em relação ao Direito de Família), ou antes se a resposta deve decorrer por si dos valores ou princípios gerais de DIP, não deixando de prestar atenção à substancialidade das SJs em causa.

O primeiro valor é o da protecção das expectativas das partes. Como já foi explicitada a autonomia conflitual nos contratos não merece, no âmbito deste trabalho, mais considerações, a não ser

referir que a busca de uma conexão rígida que reflita as expectativas das partes é uma tarefa inviável porque, como já disse, a conexão prevalente nos contratos internacionais é indistinta. Assim, nos contratos a única forma de proteger as expectativas dos sujeitos contratuais na constituição de um SJ válida é aplicar a lei que tenham tido em vista, i.e., escolhido⁽⁹⁸⁾, não só no momento da celebração do contrato mas no decorrer de todo o processo negocial o que permitiria saber a lei aplicável às relações pré-contratuais (hoje, e cada vez mais, com uma importância crescente), especialmente à responsabilidade prénegocial.

Outro problema e que não considero aqui é o do critério supletivo na falta de escolha conflitual das partes.

Como nota coloca-se a questão de saber se o estatuto da responsabilidade précontratual deve estar subordinado ao do contrato. Em princípio, a resposta resultaria do considerar, no plano material, da conceitualização da responsabilidade précontratual no âmbito da obrigacional, ou da extraobrigacional, ou então como um *tertium genus* de responsabilidade, correspondendo-lhe um estatuto próprio.

A doutrina dominante alemã considera que, quer porque a relação de confiança pré-negocial é equivalente à que decorre do contrato em si, quer porque este tipo de responsabilidade corresponderia a uma relação obrigacional definida por lei, o estatuto seria o contratual. Na Itália é decisivo o estatuto extracontratual. Na França, apesar das divisões parece prevalecer também o estatuto extracontratual.

Assim, no plano da lei aplicável a operação fundamental é a qualificação das normas da *lex causae* como adequadas ao conceito quadro da responsabilidade extracontratual, do art. 45.º CCiv, ou ao estatuto do contrato de acordo com o art. 41.º CCiv ou o art. 5.º CR.

No entanto, é de ponderar se a questão da responsabilidade pré-contratual nas relações plurilocalizadas não terá uma certa autonomia face ao conceito definido pela lei material. Se não

⁽⁹⁸⁾ Ver algumas considerações acerca da Convenção de Roma, de FERRER CORREIA, na RLJ, n.º 122, §7.º, sobre a apreciação crítica das concepções subjectivista e objectivista da autonomia da vontade em DIP.

deverá ser considerada como uma questão jurídica cuja solução não é adequadamente resolvida pelas regras de conflitos que respeitam à responsabilidade extraobrigacional e ao estatuto contratual.

Uma primeira dificuldade é que como as questões mais importantes da responsabilidade pré-contratual surgem devido à quebra das negociações, inviabilizando a relação contratual, se se considerasse o estatuto contratual o competente, seria sempre a lei aplicável pelo critério supletivo pois nunca existiria escolha das partes do estatuto contratual. Também é de considerar que o próprio critério supletivo teria dificuldades em operar: e.g., o critério da prestação característica seria impossível de concretizar, restando apenas o da lei mais próxima, que teria sempre, ou na maioria dos casos, uma ligação ténue à SJ em causa, pois não existiria nem local de celebração do contrato, nem lugar de execução.

O que está em causa na responsabilidade pré-contratual é a lesão de um interesse legítimo, baseado na confiança, de um sujeito, que investiu e planificou uma relação contratual, a qual veio a resultar inviabilizada por um procedimento contrário à boa fé por parte do outro sujeito.

Sem abordar a problemática no plano material, parece inviável a subordinação nas relações negociais intencionais da responsabilidade pré-contratual ao estatuto contratual.

Sintomático é a utilização do argumento segundo o qual a conexão do art. 45.º n.º 1 será mais adequada para a responsabilidade pré-contratual, pelo Professor ALMEIDA COSTA⁽⁹⁹⁾, para afirmar a concepção, no plano material, que esta responsabilidade deve ser compreendida como sendo de natureza extraobrigacional.

Apesar de não se deixar afirmar de que o DIP é indissociável do ordenamento jurídico nacional no qual se integra, parece que os interesses em causa para afirmar a adequação da conexão do art. 45.º para a responsabilidade por quebra das negociações são

⁽⁹⁹⁾ *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, ps. 86 e ss.. Ver também, mas no sentido da conceitualização da responsabilidade pré-contratual como contratual, MOTA PINTO, *op. cit.*, ps. 351 e ss..

apenas os que decorrem da especificidade das relações de troca internacionais que impedem o recurso a uma conexão relativa ao estatuto contratual (já difícil de encontrar para a relação contratual em si), e não os de uma conveniência no plano material.

Mas defender que a questão da responsabilidade pré-negocial será autónoma em DIP, não sendo de a subordinar, seja qual for a resposta do direito material, ao estatuto contratual não será uma mera solução de recurso, mas antes a solução que melhor se adequa à protecção das expectativas dos sujeitos.

Dois casos são de considerar: as negociações, e a sua quebra, serem feitas entre presentes, ou entre ausentes.

No primeiro caso, não oferecerá grande dificuldade a concretização da conexão do art. 45.º n.º 1, «o Estado onde decorreu a principal actividade causadora do prejuízo», ou seja, em certos casos, a quebra das negociações.

Já no segundo caso, em que as negociações se processam, e.g., por correspondência entre sujeitos de diferentes Estados será complicado isolar o lugar da «actividade causadora do prejuízo». Por isso, será de considerar o art. 45.º n.º 2: a lei do Estado onde se produziu o efeito lesivo, na condição desta lei considerar o agente responsável, e este «devesse prever a produção de um dano como consequência do seu acto». Parece ser a conexão mais adequada para a quebra de negociações entre ausentes, não sendo de incluir a primeira condição de aplicação do critério do art. 45.º n.º 2, a da lei do lugar da conduta não considerar o agente responsável, acentuando, neste aspecto, a função reparadora da responsabilidade civil.

Numa breve conclusão, pelos elementos de conexão do art. 45.º n.ºs 1 e 2 as expectativas das partes, fundadas na sua relação de confiança pré-negocial, são protegidas fazendo decorrer qualquer obrigação de indemnização da lei, no primeiro caso, do lugar no qual as partes negociaram, e no segundo caso, do lugar onde se produziu o efeito lesivo da conduta contrária à boa fé de uma parte que coincidirá com a residência de um sujeito ou o lugar de estabelecimento de uma empresa, lei, no entanto, que só relevará na previsão pelo lesante da produção do dano na esfera do outro sujeito.

Por outro lado, será de excluir a possibilidade de autonomia conflitual das partes mesmo em relação à distancia pré-negocial? Penso que não é possível ignorar o carácter paracontratual destas relações, e própria evolução dos negócios internacionais que revela um papel crescente de importancia do período précontratual, o que faz relevar o interesse em considerar o acordo das partes na lei aplicável à lesão do interesse da confiança.

Sendo assim, parece claro que a responsabilidade pré-contratual não será de enquadrar com precisão no estatuto da responsabilidade aquiliana; e também será assim em relação ao estatuto contratual, como foi visto. Será antes, no ambito conflitual, e no contexto dos negócios internacionais, um *tertium genus* de responsabilidade não enquadrado nas regras de conflitos existentes na lei civil, representando assim, possivelmente, uma lacuna ⁽¹⁰⁰⁾.

Para a preencher, e sem abordar a difícil questão das lacunas em DIP, de acordo com o art. 10.º n.º 3, seriam considerados os dois institutos mais próximos: o da responsabilidade extraobrigacional, procurando a lei que melhor corresponda às expectativas e previsibilidade das partes, não esquecendo uma certa função reparadora; e o da obrigacional, sendo de permitir a autonomia conflitual, princípio clássico nas relações contratuais internacionais. O que é de notar é que a questão jurídica em causa será a da responsabilidade pré-contratual nas relações internacionais que, em virtude da sua especificidade, reclama conexões prevalentes diferentes das consagradas para a responsabilidade extracontratual e para o estatuto do contrato. Sendo feita a escolha de lei, serão encontradas através da qualificação as normas materiais que «pelo seu conteúdo e função integram o regime do instituto visado na regra de conflitos» sem importar a conceitualização que o direito da *lex causae* faça deste tipo de responsabilidade, se extraobrigacional, se contratual.

Considerando, para terminar, a responsabilidade chamada pós-contratual ⁽¹⁰¹⁾, parecem não ser procedentes os argumentos

⁽¹⁰⁰⁾ Sobre a problemática das lacunas em DIP ver o estudo do Professor BAPTISTA MaCHADO nas sua *Lições de DIP*, ps. 145 e ss..

⁽¹⁰¹⁾ Ver MOTA PINTO, *op. cit.*, ps. 354 e ss..

anteriores, para a pré-contratual, a favor de uma autonomia desta questão em DIP face ao estatuto contratual: neste caso o efeito ilícito decorre directamente da violação dos deveres laterais de protecção e cuidado que derivam da relação contratual, apesar de já estar considerada finda no que toca aos deveres primários de prestação, não resultando surpresa para as partes a competência do estatuto contratual, nem existindo dificuldades para a determinação da lei competente, mesmo pelo critério supletivo, porque, naturalmente, existe uma relação jurídica *inter partes* já anteriormente definida pelo contrato.

O segundo grupo de casos apresenta uma especificidade muito própria que não permite a consideração única das expectativas das partes. Com efeito, ao tratar das relações de família é preciso não esquecer a unidade social ou interpessoal que representam. A família tem, necessariamente e por muito dispersa que possa ser realmente, uma base sólida que assenta na união permanente, duradoura e indisponível dos seus membros, distinguindo-se, assim, do carácter transitório e indiferente das relações obrigacionais ⁽¹⁰²⁾. Então a solução de DIP não pode passar pelo desmembramento jurídico das relações familiares, mas não só para não prejudicar a união familiar, ideal da comunidade humana, mas principalmente porque a expectativa maior dos membros familiares é a de aproveitarem de uma regulamentação jurídica única com a qual a família se identifique ⁽¹⁰³⁾. Não sendo possível ao legislador descortinar o ordenamento jurídico com o qual a família se identifique, porque não existem conexões pessoais comuns, só será possível pela referência da própria família, não, e repito, como solução de recurso, mas porque os valores de DIP, a justiça material conflitual assim o exige.

⁽¹⁰²⁾ Ver *Curso de Direito da Família* de PEREIRA COELHO, Coimbra, 1986, ps. 113 e ss..

⁽¹⁰³⁾ Também a necessidade de encontrar pontos de contacto comuns aos membros da família decorre, como é sabido, de uma verdadeira imposição constitucional: o princípio da igualdade dos cônjuges que, apesar de ser um valor constitucional, parece reunir as características para hoje ser considerado um princípio de sistema do DIP, com as consequências já estudadas, designadamente a subordinação das regras de conflitos a esse valor. Ver *DIP e a Constituição*, cit., §§ 56 e ss..

Outra nota, para terminar este tema já fora do contexto deste trabalho, para a consideração das expectativas dos sujeitos na situação do divórcio.

O art. 55.º do Código Civil é uma norma de remissão para o disposto no art. 52.º das relações entre os cônjuges. Mas a situação do divórcio é diferente da do casamento no que respeita às expectativas dos sujeitos: no casamento pretende-se a união e um estatuto jurídico condicente com essa união a manter indefinidamente, no divórcio pretende-se a desunião e um estatuto jurídico que assegure universalmente essa desunião.

Na situação do divórcio o princípio da protecção das expectativas dos sujeitos e da segurança jurídica quanto à previsibilidade do direito não terão tanto significado como o princípio da uniformidade de julgados⁽¹⁰⁴⁾ (por este exemplo se nota a necessidade do sistema de DIP ser um sistema móvel). Os sujeitos pretendem que a extinção da sua relação matrimonial seja válida e com o maior alcance possível, i.e., que seja reconhecida na maior parte dos ordenamentos jurídicos, especialmente naqueles onde, eventualmente, perante os quais pretendam constituir nova relação matrimonial. Por isto, os valores de DIP que devem ser considerados na escolha da lei aplicável ao divórcio devem ser os da uniformidade julgados e o da garantia da continuidade da vida jurídica das pessoas, neste caso, a expectativa de que o divórcio seja reconhecido universalmente (e não a expectativa de ser determinado ordenamento jurídico o competente para uma eventual situação de divórcio). Como, e dada a diversidade dos sistemas matrimoniais vigentes nos ordenamentos jurídicos, o ideal de uma total uniformidade de julgados será dificilmente prosseguido deve ser dada prevalência à conexão que permita o reconhecimento da extinção do vínculo matrimonial nos Estados em que os sujeitos, por acordo, considerem ter mais interesse. Parece de concluir que também no divórcio tem interesse, ou até mais interesse do que nas outras relações familiares referidas (porque as conexões pessoais comuns deixam de ter significado para os sujeitos), a autonomia da vontade na esco-

(104) Neste sentido LAGARDE, *op. cit.*, p. 117.

lha da conexão pessoal prevalente que designe a lei aplicável à extinção do vínculo matrimonial.

A conclusão essencial desta breve referência à autonomia conflitual é a de que tal autonomia da vontade das partes não pode ser concebida como uma *Verlengheitlösung*, mas como um princípio, um valor de estrutura do DIP que reflecte as preocupações fundamentais do sistema, como a protecção das expectativas das partes envolvidas em situações jurídicas plurilocalizadas o que coenvolve a previsibilidade do direito aplicável e o princípio da segurança jurídica, e para exemplificar ainda com o princípio da uniformidade de julgados, não envolvendo nunca qualquer lesão ao princípio da paridade de tratamento dos Estados, proporcionando ainda a facilidade e celeridade do tráfico jurídico.

12. A primeira solução para a questão da lei aplicável aos contratos com os consumidores será simplesmente a proscricção da autonomia da vontade na referência conflitual.

Foi a solução desde logo apresentada por Albert EHRENZWEIG⁽¹⁰⁵⁾, definitiva para os contratos de adesão, de que o Autor pretende criar uma categoria autónoma, dentro do direito dos contratos, categoria em que estaria afastada a autonomia conflitual, estando esta autonomia reservada para os restantes tipos contratuais⁽¹⁰⁶⁾. EHRENZWEIG defende como conexão relevante o domicílio do cliente (o Autor utiliza a palavra *costumer*, em vez de *consumer*), precisando que, uma empresa vocacionada para os mercados internacionais deve conformar-se com a legislação em matéria de condições gerais que vigore em certo país, e em contrapartida, um cliente que contacte uma empresa no país de origem desta, deve aceitar o direito a que ela se submete no seu próprio território. É uma precisão que pode levantar cer-

⁽¹⁰⁵⁾ *Adhesion Contracts in the Conflicts of Laws*, in *Columbial Law Review* de 1953.

⁽¹⁰⁶⁾ EHRENZWEIG considerou sempre a autonomia conflitual como algo de excepcional, pois a regra como se sabe, a *lex certa* será a *lex fori*, dada a interdependência no seu pensamento entre o conflito de leis e o conflito de jurisdições. Por isso o interesse de EHRENZWEIG era o de reduzir o âmbito do conflito de leis, e é neste sentido que se insere esta orientação.

tos problemas: o de saber quando é que um cliente *se dirige à* empresa. A doutrina entende, e.g., a publicidade, os anúncios, não como propostas contratuais, mas antes como *convites a contratar* ⁽¹⁰⁷⁾, e daí é o consumidor a enviar a proposta contratual à empresa. A empresa não tem uma vontade de vinculação jurídica imediata pela manifestação pública do seu desejo de transacionar certo produto porque, e como é óbvio, pode assumir obrigações que mais tarde seriam impossíveis de cumprir, por falta de *stocks* do produto e.g., pela impossibilidade de prever o número de consumidores que estão dispostos a contratar. Mas esta distinção não pode relevar para saber se uma empresa está ou não, inserida em certo mercado, e se é ela que se dirige aos consumidores ou vice-versa. A melhor interpretação será: se a empresa *x* anuncia no país *P*, e recebe propostas dos consumidores nacionais, o direito desse país, pela concepção de EHRENZWEIG, deverá ser aplicado aos contratos a celebrar; no entanto, um consumidor do país *R* que tenha visto os anúncios (tendo em conta que a empresa não anuncia em *R*), e contacte a empresa *x* não poderá pretender a protecção da sua legislação nacional, porque o anúncio é um mero convite a contratar, e *x* não procura inserir-se no mercado de *R* (é o conceito de transacção de consumo isolada a que fiz referência noutro ponto). Parece ser o melhor entendimento desta precisão de EHRENZWEIG, não se fazendo depender o conceito de *inserção no mercado*, da existência de autênticas propostas contratuais, antes da comunicação que a empresa estabelece com determinado mercado, e daí sendo os consumidores desse espaço, os merecedores da melhor? protecção da lei nacional, ou da sua residência.

Mas esta precisão não é enquadrada no pensamento de EHRENZWEIG ⁽¹⁰⁸⁾ no modo como foi aqui observada. Com

⁽¹⁰⁷⁾ «... anúncios em jornais, o envio de catálogos, são convites a contratar; o anunciante está à espera de propostas e conserva inteira liberdade (art. 405.º, n.º 1, CCiv.) para não aceitar as mesmas», in *Teoria Geral do Direito Civil* do Professor H. HÖRSTER, redacção 1984/85.

⁽¹⁰⁸⁾ Sobre as concepções de EHRENZWEIG: FERRER CORREIA, *DIP, Alguns Problemas*, Coimbra 1989, ps. 41 e ss.; MOURA RAMOS, *op. cit.*, §§ 12 e ss.; MARQUES DOS SANTOS, *op. cit.*, ps. 294 e ss..

efeito, o interesse que move EHRENZWEIG não é o da protecção do consumidor (ou para o Autor, o *customer*), ou o aderente, mas antes o de procurar para cada contrato a *lex certa*, a lei que se impõe naturalmente: «A primeira componente da *lex certa* seria constituída pelas situações consideradas do domínio da aplicação da *forum rule by non choice*, i.e., dos casos em que o Estado do foro pretende aplicar a sua lei.»⁽¹⁰⁹⁾. E uma das formas que apresenta o *forum rule by non choice* será quando esteja em causa «standards valorativos, os *moral data*»⁽¹¹⁰⁾. Assim deverá compreender-se que, por um lado, EHRENZWEIG entende que o foro de um contrato de uma empresa com o consumidor deverá ser o da residência do consumidor (ou antes o do mercado que a empresa explora), e que por outro, quando um cliente contacta a empresa no país de origem desta, um litígio deverá ser julgado nesse país e então a *lex certa* será a do foro.

EHRENZWEIG parece submeter à *comodidade* do uso da *lex fori* (que considera a *basic rule*) os princípios de justiça que se levantam num contrato de adesão, surgindo os *moral data* como meros conceitos justificativos do *forum rule by non choice*, desprovidos assim do seu sentido ético. Na concepção apresentada pelo Autor no seu artigo, nada parece indicar que o critério da *lex fori* seja o mais equitativo, o mais justo, parecendo bastar a conveniência do foro (a distinção é feita com base do quem se dirige a quem, e não no conteúdo equitativo da *lex fori*, que é afinal, o que define os *moral data*). Esta circunstancia resulta do Autor afirmar: «*What I have tried to show is not what courts ought to do, but what they have always done*», e realmente a prática poderá corresponder à concepção exprimida, mas não é necessariamente o modo mais correcto de resolver a questão.

O objectivo de EHRENZWEIG parece ser a de discernir as chamadas *inchoate rules*⁽¹¹¹⁾, e daí a tentativa de tornar os con-

⁽¹⁰⁹⁾ MOURA RAMOS, *op. cit.*, § 18.

⁽¹¹⁰⁾ «*Moral data* seriam critérios que implicando elementos éticos, estariam necessariamente sujeitos à *lex fori*, uma vez que esta (averiguá-lo seria então um problema de interpretação) fosse expressa em termos de justiça e equidade — a *lex fori* seria então a *lex aequitatis*, sem se admitir a tal propósito a aplicação da lei estrangeira.», *idem*.

⁽¹¹¹⁾ «Critérios estabelecidos por via da prática judicial», *idem*.

tratos de adesão uma categoria autónoma no direito dos contratos: uma *inchoate rule* dos contratos em geral seria a escolha da lei pelas partes, e a regra para a *outra* categoria de contratos seria a não possibilidade de escolha. E isto se não considerar este caso como um de *false conflict* ⁽¹¹²⁾, já que o Autor pretende que tanto a empresa como o cliente devem aceitar o direito definido para os dois casos.

Analisada deve ser ainda a solução de EHRENZWEIG para os domínios da *lex incerta*, i.e., «em que não basta a segurança do anterior comportamento das instancias judiciais, e em que por isso há que decidir em favor da lei do foro ou de outra das leis em presença», e pela «conscienciosa interpretação da regra material do foro que na sua hipótese material preveria a situação em apreço» ⁽¹¹³⁾ e essa interpretação deveria conduzir à aplicação da lei do foro, e só não o seria se a intenção legislativa do foro não a reclamasse, e então teria lugar a chamada «interpretação bifocal da *policy* da norma do foro». A lei estrangeira só será aplicada se prosseguir uma *policy* homóloga à da norma do foro. No caso da protecção do aderente, qual seria a resposta de EHRENZWEIG se os tribunais não correspondessem ao que conceptualizou? Estariam em causa as expectativas das partes e defende «que o demandado deverá poder objectar, num foro não escolhido, à aplicação de uma *non foreseeable law*, pois estaria-se perante um caso de *forum shopping* ⁽¹¹⁴⁾, contrariava o *trend to stay at home*. Outra resposta seria simplesmente a doutrina do *forum non conveniens* ⁽¹¹⁵⁾ (o que evita o *improper forum*), pois «a sua teoria transforma a competência internacional no problema central do DIP» ⁽¹¹⁶⁾.

⁽¹¹²⁾ Numa definição muito própria (e até próxima do direito continental): «situações em que nem as partes nem o juiz no uso dos seus poderes próprios sugerem no caso a aplicação de uma regra diferente da da *lex fori*», *idem*.

⁽¹¹³⁾ *Idem*.

⁽¹¹⁴⁾ § 19, nota 83, *idem*.

⁽¹¹⁵⁾ Autorizar-se-ia «o tribunal a declinar a sua competência sempre que o exercício desta causasse ao demandado um prejuízo injustificado», *idem*.

⁽¹¹⁶⁾ *Idem*.

As críticas à concepção geral de EHRENZWEIG devem incluir esta solução, porque as regras de competência judiciária internacional não proporcionam, *per se*, qualquer solução justa em DIP. Também, o *forum shopping* não deve ser encarado como um fenómeno daninho, mas, pelo contrário, como uma consequência inevitável do facto das regras de competência judiciária proporcionarem, na maior parte das vezes, uma competência internacional amplíssima, e, ao mesmo tempo, propõem foros alternativos para uma mesma questão. As características destas regras derivam simplesmente do facto de ser consciente que o ideal do DIP da uniformidade de julgados não está alcançado. Por isso, o *forum shopping* corresponde afinal à prossecução livre pelos indivíduos dos seus interesses legítimos: procurar o foro que aplicará, através do direito de conflitos lá vigente, o direito material que lhes assegure melhor certo resultado pretendido e esperado.

O fenómeno do *forum shopping* resulta, assim, não das regras de competência Judiciária internacional, mas do estágio menos evoluído do DIP em relação ao ideal da uniformidade de julgados com a consagração de regras de conflitos universais, mas, mais ainda, pelo *imperium* de um direito uniforme universal que extinguiria o objecto do DIP ⁽¹¹⁷⁾: as situações jurídicas internacionais.

O *forum shopping* deve ser considerado como um critério afeitor da evolução do DIP, e da justeza das suas soluções, como desde logo o nota o Professor FERRER CORREIA ao referir as vantagens da «adopção de regras uniformes com *vocação universal*» a propósito do seu estudo da Convenção de Roma de 1980 relativa às obrigações contratuais ⁽¹¹⁸⁾.

Outra crítica à concepção de EHRENZWEIG e que decorre do exposto anteriormente é que «Em face dos objectivos gerais que o DIP se propõe, nenhuma teoria que preconize o *primado* da lei do foro pode justificar-se. Por nossa parte é justamente ao princí-

⁽¹¹⁷⁾ Mas, mesmo assim a uniformidade julgados ainda só seria aproximada porque subsiste o problema da interpretação uniforme do direito a aplicar. Neste sentido BAPTISTA MACHADO, *op. cit.* ps. 15 e ss..

⁽¹¹⁸⁾ *Algumas considerações*, in RLJ ano 122, ps. 289 e ss.

pio oposto que aderimos — o da paridade de tratamento entre a lei do foro e as outras leis» (119).

Para o tema deste trabalho interessa reter da concepção de EHRENZWEIG a sua demonstração do interesse em distinguir as transacções de consumo em massa das isoladas ou ocasionais como critério para a designação da lei aplicável: ou a do mercado onde a empresa comercializa o seu produto, fazendo coincidi-la com o foro apropriado, ou a lei da empresa, também correspondendo ao *forum proprium*.

13. De interesse é também a referência à solução do Segundo Anteprojecto da Autoria de FERRER CORREIA e BAPTISTA MACHADO (120), onde a especificidade dos contratos de adesão já é notada: art. 26.º (Critério supletivo) — Quando as partes se não tenham submetido a uma legislação determinada, ou a sua intenção seja duvidosa, ou não deve ser considerada, atende-se (121): *i*) Nos contratos-tipo (contratos de adesão) à lei do principal estabelecimento da entidade que estabelece o padrão contratual, ou quando estipulados por intermédio de uma agência, filial ou delegação, à lei do país onde esta se encontra».

Eram considerados no Anteprojecto cerca de nove tipos contratuais, para o critério supletivo, mais os restantes casos abrangidos pelo critério subsidiário do art. 27.º. Não há um critério geral, mas uma repartição de elementos de conexão de acordo com a especificidade de cada contrato; é de notar que o critério supletivo só actua no caso de falta de escolha das partes, ou escolha com «uma intenção duvidosa, ou que não deva ser considerada».

Coloca-se a questão no campo da alínea *i*), do interesse que a fundamenta: não parece existir o interesse da protecção da parte mais fraca, mas antes, procura-se prosseguir os «interesses gerais

(119) *Alguns problemas*, cit., p. 43.

(120) *Conflitos de leis*, BMJ, 1964.

(121) Para o Projecto da Parte Geral do futuro Código atender-se-ia «ao elemento de conexão que corresponda à solução mais razoável do conflito de leis, conforme a natureza e as circunstâncias do negócio jurídico». Dada a «imprecisão e insegurança», o que lesa o interesse de DIP da segurança e certeza jurídica, esta formulação não era aconselhável.

do tráfico jurídico, com a particular acentuação da necessidade na tutela de terceiros e da segurança das relações jurídicas» (122), o que se consubstancia na certeza da aplicação da lei onde se situa o principal estabelecimento comercial, ou então da agência, filial ou delegação.

É bastante interessante notar uma certa sintonia com o pensamento de EHRENZWEIG: com efeito, quando uma empresa se insere num certo mercado, em princípio, constituirá um certo tipo de representação (a empresa dirige-se ao consumidor), se não for assim, poder-se-à pensar, como EHRENZWEIG, que foi o consumidor a dirigir-se-à empresa, e conclui-se que tendencialmente a lei aplicável ao contrato de adesão coincidirá com o foro, o que é ideal para este Autor, como confirmação do *trend to stay at home*.

A conexão da alínea *i*) do art. 26.º do Anteprojecto é original, mas datada no tempo. Se por um lado, a *lex contractus* coincidiria muitas vezes com a residência habitual do consumidor (a conexão mais escolhida no direito comparado, por proteger melhor as expectativas do aderente), por outro, a evolução das relações económicas internacionais, iá não torna necessário às multinacionais estabelecer representações exclusivas para cada país (muitas vezes uma serve vários países), e já se tomaria incerta para o aderente a lei a aplicar. Também é necessário não esquecer que esta opção é a de um critério supletivo, e só vale na falta de escolha das partes, e no caso de uma escolha inválida, porque a intenção é duvidosa, ou porque não deve ser considerada (123). O que imediatamente releva é o papel do foro no controle da lei escolhida, o que também aproxima a construção da de EHRENZWEIG Sendo um *proper forum*, e.g., o do país onde se encontra certa filial, o juiz não deixará de atender à eventual protecção que a sua lei proporciona ao aderente, em comparação com a lei escolhida, e poderá averiguar se a cláusula de escolha de lei não terá sido feita com «intenção duvidosa» por parte

(122) *Lições de DIP*, 1973, de FERRER CORREIA.

(123) Será o caso de uma cláusula que «remeta para o direito estrangeiro, quando os inconvenientes causados a uma das partes não sejam compensados por interesse sérios e objectivos da outra» art. 19.º *h*) do DL 446/85.

da empresa, não a considerando. Poderá ser criticado o casuísmo que a solução provocará, e a dificuldade operacional de comparação de leis pelo juiz, mas já não a ofensa da justiça conflitual-material, como o faz o art. 33.º do DL n.º 446/85, desde logo, ao princípio da igualdade ⁽¹²⁴⁾.

O controle pelo juiz da intenção da escolha de lei é uma solução que resistiria aos tempos, e hoje o interesse que seria tomado em conta era sem dúvida a protecção da parte mais fraca, no contexto da *ordre public économique de direction*, e verificar se existe ou não desequilíbrio contratual. No entanto a tendência legislativa é ainda a da codificação excessiva, não confiando no juiz-indivíduo, guiado pelos princípios de direito, como garante da justiça concreta. Permanece assim a crítica do Professor ORLANDO DE CARVALHO do «servilismo exegético que é tão corrente nos períodos post-codificatórios, e ainda a tendência, comum a todo o servilismo, para ser mais sensível ao continente que ao conteúdo» ⁽¹²⁵⁾; i.e., preferem-se as regras técnicas, formais e rígidas que inabalavelmente procuram garantir a vigência dos princípios de direito, invés do, nas palavras de SONO, «*simple test of the rule of reason*»; ou seja, permitir ao juiz que indague da razoabilidade, dadas as circunstâncias presentes, do conteúdo de determinado contrato.

14. Antes de proceder à análise da CR, considero essencial para o desenvolvimento do tema deste trabalho a referencia às conclusões de CAVERS em relação à problemática da protecção da parte mais fraca em DIP.

Foi este ilustre Autor o primeiro a chamar a atenção para a consideração de valores materiais em DIP, sem a qual a justiça material conflitual do caso concreto seria posta em causa. CAVERS, no entanto, não se limitou a uma definitiva *better law approach*, pois considera, e.g., no modo como concebe os chamados por si *principles of preference, guidelines* para o juiz escolher a lei aplicável à SJ em causa, outros factores que não o resultado

⁽¹²⁴⁾ Como lamenta o Professor FERRER CORREIA no artigo *O DIP português e o princípio da igualdade* na RLJ ano 120.º.

⁽¹²⁵⁾ *A teoria geral da relação jurídica, seu sentido e limites.*

material eventual que derive da aplicação de certo ordenamento jurídico.

O sexto *principle of preference* concebido pelo Autor é compreendido no âmbito da protecção da parte mais fraca, não só na área negocial, mas também na da família (capacidade conjugal), no direito dos menores, na obrigação de alimentos, etc: «*Where, for the purpose of providing protection from the adverse consequences of incompetence, heedlessness, ignorance, or unequal bargaining power, the law of a state has imposed restrictions on the power to contract or to convey or encumber property, its protective provisions should be applied against a party to the restricted transaction where (a) the person protected has a home in the state (if the law's purpose were to protect the person) and (b) the affected transaction or protected property interest were centered there, or (c) if it were not, this was due to facts that were fortuitous or had been manipulated to evade the protective law*»⁽¹²⁶⁾.

A preocupação fundamental de CAVERS é a de assegurar a mínima interferência na segurança, previsibilidade e celeridade do tráfico jurídico. Para atingir esse objectivo é necessário que a aplicação de determinadas disposições não vá contra as expectativas das partes, o que não deve acontecer com este *principle*, em que os pressupostos de aplicação de certa lei protectoria, procuram localizar de forma estrita o contrato, ou transacção, num certo país, ou melhor, de acordo com o que foi até agora referido, num certo ambiente, e daí, o termo *home*, e o pressuposto (c).

O problema será o de saber qual a autonomia conflitual das partes, se existe, e em que termos. CAVERS no sétimo *principle of preference*, concebe que: «*If the express (or reasonably inferable) intention of the parties to a transaction involving two or more states is that the law of a particular state which is reasonably related to the transaction should be applied to it, the law of that state should be applied if it allows the transaction to be carried out, even though neither party has a home in the state and the transaction is not centered there. However, this principle does not apply if*

(126) *Principles of preference: Excerpts from «The Choice-of-law Process».*

the transaction runs counter to any protective law that the preceding principle would render applicable ...».

O Autor considera que num caso de um contrato de adesão, será permitido ao juiz recusar a cláusula de escolha de lei com base no facto de resultar «*in subjecting the accepting party to oppressive or otherwise unfair conditions or requirements*». Se não, este *principle* permite a autonomia conflitual, mesmo quando existam *mandatory rules* de um terceiro Estado (que não o da lei escolhida), porque o principal interesse a acautelar, segundo CAVERS é o da segurança, celeridade, e portanto, desenvolvimento das transacções internacionais, que resulta da protecção das expectativas das partes na aplicação da lei que escolheram, o que representa um interesse comum aos Estados. Por isso, o interesse particular do Estado em ver aplicadas certas normas, é secundarizado face ao interesse maior e comum a todos os Estados; e daí o pouco prejuízo que deriva para a *policy* desse Estado a escolha da lei pelas partes, desde que as partes escolham a lei de um Estado que esteja *reasonably related to the transaction*.

Mas no caso do *principle* sexto, CAVERS pensa que o melhor interesse será o da protecção das expectativas da parte mais fraca, o que só acontece se se der primazia às «*protective laws*» do Estado onde o aderente, e.g., tem a sua *home*, não sendo possível, portanto, a sua derrogação convencional (na maior parte das vezes, pelo aderir de uma parte). Também ao localizar de forma precisa o contrato, pelos pressupostos deste *principle*, CAVERS pensa que evita, também, a lesão dos interesses da outra parte, assegurando a segurança do tráfico jurídico.

Neste momento do pensamento de CAVERS, observa-se que a questão fundamental já não é a *better law approach*, a solução mais justa que é conseguida aplicando certa lei a um contrato, pois se assim fosse a pergunta a fazer era simplesmente qual é o melhor direito para o caso concreto, o mais favorável à parte mais fraca. Embora os pressupostos do *principle* sexto possam alcançar, por coincidência, a lei mais favorável à parte mais fraca, pelo menos porque é a lei do ambiente do contrato, que os pressupostos de aplicação do *principle* localizam, não é preocupação directa do Autor esse efeito. O único elemento de justiça presente neste *prin-*

ciple é o das expectativas da parte mais fraca não serem lesadas, porque pode contar com as normas protectivas da sua *home*.

O Autor procura resultados de justiça material, evitando o casuísmo excessivo, através de um processo de especialização da regra geral, como representa o *principle of preference* sexto, em relação ao sétimo. Era o sentido do 2.º Anteprojecto português, como foi visto, embora CAVERS procure assegurar o resultado com mais exactidão, recorrendo à localização precisa do contrato (e não às chamadas regras de conexão de carácter substancial) ⁽¹²⁷⁾, não só pelo critério da prestação característica, mas também, e que constitui o critério que procura a justiça material, pelo conceito de *home* da parte mais fraca.

O processo normal, para o Autor, do desenvolvimento da aplicação destes princípios, será a formação de uma *judge-made law*, proveniente de uma escolha do julgador contemporânea ao litígio, de modo a assegurar as melhores soluções para cada caso concreto.

Será o aderir do juiz a certos *guidelines*, que permitirá a justiça da decisão ⁽¹²⁸⁾ e a uniformidade de julgados, o que CAVERS pensa não ser possível no operar do art. 7.º da CR, dados os critérios amplos e vagos de discricionariedade que são propostos ao juiz.

É duvidoso que os *principles of preference* como critérios gerais de *choice-of-law* possam constituir uma alternativa às regras

⁽¹²⁷⁾ Na terminologia de PATOCCHI, *op. cit.*.

⁽¹²⁸⁾ O juiz, pela concepção de CAVERS, encontrar-se-ia na «*original position*», conceito de John RAWLS (*A Theory of Justice*), porque a escolha na *original position* é feita *behind the veil of ignorance*, o que impede o sujeito de ter desejos e aspirações pessoais, será uma escolha *racional*, o que implica necessariamente que os princípios de justiça (para CAVERS, os *principles of preference*) sejam universalmente válidos, o que até demonstra a influência de KANT em RAWLS.

Para a melhor caracterização do pensamento de RAWLS, e para descortinar a sua influência na concepção de CAVERS, em especial o conceito de «*original position*», ver, além da obra fundamental *A theory of Justice, Contrato de Trabalho em DIP, cit.*, § 60, nota 38; GOETZ *op. cit.* ps. 143.e ss.; Fernando VALLESPÍN OÑA *Nuevas teorías del Contrato Social: John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan* ps. 11 a 134; *Individu et justice sociale, Autour de John Rawls*, com artigos de vários autores, com destaque para o de RAWLS (ps. 279 e ss.).

de conflitos codificadas, no que respeita ao mérito dos seus resultados. Dificilmente a crítica do casuísmo, a que conduzirá a solução de CAVERS, poderá ser evitada. No entanto, o estudo de CAVERS influenciou de forma decisiva na «flexibilização das escolhas conflituais, que se tornou um dado hoje corrente, ao menos sempre que ela se tome necessária pela realização da referida ideia fundamental do DIP que conduz ao princípio da localização e que se concretiza na busca da conexão mais estreita» ⁽¹²⁹⁾.

15. WENGLER, o pioneiro no estudo da *Sonderanknüpfung*, não chegou a formular nenhuma regra de aplicação desta conexão, papel que caberá a ZWEIGERT.

O ponto de partida de WENGLER consiste no facto do juiz do foro ao aplicar a *lex contractus* não deixar de atender às normas imperativas nacionais que, pelos fins do legislador e pela sua razão de ser, se impõem à situação jurídica em questão. Por isso, o ilustre Autor concebe que deveria existir uma regra de conflitos que permitisse ao juiz do foro aplicar, também, as normas imperativas estrangeiras, o que permitiria defender os princípios fundamentais de DIP, o princípio da igualdade ou princípio da paridade de tratamento entre os sistemas de direito aplicáveis às situações jurídicas multinacionais ⁽¹³⁰⁾, e o princípio da uniformidade de julgados.

WENGLER formula, no entanto, uma restrição para o julgador de direito atender a essas normas imperativas que têm uma vontade de aplicação à situação jurídica concreta. O legislador dessas normas deve ter competência, poder (*Gesetzgebungsmacht*) para as formular, i.e., segundo WENGLER deve existir uma conexão próxima entre a situação jurídica a regular e a legislação que quer impôr a sua aplicação.

Konrad ZWEIGERT ⁽¹³¹⁾, irá ocupar-se do desenvolvimento desta doutrina, concebendo uma conexão especial, uma *Sonderanknüpfung*, de normas de direito público estrangeiras, em

⁽¹²⁹⁾ *Contrato de Trabalho em DIP*, n.º 60.

⁽¹³⁰⁾ Sobre este princípio, *O Direito Internacional Privado Português e o princípio da Igualdade* do Professor FERRER CORREIA, na RLJ ano 120.º

⁽¹³¹⁾ *Droit international privé et droit public*, na RCDIP, n.º 54.

especial, no que respeita às interdições de execução de sentenças, de forma a permitir a utilidade prática das sentenças de condenação que constituam título executivo de bens no estrangeiro.

Este Autor insiste, como WENGLER, que as normas estrangeiras devem ter uma vontade de aplicação à situação jurídica concreta. Para além deste requisito, a execução deve decorrer no todo ou em parte no território a que correspondem essas normas estrangeiras ao foro, concretizando, para as interdições de execução, o conceito de laço estreito de WENGLER

A primeira regra de conflitos com uma conexão especial que permite a aplicação a uma situação Jurídica concreta de normas estrangeiras que não façam parte nem do estatuto do contrato nem da *lex fori* surge, assim, com ZWEIGERT.

ZWEIGERT, no artigo consultado, justifica a existência desta conexão especial com o princípio da harmonia internacional de decisões, com a ideia da *comitas* internacional que fundamentaria a reciprocidade entre os Estados na aplicação de direito estrangeiro. Por estas razões, e para evitar o recurso à excepção de ordem pública pelo juiz do foro, o Autor restringe o uso desta conexão aos «*intérêts à vocation internationale typique, communs à tous les Etats*», um dos quais será evidentemente a protecção da parte mais fraca, e modernamente, a protecção do consumidor ⁽¹³²⁾.

O que ZWEIGERT não deixa de notar é que o fundo destas normas imperativas estrangeiras, hoje chamadas de aplicação necessária e imediata, é essencialmente político. As decisões do legislador ao imprimir, unilateralmente, a certas normas de direito interno um espaço de aplicação alargado às situações jurídicas plurilocalizadas, são de ordem política, exprimindo a vontade de impôr o interesse nacional, especialmente, no plano da política económica. Então, estas normas, não se coadunam com o espírito de cooperação internacional que deve presidir à regulação jurídica das situações jurídicas plurilocalizadas. Só as regras de conflitos bilaterais é que permitem que as relações internacionais se desenvolvam nesse espírito de cooperação e repartição internacional, e

(132) Cfr. IMHOFF-SCHEIER, *op. cit.*, p. 168 e ss..

por serem, o que é fundamental, uma exigência de justiça material para as relações jurídicas intemacionais privadas.

Outros Autores dedicaram também a sua reflexão ao estudo da *Sonderanknüpfung*, pormenorizando os requisitos de atendibilidade, por parte do juiz do foro, das normas imperativas estrangeiras.

Para Karl NEUMAYER⁽¹³³⁾, determinado legislador terá um interesse legítimo em pretender regular factos jurídicos internacionais que afectem a sua esfera social, mas só com certos limites, que quando ultrapassados representariam uma conduta *ultra vires* por parte desse legislador nacional.

A escolha de lei pelas partes só deve ser limitada, e a *Sonderanknüpfung* operar, quando se cumprem quatro pressupostos: primeiro, só devem ser consideradas as normas com um valor de ordem pública internacional («*internationalem Geltungsanspruch*»). Segundo, uma conexão especial só deve existir para as disposições imperativas no interesse da ordem pública nacional, ou no interesse da comunidade de cidadãos («*lois de protection individuelle*»). Terceiro, não devem ser consideradas as «*lois politiques*», i.e., que encerram valores meramente territoriais, e dá como exemplos, as legislações raciais, as que proíbem o comércio com o inimigo, etc, porque nestes casos o legislador não teria qualquer competência (*Gesetzgebungszuständigkeit*) para impôr as suas leis extraterritorialmente. E quarto, deve existir uma conexão concreta entre o país cujo legislador quer impôr as suas normas e a situação jurídica internacional em questão.

Generalizando a regra de ZWEIGERT (em relação às interdições de execução estrangeiras), NEUMAYER formula a seguinte regra de conflitos: «*on pourrait dire que les règles qui sont impératives sur le plan international s'appliquent chaque fois que les éléments de fait visés par une disposition se réalisent en tout ou dans leur partie essentielle dans la sphère sociale relevant du législateur ayant édicté ladite disposition*», *op. cit.*

(133) No estudo *Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations*, na RCDIP, n.ºs 46 e 47.

Bernd VON HOFFMANN⁽¹³⁴⁾ defende uma conexão especial, de carácter unilateral das disposições imperativas estrangeiras que não a *lex causae*, como solução para a protecção da parte mais fraca.

VON HOFFMANN apresenta um método: primeiro o juiz verifica se há alguma lei que se queira aplicar; segundo, se existir, deve verificar se o domínio pedido não é excessivo, se não vai contra o equilíbrio da comunidade internacional. É o que VON HOFFMANN chama de «reserva do equilíbrio da ordem internacional», contra as leis nacionais «egoístas». É um conceito indeterminado, e cujo significado implica várias consequências, e uma delas será que a ordenação que o juiz deve fazer da vontade de aplicação torna-o num juiz internacional no sentido da teoria do desdobramento funcional: ao juiz competirá decidir se os imperativos nacionais, dessas normas imperativas de terceiros países, não vão contra os interesses da comunidade internacional⁽¹³⁵⁾; e segundo, a *reserva do equilíbrio da ordem internacional* não se confunde com a excepção de ordem pública, que traduz concepções do foro porque a *reserva* traduz concepções da comunidade internacional (*international üblichen Auffassungen*), os *standards* internacionais.

Como as críticas ao unilateralismo se aplicam à teoria do desdobramento funcional, e como o sistema bilateral «postula o reconhecimento do princípio de paridade de tratamento entre as leis interessadas na regulamentação de uma dada situação», o que é «uma exigência de justiça ... não só conflitual que funcionaria

⁽¹³⁴⁾ Cfr. IMHOFF-SCHEIER, *op. cit.*

⁽¹³⁵⁾ «a teoria dita do desdobramento funcional procura explicar a anomalia da existência de normas de conflito estaduais, pela sua fonte, e internacionais pelo seu objecto e função, afirmando que ela se deve ao atraso evolutivo da comunidade internacional em matéria de institucionalização. No futuro, processada a natural evolução da ordem jurídica internacional, todas as funções internacionais passarão a ser desempenhadas por órgãos judiciais da comunidade internacional.», *idem*. O que o Professor BAPTISTA MACHADO logo conclui é que esta teoria deve ser associada às doutrinas unilateralistas, já que a função do DIP seria só a de delimitar a aplicação do direito nacional, aplicação que seria um exercício da soberania nacional, e por tal à teoria do desdobramento funcional serão extensíveis a lista de críticas ao unilateralismo, desde logo, o não possibilitar da justiça conflitual pela sobreposição do direito material ao direito conflitual.

como contrapólo à autêntica justiça — a justiça material — antes se devendo ter por uma mera especialização desta aos contratos plurilocalizados»⁽¹³⁶⁾, conclui-se que é uma ameaça aos interesses e princípios de DIP e à própria justiça do caso concreto a solução proposta por VON HOFFMANN.

Para VON HOFFMANN a protecção da parte mais fraca desenvolver-se-ia também por uma pluralidade de métodos: o estatuto contratual é determinado ou pela autonomia da vontade ou por uma regra de conflitos bilateral. Mais tarde sobrepõe-se a *Sonderanknüpfung* que assegura a aplicação das regras protectoras de outras leis que não a do foro ou da *lex causae*, de um modo unilateral, e perante a condição negativa e relativa do equilíbrio da ordem internacional.

E ainda, para o caso de vácuo e de lacuna VON HOFFMANN propõe uma conexão subsidiária contida numa regra de conflitos bilateral, que seria, e.g., a residência habitual da parte mais fraca. Para o caso de cúmulo propõe o critério do interesse com vocação mais internacional.

Como VON HOFFMANN parte de um conceito indeterminado, a reserva do equilíbrio internacional, como centro da sua construção, também o centro da crítica principal tem por base esse conceito. Com efeito, será difícil para o juiz do foro interpretar esse conceito na variedade dos *point at issue* em litígio; mais complicado, torna-se ainda a comparação entre os imperativos das normas de aplicação necessária e imediata estrangeiras e os interesses da comunidade internacional. A tese de VON HOFFMANN irá, afinal, dar razão às críticas que afirmam a incerteza que deriva da consagração de tal conexão especial, além de outras, como a inutilidade prática que resulta da difícil subsunção pelo juiz dos *standards* internacionais.

Monica ERNE na apreciação que faz da *Sonderanknüpfung*⁽¹³⁷⁾ considera que apesar dos avanços doutrinários (desde

⁽¹³⁶⁾ Da lei aplicável ao contrato de trabalho em DIP, § 41.

⁽¹³⁷⁾ Para outros desenvolvimentos sobre a problemática da *Sonderanknüpfung*, cfr. *Vertragsgültigkeit und drittstaatliche Eingriffsnormen, Rechtsvergleichende Studie aus dem internationalen Vertragsrecht*, vol. 41 dos *Études Suisses de Droit International*, 1985, de Monica ERNE.

1941, com WENGLER), e mesmo legislativos como o art. 7.º da CR, aceitar a existência de tal conexão especial continua a ser considerada uma posição vanguardista.

De facto, o lema do art. 7.º da CR só permite a consideração e não uma verdadeira aplicação de terceiras leis. Por outro lado o art. 22.º n.º 1 (a) permite aos Estados contratantes reservar o direito de não aplicar o art. 7.º, o que foi seguido pela Alemanha, o que demonstra uma certa desconfiança na possibilidade de aplicar normas imperativas estrangeiras com base na sua vontade de aplicação. Parece não existir a ideia de comitas ou reciprocidade de tratamento internacional que justifique o crédito nesta conexão especial, retirando aos contratos internacionais um certo «*Scheinwelt*».

Anne IMHOFF-SCHEIER, que cita KEGEL, KROPHOLLER e VAN HECKE, aponta certas desvantagens que podem surgir no funcionamento da *Sonderanknüpfung* na defesa da parte contratual mais fraca, em especial, na protecção do consumidor: a incerteza, a inutilidade prática e o *dépeçage* do estatuto contratual. Sobre estas desvantagens acrescento, a seguir, certos desenvolvimentos.

A ausência de precedente na aplicação de normas imperativas estrangeiras é uma dificuldade a não menosprezar (CAVERS, na sua análise do art. 7.º da CR também refere este problema). Tornam-se imprevisíveis as consequências, o efeito prático das sentenças: muitas vezes, não é possível afirmar o reconhecimento da decisão noutro país, o que prejudica o princípio da uniformidade de decisões, porque a interpretação que cada tribunal faz das normas imperativas estrangeiras é muito própria e contingente.

A ausência de precedente torna também insegura a posição do juiz, que preferirá não utilizar o mecanismo da *Sonderanknüpfung*, por não dispôr, em absoluto de *guidelines*, dada a multiplicidade dos problemas que se levantam perante o *point at issue*. Será difícil a um juiz encontrar decisões judiciais que lidem com uma situação Jurídica com as mesmas conexões com a qual está confrontado.

Uma outra crítica, mais séria, é a da incerteza, para as partes, do resultado do litígio. O tribunal terá de seguir tantos passos de

subsunção que é impossível de conceber o desfecho: o tribunal começa por procurar normas de aplicação necessária e imediata à situação Jurídica em causa, e para descortinar essa vontade de aplicação terá de interpretar o direito estrangeiro, segundo, deve encontrar justificação para tal aplicação, se a lei é, e.g., mais favorável ao consumidor ou não.

Estas dificuldades, no que respeita à protecção do consumidor, levam a uma consequência negativa: o consumidor não verá interesse em recorrer aos tribunais se não tiver a certeza dos seus direitos. Como foi dito no início deste trabalho um papel fundamental do DIP é a sua função preventiva, de indicar às partes envolvidas em relações jurídicas plurilocalizadas o meio jurídico em que se devem situar para constituírem direitos consistentes e pretensões legítimas, idealmente, perante qualquer foro competente, e, por tal, a dúvida irremediável pré-litigância da viabilidade da pretensão contra a empresa é desmoralizadora e desmotivante para a iniciativa do consumidor em a demandar. Esta consequência é bastante significativa no contexto do direito do consumo que dá ênfase à necessidade dos consumidores reagirem à ofensa dos seus direitos possibilitando-lhes, na medida do possível, assistência no litígio, o acesso a meios simplificados de resolução de conflitos, e ainda a união de esforços através de acções colectivas.

Parece, assim, e generalizando um pouco, que o art. 7.º da CR, como exemplo mais relevante de uma *Sonderanknüpfung*, apesar de ser a única hipótese para a protecção da parte contratual mais fraca que não o consumidor nem o trabalhador, terá um papel indefinido, nesse campo, pela insegurança jurídica que provoca e pelas poucas garantias que dá de um certo sentido da decisão judicial⁽¹³⁸⁾.

Outra consequência, de conteúdo técnico-jurídico, é o *dépeçage* do contrato.

Embora o próprio jogo das regras de conflitos bilaterais possa conduzir ao *dépeçage* das situações jurídicas plurilocalizadas de acordo com as conexões que apresentam (e g., aplicar-se uma lei

⁽¹³⁸⁾ Neste sentido Ole OLANDO *The EEC Convention on the law applicable to contractual obligations*, in «Common Market Law Review», v. 24 de 1987, ps. 159 e ss..

à forma negocial, outra ao cumprimento, e ainda outra à capacidade — arts. 9.º, 10.º, e 11.º da CR), o *dépeçage* que pode resultar da *Sonderanknüpfung* será lesivo da unidade de direito do estatuto contratual. Por isso não poderá ser confundido o sistema analítico do DIP, que por um processo de especialização elege para cada elemento da situação jurídica plurilocalizada uma conexão independente ⁽¹³⁹⁾ o que representa uma exigência de justiça, com a lesão do princípio da harmonia material da situação jurídica e da lei única quando o *dépeçage* ultrapassa os limites da justiça de DIP, o que poderá suceder com o operar da *Sonderanknüpfung*.

A propósito da aplicação das normas de aplicação necessária e imediata a uma dada SJ plurilocalizada JACQUET ⁽¹⁴⁰⁾ concebe três hipóteses: (a) a norma imperativa deixa subsistir a lei do contrato, ou seja, assiste-se ao *dépeçage* do contrato; (b) a norma imperativa absorve a lei do contrato; ou (c) assiste-se a uma dialéctica nova entre a norma imperativa e a lei do contrato.

Como as normas imperativas que se ocupam da protecção do consumidor só tratam de certos aspectos do estatuto contratual e nos termos em que o sistema a que pertencem regula as obrigações contratuais, será incongruente aplicar, e.g. normas imperativas sobre as condições gerais contratuais à luz das concepções da *lex causae*. Para precisar, com o nosso DL. n.º 446/85 nos arts 19.º, 21.º e 22.º, como se interpretará e face a que lei, conceitos como: art. 19.º, prazos excessivos; cláusulas penais desproporcionadas; art. 21.º, cláusulas que (e) alterem as regras respeitantes ao ónus da prova, (f) Alterem as regras respeitantes à distribuição do risco; 22.º «(l) Exijam, para a prática de actos na vigência do contrato, formalidades que a lei não prevê ...», etc...

Fará sentido invalidar cláusulas absoluta e relativamente proibidas pelo DL n.º 446/85 utilizando concepções de outro sistema de direito, o da *lex causae*? ⁽¹⁴¹⁾

⁽¹³⁹⁾ Cfr. *Lições de DIP* do Professor FERRER CORREIA.

⁽¹⁴⁰⁾ *Principe d'Autonomie et Contrats Internationaux*, de Jean-Michel JACQUET, ECONOMICA, Paris, 1983.

⁽¹⁴¹⁾ De nota o art. 23.º n.º 1 do Código Civil, segundo o qual, «a lei estrangeira é interpretada dentro do sistema a que pertence». Não é possível de facto isolar os normativos importados da unidade jurídica do sistema a que pertencem.

O *dépeçage* poderá dar origem, perante este exemplo, à violação da regra da adequação valorativa das normas ao sistema a que pertencem, inviabilizando qualquer interpretação capaz ⁽¹⁴²⁾ de normas imperativas estrangeiras. E esta conclusão torna ainda menos defensável a *Sonderanknüpfung*, porque o juiz quando *importa* normas de outro sistema, terá de compreender necessariamente, na interpretação e aplicação dessas normas, que contêm conceitos indeterminados ou relativos, a unidade valorativa desse sistema, e portanto, neste caso, as normas terceiras imperativas tendem para a absorção do estatuto contratual.

A operação de destacar de um sistema estrangeiro as normas imperativas com vontade de aplicação a determinada situação jurídica plurilocalizada torna-se difícil de realizar porque o destaque nunca é completo e a referência ao sistema de onde provieram permanece de modo absoluto. Mas essa referência vai então colidir com o estatuto contratual definido pela vontade das partes ou pelas regras de conflitos bilaterais. Não só a conformação jurídica do contrato é impossibilitada pela contradição persistente de valores, mas também a harmonia interna de direito do estatuto contratual sai lesada.

Por isto, a melhor hipótese a considerar para a relação entre as normas terceiras imperativas e o estatuto do contrato que se localiza no âmbito espacial de aplicação que reinvidicam, é a de sugerir uma outra espécie de dialética entre a *lex contractus* e essas normas terceiras. São as soluções da *AGB-Gesetz* e da CR (arts.5.º, 6.º, 7.º).

A *AGB-Gesetz*, §12, e os arts. 5.º e 6.º da CR caracterizam as normas imperativas à SJ em causa como *standards* que não podem ser ignorados pelas partes na conformação jurídica contratual: as partes por referência conflitual, ou mesmo por referência material (nos limites em que o estatuto contratual o possibilita) devem assegurar um regime protectivo do mesmo nível, ou superior ao das normas imperativas em causa; preserva-se assim o princípio da autonomia conflitual em DIP. O art. 7.º da CR faz do centro da sua

(142) Problemática semelhante à das normas contrárias ao sistema, cfr. CANARIS, *op. cit.*, ps. 200 e ss..

operação o conceito de «consideração», distinto da possibilidade de aplicação de normas de aplicação imediata à SJ; i.e., consagra um novo tipo de relação entre as normas imperativas de terceiros países e a *lex contractus* que, em princípio (ver crítica de CAVERS, no ponto de estudo do art. 7.º CR) evitará uma verdadeira *dépeçage* do contrato.

A melhor conclusão a tirar desta breve apreciação da doutrina sobre a *Sonderanknüpfung* é que não são sustentáveis posições radicais na defesa da viabilidade da existência de tal conexão. A admissibilidade desta conexão deve passar pelo estudo de cada caso concreto, e na medida em que a atendibilidade, pelo juiz do foro, de normas imperativas estrangeiras vá assegurar um resultado justo, i.e., não deverá existir uma *Sonderanknüpfung* como regra de uso imperativo e imediato na regulação das situações jurídicas plurilocalizadas pois tal regime iria resultar na ofensa de princípios estruturantes de DIP, para só lembrar alguns, como os da harmonia de decisões, da paridade de tratamento, da harmonia material e da lei única.

Mas também, a *Sonderanknüpfung* não deve ser reduzida a uma mera cláusula de excepção geral e facultativa no seu operar. A *Sonderanknüpfung*, e como qualquer regra de conflitos, só deve ser utilizada na medida em que assegure a justiça conflitual, i.e., só quando os princípios estruturantes de DIP imponham o seu funcionamento. Para não ser exaustivo, e dada a diversidade do conteúdo das situações jurídicas plurilocalizadas, para a hipótese da protecção do consumidor, um dos principais interesses de DIP a salvaguardar é o da protecção das expectativas das partes, e como vai ser referido adiante, e como exemplo, a expectativa de certos consumidores que transacionem no espaço relativo ao mercado português será gozarem da protecção que o art. 60.º da CRP lhes confere, em especial, do direito à reparação de danos, ou seja, o ideal será a perfeita inserção da transacção no ambiente social e económico em que se insere.

Mas outros princípios poderão estar em causa, como os da harmonia de decisões e da igualdade entre Estados (tendo por base a ideia de reciprocidade na aplicação da lei); e princípios com valor material, como o da protecção da parte contratual mais fraca e as

suas variantes (a protecção do trabalhador, do aderente a condições gerais contratuais, etc).

Ao juiz competirá decidir da concordância prática dos princípios e interesses de DIP em jogo no *point at issue* e julgar da prevalência ou não de uns e outros. Perante o caso concreto o juiz decidirá se faz uso ou não da conexão especial, não deverá estar vinculado a aplicar ou a considerar normas *terceiras* só porque contêm uma vontade de aplicação à situação jurídica pluri-localizada em causa, sendo assim de defender as construções que propõem um novo tipo de relacionamento entre essas normas *terceiras* e o estatuto contratual. Também é de considerar o papel das partes e o seu interesse em invocar o mecanismo do art. 7.º: embora não deva depender da alegação das partes a consideração de normas *terceiras*, porque tal conduziria a uma instrumentalização das normas imperativas de terceiros países o que é incompatível com a *ratio* do art. 7.º que é a de permitir a prossecução de interesses legítimos (dada a conexão estreita com a SJ em causa) desses Estados, o facto de, e.g., a parte contratual mais fraca reivindicar o regime protectivo de determinada lei poderá ser decisivo para o juiz fazer uso do que o art. 7.º lhe possibilita.

Esta interpretação do regime da *Sonderanknüpfung*, e antes de passar ao seu estudo, parece ser a melhor para o art. 7.º da CR, e a mais consentânea com as exigências da justiça conflitual.

PARTE III

Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais ⁽¹⁴³⁾

Art. 5.º — Contratos celebrados com os consumidores

1. O presente artigo aplica-se aos contratos que tenham por objecto fornecimento de bens móveis corpóreos ou de ser-

⁽¹⁴³⁾ Para o art. 5. foi preferida a tradução portuguesa do JOCE L 333 de 18 de Novembro de 1992, enquanto para o art. 7.º preferiu-se a versão francesa que, por ser a original, é mais precisa nos termos do normativo.

viços a uma pessoa, o «consumidor», para uma finalidade que pode considerar-se estranha à sua actividade profissional, bem como aos contratos destinados ao financiamento desse fornecimento.

2. Não obstante o disposto no art. 3.º, a escolha pelas partes pela lei aplicável não pode ter como consequência privar o consumidor da protecção que lhe garantem as disposições imperativas da lei do país em que tenha a sua residência habitual:

— se a celebração do contrato tiver sido precedida, nesse país, de uma proposta que lhe foi especialmente dirigida ou de um anúncio publicitário e se o consumidor tiver executado nesse país todos os actos necessários à celebração do contrato, ou

— se a outra parte ou o respectivo representante tiver recebido o pedido do consumidor nesse país, ou

— se o contrato consistir numa venda de mercadorias e o consumidor se tiver deslocado desse país a um outro país e aí tiver feito o pedido, desde que a viagem tenha sido organizada pelo vendedor com o objectivo de incitar o consumidor a comprar.

3. Não obstante o disposto no art. 4.º, e na falta de escolha feita nos termos do art. 3.º, esses contratos serão regulados pela lei do país em que o consumidor tiver a sua residência habitual, se se verificarem as circunstâncias referidas no n.º 2 do presente artigo.

4.

Art. 7.º (Lois de police)

1 — Lors de l'application, en vertu de la présente convention, de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure ou, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet

ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application.

2 — *Les dispositons de la présente convention ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat.*

16. David F. CAVERS⁽¹⁴⁴⁾ concebe a Convenção de Roma como um exemplo de *preventive law*, conceito iniciado por Louis BROWN, e que CAVERS define como sendo uma característica inerente a todo o sistema jurídico, a da tendência para as leis desincentivarem ao desvio ao prescrito, e ao mesmo tempo, também, não exercerem repressão dura sobre as condutas que o infringiram. LARENZ, no mesmo sentido, considera como «fins objectivos do Direito a manutenção da paz, a justa resolução dos litígios, e o equilíbrio de uma regulação no sentido de uma consideração optimizada dos interesses que se encontram em jogo»⁽¹⁴⁵⁾.

Para Louis BROWN é um conceito mais restrito e que se refere, não às leis em si mesmas, mas à conduta jurídica das pessoas: BROWN parte do princípio que um advogado, um jurista, é chamado a orientar e a organizar os meios jurídicos que uma pessoa utiliza no uso da sua liberdade negocial. Sendo assim, o jurista deve procurar evitar os litígios, adoptando uma atitude jurídica correcta, nomeadamente nos contratos, que conduza ao melhor prosseguimento dos interesses e objectivos do seu cliente, e também, à realização do fim contratual, dos interesses das partes; e se esse fim não puder ser atingido, por qualquer razão, deverão estar ao dispor das partes meios, já previstos pelo advogado (e.g. a inclusão no contrato de certas cláusulas, como a cláusula penal), que irão diminuir ao mínimo os riscos de litígio. BROWN refere que o legislador também deve intervir nesta perspectiva de «*preventive law*», e parece que disposições como o DL n.º 383/89, rela-

⁽¹⁴⁴⁾ *The Common Market's Draft Conflicts Convention on Obligations: Some Preventive Law Aspects, in The Choice of law. Selected Essays 1933-1983.* Embora o artigo de CAVERS se refira ao projecto de 1972, é focado especialmente os problemas que o art. 7.º levanta na sua aplicação.

⁽¹⁴⁵⁾ *Op. cit.*

tivo à responsabilidade do produtor, ou mesmo o DL n.º 446/85 terão uma actuação num sentido próximo do conceito de BROWN, porque evitam o abuso contratual (a responsabilização do produtor assegura o interesse do consumidor, e o controle das condições gerais contratuais inibe, dado o mecanismo processual do art. 24.º (Acção inibitória, a sobreposição dos interesses de uma parte aos da outra, sendo assim posseguído o fim contratual, o de ambas as partes), diminuindo o risco de litígio, porque precisamente o fim contratual estará salvaguardado, e não só o fim de uma empresa comercial, o lucro, sem consideração pelos direitos da parte mais fraca. Além disso, o poder económico das empresas permite, e até constitui a empresa no dever de consultar e ter advogados a acompanhar o processo negocial decorrente da sua actividade.

Esta afirmação tem interesse, porque o existir da prática de «*preventive law*» nos contratos com os consumidores, por parte das empresas comerciais, é um dado a inserir no ambiente sócio-económico do contrato, que como se viu, não pode ser isolado pelas partes, fazendo decorrer o processo negocial num vácuo. O comportamento jurídico de uma empresa comercial, um ente organizado e especializado, pode ser considerado negligente ou ofensivo ao consumidor quando não adopte cuidado no negócio jurídico.

A sociedade de cidadãos exige cada vez mais das empresas um comportamento responsável, falando-se hoje, ao lado das responsabilidades civil e penal, da responsabilidade social da empresa comercial, que implica, e.g., o respeito pelo ambiente, o dever de não produzir produtos perigosos para o consumidor, o dever de informação à comunidade de consumidores, etc. Em suma, pretende-se um «bom cidadão empresarial» ⁽¹⁴⁶⁾.

⁽¹⁴⁶⁾ «*Rather than viewing the corporation as a private ordering between management and shareholders, the law is beginning to acknowledge the public nature of the corporation that involves obligations to communities and the other constituencies with an interest with the firm*» in *Corporate Law After the Eighties: Reflections on the Relationship Between Management, Shareholders and Stakeholders* de Peter J. HENNING, p. 595, «*Saint Louis University Law Journal*», v. 36, n.º 3, 1992.

O juiz, perante um litígio, derivado de um contrato internacional com um consumidor, poderá, nomeadamente, invalidar uma cláusula de escolha de lei que contrarie os direitos do consumidor ao fim contratual, e a atitude da empresa ao incluir essa cláusula como condição geral poderá ser considerada ofensiva, ou incongruente com o ambiente do contrato, e ser uma atitude negligente, se não usou de acompanhamento jurídico por parte de um jurista (será como um empreiteiro construir um edifício, que constitua uma ofensa urbanística, sem ter consultado um arquitecto) que, em princípio, conformaria juridicamente o contrato de acordo com esse dever de atender às circunstâncias sócio-económicas envolvidas do contrato. Só dessa forma o contrato com o consumidor seria juridicamente correcto, e para essa correcção parece essencial a prática de *preventive law*, para além da inserção perfeita da transacção no seu ambiente, e evitar o efeito de surpresa da parte contratual mais fraca, que confiou na capacidade ou *expertise* jurídica da empresa (por ser um ente organizado e especializado), de verificar que certas cláusulas não são razoáveis dadas as circunstâncias. Claro que a dificuldade surge na responsabilização da empresa que actuou negligentemente na elaboração do clausulado contratual, provocando litígios que seriam de evitar. A responsabilidade social das empresas, e.g. por ofensas ao ambiente, é prosseguida no direito norte-americano pelo conceito de *punitive damages*, ou seja, a empresa é obrigada a indemnizar não só os danos reais mas também uma quantia a título de punição, por ofender os direitos da outra parte, e a título inibitório de novas condutas negligentes.

E realmente, CAVERS terá razão em compreender a Convenção de Roma pelo conceito de «*preventive law*», já que a orientação da Convenção parece ser no sentido do 'mínimo de conflitos', e.g., o conteúdo do art. 5.º imporá às empresas, que se propõem negociar contratos que caíam no campo de aplicação da Convenção, que não incluam cláusulas de escolha de leis que excluam certos direitos ao consumidor para evitar, desde logo, o litígio para invalidar essa cláusula. Sem um jurista que controle o conteúdo do contrato a celebrar, a empresa não cuidará de evitar possíveis conflitos, e um contrato juridicamente incorrecto lesa os interesses do consumidor, e até os da empresa que terá pre-

juízo nas consequentes acções judiciais dos consumidores com que contratou, e na reputação que daí advirá. A empresa ficará também prejudicada na insegurança jurídica, que deriva e.g. do *dépeçage* do contrato que resulta da aplicação do art. 7.º, e da restante conformação jurídica a realizar pelo juiz; como é notado por CAVERS, a larga margem de discricionariedade atribuída ao juiz pelo art. 7.º, não é compensada sequer pela consulta do precedente judicial, porque cada caso é um caso muito particular, e o peso e medida das leis de aplicação necessária e imediata no contrato vai depender exclusivamente da actividade do juiz. É assim um acto de boa gestão a consulta jurídica, que numa perspectiva de «*preventive law*» poderá obstar ao litígio judicial, e reflexivamente resulta na protecção do consumidor, na celebração de contratos que salvaguardam os seus interesses. A Professora LEITÃO MARQUES refere que: «a gestão do risco jurídico é integrada como uma componente do *risk-management*, apontando mesmo para juristas de empresas com formação distinta da maioria dos actuais profissionais».

17. Para o Professor FERRER CORREIA ⁽¹⁴⁷⁾ desprendem-se vários princípios da CR: «o da autonomia da vontade, o da conexão mais estreita ou *mais significativa*, o da protecção devida à parte mais fraca, e o da *relevância de disposições de uma outra lei* que não a indicada pela regra de conflitos...».

É assim com base nestes princípios que vai ser analisada a solução que a CR consagra para a lei aplicável aos contratos com os consumidores.

O art. 3.º n.º 1 consagra o princípio da autonomia da vontade ao afirmar que «o contrato rege-se pela lei escolhida pelas partes ⁽¹⁴⁸⁾.

⁽¹⁴⁷⁾ *Algumas considerações, cit.*

⁽¹⁴⁸⁾ A CR considera uma visão subjectivista da autonomia da vontade, ou seja, as partes não se limitam a localizar o contrato, referindo-se ao meio jurídico no qual consideram estar a sua relação integrada, como defendem as concepções objectivistas, mas expressam a sua vontade no que concerne à lei aplicável à sua relação contratual. Ver LAGARDE, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de*

Essenciais parecem ser as conclusões do Professor FERRER CORREIA, no artigo citado: «todo o contrato se integra um determinado *meio jurídico* e deve ajustar-se às leis aí em vigor. Essas leis reflectem as ideias dominantes em assuntos tão importantes como ... a protecção da parte que as circunstâncias colocam em situação de maior e/ou especial vulnerabilidade (o trabalhador na relação laboral, o consumidor no mundo da concorrência desenfreada em que vivemos ... Como admitir que as partes possam subtrair-se ao império de certas normas?».

Por isto não é possível aderir-se a um subjectivismo cego que permita às partes ignorar de todo o ambiente contratual (como tem sido a ideia fundamental deste trabalho), mas, como conclusão final deste ilustre Autor, não se pode deixar de aceitar a autonomia da vontade no sentido de uma verdadeira escolha de lei (e não uma mera referência factual de localização) pelas razões já expostas num ponto anterior, mas «simplesmente, esta faculdade é limitada por certos outros valores, que na axiologia jurídica suplantam o da liberdade ou autonomia privada». Serve esta afirmação de FERRER CORREIA para confirmar a necessidade de encarar o sistema de DIP como um sistema móvel, nos termos anteriormente explicitados.

Como se torna claro, a Convenção de Roma considera o meio jurídico das transacções, designadamente nos contratos com os consumidores, as normas imperativas (que correspondem à consagração de regimes especiais protectivos) que reclamam um espaço próprio de aplicação que pode deixar de ser afirmado pela possibilidade de escolha de lei pelas partes, ou até pelo funcionamento dos critérios supletivos do art. 4.º.

O art. 5.º tem por hipótese os contratos com os consumidores. Não analisando o seu n.º 1 por não ser objecto deste trabalho a delimitação dos conceitos «consumidor» e «contratos

la Convention de Rome du 19 juin 1980, in RCDIP, n.º 80 (2) de avril-juin 1991, p. 300; FERRER CORREIA, *Algumas considerações*, cit. § 7; e BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*, ps. 360 e ss..

com consumidores» ⁽¹⁴⁹⁾, passar-se-à ao estudo da solução do art. 5.º n.º 2.

O primeiro passo será o de proceder à interpretação do art. 5.º, n.º 2, e tentar responder à questão de saber se as partes, seguindo o prescrito neste artigo, deverão quebrar a uniformidade jurídica do contrato (*dépeçage*), exceptuando as normas imperativas da lei escolhida, de acordo com o art. 3.º, n.º 1, 2.ª parte, a favor da aplicação das normas de protecção da lei da residência habitual do consumidor; ou então, e poderá ser outra hipótese, se o conteúdo do contrato deverá respeitar as normas de aplicação necessária e imediata de ambas as leis, a escolhida, e a da residência do consumidor nos termos do art. 5.º, n.º 2.

Outro problema, a ser tratado a seguir, é se o respeito pelo prescrito no art. 5.º, n.º 2 preclui ou não o operar do mecanismo previsto no art. 7.º da mesma Convenção; e se não, se o conteúdo contratual deve ser modelado de acordo com a eventualidade do art. 7.º ser aplicado pelo juiz, devendo as partes considerar as normas de aplicação necessária e imediata de um país com o qual a relação jurídica em causa apresenta laços estreitos.

18. Para saber, nos termos de LARENZ, qual é a interpretação «materialmente adequada» do n.º 2 do art. 5.º, terá de se compreender o «domínio da norma», que será o «segmento da realidade social na sua estrutura fundamental, que o programa da norma escolheu ou criou parcialmente como seu âmbito de regulação».

O princípio que norteia a solução do art. 5.º, n.º 2, é com certeza o da protecção do consumidor do abuso da posição económico-negocial da empresa comercial (imposição de condições contratuais gerais), com que contrata, abuso de que poderá resultar lesões nos seus interesses, em virtude da ampla autonomia conflitual que o art. 3.º, n.º 1 consagra.

⁽¹⁴⁹⁾ Ver *La tutela dei consumatori nella Convenzione europea sulla legge applicabile in materia di pbligazioni contrattuali*, por Guido ALPA, in «Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti», p. 317 e ss..

Seguindo LARENZ, «é lícito supor na lei a tendência para possibilitar soluções que satisfaçam a justiça», e a solução justa nos contratos com os consumidores é o consumidor não ser lesado nos seus direitos contratuais, pelo abuso da posição contratual da empresa. É este o objectivo suficiente e útil da norma a analisar, «*cessante ratione legis, cessat eius dispositio*». Não se pode deixar de entender a prescrição do art. 5.º, n.º 2 como uma simples fixação de um *standard* mínimo de protecção. O consumidor, além de ter a expectativa de deter os direitos que a lei da sua residência lhe confere (o normal é o aderente não ter conhecimento, sequer, da totalidade das condições gerais do contrato, apenas existe um reconhecimento da prática jurídica habitual, i.e., uma expectativa do conteúdo contratual ser razoável dadas as circunstâncias da sua celebração), será intrínseco num contrato o reflexo do ambiente sócio-económico em que se insere, e daí devem estar garantidos certos direitos do consumidor, por, simplesmente, o contrato ter como contexto jurídico certa *ordre public économique de direction*.

O *standard* de protecção que a lei da residência do consumidor lhe confere não deve poder ser derogado pelas partes.

Esta proibição de derrogação das normas imperativas da lei da residência habitual do consumidor, não deve ser entendida como um princípio prescritivo do conteúdo do contrato, mas antes como um princípio conformador do contrato, i.e., o conteúdo do contrato deve simplesmente assegurar o nível de protecção que a lei do art. 5.º, n.º 2 confere: «daí que a escolha da lei pode exercer-se fora dos quadros das regras imperativas da lei designada pelo (art. 5.º, n.º 2), traduzindo por esse facto uma verdadeira autonomia conflitual: as disposições imperativas desta lei que não protegem o (consumidor) são pura e simplesmente irrelevantes, não configurando qualquer limite à autonomia; por outro lado, também as que o protegem não são inderrogáveis, admitindo-se a sua *derogabilidade in melius*» ⁽¹⁵⁰⁾.

É este o sentido da resposta à primeira pergunta, as partes devem garantir, no contrato, que o nível de protecção da lei da resi-

⁽¹⁵⁰⁾ *Contrato de Trabalho em DIP, cit., § 100.*

dência habitual do consumidor é prosseguido, o que não implica a inclusão obrigatória dos preceitos dessa lei, basta que a lei escolhida, no uso da autonomia conflitual⁽¹⁵¹⁾ das partes, tenha um *standard* de protecção ao nível, igual ou superior, dessa lei. É a lei escolhida que constitui o estatuto único do contrato, mas sobre a reserva de um juízo de comparação, *Äquivalenzprüfung*, não revelar que as normas imperativas da residência do consumidor são lhe mais favoráveis⁽¹⁵²⁾.

Por isso, será permitido às partes exceptuar da *lex contractus* as disposições imperativas que excedam o *standard* de protecção que a lei referida no art. 5.º, n.º 2 impõe, no uso da sua autonomia material, i.e., nos limites que a lei escolhida o permite, que é o caso e.g. da lei inglesa (UCTA), quando se trate de um consumidor estrangeiro⁽¹⁵³⁾.

O princípio (que foi assumido atrás como constitutivo de DIP) da autonomia conflitual é protegido, sendo esta a melhor resposta interpretativa ao art. 5.º: os princípios de DIP são a chave da compreensão das regras de conflitos, já que estas são meros instrumentos da justiça conflitual, prosseguida pela realização dos interesses de DIP. Os princípios de DIP não são critérios interpretativos, mas estão antes, definem o sentido e o limite do uso das regras de conflitos.

E é esta a solução para a referência conflitual das partes: a referência a certa lei não pode ter como resultado privar o consumidor do *standard* mínimo de protecção que a lei da sua residência habitual lhe confere. Tal, como se viu, não implica um *dépeçage* do contrato. O art. 5.º, n.º 2 não prescreve a exclusão, pelas partes, de certas normas da lei escolhida, em favor da lei da residência do consumidor.

(151) «A referência conflitual feita pelas partes fixa a própria conexão relevante no plano do DIP, localiza o contrato, escolhe a lei competente para o regular e, portanto, para superiormente (i.e., independentemente da vontade das partes) estabelecer os quadros legislativos dentro dos quais se insere a autonomia privada e o negócio por ela gerado», BAPTISTA MACHADO, *Lições cit.*

(152) Neste sentido, LAGARDE, *op cit.* p. 314.

(153) Neste sentido, BOGGIANO em *International Standard Contracts, A Comparative Study*, in «Recueil des Cours» de 1981, v. 170.

As disposições imperativas do consumidor só serão aplicáveis, ou tomadas em consideração num juízo de comparação, nas circunstâncias que o n.º 2 do art. 5.º descreve, que se podem reconduzir à afirmação que só são consideradas os contratos nos quais o consumidor em causa reside no local da apelação a contratar, ou publicidade, por parte da empresa; i.e. o consumidor deve ter a sua residência habitual no espaço correspondente ao mercado onde a empresa comercializa o produto objecto da transacção.

A Convenção de Roma destina-se a vigorar na CE, um espaço jurídico cujos princípios fundamentais, como já foi visto, são os da liberdade de circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais, que conduzirão à abolição do controle de fronteiras entre os Estados membros. A CE terá como objectivo, ao criar uma Europa de Cidadãos, tornar natural as deslocações dos indivíduos no seu espaço.

Por isto, com toda a certeza, uma grande parcela das transacções de consumo serão caracterizadas como sendo isoladas, i.e., terão como sujeitos contratuais consumidores ocasionais que não residem no espaço a que corresponde a amplitude da actuação comercial da empresa.

Mas a CR parece ignorar estes consumidores, ao ponto de dever-se considerar existir uma grave lacuna ⁽¹⁵⁴⁾ de regulamentação perante os princípios jurídico-privados da CE, onde avulta o princípio da protecção do consumidor (art. 3.º (s) do Tratado da Comunidade Europeia); ou então poderá discutir-se se estamos antes perante um erro político-jurídico tendo em atenção a evolução das concepções jurídicas e das políticas desenvolvidas na e pela CE de 1980 até hoje.

A resolução deste problema só poderá passar por uma interpretação criativa ⁽¹⁵⁵⁾ do Tribunal de Justiça das Comunidades,

⁽¹⁵⁴⁾ Como observa LAGARDE, *op. cit.*, p. 317 que cita HARTLEY no mesmo sentido.

⁽¹⁵⁵⁾ MENEZES CORDEIRO, in *Da Alteração das Circunstâncias, A concretização do art. 437.º do Código Civil à luz da jurisprudência posterior a 1974*, Separata dos Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha, assinala precisamente (ps. 6 e ss.) que a interpretação criativa do direito permitirá obter soluções jurídicas novas e mais adequadas sem o recurso a alterações legislativas, o que é de fundamental importância em rela-

porque os objectivos da Convenção em consagrar regras uniformes podem ser postos em causa por interpretações particulares por parte de cada Estado contratante (o art.18.º CR avisa que «Na interpretação e aplicação das regras uniformes que antecedem, deve ser tido em conta o seu carácter intemacional e a conveniência de serem interpretadas e aplicadas de modo uniforme»), especialmente com o alcance a atribuir a este n.º 2 do art. 5.º, que corresponderia a um acto político de primeira grandeza, o que coloca em dúvida a própria possibilidade de interpretação criativa.

De qualquer forma, e este problema será aprofundado no estudo da Convenção de Bruxelas, a *Tatbestand* do n.º 2 do art. 5.º terá consequências graves para o espaço jurídico onde devem valer.

A solução da CR incentiva a discriminação pelas empresas dos consumidores com que contrata. Desde logo, com os consumidores originários de países fora da CE; mas também com os consumidores residentes nos países da CE mas que adquiriram bens de consumo num país que não corresponde ao da sua residência habitual, e apesar de existir (ou em vias de) um mercado único europeu ⁽¹⁵⁶⁾, e estar consagrada a liberdade de circulação de pessoas e mercadorias. A empresa comercial que comercializa

ção a normativos derivados de convenções entre Estados pouco destinados a alterações. O Autor refere também o interesse particular da interpretação criativa na área das lacunas.

CANARIS, *op. cit.*, defende que a interpretação criativa do direito (ps. 207 e ss.) não será possível quando a integração da lacuna seja proibida ou impossível, ou então se não existir lacuna, mas antes um erro jurídico-político, mas cuja delimitação é no entanto difícil.

No caso do art. 5.º CR também será difícil distinguir se estamos perante uma lacuna face aos valores que dominam o sistema conflitual que a CR constitui, ou antes, se a formulação deste lema corresponde a um estágio evolutivo do espaço jurídico comunitário ao tempo da convenção, devendo qualquer modificação legislativa corresponder a uma nova e actual opção política, estando vedada, assim, ao Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, qualquer interpretação criativa deste normativo.

⁽¹⁵⁶⁾ Ver a este respeito o estudo do caso da jurisprudência americana *Volkswagen v. Woodson* no § 5.º deste trabalho.

os seus produtos no mercado europeu pode, assim, adoptar dois modelos de contratos de adesão: um destinado aos consumidores que residem no Estado onde comercializa os seus produtos e que por isso respeite o *standard* protectivo que a CR impõe; e outro, para os consumidores ocasionais (possivelmente a maioria), onde pode incluir uma cláusula de *electio iuris* de uma lei estrangeira que não contemple a protecção dos consumidores, como exemplifica LAGARDE, a lei das Bahamas.

Outra consequência, económica, será que o consumo ocasional, pelo menos ao nível de certo tipo de transacções, será prejudicado pela insegurança jurídica que a solução da CR provoca ao não estabelecer um regime protectivo para este tipo de consumo.

CAVERS assinala o papel de *preventive law* que o art. 5.º ocupa. As partes contratuais devem saber como evitar um conflito de estatutos contratuais, i.e., qual a escolha de lei que não provocará a operação do art. 7.º. O art. 5.º afirma que a escolha da lei pelas partes não pode ter como resultado privar o consumidor da protecção que lhe é assegurada pelas normas imperativas da sua residência habitual, se presentes certos pressupostos. É estabelecido um controle ao abuso da autonomia conflitual que é concedida pelo art. 3.º.

Este passo, na referência conflitual das partes, cumprindo com o objectivo do art. 5.º, fornecerá ou não justificação para a operação do art. 7.º? Mesmo que o conteúdo do contrato (*Vertragsinhalt*), que respeite o *standard* do art. 5.º, seja obtido por meio de uma referência material⁽¹⁵⁷⁾ das partes, deve entender-se que a operação do art. 7.º pode ficar precluída, porque basta que a pretensão contratual legítima do consumidor em juízo fique assegurada. A referência conflitual das partes permanecerá unitária, evitando as desvantagens que decorrem do *dépeçage* ou *dismemberment* do contrato.

⁽¹⁵⁷⁾ «podendo as partes, no domínio da autonomia privada material, regular como bem entendam o conteúdo do negócio, tanto podem fixar esse conteúdo directamente, mediante cláusulas apropriadas, como indirectamente ou per relationem, referindo-se a uma lei na qual se contenham normas, conformes aos seus interesses, que elas pretendem ver incorporadas no negócio», BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*

No entanto, surgem dificuldades, no âmbito de *preventive law*: A determinação da lei mais favorável num litúgio surge por ocasião de um *point at issue*, i.e., por ocasião de uma questão jurídica concreta, o que coloca as partes (e mais tarde o juiz) na difícil posição de apreender o sentido do *standard* mínimo de protecção, e quais são em concreto as normas mais favoráveis.

Assim, o *standard* mínimo de protecção deve ser entendido de forma global, tendo em conta o resultado global da sua aplicação, ou então averiguar as normas mais favoráveis ao *point at issue* ?

Para tentar responder a esta questão é necessário primeiro abordar o mecanismo jurídico do art. 7.º, estudo já aflorado a propósito da *Sonderanknüpfung*, e a seu papel na protecção do consumidor no modo como está concebida pela CR.

19. O art. 7.º tem sido alvo de numerosos estudos, e na sua maioria críticas (que justificam a possibilidade de reserva da aplicação, art. 22.º, n.º 1 (a)), pois consagra uma conexão indeterminada nos seus limites, e incerta no resultado do seu operar.

O primeiro problema é o do significado da conexão: se leva à verdadeira aplicação de normas de terceiros Estados (em relação à *lex fori* e à *lex causae*), ou então, deverá o juiz (principal sujeito) apenas considerar, e em que termos, essas terceiras normas.

A problemática insere-se, assim, na possibilidade ou não da existência de uma conexão especial que leve à participação de normas imperativas terceiras no estatuto do contrato, à admissibilidade de uma *Sonderanknüpfung*, e quais os moldes do seu funcionamento.

Para WENGLER e ZWEIGERT, na base da *Sonderanknüpfung* estarão interesses como o princípio da cooperação internacional, e o da harmonia jurídica internacional. Parece assim subjazer à conexão, conseguir o maior alcance possível do sistema bilateral, que é como se sabe uma exigência de justiça (não meramente formal, como pretendia o modelo clássico, mas material conflitual), que terá significado na ideia de reciprocidade na aplicação do direito estrangeiro. Os Estados tendo em vista essa

cooperação procuram atender aos legítimos interesses de uns e outros, na aplicação de determinadas regras numa concreta situação jurídica.

Observa-se que na conformação jurídica de determinada situação jurídica purilocalizada, assiste-se a uma composição de interesses, baseados não na vontade das partes, mas na vontade de uma lei (de um Estado) em ser aplicada a determinada situação pressuposta. Mas, a uma composição de interesses está inerente a sua graduação, de forma a se poder proceder à sua adequação concreta. Um primeiro passo será o de apreender a natureza desses interesses. Se são políticos, i.e., se derivam do Estado pretender, *per si*, estender o *imperium* da sua lei a certos e determinados contratos. Se são jurídicos, i.e., se representam a consagração, por parte da ordem jurídica estadual, do princípio da protecção da parte mais fraca, como princípio de direito. Se são de ordem social, i.e., representam o modelo ideal de determinada sociedade. Ou então se são de ordem económica, interesses da economia, provado que está que a protecção do consumidor é um interesse primeiro do moderno mercado livre (e mesmo sua *conditio sine qua non*).

Assente que a diversidade de soluções legislativas na protecção do consumidor nos contratos internacionais, são proporcionais à evolução do mercado, parece legítimo compreender que a conformação jurídica dessas situações tem, predominantemente, por base e sentido interesses económicos.

Conclui-se que determinado contrato plurilocalizado celebrado com um consumidor, e que e.g. seja regulado pela Convenção de Roma, será compreendido juridicamente de acordo com os interesses económicos, de mercado, subjacentes à vontade de aplicação de determinadas normas, pelo art. 5.º e maxime por operar a *Sonderanknüpfung* do art. 7.º. O intérprete da disciplina do contrato vai proceder, não à concreta e materialmente justa composição dos interesses das partes, de acordo com as prestações acordadas, mas antes à adequação de determinadas concepções de mercado, desiguais na sua evolução, e desiguais necessariamente no modo como os interesses dos consumidores são prosseguidos, pois o direito, as leis protegem tanto quanto o mercado é menos perfeito, menos interactivo. Parece óbvio que a

tarifa do intérprete surge complicada, se não juridicamente desaconselhável.

Parece ser nestes termos, que se deve estudar as posições dos diversos Autores, em relação ao mecanismo do art. 7.º. Se não partem de uma análise económica deste tipo de contratos, parecem no entanto aperceber-se, nas suas conclusões, da sobreposição difícil de interesses predominantemente político-económicos que o intérprete terá de fazer perante os arts. 5.º e 7.º da Convenção de Roma, já que a conjunção destes preceitos dá origem a uma consideração alargada de diversas legislações, na conformação jurídica do contrato.

Realmente, para ZWEIGERT, só serão aplicáveis as leis, por intermédio de uma *Sonderanknüpfung*, com um interesse de vocação internacional, *die internationaltypischen Interessen*, e.g. com considerações de ordem económica e social em geral aceites, como é a protecção do consumidor, mas no entanto, o problema será antes, não o saber se são interesses em geral aceites, mas em que moldes são conformados pelas diversas legislações. ZWEIGERT responde que não seriam aplicáveis tendências heterogêneas de regulamentação. Esta conclusão atinge-se facilmente, e é também fácil recusar a aplicação de normas assimétricas, no modo como tratam determinada questão, a uma concreta situação jurídica. A consequência lógica é a inutilidade prática da *Sonderanknüpfung* do art. 7.º.

CAVERS, na sua análise, reconhece desde logo na fórmula do art. 7.º os objectivos do seu «*sixth principle of preference*», que foi criticado por ser «*an impractical, indeed quixotic, attempt to pry into the purposes of other countries laws*», que só seria tolerável num Estado Federal, e que levaria à «*atomization of the choice of law*».

Na sua crítica, o Autor salienta não só a discricionariedade concedida ao juiz, mas, desde logo, os critérios dessa discricionariedade: «*il pourra être donné effet aux dispositions impératives ... lien étroit, si et dans la mesure ou, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat*».

A 'conexão estreita' a um país, é explicada pelo Relatório de GIULIANO e LAGARDE ⁽¹⁵⁸⁾ como devendo ser uma conexão genuína, e não vaga, e dá como exemplos o lugar da transacção, e as residências ou o principal local de negócios das partes. Será, portanto, o critério mais isento de críticas, por ser o menos indeterminado.

O *donné effet*, ou *taken into account*, ou *Berücksichtigung*, ou o tomar em consideração, é justificado, na sua origem, por CAVERS nestes termos: «*perhaps there is some way to take into account without giving effect to its terms, but my guess is that this provision is a circumlocution adopted to comfort those experts in private international law who abhor renvoi and find it difficult to tolerate dépeçage or, as the Working Group puts it, dismemberment*». O tomar em consideração forneceria a «ilusão» de não se estar perante uma quebra da uniformidade do contrato, já que a segunda lei não seria propriamente aplicada, e ao mesmo tempo as vantagens do *dépeçage* seriam alcançadas. Para CAVERS é um bom exemplo de «*juridical prestidigitation*». No entanto, é de notar que em várias decisões judiciais foram consideradas como factos as normas imperativas de um terceiro país, como certas disposições administrativas, de forma a garantir o efeito útil de uma sentença ⁽¹⁵⁹⁾.

A seguir, foca a dificuldade de apreender se determinadas normas são de aplicação necessária e imediata, já que na falta de menção expressa do legislador (que existe no DL n.º 446/85, a confirmar a previsão do Autor, que se a Convenção adoptasse este projecto de artigo, haveria uma epidemia de leis nacionais a classificar as normas como sendo imperativas e aplicáveis seja qual for a lei que rege o contrato), a interpretação das várias leis com as quais o contrato tem conexões, tornar-se-á uma tarefa impraticável.

⁽¹⁵⁸⁾ *Relazione sulla Convenzione Relativa Alla Legge Applicabile Alle Obligazioni Contrattuali*, in «Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti».

⁽¹⁵⁹⁾ IMHOFF-SCHEIER, *op. cit.*, p. 174 ss.:

São estas dificuldades no estatuto do contrato que a prática de *preventive law* por parte das empresas, nos seus contratos internacionais com os consumidores, poderá evitar.

Também Ole LANDO ⁽¹⁶⁰⁾, compreendendo a necessidade de evitar o mais possível o recurso ao art. 7.º, o «*dismemberment*» do contrato pelo juiz, propõe para a categoria dos «*weak-party contracts*», uma conexão concreta, e apropriada, a uma lei, e a dos contratos com consumidores seria a da residência habitual, verificados certos pressupostos. Existiria um controle do conteúdo do contrato cujo critério seria o da lei da residência habitual do consumidor, evitando a insegurança do art. 7.º, pois bastaria a conformidade do conteúdo ao nível de protecção dessa lei. Mas para LANDO continuaria a existir a necessidade de atender às normas imperativas («*mandatory economic regulations*») de terceiros países, e o juiz teria por *guidelines* que a aplicação dessas normas fossem «*reasonable from an international point of view*», além de conterem obviamente uma vontade de aplicação a esse contrato.

No entanto, o que resultaria desta solução, das chamadas «*protective privatelaws rules*» da lei da residência habitual do consumidor, seria que os interesses do país dessa lei imporiam que «*the contract [would] be governed by the entire law as the proper law of the contract*», sendo excluída a autonomia conflitual, e a autonomia material regulada por essa lei. É de notar que o valor da autonomia conflitual das partes não é excluído pela CR; o art. 5.º, como foi visto, apenas impõe um *standard* mínimo, permitindo assim uma derrogabilidade *in melius*, sendo assim a solução de LANDO ofensiva dos interesses e dos princípios de DIP, como os da autonomia da vontade e da facilidade e celeridade do tráfico jurídico, que são princípios essenciais e básicos do comércio internacional. E segundo, as *guidelines* para atender às *mandatory economic regulations* de terceiros países, dificilmente se distinguirão, na sua praticabilidade, do processo do art. 7.º.

(160) *Op. cit.*

Para os Autores ingleses, LASOK e STONE ⁽¹⁶¹⁾, «*a perfectly sensible and usefi interpretation*» pode ser dada ao art. 7.º.

Primeiro, as disposições imperativas em causa são as que têm uma vontade de aplicação a determinados contratos, i.e., são de aplicação necessária e imediata. Mas como adverte CAVERS, a tendência será para os Estados passarem a incluir a menção expressa de que certas normas são de aplicação necessária e imediata como aconteceu com o nosso DL n.º 446/85. Segundo, a discricionariedade atribuída ao juiz não é tão ampla, como tem sido criticada, e os Autores propõem certos passos, ou testes a seguir pelo juiz: (a) o mérito das normas, e para isso o juiz será levado a comparar e a verificar a sua semelhança com as normas da *lex fori* (!?); (b) o interesse na aplicação, e para isso o juiz deve, por um juízo de prognose, inerente a qualquer decisão, verificar o resultado do tomar ou não tomar em consideração da norma; (c) se a consideração vai constituir uma 'surpresa' para as expectativas das partes; (d) ponderação do interesse do país em ver aplicada a sua norma, com as expectativas das partes na aplicação da «*proper law*», e ainda com os interesses do comércio internacional (passo a seguir especialmente nos casos do n.º 2 do art. 7.º, quando o juiz vai aplicar as normas de aplicação necessária e imediata do seu foro. Além disso, como para os Autores a aplicação dos arts. 5.º e 6.º preclui a do art. 7.º, a função deste artigo não será principal, mas antes, servirá apenas como um aperfeiçoar do sistema, tendo um papel residual.

O carácter que estes Autores pretendem atribuir ao art. 7.º é o de uma cláusula de excepção .geral (sendo os arts. 5.º e 6.º especiais) à autonomia conflitual, e não de um mecanismo que consagra uma conexão especial que permite que o juiz considere normas de terceiros países, não só pelo interesse da vontade de aplicação dessas normas pelos Estados, mas também, e que será o mais importante, pelos interesses das partes, pelo interesse da justiça contratual, *maxime*, na protecção da parte mais fraca.

Este artigo é visto, por LASOK e STONE, pelo seu lado de conformação negativa do contrato, i.e., evitando o 'mal' que cons-

(161) D. LASOK e P. A. STONE, *Conflict of Laws in the European Community*.

titui a autonomia conflitual. O mecanismo do art. 7.º deve ser olhado pelas suas possibilidades positivas na conformação jurídica do contrato. Tendo em conta a definição que o relatório do projecto da CR dá de «laço estreito», e os exemplos referidos, é possível acentuar a ideia que o operar do art. 7.º permite ao juiz aperceber-se do ambiente contratual, e dos interesses envolventes, como são os da vontade de aplicação de certas normas, e assim compreender se existe alguma incongruência no conteúdo do contrato, em especial na cláusula de escolha de lei, que possa ser superada pela *Sonderanknüpfung*. Neste aspecto o art. 7.º pode ser considerado uma peça que aperfeiçoa o sistema, mas nunca uma peça que limita o sistema, lesando o valor da autonomia conflitual.

MANN e KLEINSCHMIDT ⁽¹⁶²⁾ defendem uma interpretação restritiva do art. 7.º para os contratos onde existiria uma parte mais fraca, de modo a só considerar, respectivamente, ou as leis como *local data*, ou seja como factos; ou então só a lei que seria aplicável, se não fosse a escolha das partes, o que tornaria esta escolha uma mera referência material.

20. O problema na protecção da parte mais fraca nos contratos plurilocalizados coloca-se sempre a níveis dos variados *standards* de protecção que as legislações consagram ⁽¹⁶³⁾.

Para LARENZ, «os usos do tráfico, os usos comerciais e a moral social, enquanto tais, têm para o jurista o significado de *standards*, quer dizer, de pautas normais de comportamento social correcto, aceites na realidade social. Tais *standards* não são... regras configuradas conceptualmente, às quais se possa efectuar simplesmente a subsunção por via do procedimento silogístico, mas pautas móveis que têm de ser inferidas da conduta reconhecida como típica e que têm de ser permanentemente concretizadas, ao aplicá-las ao caso a julgar. O *standard* é, segundo

⁽¹⁶²⁾ *Contrato de Trabalho em DIP*, cit., § 97, especialmente a nota 706 sobre os autores que restringem a *Sonderanknüpfung* à «possibilidade da relevância do direito estrangeiro em termos de mero facto».

⁽¹⁶³⁾ *Contratos internacionais e protecção da parte mais fraca no sistema jurídico português*.

STRACHE, decerto um tipo real — mas é ao mesmo tempo, sempre um tipo ideal axiológico. Isto não, certamente, no sentido de um tipo de totalidade ou tipo configurativo, mas de um tipo de frequência ou tipo médio, que é elevado a norma» (164).

Esta citação ajuda a compreender que, quando num contrato plurilocalizado se procura proteger a parte mais fraca, assegurando-lhe um determinado *standard* de protecção, esse *standard*, dada a complexidade do contrato (devido às suas múltiplas conexões), dificilmente será subsumido pelo intérprete de modo a impô-lo. Por isso, tanto a doutrina como os textos legais procuram reconduzir o ideal do *standard* a um nível concreto de protecção que uma dada legislação consagra.

O averiguar dos *standards*, como tipos jurídicos estruturais, que «não são só formados sob pontos de vista normativos, como também são tipos de regulação, quer dizer de conteúdos normativos» (165), implica que se procure um modelo de valores inerente aos contratos onde se conceba existir uma 'parte mais fraca', neste caso o consumidor, e que após esta dedução se procure adequar o conteúdo normativo à situação jurídica concreta. Só ulteriormente a esta operação é possível definir os traços característicos do *standard* normativo e compará-lo aos modelos de outras legislações, encontrando as diferenças e os pontos comuns e retirar daí consequências para a apreciação jurídica.

Sendo assim que se apresenta o processo do julgador de direito parece de defender que o *standard* em causa no art. 5.º e objecto de um processo de comparação *Aquivalenzprüfung*, só pode ser definido e encontrado com a concreta aplicação do modelo de regulação da ordem jurídica à situação jurídica em causa, i.e., ao *point at issue* em litígio. Nunca pode ser um modelo abstracto averiguável *a priori*, mas sempre uma regulação jurídica carecida de destaque da ordem jurídica em que se insere para a aplicação potencial à situação perante a qual o julgador de direito deve apreender os normativos aplicáveis.

(164) *Metodologia da Ciência do Direito*, 2.ª edição da Fundação Calouste Gulbenkian, ps. 565 e ss..

(165) *Idem*, p. 571.

A tarefa do julgador afigura-se difícil, não só em relação ao procedimento que resulta do preceituado no art. 5.º, mas também o que resultará da eventual operação do mecanismo do art. 7.º. Mas, mais importante, a actividade do julgador torna-se imprevisível para os sujeitos contratuais, impossibilitando a segurança de saber com que regulação jurídica contar, colocando em risco toda a planificação do programa obrigacional.

Embora estas dificuldades sejam de considerar, não há dúvida que o estudo das soluções da Convenção de Roma para os contratos com os consumidores não as consegue evitar, desviar, ou suplantar. Por isso, é necessário compreender, antes de mais, o real e o potencial alcance das disposições em causa, não esquecendo aspectos que foram desenvolvidos ao longo deste trabalho: primeiro, a necessária consideração do ambiente da transacção e dos seus pontos de contacto, segundo, a importância do mecanismo da *Sonderanknüpfung* para a integração jurídica de certas e determinadas situações plurilocalizadas, e terceiro, a metodologia de abordar as soluções de DIP na perspectiva de *preventive law*, procurando o caminho que as partes devem seguir para uma conformação jurídica correcta, de acordo e que respeite o sistema de protecção do consumidor da Convenção de Roma.

A questão passa a ser, então, se o consumidor x terá direito a uma protecção específica da legislação Y?

A Convenção de Roma responde que o consumidor terá direito ao *standard* de protecção da sua residência habitual, verificadas algumas das circunstâncias do art. 5.º. E se verificados os pressupostos do art. 7.º?

O consumidor x poderá ter assim um *standard* de protecção nebuloso devido à possibilidade do juiz aproveitar o mecanismo do art. 7.º, que no entanto, em princípio, não o desfavorecerá, porque a aplicação (ou a consideração) de uma terceira lei, por operar a *Sonderanknüpfung*, não terá por fim prejudicá-lo nos seus direitos; terá por fim atribuir ao consumidor vantagens alargadas em relação ao *standard* que constitui a lei da sua residência habitual. Mas a incerteza dos direitos de uma parte, é uma incerteza das obrigações da outra parte, e não é com toda a

certeza fim do DIP provocar distorções, um *bias*, numa situação jurídica ⁽¹⁶⁶⁾.

Por isso, será necessário, para compreender o sistema de protecção do consumidor da CR, estudar a conjunção e a relação do art. 5.º com o art. 7.º.

Para certos Autores, como, novamente, LASOK e STONE ⁽¹⁶⁷⁾, estará subentendido, apesar do espírito não ser acompanhado pela letra da lei, que o art. 7.º não se aplica aos contratos com consumidores (nem com trabalhadores, art. 6.º) que sejam abrangidos pela *facti-species* do art. 5.º, porque este artigo já trata do âmbito de aplicação de normas imperativas e protectivas, que não as da «*proper law*» do contrato, esgotando assim a previsão do art. 7.º, deixando de ter utilidade a sua operação. Além disso, a continuação, para além do alcance do art. 5.º, da aplicação de normas imperativas de terceiros países, resultará como sendo *confusing and unjust*.

No entanto, se, e.g., a lei da sede da empresa for mais favorável ao consumidor e contiver uma vontade de aplicação à SJ em causa, poderá deixar de ser atendida, quando, precisamente, o art. 7.º possibilita-o. Como foi referido anteriormente, também a lei de origem da empresa constituirá um elemento do ambiente contratual, e parte das expectativas das partes, e não será assim tão confuso e injusto a sua não consideração para a conformação jurídica do contrato, pelo art. 7.º.

Não é possível, assim, recusar a aplicabilidade do art. 7.º aos contratos abrangidos pelo art. 5.º pela mera dificuldade operacional. Existindo normas de aplicação necessária e imediata do Estado de origem da empresa, em princípio o da sua sede (embora seja de considerar que a iniciativa comercial em certo mercado pode pertencer a uma filial, agência ou outro estabelecimento, e nestes casos essa circunstância seria relevante para a CR, como o é para o art. 13.º da CB) não existem razões expressas ou mesmo implícitas na lei que impeçam a sua consideração para os efeitos

⁽¹⁶⁶⁾ «o interesse que constitui a própria raiz do DIP, lhe define a teleologia intrínseca ou determina a intenção essencial: o interesse da segurança e certeza jurídicas», BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*.

⁽¹⁶⁷⁾ *Op. cit.*.

do art. 7.º. Mas também é de notar que dadas as tendências de regulamentação dos contratos com os consumidores dificilmente existirão normas protectivas do consumidor, do local de origem da empresa com vontade de aplicação a esses contratos; o normal será a legislação estadual proteger os indivíduos com conexões pessoais a esses Estados.

De qualquer modo, a possibilidade de um lema em certas circunstâncias estar limitado a funcionar num pequeno número de casos não é justificação para recusar a sua aplicação em termos gerais.

Nos contratos internacionais com os consumidores não são indeterminados os critérios de conexão fundamentais no quadro da relação negocial: primeiro, a conexão-guia do *standard* de protecção (mínimo) que o consumidor espera ter, será o da residência habitual (ou *home*, para CAVERS), onde o aderente recebe a apelação a contratar (presentes assim, elementos de carácter subjectivo, a residência, e de carácter objectivo, o facto da apelação, ou convite a contratar). Esta primeira conexão também constituirá o *centro* da transacção, ou prestação característica, o adquirir pelo consumidor de determinado produto. Segundo, a sede da empresa comercial, ou, na formulação do 2.º Anteprojecto de DIP português, a lei do país onde se encontra a agência, filial ou delegação que tenha contratado. Ou, terceiro, a lei que figura na cláusula de escolha de lei nos contratos *standardizados*, e que se destinam a diversos mercados, por razões de eficiência de gestão; este elemento de conexão será, não o da vontade das partes, mas antes, o da vontade da empresa, que, no esforço de gestão, entende ser determinada lei a mais adequada a reger os seus contratos (por isso será adequado chamar-lhe *enterprise law*)⁽¹⁶⁸⁾.

Não parece existir confusão na possibilidade de aplicação, ou no tomar em consideração destas três leis: se a primeira lei não for aplicável, por ser a escolhida convencionalmente, só o será pelo art. 5.º, se a lei escolhida não cumprir o *standard* mínimo de protecção que concede. Esta lei fica assim excluída do elenco do art. 7.º.

⁽¹⁶⁸⁾ Como refere BOGGIANO, *op. cit.*

A única lei, a ser, assim, incluída no elenco do art. 7.º, para a regulação de um contrato com um consumidor no âmbito do art. 5.º, será a lei de origem da empresa, e terá interesse, já que, como foi referido, a origem das partes é um elemento essencial do ambiente sócio-económico do contrato (implica, como será estudado no § 22.º, que um contrato com um consumidor estrangeiro e uma empresa nacional, julgado nos nossos tribunais, deve ser compreendido no contexto da protecção do consumidor, como a CRP consagra no art. 60.º), que as partes não podem ignorar. O alcance ideal, como será visto no parágrafo seguinte, do art. 7.º seria possibilitar considerar as concepções de Ordem Pública vigentes no foro do local de origem da empresa nos termos em que o art. 13.º da CB o define.

O Relatório de GIULIANO e LAGARDE ⁽¹⁶⁹⁾ considera a lei do *place of business*, ou *centro d'affari* de uma empresa como sendo uma conexão estreita nos moldes do art. 7.º, o que é mais um elemento no sentido da aplicação deste artigo, e da sua utilidade, mesmo nos contratos abrangidos pelo art. 5.º. E esta lei, só deve ser tomada em consideração no caso de prever um nível de protecção superior, mais favorável ao da *proper law* do contrato, e tendo em conta a economia do contrato, i.e., na medida da utilidade e da oportunidade que as disposições protectivas constituam para o *equilíbrio contratual*, parametro da aplicação do art. 7.º. Além disso, a intervenção da parte mais fraca a invocar o mecanismo do art. 7.º pode ser um fundamento decisivo para a decisão do juiz conformar o contrato de acordo também com as normas terceiras com vontade de aplicação à SJ em causa.

A aplicação das regras da CR que prosseguem a protecção do consumidor só revelam o seu real alcance com a articulação com as regras de competência Judiciária, i.e., muitos dos efeitos dos arts. 5.º e 7.º dependem e estão condicionados pelo foro onde o litígio é decidido. Não se ignora, também, o importante papel do conflito de Jurisdições para o conformar das soluções em DIP, especialmente nas situações onde estão em causa valores materiais, como é o caso da protecção da parte contratual mais fraca.

⁽¹⁶⁹⁾ BOGGIANO, p. 395.

PARTE IV

Convenção de Bruxelas de 1968 sobre a competência judiciária e a execução das decisões em matéria civil e comercial ⁽¹⁷⁰⁾

Art. 14 — A acção de um consumidor contra a outra parte no contrato pode ser intentada, quer perante os tribunais do Estado contratante em cujo território estiver domiciliada essa parte, quer perante os tribunais do Estado contratante em cujo território estiver domiciliado o consumidor.

A acção pela outra parte no contrato contra o consumidor só pode ser intentada perante os tribunais do Estado contratante em cujo território estiver domiciliado o consumidor.

Estas disposições não prejudicam o direito de formular um pedido reconvenicional perante o tribunal em que, nos termos da presente secção, tiver sido introduzido o pedido inicial.

21. A Convenção de Bruxelas ⁽¹⁷¹⁾, que surge como uma necessidade dos Estados membros da CE simplificarem «as formalidades a que se encontram subordinados o reconhecimento e a execução recíprocos tanto das decisões judiciais como das decisões arbitrais» como refere o art. 220.º do Tratado da Comunidade Europeia, deve ser estudada nas soluções que consagra para a protecção do consumidor, soluções essas, que surgem com a

⁽¹⁷⁰⁾ De notar que o preceito normativo em questão é idêntico ao da Convenção de Lugano relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial que, como convenção paralela que é à de Bruxelas, tem por objectivo permitir que a unificação processual efectuada pela CB seja extensível aos Estados da EFTA, sem que estes Estados, no entanto, beneficiem de uma Convenção como a de Roma que proceda à uniformização das regras de conflitos de modo a atenuar um dos principais efeitos, menos desejável, da CB que é o de possibilitar o fenómeno do *forum shopping*.

⁽¹⁷¹⁾ Sobre a adesão de Portugal e Espanha à Convenção de Bruxelas em Maio de 1989 (como uma obrigação, um *pactum de contrahendo*, derivada da adesão destes Estados à CEE), ver *La Convention de Bruxelles après la Convention d'adhésion du Portugal et de l'Espagne*, do Professor MOURA RAMOS.

Convenção de adesão da Dinamarca, Irlanda e do Reino Unido de 1978 (e que não são alteradas com a adesão de Portugal e Espanha em 1989), no seguimento do crescente interesse, a nível comunitário, na protecção do consumidor a partir sensivelmente de 1972, ano da proposta, dos chefes de Estado e de governo reunidos em Paris, da elaboração de um programa para uma política de protecção dos consumidores, que surge em 1975 ⁽¹⁷²⁾.

O art. 14.º surge na secção IV que contem regras especiais, em matéria de contratos celebrados por consumidores, que constituem excepções (art. 3.º CB) ao princípio do domicílio do requerido como regra básica de competência expressa no art. 2.º CB.

Considera-se um dado adquirido a interdependência entre o conflito de leis e o conflito de jurisdições ⁽¹⁷³⁾. Com efeito, sem analisar as teses mais definitivas que defendem uma dependência necessária do *forum* com o *ius*, dando prevalência a um ou a outro ⁽¹⁷⁴⁾, parecem não existir dúvidas que a resolução judicial em matéria de conflito de leis varia consoante o foro porque, simplesmente, o DIP é, na maioria das suas regras, direito interno com

⁽¹⁷²⁾ *Les Conventions communautaires concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale et la protection des consommateurs* de Alessandra ZANOBETTI, artigo publicado em *Unification et le droit comparé dans la théorie et la pratique, Contributions en l'honneur de Jean Georges SAUVEPLANNE*.

⁽¹⁷³⁾ Sobre a relação entre os conflitos de leis e os conflitos de jurisdições no sistema inglês, tendo em conta a Convenção de Bruxelas: *The interrelationships of Jurisdiction and Choice of Law in Private International Law*, de James FAWCETT, in *Current Legal Problems*, v. 44 de 1991. Fawcett nas suas conclusões refere: «*The Rome Convention on contract choice of law has to be seen as fitting in the Brussels Convention on jurisdiction, with harmonisation of jurisdiction rules within the EEC having the knock-on effect of harmonisation of contract choice of law rules... Whilst it is right and proper that one area should take into account developments in the other, there is no justification in England for a fully integrated approach either in the form of taking jurisdiction whenever we apply ou law or applying our law whenever we take jurisdiction*».

Estas afirmações são um sinal da evolução do DIP na Europa: com efeito, o facto de vários Estados aceitarem uma harmonização das regras de conflitos significa que o princípio da paridade de tratamento das leis interessadas na regulação de determinada situação jurídica plurilocalizada é alcançado num espaço multinacional, ultrapassando, por fim, concepções de sistema tão tradicionais como a inglesa. Isto significa que a justiça material conflitual é, no contexto do comércio internacional livre, o principal valor que o DIP deve prosseguir, e o único fundamento possível das soluções do sistema.

⁽¹⁷⁴⁾ Ver *Contrato de trabalho em DIP*, § 28 e ss..

uma mera vocação internacional cujo alcance é definido pelo legislador estadual. As regras de conflitos que têm por fonte um tratado internacional consideram-se, em princípio, normas internacionais, embora muitas vezes as opções de fundo da adesão a um tratado sejam puramente políticas, i.e., em certos casos a adesão a regras de conflitos uniformes a vários Estados não deriva de um dever internacionalmente vinculativo, mas de um processo de decisão onde são pesados exclusivamente os interesses nacionais não existindo, portanto uma consciência jurídica de natureza internacional que pondere os interesses deste âmbito.

É no domínio dos contratos que a importância do foro mais caracteristicamente se faz sentir. Se as partes fazem uso da sua autonomia conflitual é ao foro ⁽¹⁷⁵⁾ (excluindo as hipóteses de reenvio) que cabe decidir da validade e eficácia dessa escolha; além disso, e que será mais importante, são as concepções de ordem pública do foro que *filtram* o resultado que advém da aplicação da lei, ou leis, escolhidas ⁽¹⁷⁶⁾. Um terceiro aspecto em que a influência do foro se faz sentir é o das normas de aplicação necessária e imediata do legislador do foro que, sem dúvida alguma, por provirem de uma vontade do legislador do Estado do foro, devem ser aplicadas pelo juiz à situação jurídica plurilocalizada em causa, comprimindo, se necessário, uma outra ordem jurídica competente para a situação. Ainda é de ponderar que o juiz do foro pode ter à sua disposição um mecanismo conflitual que permita aplicar ou considerar normas imperativas *terceiras* à relação jurídica em causa.

Destes aspectos abreviados, a que se deverão juntar a conveniência em termos das possibilidades de deslocação das partes ao

⁽¹⁷⁵⁾ Para o Professor FERRER CORREIA, *Algumas Considerações...* § 15 *cit.*, o argumento pelo qual se justifica ser pelos critérios da *lex fori* que se afere a validade da *electio juris*, que é o de ser no foro que se verifica a concretização dos elementos de conexão, não é decisivo, como o demonstra o facto de ser a lei nacional que funda a pertença de um indivíduo a um Estado, e até porque muitas vezes a *lex fori* poderá não apresentar pontos de contacto significativos com a SJ a regular. Assim, para o Autor nada impede que seja da competência da lei escolhida aferir a validade da designação das partes.

⁽¹⁷⁶⁾ Neste sentido FAUSTO POCAR em *La protection de la partie faible, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 188 de 1984.

Estado do foro e da viabilidade económica de acorrer ao litígio perante determinado sistema de custas judiciais ou de assistência judicial, é fácil concluir a vantagem de uma empresa eleger, como condição geral dos contratos que celebra, uma cláusula de eleição do foro, que lhe permita, de uma forma eficaz, proteger os seus interesses, e a necessidade do consumidor recorrer, em simplicidade e oportunidade, a um foro para defesa dos seus direitos.

Por isso, a Convenção de Bruxelas dedica uma secção à competência em matéria de contratos concluídos pelos consumidores, de forma a que os interesses dos consumidores sejam salvaguardados. Parece evidente que o principal efeito destas disposições é o de excluir da validade jurídica as cláusulas de eleição do foro impostas pela empresa como condição geral dos contratos que celebra. Sendo assim, o consumidor tem sempre direito a demandar a empresa, quer no Estado contratante em que a empresa está sediada ou tem uma sucursal, agência ou outro estabelecimento pela parte final do art. 13.º CB, quer no foro a que corresponde o domicílio do consumidor.

Sem pretender estudar a fundo a questão do conflito de jurisdições, pois tal não é o objecto deste trabalho, é possível, desde já, formular algumas observações em relação à solução da Convenção de Bruxelas tendo sempre como referência o apreendido até aqui.

Com efeito, se uma das principais conclusões deste trabalho é a da importância do mercado onde a transacção se insere nos contratos com os consumidores, não tendo por isso tanta relevância as conexões clássicas da residência habitual na conformação pelo DIP neste tipo de contratos, não se pode deixar de concluir que a solução da convenção é por demais restrita⁽¹⁷⁷⁾, especialmente tendo em conta a realidade actual do estatuto alcançado pelo consumidor no contexto do mercado livre.

Primeiro, dado o movimento intenso da circulação das pessoas no espaço económico europeu (para restringir o estudo da

(177) Neste sentido, ZANOBETTI *op. cit.*

solução ao Mercado Único porque é a ele que a CB se dirige) ⁽¹⁷⁸⁾, a tendência nos contratos com os consumidores não vai, com toda a certeza, ser a da coincidência do mercado onde a transacção se insere com a residência habitual do consumidor. As transacções ligadas a bens de consumo não são protagonizadas por nacionais ou residentes do Estado a que corresponde o mercado, ponto de encontro das partes. É completamente indiferente para a empresa se está a contratar com um residente do Estado X ou do Estado Y; mas as soluções das convenções da CE parecem patrocinar isso mesmo: que as empresas que negociam no âmbito do Mercado Único distingam no conteúdo contratual se o consumidor reside ou não nos Estados desse mercado, ou mesmo residindo, se reside no Estado onde a empresa apelou à transacção!

Para só aflorar o problema: se o ideal do Mercado Único não é meramente económico, mas sim social ⁽¹⁷⁹⁾, não é possível afirmar que as soluções das convenções da CE tenham a pretensão de garantir um «*reforço da protecção dos consumidores*».

Vejamus a solução da CB. Hoje observa-se, em praticamente todos os Estados comunitários, iniciativas, quer legais, quer de origem privada das associações de consumidores, que procuram resolver litígios suscitados por ocasião de uma transacção de bens de consumo, de forma conciliatória. No entanto, as organizações de consumidores de um Estado membro, muitas vezes, não estão autorizadas a representar consumidores noutro Estado membro de forma a poder oferecer a maior eficácia na defesa dos interesses do consumidor em litígio com uma empresa, ultrapassando as dificuldades técnicas de direito, de língua e de execução de decisões;

⁽¹⁷⁸⁾ É de notar que a solução da CB é idêntica à da Convenção de Lugano, o que amplia o espaço de aplicação desta solução, mas, como foi referido, os Estados EFTA não beneficiam de uma unificação das regras de conflitos, circunstância que permite um resultado consideravelmente diferente, para a protecção do consumidor, do alcance prático da solução consagrada em ambas as convenções, pelo que, as conclusões deste estudo incluem as situações que derivam da diferença de regras de conflito entre os foros potencialmente competentes para litígios com origem em certas transacções de consumo plurilocalizadas nos Estados da CE e nos Estados da EFTA.

⁽¹⁷⁹⁾ O Tratado CE no Título I, artigo B, atribui à CE os objectivos da *promoção de um progresso económico e social equilibrado e sustentável, nomeadamente mediante a criação de um espaço sem fronteiras internas, o reforço da coesão económica e social...*

mas refere-se este problema tendo em conta que, piorando a situação, existem Estados membros que reservam o uso de certos esquemas legais apenas para os residentes nesse Estado⁽¹⁸⁰⁾. Quer dizer, embora exista liberdade de actuação das empresas no espaço económico europeu, só existe liberdade do consumidor para consumir, mas não de defender os seus direitos de forma minimamente acessível.

A tal situação a solução da CB não vem remediar, deixando de fora da sua hipótese uma grande parte das transacções com os consumidores: os contratos com os consumidores ocasionais, não só os não residentes na CE, mas também os consumidores que embora residindo num Estado da CE e transacionando no âmbito do Mercado Único, não têm correspondência entre a sua residência habitual e o Estado do Mercado Único onde receberam a aplicação a contratar. Sendo o contrato com o consumidor uma troca que se insere e que não existe sem um mercado onde se possa desenvolver, é absolutamente ilógico optar por uma solução que ignore a realidade: a existência, ou a perspectiva muito próxima, de um Mercado Único livre, i.e., onde pontificam os princípios da iniciativa económica e da liberdade negocial em conjugação com o princípio da liberdade da circulação das pessoas, onde deixam de relevar, para fins do tráfico, condicionantes como a residência habitual ou a nacionalidade das partes envolvidas numa transacção.

A solução do art. 14.º CB, concluindo, é uma solução, senão juridicamente aquém da consciência do espaço jurídico em que se integra, pelo menos ineficiente do ponto de vista económico, principalmente no que respeita à criação das condições de que depende o Mercado Único para que seja um mercado livre, competitivo e gerador de bem estar social. Um consumidor, de um Estado membro, informado (e a tendência é para que os consumidores sejam

(180) Como indica Monique GOYENS no seu artigo *consumer protection in a single european market: what challenge for the EC agenda* na *Common Market Law Review*, v. 29 de 1992.

É de citar ainda a conclusão deste artigo: «*A rapid change of attitude is necessary in order to make sure that the Community system will not only exist for traders, but also for people*».

cada vez mais informados dos seus direitos contratuais, das empresas, do acesso à justiça) irá hesitar antes de adquirir determinados bens de consumo, a partir de certo valor, dados os riscos, que, como foi notado, não são menores, de não poder defender os seus direitos eficazmente nomeadamente, de não receber a compensação devida por danos sofridos com causa numa transacção de consumo. Por isto, a solução do art. 14.º CB tem capacidade para atrofiar o mercado de bens de consumo da CE.

As empresas, por seu lado, encontram um caminho livre para, através de *preventive law*, elaborar como condição geral dos contratos que celebram uma cláusula de eleição de foro mais conveniente aos seus interesses, conveniência que varia no sentido inverso da do consumidor.

Esta é a consequência mais extrema: a empresa pode elaborar dois modelos de contratos de adesão consoante a parte contratual resida no Estado a que corresponde o mercado onde a empresa apelou à transacção, ou se trate de um consumidor ocasional nesse Estado. E a consequência é mais gravosa quando, como foi visto, ambas as transacções referidas consideram-se inseridas no mesmo mercado, o Mercado Único, cujas fronteiras são as da CE, do conjunto dos Estados membros.

ZANOBETTI, no artigo citado, refere que só o Tribunal de Justiça das Comunidades poderá dar uma interpretação ampla às disposições da Convenção de Bruxelas, englobando, na minha opinião, os contratos com os consumidores cuja transacção se insira no Mercado Único, não importando se residem no Estado onde a apelação a contratar foi feita, ou mesmo se residem ou não num dos Estados da Comunidade.

É apontado que uma das vantagens da Convenção de Bruxelas será a de permitir a execução das decisões nos outros Estados de uma forma mais rápida, simples e segura, porque os tribunais dos Estados membros não poderão, e.g., fazer uso da excepção de ordem pública para evitar a execução de determinada sentença, que, por proteger o consumidor, conduziria a um resultado que a sua ordem jurídica consideraria inadmissível⁽¹⁸¹⁾. É de observar

(181) ZANOBETTI, *op. cit.*

que esta vantagem está, cada vez mais, diluída dada a consagração, quase generalizada, do princípio da protecção do consumidor nos Estados da CE, além da existência da directiva relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados pelos consumidores que irá harmonizar as legislações nacionais nesta matéria.

De referir é também o art. 15.º CB que permite pactos de jurisdição que derroguem o disposto no art. 14.º CB desde que (1) sejam posteriores ao litígio, ou (2) permitam ao consumidor recorrer a outros tribunais, para além dos previstos no art. 14.º, ou (3) se o pacto atribuir competência a um foro que corresponda à residência habitual de ambas as partes. Para Monica ZAPATER⁽¹⁸²⁾, é uma solução correcta, «*en la medida en que admite un juego relativo de la autonomia de la voluntad que permite conjugar intereses de los consumidores e intereses de la actividad económica en general*». Tratar-se-à de uma solução que é uma *válvula de segurança* absolutamente lógica, que até seria encontrada por interpretação do art. 14.º CB tendo em conta os princípios de DIP da protecção da parte mais fraca e da autonomia da vontade. Só é de lamentar que a preocupação com a eficácia do tráfico jurídico patente nesta norma não surja nas outras soluções da secção 4. da Convenção de Bruxelas.

22. Mas, analisada deve ser ainda a interdependência entre o conflito de leis e o conflito de jurisdições no âmbito das convenções da CE referidas.

Tendo o art. 14.º, como condição para operar, a hipótese por demais restrita do art. 13.º, parece óbvio que a sua eficácia na protecção do consumidor e na efectivação dos seus direitos é limitada.

Mas o estudo da solução do art. 14.º CB deve ser ligada à solução do art. 7.º da CR. Com efeito, o operar do art. 14.º CB fornece elementos para a compreensão do real alcance que o art. 7.º CR pode ambicionar ter.

(182) *La prorrogacion de competencia en los contratos de venta internacional concluidos por consumidores*, in *Revista Española de Derecho Internacional*, v. XXXIX de 1987, n.º 2, ps. 447 e ss..

Passando ao domínio dos contratos com os consumidores enquadrados nas hipóteses do art. 5.º CR e art. 13.º CB as conexões em causa são duas: a do mercado onde a transacção se insere, que coincide com a residência habitual do consumidor, e a do *place of business* da empresa.

Como foi estudado, o *standard* da lei da residência habitual do consumidor, que é aferido pelas suas normas imperativas, limita sempre o conteúdo do contrato dermido por meio de condições contratuais gerais pela empresa. Emergindo um litígio deste contrato, o consumidor tem duas alternativas pelo art. 14.º CB: pode demandar a empresa nos tribunais do Estado contratante onde a empresa está sediada, ou tem uma sucursal, agência ou outro estabelecimento ⁽¹⁸³⁾ ou nos tribunais do domicílio do consumidor.

Para averiguar das vantagens, ao nível da conformação jurídica do contrato, do consumidor demandar a empresa num ou noutro foro é necessário articular o art. 5.º com o art. 7.º da CR.

Se o consumidor accionar a empresa no foro do seu *place of business*: pelo art. 5.º CR (se o Estado contratante da CB for também da CR) as normas protectivas da residência habitual do consumidor e do mercado onde a transacção se insere são referência, *standard* mínimo da regulação jurídica do conteúdo contratual. Segundo, as normas de aplicação necessária e imediata da lei do *place of business* vinculam o juiz, como desde logo o consagra o art. 7.º n.º 2 CR. Assim, todas as leis passíveis da pretensão de regular os contratos a que se refere a hipótese legal do art. 5.º CR são preservadas na possibilidade da sua aplicação efectiva. O art. 7.º n.º 1 CR não opera porque não tem objecto, pois todas as leis conexionadas à situação jurídica aplicam-se pela força das circunstâncias: pelo facto do contrato ser um dos referidos na hipótese do art. 5.º CR, e pela circunstância do consumidor demandar a empresa no tribunal do *place of business*, o que provoca a aplicação forçosa das normas de aplicação necessária e

⁽¹⁸³⁾ Pelo art. 4.º do CSC «a sociedade que não tenha a sua sede efectiva em Portugal, mas deseje exercer aqui a sua actividade por mais de um ano deve instituir uma representação permanente...».

imediate da *lex fori* e não a mera consideração, como refere o art. 7.º n.º I CR.

Se o consumidor demandar a empresa no tribunal da sua residência habitual: também o nível da protecção do consumidor da lei escolhida é confrontado com o *standard* que o art. 5.º CR impõe; no entanto, só o operar do mecanismo do art. 7.º n.º I CR provocará, se não a aplicação, pelo menos a consideração das normas imperativas do local de origem da empresa, que são, como foi defendido, um elemento essencial do ambiente jurídico que envolve o contrato.

Portanto, na hipótese mais comum, que é a do consumidor accionar a empresa no tribunal da sua residência habitual fazendo uso da faculdade que o art. 14.º §1.º CB lhe concede, o art. 7.º tem uma importância não dispicienda, que é a de não forçar, em certa medida, o recurso ao *tribunal da empresa* para obter determinado efeito jurídico de conformação jurídica, i.e., não encorajar o chamado *forum shopping*, e além disso, garante, repito, em certa medida (porque o art. 7.º só permite a *consideração* de normas *terceiras* concedendo ao juiz um poder discricionário de apreciação), a harmonia de julgados, ideal em DIP. Daqui decorre o significado que teria uma interpretação criativa do art. 7.º que permitisse que o juiz tivesse em conta o resultado que o consumidor obteria se accionasse a empresa no tribunal do seu *place of business*. É necessário aceitar o fenómeno do *forum shopping* como natural ao funcionamento das regras de competência judiciária internacional que consideram, na maior parte das vezes, alternativas de jurisdição, e daí, as partes, legitimamente, procurarem decidir o litígio no foro que lhes for mais conveniente. Ora, primeiro, se um dos objectivos do art. 7.º CR é o de permitir a uniformidade de julgados, e segundo, se a *ratio* do art. 14.º CB é possibilitar ao consumidor, precisamente, o *forum shopping*, parece, na lógica de uma interdependência do conflito de leis com o de jurisdições, ser possível diluir a divergência das resoluções judiciais, e daí tornar desnecessário o *forum shopping*, possíveis nos contratos com os consumidores pela extensão do âmbito do art. 7.º para além da possibilidade da consideração de normas de aplicação necessária e imediata à SJ em causa, englobando a previsibilidade de certo resultado no outro foro acedível pelo consumidor. e.g., se

o consumidor perante o foro da sua residência não apresentar uma pretensão consistente, que no entanto teria provimento no *foro da empresa* porque a sua OP possibilita, com o exemplo do caso português, a reparação dos danos, deveria ser possível ao juiz tomar tal facto em consideração evitando, assim, o recurso necessário do consumidor a um foro estranho. Este levar às últimas consequências a ratio do art. 7.º CR e do art. 14.º da CB não levantará mais críticas do que o enunciado expresso do art. 7.º CR, ou até poderá ser alvo de menos críticas por estarem em jogo apenas dois foros relevantes e o indagar de uma solução que evite o *forum shopping* e que proteja o consumidor de combater num foro estranho, valores expressos na CR ⁽¹⁸⁴⁾ e na CB.

LAGARDE ⁽¹⁸⁵⁾ considera a hipótese, algo estranha, do art. 5.º, n.º 2, por ser, segundo este Autor, uma «*clause spéciale d'application des lois de police*» impedir que o n.º 2 do art. 7.º tenha aplicação em relação a todos os contratos com os consumidores, e não só os abrangidos pela hipótese do primeiro normativo, i.e., considerar-se-ia o art. 5.º como *lex specialis* em relação ao art. 7.º, *lex generalis*, o que implicaria que o consumidor só poderia aproveitar as normas imperativas da sua residência habitual nos termos em que o art. 5.º o permitisse. Tal interpretação viria a restringir ainda mais o já exíguo campo de protecção dos consumidores ocasionais pelo art. 7.º, e implicaria o absurdo, já referido a outro propósito, do consumidor ser obrigado a recorrer a um foro estrangeiro (de um Estado contratante da CR) para através do art. 7.º, n.º 1 beneficiar das normas imperativas do seu próprio Estado de residência! É ainda uma hipótese absurda porque o juiz do foro estará obrigado a prosseguir os mesmos do legislador estadual que explicitam a consciência jurídica dominante nesse país, representando, portanto, este tipo de interpretação do art. 5.º um atentado à coerência do sistema jurídico estadual.

É de notar, para terminar, que o recurso ao mecanismo do art. 7.º n.º 1 CR é tanto mais importante, e decisivo para a regula-

⁽¹⁸⁴⁾ FERRER CORREIA, no último artigo citado afirma a «vantagem relevante da CR adoptar regras uniformes com *vocação universal*», que será a de eliminar o *forum shopping*.

⁽¹⁸⁵⁾ *Op. cit.*, p. 316, n.º 76.

ção jurídica do contrato, quanto o *standard* do art. 5.º CR for menos protectivo do consumidor ⁽¹⁸⁶⁾, desde que, obviamente, existam normas protectivas na *enterprise law*.

O que considero interessante é que também o recurso por parte do consumidor ao tribunal da sua residência habitual, em certos casos, pode ser-lhe desvantajoso, o que parece um absurdo. Como as normas de aplicação necessária e imediata, como instrumento de protecção do consumidor, têm proliferado, quando o consumidor acciona a empresa no foro da sua residência, essas normas imperativas, da lei a que se refere o art. 5.º CR, a do consumidor, impõem a sua aplicação, subtraindo a competência da *lex contractus* escolhida no que se refere ao controle das condições gerais contratuais (é a solução do art. 33.º do DL n.º 446/85). Daí, se o estatuto contratual escolhido for mais favorável ao consumidor do que o regime expresso nas normas de aplicação necessária e imediata, há uma desvantagem para a parte mais fraca de iniciar uma acção num tribunal que em princípio lhe seria mais favorável. Este exemplo é elucidativo da possibilidade, não rara, das normas de aplicação de necessária e imediata serem uma peça que desnorteia o sistema de DIP, indo ao ponto, neste caso, de tornar desfavorável o recurso aos tribunais da residência habitual do consumidor.

Concluindo esta análise, parecem ser de subscrever as palavras de ZANOBETTI «*C'est donc grâce à ces trois éléments — droit matériel uniforme ou harmonisé règles de compétence judiciaire et droit international privé — que les contrats internationaux conclus par des consommateurs recevront une réglementation organique*».

23. Para finalizar este trabalho e recolhendo todos os ensinamentos apreendidos, a análise do art. 60.º da CRP revela-se útil para compreender todo o alcance que pode ser dada à protecção do consumidor nos contratos internacionais, continuando na perspec-

⁽¹⁸⁶⁾ Como será o caso do *standard* de um consumidor residente na Grécia, o que demonstra a importância prática do art. 7.º, n.º 1.

tiva da interdependência entre o conflito de leis e o conflito de jurisdições.

A questão é a de saber qual o âmbito de aplicação que deve ser atribuído ao art. 60.º da CRP em relação aos contratos internacionais celebrados com os consumidores. Se se dirige só aos consumidores nacionais, ou também aos consumidores estrangeiros que se encontrem ou residam em Portugal, e cá recebam a apelação a contratar.

O elemento fundamental do contrato com o consumidor é o do mercado onde a transacção se insere, tanto da perspectiva jurídica como económica.

Juridicamente, é o ponto de encontro entre a empresa comercial e o consumidor, onde surge o convite a contratar, por parte da empresa, através da publicidade (sujeita às regras do país, em Portugal, o Código da Publicidade), e mais tarde, a celebração do contrato, com a conseqüente prestação do produto, e o pagamento do preço.

Do ponto de vista económico, o mercado é o alvo de uma estratégia, por parte da empresa, que corresponde à expectativa de beneficiar de lucro na venda de produtos.

Essa tentativa de inserção de mercado é feita tendo em conta as outras empresas potencialmente concorrentes, o que origina os ajustamentos necessários à estratégia de venda (em termos de preço, condições de pagamento, qualidade do produto, garantia, etc). Pelo lado do consumidor, o mercado representa a possibilidade de escolha entre as várias ofertas, procurando, na medida do possível, adquirir da forma mais vantajosa o bem necessário, fazendo uso da informação ao seu dispor, tanto da apelação comercial, como dos outros consumidores, porque, como já se observou, a comunidade de consumidores é uma comunidade interactiva, existe uma troca de informação constante entre os seus membros.

O art. 60.º CRP consagra direitos constitucionais dos consumidores (que se enquadram nos vários eixos de protecção, na classificação do Professor CALVÃO DA SILVA), com uma diversa relevância jurídico-constitucional. Enquanto direitos, como à formação e à informação, protecção da saúde, da segurança e dos interesses económicos, terão o carácter de direitos económicos e

sociais, «outros, todavia revestem natureza equiparada à dos direitos, liberdades e garantias, beneficiando do regime do art. 17.º — é o caso do direito à reparação de danos» (187) (188).

Os direitos do consumidor assumiram perante a Constituição uma dignidade crescente no campo dos deveres públicos do Estado. No entanto, e em especial, o direito que nos interessa, o direito à reparação de danos, já antes da última Revisão Constitucional, assumia a natureza de direito, liberdade e garantia, obedecendo ao regime dos arts. 17.º e 18.º, como «direito fundamental de natureza análoga» aos do título II.

O direito do consumidor à reparação de danos terá, por isso, um verdadeiro «carácter jurídico-positivo e não meramente programático. Constitui, neste sentido, uma explicitação do princípio da constitucionalidade (189).

Como manifestação do princípio da constitucionalidade, o direito do consumidor à reparação de danos, implica, como direito fundamental na sua dimensão objectiva, como dimensão estrutural, a produção de efeitos jurídicos conformadores da vida social. i.e., para além da validade dos actos do Estado depender da conformidade à Constituição (art. 3.º, n.º 3), desde logo pela aplicabilidade directa e imediata deste direito (art. 18.º), há que reconhecer ao direito à reparação de danos uma existência positiva, não só como direito-garantia, mas como «norma de valor constitucional que aos poderes públicos cabe, não só respeitar, mas também fazer respeitar como interesses públicos fundamentais, esbatendo-se o antagonismo indivíduo-Estado».

(187) *Constituição da República Portuguesa anotada*, de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, 2.ª edição, 1984.

(188) No mesmo sentido, o Professor JORGE MIRANDA no seu *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, *Direitos Fundamentais*, ps. 140 e ss.: «Sem dúvida, são plenamente dessa natureza (direitos fundamentais de natureza análoga para o art. 17.º CRP) como direitos de agir e exigir com eficácia imediata, ... o direito dos consumidores à reparação de danos»; e o Professor GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 6.ª edição.

(189) *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, de VIEIRA DE ANDRADE.

Sendo o direito à reparação de danos um direito fundamental, coloca-se o problema da sua eficácia face às entidades privadas (190) no âmbito do art. 18.º. As empresas, que desenvolvem uma actividade comercial no mercado português, estarão obrigadas, *ab initio*, a garantir a reparação de danos ao consumidor, não incluindo nas condições gerais dos contratos que celebra a exclusão total da sua responsabilidade?

A conformação jurídica dos direitos constitucionais exige que no caso concreto se adequem os vários interesses em causa. A Constituição não garante só a reparação de danos sofridos pelo consumidor. É também um princípio com assento constitucional o da autonomia privada e liberdade negocial. E pelo art. 61.º da CRP é garantida a iniciativa económica privada.

Tendo em atenção estes interesses, no caso concreto, é necessário averiguar da sua concordância prática, de forma a assegurar uma solução justa.

Por isto, não é possível defender a vinculação imediata das entidades privadas, as empresas, à garantia dos consumidores à reparação de danos, porque, além de intervirem outros princípios constitucionalmente consagrados na conformação jurídica do caso concreto (a liberdade negocial e a liberdade de iniciativa económica das empresas e dos consumidores que deve ser preservada), o direito consagrado no art. 60.º da CRP, como é observado a seguir, carece de uma concretização na legislação ordinária por ter uma formulação vaga: não esclarece os termos em que a empresa vai responder perante os consumidores, e nem porque danos vai responder, i.e., até que ponto é admissível a empresa, nas condições gerais contratuais, excluir a sua responsabilidade. O direito dos consumidores à reparação de danos terá, na sua concretização, uma mera eficácia mediata: «o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais como normas objectivas efectiva-se no direito pri-

(190) Sabendo que as entidades públicas estão desde logo vinculadas, não sendo admissíveis sequer cláusulas limitativas que possam resultar numa impossibilidade de reparação. É o sentido do Acórdão n.º 153/90 do Tribunal Constitucional, ao julgar inconstitucional uma norma do estatuto dos CTT que excluía a responsabilidade pelos lucros cessantes.

vado através dos meios jurídicos desenvolvidos neste ramo do direito» (191).

Diferente, será discutir a aplicação directa desta norma constitucional, do direito do consumidor à reparação de danos, aos contratos cuja transacção se insira no mercado português, estabelecendo, apenas, um limite à liberdade negocial das empresas: o de não poderem incluir nesses contratos uma cláusula que exclua, de todo, perante o consumidor, a responsabilidade por danos. O art. 60.º da CRP assumiria, então, pela interpretação dos fins desejados pelo legislador constitucional, o carácter de uma norma de aplicação necessária e imediata aos contratos cuja transacção se insira no mercado que corresponde ao do território português, que teria uma função positiva, mas meramente delimitadora (e não impositiva), na conformação do conteúdo contratual, fazendo obedecer as empresas (porque elaboram ou utilizam condições gerais contratuais) aos princípios básicos, sociais e económicos, do nosso mercado.

Esta conclusão parece fácil de aproveitar pela simples análise da Constituição: dos artigos 17.º, 18.º e 15.º n.º 1, os contratos cuja transacção se considere inserida no mercado que corresponde ao espaço nacional deverão respeitar o direito consagrado no art. 60.º, n.º 1.

Se se defendesse a vinculação imediata das empresas ao direito do art. 60.º, não só os contratos celebrados no nosso mercado estariam envolvidos; também os contratos das empresas, com sede em Portugal, celebrados com consumidores de um mercado estrangeiro, e que envolvessem uma exclusão total da responsabilidade da empresa seriam considerados verdadeiramente inconstitucionais. Este efeito seria absolutamente lesivo do princípio da liberdade de iniciativa económica das empresas coartando a sua actuação comercial, envolvendo ainda, uma excessiva amplitude da eficácia das normas constitucionais.

O art. 17.º da CRP refere que: «O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direi-

(191) GOMES CANOTILHO, *op. cit.*

tos fundamentais de natureza análoga”, como o direito do consumidor à reparação de danos consagrado no art. 60.º, n.º 1. O art.º 18, n.º 1 prescreve a força jurídica deste direito: é directamente aplicável e vincula as entidades públicas e privadas nos termos anteriormente explicitados. A consequência importante, para este estudo, é a vinculação dos tribunais portugueses mesmo quando aplicam direito estrangeiro à efectivação do prescrito no art. 60.º, n.º 1⁽¹⁹²⁾.

O art. 15.º, n.º 1 da CRP consagra o chamado princípio da equiparação dos cidadãos estrangeiros com os nacionais, assegurando-lhes o «tratamento nacional» quanto ao gozo dos direitos fundamentais. Sendo assim, qualquer consumidor que se encontre em Portugal, quer seja português, estrangeiro ou apátrida terá a expectativa de não ser prejudicado nos seus direitos à reparação de danos, por uma empresa que desenvolva a sua actividade comercial no mercado português. Não é de considerar, portanto, se o consumidor é cidadão nacional, ou se reside em Portugal, basta encontrar-se cá, e que tenha recebido a apelação a contratar no mercado português para beneficiar do chamado tratamento nacional. Como a Constituição consagra os valores básicos e essenciais que presidem à organização jurídica e sócio-económica do país, do seu mercado, qualquer consumidor que seja parte numa transacção inserida neste mercado espera, com toda a certeza, não ser prejudicado no que os cidadãos nacionais também não o são: no direito à reparação de danos, o que releva, mais uma vez, a conexão jurídica do mercado onde a transacção.

Com estes argumentos, parecem existir poucas dúvidas que o art. 60.º da CRP deverá ser aplicado, mesmo na vaguidão do que garante ao consumidor, aos contratos com os consumidores cuja transacção se insira no mercado português.

Esta esfera de aplicação do art. 60.º CRP, que se procura indagar, não deve ser confundida ou equiparada, imediatamente,

(192) «Evidentemente, os tribunais recorrem aos direitos fundamentais de acordo com a matéria que julgam. Quando aplicam direito público, direito privado ou direito estrangeiro, o papel dos preceitos constitucionais varia, mas a vinculação dos juízes é sempre a mesma (a sua actividade é sempre pública)», in VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*

com o âmbito de aplicação das normas chamadas de aplicação necessária e imediata da legislação ordinária. Com efeito, existem certas diferenças, embora pouco relevantes quanto às consequências. Estas normas reinvidicam, quer explicitamente, por referência do legislador (i.e., o legislador insere ao lado da norma material, uma norma instrumental que lhe define a aplicação), quer implicitamente, de um modo nítido para o intérprete, um espaço de aplicação autónomo face ao espaço que as regras de conflitos atribuem. Para precisar, as normas de aplicação necessária e imediata fazem uso de um «mecanismo de subtracção» da competência normalmente atribuída a uma ordem jurídica pelas regras de conflitos (que tem por fundamento as concretas conexões da situação jurídica plurilocalizada com esse ordenamento). Esta vontade de aplicação, na maior parte das vezes, e no que concerne à protecção do consumidor, não corresponde à consagração, por parte do legislador ordinário, dos princípios jurídicos básicos da nossa consciência jurídica, mas constitui uma opção de política legislativa de direcção imperativa, que tem por fundo e é determinada, como foi explicitado no início deste trabalho, pelo contexto sócio económico nacional.

No caso do art. 60.º da CRP, o conteúdo da prescrição constitucional consagra o direito do consumidor à reparação de danos como étimo fundamental da nossa consciência jurídica. No entanto, é um conceito vago, não indica os termos em que impõe essa responsabilidade porque não seria o seu papel, nem a que danos se refere, e por isso, apesar deste direito ter a força jurídica que o art. 18.º da CRP lhe confere, necessita, para desenvolver todo o seu alcance, da concretização na legislação ordinária: o art. 60.º e o seu âmbito de aplicação não foram determinados por opções de política legislativa ordinária; a sua concretização na legislação ordinária é que vai ser determinada por essas opções condicionadas pelo tempo e oportunidade em que são racionalizadas.

O DL n.º 446/85, no art. 18.º (c) vem permitir a limitação da responsabilidade da empresa aos casos de dolo e culpa grave (podendo, no entanto, o princípio da boa fé do art. 16.º do mesmo diploma «intervir nas diversas situações, viabilizando a prosse-

cução de justiça nos contratos»⁽¹⁹³⁾ sem que seja considerado, minimamente, inconstitucional, porque, obviamente, o princípio da autonomia privada também é um bem constitucionalmente protegido.

A aplicação directa deste preceito constitucional advém, no meu entender, não de uma opção de política legislativa ordinária que lhe impõe certo âmbito de aplicação, mas de duas circunstâncias de natureza político-constitucional: uma, a de que esta norma explícita um princípio básico, sócio-económico, do mercado onde a transacção contratual em causa se insere, outra, a de que, estando esta norma sujeita ao regime do art. 18.º da CRP — implicando, como efeito mais importante para o contrato plurilocalizado, o direito ao gozo, por parte dos consumidores estrangeiros que se encontrem em Portugal, do direito que o art. 60.º da CRP consagra, à reparação de danos, pelo art. 15.º, n.º 1 da CRP — existe uma imposição constitucional de uma determinada correcção jurídica do conteúdo dos contratos cuja transacção se considere inserida no mercado do qual a CRP consagra os princípios básicos. Esta norma constitucional não chega, pelas conclusões referidas, a constituir um verdadeiro «mecanismo de subtracção» da competência atribuída a uma lei estrangeira. O único valor que o art. 60.º da CRP garante é o direito do consumidor à reparação de danos, competindo à lei do contrato os termos e o modo da empresa responder perante o consumidor.

O problema que pode surgir é o da lei do contrato permitir a exclusão da responsabilidade da empresa nos contratos com condições gerais. Neste caso, estudado adiante, é que se deve procurar se o art. 60.º da CRP exclui a aplicação da lei estrangeira no sentido em que permita que a empresa não responda por danos, assumindo, então, aqui, a força jurídica de uma verdadeira norma de aplicação necessária e imediata, ou então, e no seio da conformação jurídica do conteúdo contratual, se se assiste a uma contradição de valores sistemicamente autónomos, ou mesmo

⁽¹⁹³⁾ *Anotação ao DL 446/85* dos Professores ALMEIDA COSTA e MENEZES CORDEIRO.

a uma lacuna da regulação jurídica do contrato de colisão, cabendo ao intérprete decidir da prevalência de um ou outro.

O espaço de aplicação que se procura encontrar para o art. 60.º CRP distingue-se, também, do uso da excepção de ordem pública. De facto, BALLARINO refere que: «*l'ordine pubblico esprime una posizione puramente difensiva. Le norme costituzionali, al contrario, esprimono un programma positivo, affermano l'esigenza di realizzare fini e valori che costituiscono un ordine sociale piú giusto*»⁽¹⁹⁴⁾. Sendo assim, embora no caso da *ordre public économique de direction* o operar da excepção de ordem pública se aproxime, nos seus efeitos positivos da aplicação directa das normas constitucionais, há que reconhecer que a excepção pode não ser um instrumento capaz de alcançar o resultado social justo de um contrato. Em certos casos, só mesmo a aplicação das normas constitucionais garantirá esse resultado socialmente justo; e.g., quando se considere que as consequências da aplicação de determinada lei estrangeira não sejam tão graves que impliquem o uso da excepção de ordem pública pelo juiz. E este será o caso da protecção do consumidor que envolve tantas coordenadas (se as condições gerais são abusivas pela boa fé, se é de proteger um consumidor que não prestou atenção as condições em *fine print*, etc...), que o efectivo interesse do consumidor torna-se indistinto.

O que se procura neste problema é indagar se um consumidor, parte de uma transacção que se insere no mercado que corresponde ao espaço nacional português, pode invocar, *in primis*, a protecção que o art. 60.º da CRP lhe concede. i.e., partindo do princípio do mínimo dano causado à lei estrangeira, se se considera que determinado contrato, celebrado com um consumidor, e que se insira no mercado a que corresponde o espaço nacional, deve respeitar o princípio do direito à reparação dos danos do consumidor. Aceitando esta premissa, aplicar-se-à a *lex contractus* nos moldes em que consagra a responsabilidade da empresa (e.g., como o art. 18.º c) do DL n.º 446/85, se aceita a limitação da responsa-

⁽¹⁹⁴⁾ *Costituzione e Diritto Internazionale Privato*, de Tito BALLARINO, Padova, 1974.

bilidade da empresa nos casos de culpa leve, ou se exclui de todo a limitação da responsabilidade por danos; e só não se aplicará uma norma estrangeira que permita a exclusão total da responsabilidade por danos). Deste modo evita-se o utilizar da excepção de ordem pública, muitas vezes incómoda para o julgador de direito por implicar um juízo de resultado da aplicação de determinados preceitos estrangeiros, além do juízo de incompatibilidade concreta grave entre a norma estrangeira e o direito nacional. Esta dificuldade operatória da excepção de ordem pública, juntamente com a liberdade ampla de avaliação do juiz, que implica uma incerteza da resolução jurídica, permite inferir a conclusão que a aplicação directa das normas constitucionais, neste caso, o art. 60.º CRP, será uma solução mais vantajosa, em todos os sentidos, do que esperar que o juiz faça uso da excepção, senão vejamos.

Primeiro, o carácter excepcional da ordem pública aconselha o seu uso moderado, e só condizente com casos graves de lesão de valores fundamentais da ordem jurídica do foro, e ainda, como último recurso.

Segundo, o princípio do mínimo dano causado à lei estrangeira implica que se procure, na medida do possível, evitar obstáculos à competência atribuída a uma lei pelas regras de conflitos.

Terceiro, deste modo, e tendo em atenção o ambiente contratual em que a transacção se desenvolve, é possível esboçar, antes da aplicação da *lex contractus* o que é justo e o que não é justo, para as normas constitucionais que definem os étimos sócio-económicos do mercado onde a transacção se insere, no conteúdo contratual. Sendo uma das ideias básicas da justiça conflitual a protecção das expectativas das partes parece essencial salvaguardar, perante a *lex contractus*, a reparação dos eventuais danos que o consumidor venha a sofrer? porque esta é uma das expectativas dos consumidores que transacionem, nos termos referidos, no espaço do mercado português.

Assim, como foi referido, não existirão obstáculos à aplicação da *lex contractus*, desde que as normas estrangeiras não permitam à empresa excluir, de todo, a sua responsabilidade perante o consumidor. A *lex contractus* definirá os termos pelos quais a

empresa responderá perante o consumidor, nomeadamente, e como exemplo, se será válida uma cláusula que exclua a responsabilidade por culpa leve.

O problema mais complexo surge quando a *lex contractus* permite a exclusão total da responsabilidade da empresa, como condição geral contratual apresentada ao consumidor.

Um contrato plurilocalizado, cuja transacção se insira no mercado a que corresponde o espaço nacional, com um consumidor, estará sujeito, pelo que foi defendido, ao art. 60.º da CRP, que não permite que o conteúdo contratual tenha por resultado a não reparação absoluta dos danos sofridos pelo consumidor. Esta aplicação directa da norma constitucional não implica, como foi explicitado, qualquer obstáculo à competência atribuída à *lex contractus* (pela vontade das partes, ou por uma regra de conflitos), e é esta lei que define os termos pelos quais a empresa vai responder perante o consumidor.

Se a lei do contrato permite que a empresa exclua totalmente a sua responsabilidade, e o art. 60.º CRP impõe-na, vão coexistir na conformação jurídica do conteúdo contratual dois valores contraditórios, que no entanto, sistemicamente são autónomos.

Assim, é necessário averiguar se a aplicação directa das normas constitucionais, neste contexto da protecção do consumidor, constitui um «mecanismo de subtracção» imediato, como as normas da legislação ordinária chamadas de aplicação necessária e imediata.

O Professor MOURA RAMOS defende que o art. 53.º da CRP, que proíbe os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos, «deverá valer para todos os contratos que se executem em Portugal (quer sejam sujeitos ou não à lei portuguesa) e que poderá ainda aproveitar aos trabalhadores portugueses (ou aos estrangeiros residentes em Portugal) que, por contrato submetido a uma ordem jurídica estrangeira, sejam contratados por empregadores portugueses, ainda que para um trabalho que, ao menos em parte, decorra no estrangeiro»⁽¹⁹⁵⁾. Esta norma deve, assim, ser considerada de aplicação necessária e imediata pelos

(195) *Contrato de Trabalho em DIP*, § 103, ps. 790 e ss..

fins prosseguidos pelo legislador constitucional. É de notar que a prescrição desta norma constitucional é precisa o que possibilita a sua eficácia imediata: não será necessária uma concretização da legislação ordinária para definir «despedimento por motivos políticos ou ideológicos» porque é um conceito facilmente subsumível pelo juiz; o mesmo para o conceito de justa causa que, apesar de ser um conceito indeterminado, constituirá uma garantia sólida do trabalhador porque implica um controle judiciário da motivação da decisão de despedimento. O art. 53.º CRP proporciona, portanto, um regime protectivo eficaz no sentido que define, de um modo preciso, as garantias do trabalhador que ele poderá invocar em juízo sem que haja dúvidas suficientes do conteúdo e limites dos seus direitos.

Tal não parece ser o caso do art. 60.º da CRP. Como foi referido, o art. 60.º da CRP só atinge todo seu alcance potencial na concretização do direito da reparação de danos na legislação ordinária. Por este motivo, não é possível reconhecer nesta norma, *ab initio*, um mecanismo de subtracção da competência atribuída a uma lei estrangeira. Desde que a lei estrangeira imponha, de alguma forma, a responsabilidade da empresa perante o consumidor, o art. 60.º CRP não passa de uma referência do ambiente contratual. O art. 60.º CRP só parece assumir o carácter de norma de aplicação necessária e imediata no caso da lei estrangeira aceitar a exclusão total da responsabilidade da empresa, pois neste caso, subtrai a aplicação da parte do sistema estrangeiro que permite essa exclusão, impondo a reparação de danos, à semelhança dos efeitos da excepção de ordem pública, nos termos em que a lei do contrato a concebe.

Esta aplicação directa não tem, no entanto, um efeito defensivo, como a excepção de ordem pública, mas um efeito positivo, conformador e impositivo de um valor social justo, dada a conexão que determina essa aplicabilidade directa do art. 60.º da CRP. Nas palavras de Claude LOMBOIS ⁽¹⁹⁶⁾ «*l'ordre public, au nom des grands principes; les lois d'application immédiate en vertu des grands sentiments*». Então, o art. 60.º da CRP invalida a condição

(196) Citado por JACQUET, *op. cit.*, p. 280.

geral do contrato que exclui totalmente a responsabilidade da empresa não por meio de excepção, mas por vontade de aplicação própria.

Para concluir, como o conteúdo do direito à reparação de danos é impreciso e vago, essa vontade de aplicação só se manifesta, verdadeiramente, na hipótese única da lei estrangeira permitir uma condição geral contratual que exclua em absoluto a responsabilidade da empresa, subtraindo a competência da lei estrangeira neste *point-at-issue*.

Um factor decisivo na possibilidade da aplicação directa da norma constitucional vai ser a jurisdição em que um litígio emergido de um contrato com um consumidor, cuja transacção se insira no nosso mercado, vai ser apreciado.

Se a decisão judicial competir a um tribunal português: ou pelo regime do art. 18.º, n.º 1 que vincula os tribunais, mesmo na aplicação de uma *lex contractus* estrangeira, seja quais forem as concretas conexões do contrato com o nosso país, a garantir os direitos consagrados constitucionalmente, embora com os inconvenientes apontados do uso da excepção de ordem pública; quer pela natureza de norma de aplicação necessária e imediata que o art. 60.º da CRP assume quando a *lex contractus* não invalida uma cláusula contratual que exclui toda a responsabilidade da empresa perante o consumidor, o interesse do consumidor em ser reparado, de alguma forma, pelos danos é garantido.

Se a decisão judicial competir a um tribunal estrangeiro, o interesse do consumidor só será assegurado, se o tribunal puder fazer uso de uma conexão especial (*Sonderanknüpfung*), como o art. 7.º da Convenção de Roma de 1980, que lhe permita aplicar, ou considerar, normas terceiras à *lex fori* e à *lex causae* na conformação jurídica do contrato.

A utilidade máxima do art. 60.º da CRP, e da sua natureza de norma de aplicação necessária e imediata, será atingida, portanto, quando o litígio seja apreciado no foro nacional, o que será um argumento a favor de teorias que preconizam a interdependência entre o conflito de leis e o conflito de jurisdições, com destaque, neste caso, para a teoria da *Gleichlauf* que faz derivar a competência judiciária da competência legislativa e que concebe o «processo como meio essencial à realização do direito

substantivo⁽¹⁹⁷⁾. Senão, a sua eficácia depende da existência de um mecanismo como o art. 7.º da CR com os inconvenientes já estudados.

É de notar a importância, para as empresas, da prática de «*preventive law*», estabelecendo, como condição geral contratual, uma cláusula de eleição do foro que exclua o recurso aos tribunais portugueses, dado o reduzido alcance da Convenção de Bruxelas de 1968, que não inclui, na hipótese do n.º 3 do art. 13.º, os consumidores que se encontrem ocasionalmente no território de um Estado contratante, ainda que a transacção se insira no mercado desse Estado.

Também, e por outro lado, se um consumidor de um mercado estranho ao nosso, accionar, por danos, uma empresa portuguesa num tribunal nacional, pela excepção de ordem pública poderá obter um direito consistente, a não ser que uma das condições gerais do contrato eleja como foro competente um outro.

Revela-se, nesta hipótese, um exemplo concreto da importância do local de origem da empresa como elemento do ambiente contratual dos contratos internacionais com os consumidores: o consumidor, numa prática que será identificada como de *forum shopping*⁽¹⁹⁸⁾ (mas perfeitamente legítima como o demonstra a orientação do art. 14.º da CB), beneficiando dos étimos jurídicos fundamentais do foro com o qual a empresa tem uma ligação (pelo art. 13.º CB, sede, sucursal agência ou outro estabelecimento), poderá obter uma pretensão válida pela localização do *place of business* da empresa.

⁽¹⁹⁷⁾ *Contrato de Trabalho em DIP*, § 31.

⁽¹⁹⁸⁾ Neste sentido, POCAR, *op. cit.*, ps. 398 e ss..

Conclusões

A partir da análise económica das condições contratuais gerais concluiu-se que os contratos entre as empresas e os consumidores assumem um carácter relacional dado o envolvimento continuado de cooperação que se estabelece entre as partes, as empresas e a comunidade de consumidores.

Também a análise desse envolvimento estabeleceu que a adopção por parte das empresas de condições gerais comuns aos contratos que celebra com os consumidores não representam, por si só, um sacrifício da liberdade contratual da outra parte. Com efeito, atendendo à comunidade interactiva de consumidores é possível justificar a existência de um autêntico *countervailing power* que implica um equilíbrio contratual que deriva da comunicação entre as duas comunidades: as empresas e os consumidores.

O princípio da autonomia conflitual é de fundamental importância para os contratos internacionais. Para os contratos com consumidores, tanto a autonomia material, como a conflitual, são instrumentos que possibilitam a justa conformação do contrato. E, para existir uma verdadeira autonomia, é necessário que sejam respeitados os princípios da confiança, que a lei escolhida ou o conteúdo do contrato permitam a realização do fim contratual, o de ambas as partes, e da *fairness of exchange*, ou justiça comutativa onde as obrigações e os riscos assumidos são repartidos de forma equitativa, i.e., deve existir uma autêntica transacção, e não uma subordinação dos interesses de uma parte à outra.

Por isso, não estando tanto em causa o sacrifício de um dos princípios essenciais do direito civil, quando a autonomia conflitual e material não é usada em detrimento da outra parte, é necessário compreender o importante efeito da utilização de condições gerais que é o de garantir a eficácia económica do mercado, efeito

vantajoso para as duas partes ao contrário do resultado provocado por apenas se pretender garantir uma extensão teórica da liberdade contratual do consumidor

O problema essencial parece estar no grau de intervenção do legislador material cujo principal reflexo tem sido o de proscrever a liberdade contratual não só da parte mais fraca, mas também da empresa. i.e., por uma maior ofensa ao princípio da liberdade contratual procura-se preservar um equilíbrio contratual idealizado que é impossível de conceber, face ao que foi descrito, das características de autênticos contratos relacionais que constituem os contratos entre as empresas e os consumidores.

Se no direito material a tendência foi a de ofender princípios básicos do sistema também no âmbito do Direito Internacional Privado se assistiu ao desenvolvimento de práticas que procuram, não só, eliminar o princípio da autonomia conflitual, mas também, impôr determinadas concepções muito próprias do direito interno alargando unilateralmente o alcance das suas normas.

Mas, o modo de abordar o problema em DIP depende do considerar se o princípio da protecção mais fraca, princípio de direito material, constitui um interesse de DIP. Estudada a equação de sistema de DIP, e a sua consideração como direito com valores materiais, i.e., imbuído com os mesmos valores que os outros ramos de direito interno, implicando, como consequência máxima, a sua sujeição à Constituição, e ainda, estudadas as consequências que decorrem do operar dos seus princípios, essencialmente, o da autonomia conflitual nos contratos, não se pode deixar de concluir, não só, o princípio da protecção mais fraca como interesse de DIP, mas como verdadeiro princípio estruturante.

O que é de observar, é que o modo como o direito interno procura proteger a parte mais fraca, assegurando a justiça material, não é o modo do DIP. Realmente o DIP é dono de uma justiça própria, a justiça conflitual, que não corresponde, no entanto, a uma justiça formal, i.e., ao mero operar das regras de conflitos, mas antes, à realização da justiça material pelo respeito dos princípios de DIP, e não pela realização de valores retirados de uma consciência jurídica nacional. A justiça material em DIP é realizada, no essencial, pela realização dos seus valores, em especial, o princí-

pio da igualdade ou da paridade de tratamento das leis interessadas no regular da situação jurídica plurilocalizada.

Embora exista consenso na consagração do princípio da protecção mais fraca como princípio de DIP (o que implica o considerar das regras de conflitos como instrumentos para a sua concretização), não há uma unidade de métodos para o modo de conceber essa protecção.

Analisando a diversidade de soluções propostas pela doutrina e pelas leis nacionais em relação à protecção do consumidor, observa-se que essa diversidade resulta, necessariamente, do diferente conteúdo da chamada *ordre public économique de direction*.

A *ordre public économique de direction* constitui o fundo político, económico e social que condiciona as opções nacionais quanto ao tratamento jurídico de certas situações jurídicas plurilocalizadas. Com efeito, na comparação mínima de várias soluções legislativas nacionais notou-se uma certa sintonia entre a evolução dos mercados nacionais e a orientação, mais protectora, ou mais liberal dessas soluções.

Notório foi o confronto, que resulta numa colisão, das soluções do nosso direito, do DL n.º 446/85, com as regras uniformes que vão vigorar em toda a CE.

O primeiro ponto de partida para a compreensão da questão que este trabalho pretende abordar, foi, portanto, o de que a disparidade nas soluções que as legislações (e até a doutrina) dão para a protecção da parte mais fraca resulta, directa ou indirectamente, do diferente conteúdo da *ordre public économique de direction*. Para esta conclusão contribuiu uma abordagem próxima da perspectiva da análise económica do direito, do ponto de vista positivo e também normativo, o que demonstra, mais uma vez, que o DIP não é um direito neutro, e que longe disso, é um direito com valores materiais de ordenação, e que influi decisivamente na conformação das situações jurídicas

Partindo da análise do contrato relacional entre os consumidores e a empresa encontrou-se um dado essencial na caracterização do contrato: a ambiência jurídica e sócio-económica que o envolve e que se revela decisiva para o determinar do conteúdo dos princípios de boa fé que decorrem da celebração de qualquer contrato, os da confiança, respeito e lealdade.

E deste dado essencial parece derivar a conclusão de que as partes, em especial, a empresa que pretende actuar em determinado mercado não deverá (o que é revelado pelo conteúdo dado ao contrato) ignorar ou ficar indiferente a essa envolvência jurídica económica e social, pois se o fizer tornará o conteúdo contratual incongruente e inadmissível face à consciência jurídica do mercado onde a transacção se desenvolve. Esta conclusão não é estranha considerando, como o Professor MOTA PINTO refere, que «a relação jurídica é uma relação imersa na vida», na sociedade — e tendo em conta as circunstâncias em que surgem os contratos *standard*, em massa — no mercado, e isso não é indiferente no contratar.

A principal questão a resolver torna-se então definir os elementos do ambiente contratual. Como, antes de mais, a transacção entre a empresa e o consumidor se insere num determinado mercado, local de apelação da empresa a um número indeterminado de consumidores, e ponto de encontro do acordo em contratar entre esses sujeitos, este elemento, o mercado onde a transacção se insere, torna-se sem dúvida o centro de gravidade do contrato. Por outro lado, é de destacar o local de origem das partes. O consumidor pode não residir no espaço nacional do mercado centro da transacção (embora tendencialmente assim seja), i.e., pode por mero acaso ter transacionado num mercado que não corresponde ao da sua residência, e, portanto, deriva o interesse de considerar o local de origem, a residência do consumidor como elemento do ambiente contratual. Mas, mais relevante parece ser o local de origem da empresa, o seu *place of business*, como desde logo o Relatório GIULIANO-LAGARDE da Convenção de Roma de 1980, o nota. Encontrei, assim, três elementos essenciais: o mercado onde a transacção se insere, o local de origem de cada uma das partes contratuais.

Encontrados estes elementos resta procurar os seus efeitos na concreta conformação jurídica do contrato.

Primeiro, assiste-se a um impressionante cruzamento de leis que resulta da vontade de aplicação necessária e imediata que os Estados imprimem às suas leis.

Tendo as partes feito uso da sua autonomia conflitual, surgem, no entanto, outras leis que, porque a situação jurídica tem conexões

com vários Estados, pretendem chamar a si determinada conformação jurídica do contrato. Ainda, dependendo da jurisdição que decide dos eventuais litígios derivados dessa SJ, a *lex fori* pode ter influência no controle jurídico do contrato, quer por impôr a sua vontade de aplicação, quer por ser referência para o juiz operar a exceção de ordem pública. E por fim, o DIP do foro pode também ser decisivo, porque, ou respeita os princípios essenciais do sistema e e.g. não é um obstáculo à autonomia conflitual, ou, então, desrespeita esses princípios, impondo uma indesejável visão nacional.

Da consideração dos elementos do ambiente contratual pode resultar uma complexidade acrescida para a concreta conformação jurídica do contrato. Relevou do art. 5.º da CR que deve existir um ponto de referência, um *standard*, que permita distinguir a correção jurídica do contrato, correção que é, obviamente, definida pelo equilíbrio contratual das prestações, em que cada uma das partes deve obter o que a motivou a contratar.

Segundo, além das normas de aplicação necessária e imediata, é necessário atender a outro conjunto de normas que definem os princípios jurídicos essenciais da origem das partes e do mercado onde a transacção se insere. É inevitável o recurso à Constituição como definidora primeira desses princípios essenciais, não só jurídicos mas de mercado, e por isso foi estudado, o alcance do art. 60.º CRP.

A Convenção de Roma é o texto legislativo mais significativo para o DIP dos contratos, por estabelecer DIP uniforme para a CE e pela discussão que suscitou, pelas inovações que encerra, especialmente pelo mecanismo do art. 7.º.

Procurou-se analisar os artigos 5.º e 7.º numa perspectiva de *preventive law*, conceito de Louis BROWN recolhido por CAVERS, i.e., procurar o caminho que as partes devem seguir para evitar litígios desnecessários no tribunal. Qual é, para a CR, a melhor conformação jurídica de um contrato com os consumidores. Para responder a esta questão foram estudados os dois artigos em questão.

O artigo que consagra a preocupação pelo consumidor é o art. 5.º; depois de explicitado o seu significado face aos princípios de DIP, em especial, face aos princípios da autonomia conflitual e

da paridade de tratamento das leis interessadas na conformação jurídica de determinada SJ, é necessário confrontá-lo com o art. 7.º. O art. 7.º deve ser compreendido no âmbito da questão doutrinal da admissibilidade de uma conexão especial (*Sonderanknüpfung*) na aplicação de leis *terceiras*, que não a *lex causae* nem a *lex fori*, interessadas na regulação de determinada SJ plurilocalizada.

A questão fundamental torna-se, então, se a aplicação do art. 5.º preclui o operar do art. 7.º e em que termos. Se o art. 7.º só serve para proteger os contratos não abrangidos pela *facti-species*, ou se também importa aos outros.

Considera-se existir interesse no funcionamento do art. 7.º, em relação aos contratos que o art. 5.º abrange, tendo em conta o que foi apreendido acerca da importância do ambiente contratual, em especial da lei do mercado onde a transacção se insere e da lei do *place of business* da empresa, na conformação jurídica do contrato. Também, a própria natureza de uma conexão especial como a prevista no art. 7.º é vista pela doutrina como adequada, e meio privilegiado, para a protecção da parte contratual mais fraca sendo indiscutível que operará nos contratos não abrangidos pelos arts. 5.º e 6.º CR, e defensável, pelo que foi estudado, que funcione em hipóteses, residuais é certo, mas importantes, das situações previstas nas normas em causa.

Na hipótese do consumidor, nos contratos do art. 5.º CR, utilizando a prerrogativa que lhe concede o art. 14.º, §1.º da CB, (aplicável aos contratos do art. 13.º CB cuja hipótese restrita equivale à do art. 5.º CR) accionar a empresa no domicílio desta parte, o art. 7.º será incapaz de operar por não ter objecto. Com efeito, sendo o litígio julgado no domicílio da empresa já existirá a possibilidade de uma verdadeira aplicação (e não só de uma consideração): primeiro, das normas do local de origem da empresa (porque serão às da *lex fori*), e segundo, das normas da residência do consumidor e do mercado onde se insere a transacção pelo art. 5.º CR.

Só no caso anterior é que o art. 7.º não opera, e simplesmente pelo facto do consumidor ter escolhido o foro correspondente ao do domicílio da empresa, e não por uma incompatibilidade entre o art. 5.º e o art. 7.º da CR.

Tendo em atenção o princípio da uniformidade de julgados defendi que seria adequada uma interpretação do art. 7.º que permitisse a consideração da OP vigente no *foro da empresa*, pelo tribunal correspondente ao domicílio do consumidor, o que não será uma tarefa impensável num espaço multinacional definido como o da CE.

Apesar do alcance algo restrito do art. 7.º, não é dispicienda a sua aplicação do nos seguintes casos: primeiro, nos contratos da hipótese do art. 5.º, quando o consumidor demanda a empresa num foro que não corresponda ao domicílio desta parte; e segundo, nos contratos não abrangidos pelo art. 5.º da CR, seja qual for o foro que julga o litígio, pois não existirá coincidência, nestes casos, entre a residência do consumidor e o mercado onde a transacção se insere.

Afinal, a ideia de só permitir o funcionamento do art. 7.º da CR nos contratos não incluídos no art. 5.º, iria criar um desajustamento que se traduziria no facto dos consumidores cujos contratos não são regulados pela regra do art. 5.º poderem obter uma protecção mais eficaz (por aproveitarem a conexão do art. 7.º) que os outros, cujos contratos cabem na alçada do art. 5.º. Tal incongruência não tem qualquer justificação, especialmente a de LASOK e STONE que consideram a aplicação conjunta dos arts. 5.º e 7.º da CR «*confusing and unjust*». Injusto será beneficiar certos consumidores em detrimento de outros por uma mera questão de mecânica jurídica, e sem justificação material.

Se não se aceitar a aplicação conjunta dos arts. 5.º e 7.º da CR todo o propósito da CR de aplicar um tratamento mais favorável ao consumidor poderá tornar-se insípido, pertencendo, afinal, o maior papel protector, nem tanto ao art. 5.º, mas ao art. 7.º pelas potencialidades que encerra.

Uma solução que não foi considerada em particular para este trabalho foi a questão da perspectiva substancialista na escolha da lei aplicável às situações jurídicas onde se considere existir uma parte mais fraca.

Com efeito, um dos grandes pressupostos deste trabalho é o da importância da autonomia conflitual nas transacções internacionais, e que condicionou o estudo e a análise crítica das respostas doutrinárias e legislativas. Por isto, admitir a admissibilidade das,

apelidadas por PATOCCHI, regras de conexão substancial iria contribuir muito pouco para o estudo da questão objecto deste desenvolvimento. Também, as críticas que se apresentam a este tipo de regras de conflitos, como as que destacam o seu inevitável ilogismo face aos princípios e valores primeiros de DIP, desde logo, o da paridade de tratamento das leis interessadas em reger a situação em causa, e os valores da segurança e previsibilidade jurídicas, além das graves objecções que se referem à real praticabilidade do mecanismo (que não revestirá um carácter verdadeiramente científico, nos termos de RAAPE e STURM, *JPR*), não permitiriam considerar com grande sucesso de demonstração as vantagens desta perspectiva para as respostas normativas à questão da lei aplicável aos contratos nos quais sejam partes consumidores.

A conclusão essencial deste trabalho é que o conceito de mercado é essencial nos contratos internacionais com os consumidores.

Com efeito, não repetindo os argumentos apresentados ao longo deste trabalho, a conexão da residência habitual do consumidor não releva de modo algum como prevalente quando se considera de forma integrada a transacção de bens de consumo.

É preciso não esquecer que as soluções de DIP destinam-se a regular SJs que por terem pontos de contacto com vários países têm importantes efeitos económicos nesses Estados que não podem ser ignorados pelos juristas, apesar de não terem uma especial preparação económica.

Mas, esta conclusão é clara pelo estudo das Convenções de Roma e Bruxelas que se destinam a regular as SJs que se localizem no espaço económico do mercado único europeu.

Tendo em conta os objectivos, observados neste trabalho, da CE, o único critério que pode ambicionar ser referência para os contratos europeus com os consumidores é o do mercado onde a transacção se insere.

É um critério não só económico, mas eminentemente social, que se relaciona com as legítimas expectativas das partes, em especial, do consumidor.

E o consumidor em causa não deve ser discriminado pelo seu local de origem, como as Convenções estudadas o fazem: pouco deve interessar se a origem, a residência ou a nacionalidade, do

consumidor é do Estado membro em cujo espaço de mercado a transacção se realizou ou não, ou se é mesmo de um Estado membro da CE.

Pretendendo a CE uma Europa de Cidadãos, com especial destaque para a protecção do consumidor, não deve ser vedada a qualquer pessoa que entre em contacto com este espaço económico e social a possibilidade de beneficiar de um certo regime protectorio que seja reflexo dos étimos jurídicos fundamentais do espaço europeu.

Fecho este trabalho com a chave com que o abri: as palavras de SONO.

«Our concern should not be aimed at who is weaker or stronger, but at whether certain clauses are reasonable in a given situation. The jungle of technicalities should not overshadow this simple test. Moreover, the realization of this simple test may indeed work to mitigate disputes themselves.»