

DIREITO APLICÁVEL AOS CONTRATOS COM CONSUMIDORES (*)

*Pelo Prof. Doutor Luís de Lima Pinheiro (**)*

INTRODUÇÃO

I. O contrato celebrado por um consumidor pode estar exclusivamente inserido na esfera social do Estado português. Trata-se, então, de um contrato interno que está submetido directamente ao Direito material português.

São cada vez mais frequentes, porém, os contratos com consumidores que transcendem a esfera social de um Estado, designadamente em razão da residência habitual, sede ou estabelecimento das partes. Por exemplo, a venda de uma colecção de discos compactos realizada através da Internet, em que o vendedor é uma sociedade estabelecida em Otava e o comprador tem residência habitual em Lisboa.

Estes contratos transnacionais colocam um problema de determinação do Direito aplicável. Assim, no exemplo dado, suscita-se a questão de saber se o contrato está submetido ao Direito canadiano, ao Direito português ou a outro Direito. Devido às divergências entre os sistemas nacionais, da competência deste ou

(*) O presente texto corresponde à comunicação apresentada no âmbito do I Curso de Pós-Graduação em Direito do Consumo, organizado pela Faculdade de Direito de Lisboa, em 9 de Janeiro de 2001.

(**) Professor da Faculdade de Direito de Lisboa.

daquele Direito nacional podem decorrer soluções muito diferentes quanto à validade do contrato, à sua interpretação e integração ou a litígios relativos à sua execução.

II. Regista-se uma divergência entre as ordens jurídicas quanto aos conceitos de consumidor e de contrato com consumidor. Mesmo dentro da mesma ordem jurídica o conteúdo destes conceitos pode variar de diploma para diploma. Aqui toma-se por base conceitos autónomos de consumidor e de contrato com consumidor. Entende-se por consumidor aquele que adquire um bem ou um serviço para uma finalidade que não caia no âmbito de uma actividade económica independente. Nesta ordem de ideias, é contrato com consumidor aquele em que só uma das partes (o fornecedor de um bem ou de um serviço) actua no âmbito de uma actividade económica independente.

Creio que este conceito permite abranger os casos em que se desenvolveram soluções especiais de Direito Internacional Privado destinadas à protecção do consumidor vigentes na ordem jurídica portuguesa. Cabe à exposição que se segue confirmar ou infirmar este ponto de partida.

III. O desenvolvimento de regimes materiais que visam a protecção do consumidor, como parte contratual mais fraca, foi acompanhada da formulação de regras especiais de Direito Internacional Privado que prosseguem o mesmo fim ⁽¹⁾.

Não pretenderei aqui examinar todas as regras especiais de Direito Internacional Privado destinadas à protecção dos consumidores, mas tão-somente aquelas que tendem a abranger generalidade dos contratos com consumidores ⁽²⁾. Pelo que toca à ordem

(1) Ver MOURA RAMOS — *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional*, Coimbra, 1991, 663 e seg., n.º 617 e 746 e segs. e “Contratos internacionais e protecção da parte mais fraca no sistema jurídico português”, in *Contratos: Actualidade e Evolução*, Porto, 1997, 331-357, 338 e segs., com desenvolvidas referências legislativas e bibliográficas.

(2) Relativamente a regras especiais que têm por objecto determinadas categorias de contratos com consumidores ver LIMA PINHEIRO — *Direito Internacional Privado. Parte Especial (Direito de Conflitos)*, Almedina, Coimbra, 1999, 211 e ainda o art. 20.º do DL n.º 359/91, de 21/9, com respeito aos contratos de crédito ao consumo.

jurídica portuguesa estas regras especiais encontram-se na Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (I) e no diploma das cláusulas contratuais gerais (II).

I. CONVENÇÃO DE ROMA SOBRE A LEI APLICÁVEL ÀS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS

A) Razão de ordem

A Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais é a principal fonte do Direito de Conflitos regulador dos contratos obrigacionais. Antes de examinar as regras especiais aplicáveis aos contratos com consumidores (C), convirá referir as normas de conflitos gerais, que são aplicáveis a estes contratos quando não sejam afastadas por essas regras especiais (B). Importa ainda indagar das relações que se estabelecem entre essas regras especiais e as cláusulas gerais sobre a relevância de normas de aplicação necessária que constam do art. 7.º da convenção (D).

B) Regras de conflitos gerais

A Convenção de Roma consagra o princípio da autonomia da vontade na determinação do Direito aplicável às obrigações contratuais no n.º 1 do art. 3.º.

Este princípio fundamenta-se, em primeiro lugar, na *autodeterminação* das partes ⁽³⁾. Para a justificação da eficácia jurídica da convenção sobre o Direito aplicável, concorrem ainda razões de *certeza, previsibilidade e facilidade* para as partes na determinação da disciplina material do caso, ligadas à *protecção da confiança*

⁽³⁾ Ver ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO — *Da Compra e Venda em Direito Internacional Privado, Aspectos Fundamentais*, vol. I (Diss. Doutoramento), Lisboa, 1954, 108, que se refere a um momento de liberdade, e, em geral, sobre a fundamentação do princípio da autonomia da vontade na designação do Direito aplicável, LIMA PINHEIRO — *Contrato de Empreendimento Comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado*, Cosmos, Lisboa, 1998, 456 e segs., com mais referências.

recíproca. Enfim, é de partir do princípio que a conexão operada mediante a designação feita pelas partes exprime, numa concreta relação da vida, uma *solução adequada aos seus interesses*.

Esta fundamentação pressupõe que as partes estão colocadas numa posição de igualdade. Em certas modalidades contratuais, em que uma das partes se encontra normalmente numa posição negocial mais fraca, pode justificar-se uma limitação ao princípio da autonomia da vontade. É, como veremos, aquilo que se verifica com certos contratos celebrados com consumidores.

A escolha das partes tem de recair necessariamente numa ordem jurídica estadual (4). De resto, a Convenção de Roma não estabelece quaisquer limites quanto às ordens jurídicas estaduais que podem ser designadas (5).

Nos termos da 2.ª parte do n.º 1 do art. 3.º da Convenção de Roma o consentimento das partes na designação do Direito aplicável pode ser manifestado expressa ou tacitamente. Quanto à designação tácita este preceito exige que a escolha resulte “de modo inequívoco das disposições do contrato ou das circunstâncias da causa” (6).

A exigência de que a escolha resulte “de modo inequívoco” qualifica a demonstração de uma vontade tácita. Não basta, aparentemente, uma mera verosimilhança, nem sequer uma elevada probabilidade. Para haver designação tácita, perante a Convenção de Roma, tem de haver certeza sobre a vontade das partes (7).

Na falta de designação pelas partes do Direito aplicável, determina o n.º 1 do art. 4.º da Convenção de Roma que o contrato é regulado pela lei do país com o qual apresente uma conexão mais estreita. Consagra-se assim um *critério geral de conexão*, que carece de ser concretizado pelo órgão de aplicação do Direito mediante uma avaliação do conjunto das circunstâncias do caso

(4) Ver LIMA PINHEIRO (n. 2) 172 e segs.

(5) Ver LIMA PINHEIRO (n. 2) 169 e seg.

(6) Ver LIMA PINHEIRO (n. 2) 177 e seg.

(7) Cf. Mario GIULIANO e Paul LAGARDE — “Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, JOCE C 282, 31/10/80, 16 e seg. Ver, sobre este ponto, LIMA PINHEIRO (n. 3) 825 e segs.

concreto e com ponderação de todos os pontos de vista juridicamente relevantes ⁽⁸⁾.

O critério geral da conexão mais estreita permite *atender a laços de qualquer natureza*.

Em primeira linha relevam os laços de natureza objectiva e espacial, principalmente elementos de conexão tais como o lugar da residência, da sede ou do estabelecimento das partes, e o lugar onde se situa a coisa corpórea que seja objecto mediato do contrato — que são empregues nas “presunções” contidas nos n.ºs 2 a 4 do art. 4.º — e ainda o lugar da execução do contrato e a nacionalidade das partes. Também parece defensável que os laços que traduzem uma ligação efectiva à esfera económico-social de um país tenham maior peso na determinação da conexão mais estreita que as ligações mais visíveis e palpáveis.

Mas a cláusula geral de conexão mais estreita também permitirá ter em conta laços objectivos de outra natureza tais como, por exemplo, o idioma do contrato, a referência a disposições de uma determinada ordem jurídica ou o emprego de termos e expressões característicos desta ordem jurídica (que contudo não permitam inferir uma designação tácita) e o nexó funcional que o contrato estabeleça com outro contrato regido por certo Direito. Subsidiariamente, poderão ainda ser tomados em consideração elementos subjectivos, como as representações e as expectativas justificadas das partes.

O significado da cláusula geral de conexão mais estreita resulta não só do disposto no n.º 1 do art. 4.º mas também do estabelecido no n.º 5 do mesmo artigo (2.ª parte). Este último preceito permite afastar as “presunções” de conexão mais estreita previstas nos n.ºs 2 a 4 “sempre que resulte do conjunto das circunstâncias que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com outro país”. De onde resulta que as “presunções” fixadas nos n.ºs 2 a 4 só relevam quando a avaliação feita pelo órgão de aplicação não conclua ser outro o país que apresenta uma conexão mais estreita com o contrato.

(8) Em geral, ver LIMA PINHEIRO (n. 2) 181 e segs.

C) Regras de conflitos especiais sobre certos contratos com consumidores

Os arts. 5.º e 9.º/5 da Convenção de Roma contêm regras especiais sobre certos contratos “celebrados por consumidores” que visam a protecção do consumidor.

Entende-se por “contratos celebrados por consumidores” aqueles que tenham por objecto o fornecimento de bens móveis corpóreos ou de serviços a uma pessoa para uma finalidade que possa considerar-se estranha à sua actividade profissional, bem como os contratos destinados ao financiamento desse fornecimento. Esta definição corresponde à empregue no art. 13.º da Convenção de Bruxelas Relativa à Competência Judiciária e Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial, e deve ser interpretada do mesmo modo, à luz da finalidade de protecção da parte mais fraca (9).

Têm por objecto o fornecimento de bens corpóreos os contratos onerosos de alienação de coisas corpóreas, designadamente a venda, a locação-venda e a locação financeira. O conceito de fornecimento de serviços deve ser entendido em sentido amplo (10), abrangendo a actividade não subordinada de qualquer natureza, incluindo a actividade realizada no interesse de outrem.

O consumidor é protegido como parte economicamente mais fraca e negocialmente menos experiente. O legislador internacional entendeu que esta necessidade de protecção não se verifica quando os bens ou serviços se destinam ao exercício de uma actividade independente (incluindo uma actividade liberal) (11). É neste sentido que o art. 5.º se refere a “actividade profissional”. Já o trabalhador por conta doutrem é protegido, como consumidor, quando adquira um bem destinado à sua actividade profissional (por exemplo, um livro profissional) (12).

(9) Cf. GIULIANO — LAGARDE (n. 7) 23.

(10) Cf. MünchKomm./MARTINY [Art. 29.º n.º 10] e LAGARDE — “*Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*”, R. crit. 80 (1991) 287-340, 314.

(11) Cf. LAGARDE (n. 10) 314.

(12) Cf. MünchKomm./MARTINY [Art. 29.º n.º 5].

Só os indivíduos podem ser considerados consumidores ⁽¹³⁾. Isto decorre do elemento de conexão utilizado pelas regras de conflitos especiais do art. 5.º (residência habitual) e da sua finalidade.

É controverso se o art. 5.º pressupõe ainda que o fornecimento de coisas ou de serviços ou a concessão de crédito sejam realizados no quadro de uma actividade profissional. Entendo que sim ⁽¹⁴⁾, pois só neste caso se verifica tipicamente aquela desigualdade económica entre as partes que justifica a protecção da parte mais fraca. No entanto, o art. 5.º também deve ser aplicado quando um fornecedor ou financiador que desenvolve uma actividade profissional actua fora do quadro da sua actividade e o consumidor não está nem deveria estar ao corrente deste facto ⁽¹⁵⁾.

O n.º 2 do art. 5.º estabelece um limite ao princípio da autonomia da vontade na designação do Direito aplicável ao contrato. Com efeito, este preceito determina que a escolha pelas partes da 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.

Esta disposição veicula uma ideia de alternatividade: aplicar-se-ão as disposições imperativas da lei da residência habitual que sejam mais favoráveis ao consumidor que as regras da lei escolhida ⁽¹⁶⁾. Também se pode dizer que a lei da residência habitual fornece o padrão mínimo de protecção.

⁽¹³⁾ Cf. LAGARDE (n. 10) 315. Cp. Guido BISCONTINI — “*Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma, 19 Giugno 1980)*”, org. por Cesare BIANCA e Andrea GIARDINA, “Art. 5.º”, in *Le nuove leggi civili commentate*, 901-1116, 1995, n.º 3.

⁽¹⁴⁾ No mesmo sentido apontam GIULIANO — LAGARDE (n. 7) 23. Cp. LAGARDE (n.º 10) 315 e MünchKomm./MARTINY [Art. 29.º n.º 7].

⁽¹⁵⁾ Neste sentido Dicey and Morris on the Conflict of Laws, 13.ª ed. por Lawrence COLLINS (ed. geral), Adrian BRIGGS, Jonathan HILL, J. McCLEAN e C. MORSE, Londres, 2000, 1287.

⁽¹⁶⁾ Ver GIULIANO — LAGARDE (n. 7) 25 quanto à disposição homóloga contida no art. 6.º/1; LAGARDE (n. 10) 314; Erik JAYME — “*Les contrats conclus par les consommateurs et la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles*”, in *Droit international et droit communautaire*, Paris, 1991, 77-85, 82; MOURA RAMOS (n. 1 [1991]) 754; Antoine KASSIS — *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, 1993, 337; e, Dicey and Morris (n. 15) 1290.

Na falta de escolha pelas partes da lei aplicável, o n.º 3 do art. 5.º consagra um desvio à cláusula geral de conexão mais estreita. Esta cláusula geral conduz frequentemente à aplicação da lei do país em que o fornecedor de bens ou serviços tem o seu estabelecimento, em virtude da “presunção” estabelecida pelo n.º 2 do art. 4.º. Por força do n.º 3 do art. 5.º o contrato será regulado pela lei do país em que o consumidor tenha a sua residência habitual.

Estas regras especiais só se aplicam desde que se verifiquem certas conexões com o Estado da residência habitual (17).

Primeiro, ter a celebração do contrato sido precedida, no país da residência habitual do consumidor, de uma proposta que lhe foi especialmente dirigida ou de anúncio publicitário. Para que exista uma proposta no sentido deste preceito, é suficiente, por exemplo, que o fornecedor tenha enviado um catálogo ao consumidor ou o tenha convidado a visitar o seu estabelecimento (18). O anúncio publicitário deve ser dirigido ao país da residência habitual, mas não tem de ser especificamente dirigido a este país. Por isso, considera-se como sendo dirigido ao país da residência habitual qualquer anúncio feito num meio de comunicação que seja susceptível de alcançar todos os países (como, por exemplo, a transmissão televisiva por satélite e a Internet) (19).

Exige-se ainda que o consumidor tenha executado no país da residência habitual todos os actos necessários à celebração do contrato (20). Por actos necessários entende-se aqui, por exemplo, a assinatura dos documentos que tenham sido apresentados ao consumidor ou o envio da sua encomenda ao fornecedor. No caso de contratos celebrados através da Internet deve entender-se que o consumidor realizou os actos necessários no país da residência

(17) Para uma análise desenvolvida e crítica ver EUGÉNIA GALVÃO TELES — *A protecção do consumidor nos contratos internacionais* (diss. mestrado policopiada), 1997, 368 e segs. e 396 e segs.

(18) Cf. MünchKomm./MARTINY [Art. 29.º n.º 19].

(19) Cf. MünchKomm./MARTINY [Art. 29.º n.º 20]. Em sentido convergente, Dicey and Morris (n. 15) 1288 e seg. O fornecedor que utiliza a Internet pode limitar o fornecimento a consumidores residentes habitualmente em determinado país ou países. Neste caso, deve entender-se que o consumidor não pode invocar uma residência habitual diferente daquela que indicou ao fornecedor.

(20) Ver também o art. 20.º do DL n.º 359/91, de 21/9, sobre os contratos de crédito ao consumo.

habitual quando para o efeito acedeu à página do fornecedor neste país ⁽²¹⁾.

Segundo, ter a outra parte ou o respectivo representante recebido o pedido do consumidor no país da residência habitual deste.

Terceiro, consistir o contrato numa venda de mercadorias e o consumidor se ter deslocado do país da residência habitual para outro país e aí ter feito o seu pedido, desde que a viagem tenha sido organizada pelo vendedor com o objectivo de incitar o consumidor a celebrar a compra.

Estas regras especiais não são aplicáveis ao contrato de transporte nem ao contrato de prestação de serviços, quando os serviços devidos ao consumidor devam ser prestados exclusivamente num país diferente daquele em que o consumidor tiver a sua residência habitual (art. 5.º/4). Mas já o serão a um contrato que estabeleça, por um preço global, prestações combinadas de transporte e de alojamento (contrato de viagem) (art. 5.º/5) ⁽²²⁾.

É ainda de referir o n.º 5 do art. 9.º da Convenção de Roma, que contém uma norma sobre a forma dos contratos celebrados por consumidores. A forma destes contratos é, em princípio ⁽²³⁾, regulada pela lei do país em que o consumidor tem a sua residência habitual.

O modo como o art. 5.º se encontra concebido merece crítica, por não assegurar qualquer protecção ao consumidor em certos contratos por si celebrados.

Por um lado, o conceito de contrato celebrado por consumidor é demasiado restrito, excluindo a protecção do consumidor na cessação do uso de bens e no fornecimento de bens incorpóreos. Assim, por exemplo, um consumidor que celebra um contrato de licença de programa de computador não beneficia directamente da protecção do art. 5.º. A aplicação analógica das regras especiais do art. 5.º a casos em que se verifica a mesma necessidade de protecção não está, porém, excluída ⁽²⁴⁾.

⁽²¹⁾ Cf. Dicey and Morris (n. 15) 1289.

⁽²²⁾ Cf. GIULIANO — LAGARDE (n. 7) 25.

⁽²³⁾ Ver Dicey and Morris (n. 15) 1292 e seg.

⁽²⁴⁾ Ver MünchKomm./MARTINY [Art. 29.º n.º 8].

Por outro lado, a delimitação operada pelo n.º 2 do art. 5.º priva o consumidor de protecção em casos em que ela se justificaria plenamente. Por exemplo, se um consumidor residente habitualmente em Espanha aproveitar férias em Portugal para aqui realizar algumas compras não se verifica nenhuma das hipóteses referidas no art. 5.º/2 e, portanto, o consumidor pode ser privado da protecção que é concedida tanto pelas normas espanholas como pelas normas portuguesas (25).

D) Art. 7.º da Convenção de Roma

A Convenção de Roma admite, nos termos do art. 7.º, a aplicação de normas imperativas contidas numa ordem jurídica que não é chamada pelas regras de conflitos contidas na convenção, mas só quando se trate de normas que reclamem aplicação qualquer que seja a lei reguladora do contrato (normas de aplicação necessária) (26).

O art. 7.º é aplicável aos contratos com consumidores quer sejam ou não abrangidos pelo art. 5.º.

Segundo uma tese, o art. 5.º, ao limitar os casos em que o consumidor se pode prevalecer das regras imperativas protectoras do Estado da sua residência habitual, exclui a sua aplicação, fora desses casos, com base no art. 7.º/2, quando o Estado da residência habitual do consumidor for o Estado do foro (27).

Esta tese não merece acolhimento (28). A finalidade prosseguida com o art. 5.º é a de reforçar a protecção do consumidor para

(25) Ver T. HARTLEY — “Consumer Protection Provisions in the EEC Convention”, in *Contract Conflicts*, org. por P. NORTH, Amesterdão, Nova Iorque e Oxford, 1982, 111-133, 130 e LAGARDE (n. 10) 317.

(26) Sobre este preceito ver MARQUES DOS SANTOS — *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado. Esboço de Uma Teoria Geral*, 2 vols., Coimbra, 1991, 965 e segs. e 1020 e segs. e LIMA PINHEIRO (n. 3) 772 e segs. e 778 e seg. e bibliografia aí referida

(27) Ver LAGARDE (n. 10) 316 n.º 76, Jan KROPHOLLER — *Internationales Privatrecht*, 3.ª ed., Tubinga, 1997, 431 e decisões aí referidas.

(28) Cf. Erik JAYME e Christian KOHLER — “*Europäisches Kollisionsrecht 1995 — Der Dialog der Quellen*”, *IPRax* 15 (1995) 343-354, 353; KASSIS (n. 14) 340 e seg.; Tito BALLARINO — *Diritto internazionale privato*, 3.ª ed., com a colaboração de Andrea BONOMI, Pádua, 1999, 703; e, Dicey and Morris (n. 15) 1294.

além daquilo que resultaria das regras gerais da convenção, incluindo as do art. 7.º, razão por que não se pode inferir do art. 5.º nenhum limite à aplicação do art. 7.º.

Nem há nenhuma incoerência em aplicar normas imperativas protectoras da residência habitual, fora das hipóteses previstas no n.º 2 do art. 5.º, no quadro do n.º 2 do art. 7.º, porque estes preceitos têm sentidos diferentes. O art. 5.º impõe a aplicação das normas imperativas da lei da residência habitual quando estas forem mais protectoras que as normas da lei escolhida ou na falta de escolha da lei aplicável pelas partes. O n.º 2 do art. 7.º não impõe a aplicação de quaisquer normas: limita-se a permitir a sobreposição das normas de aplicação necessária do Estado do foro, quer seja ou não o da residência habitual do consumidor. O título de aplicação destas normas não é uma norma da convenção mas uma proposição especial de outra fonte vigente no Direito Internacional Privado do Estado do foro.

Por conseguinte, ao abrigo do art. 7.º os consumidores podem beneficiar da protecção de *certas* normas imperativas contidas numa ordem jurídica que não é a chamada a reger o contrato, quer seja ou não a da sua residência habitual e independentemente de o contrato ser abrangido pelo art. 5.º

Isto não significa, porém, que o art. 5.º seja inútil ou desnecessário. Desde logo, por duas razões. Primeiro, o art. 7.º não permite a aplicação de todas as normas imperativas, mas só daquelas que forem de aplicação necessária. Segundo, o órgão de aplicação só está estritamente vinculado a aplicar as normas de aplicação necessária do Estado do foro, a que se refere o n.º 2 do art. 7.º. No que toca a normas de aplicação necessária estrangeiras, o n.º 1 do art. 7.º limita-se a estabelecer que o órgão de aplicação *pode* aplicar as normas de aplicação necessária contidas na lei de um país que apresenta uma conexão estreita com a situação e a indicar os elementos de ponderação que devem ser tidos em conta para decidir sobre esta aplicação.

Acresce que o n.º 1 do art. 7.º não vigora na ordem jurídica portuguesa, por Portugal ter feito a reserva prevista no art. 22.º/1/a da convenção. A relevância de normas imperativas de terceiros ordenamentos permanece, assim, uma questão em aberto, que

suscita grandes divergências na doutrina internacionalprivatista portuguesa ⁽²⁹⁾.

II. REGIME DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS

No que se refere à proibição de certas cláusulas contratuais gerais nos contratos celebrados com consumidores finais, há que ter conta o disposto no art. 23.º do DL n.º 446/85, de 25/10, com a redacção dada pelo DL n.º 249/99, de 7/7.

O n.º 1 deste artigo determina a aplicabilidade das normas contidas nos arts. 20.º e segs. daquele diploma, independentemente da lei que as partes hajam escolhido para reger o contrato, sempre que o mesmo apresente uma conexão estreita com o território português.

Nos termos do n.º 2, “No caso de o contrato apresentar uma conexão estreita com o território de outro Estado membro da Comunidade Europeia aplicam-se as disposições correspondentes desse país na medida em que este determine a sua aplicação.”

Este diploma não define consumidor final. Da conjugação do art. 23.º com o art. 20.º parece resultar que as regras de conflitos especiais contidas no art. 23.º são aplicáveis a todas as relações que não sejam estabelecidas entre empresários ou profissionais liberais intervindo nessa qualidade e no âmbito da sua actividade específica.

Segundo o preâmbulo do DL n.º 249/99, o objectivo básico deste diploma foi o de adaptar o DL n.º 446/85 ao disposto na Dir. 93/13/CEE, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores.

Por “contratos celebrados com os consumidores” entende esta directiva os contratos celebrados entre profissionais e pessoas singulares que actuam com fins que não pertencem ao âmbito da sua actividade profissional (arts. 1.º/1 e 2.º/b).

⁽²⁹⁾ Cp., designadamente, MARQUES DOS SANTOS (n. 26) 1031 e segs. e LIMA PINHEIRO — *Direito Internacional Privado*, Vol. I — Introdução e Direito de Conflitos — Parte Geral, Almedina, Coimbra, 2001, 212 e segs. e referências aí contidas.

Com a nova redacção dada ao art. 23.º do DL n.º 446/85 o legislador nacional procurou transpor o disposto n.º 2 do art. 6.º da directiva:

“Os Estados-membros tomarão as medidas necessárias para que o consumidor não seja privado da protecção concedida pela presente directiva pelo facto de ter sido escolhido o direito de um país terceiro como direito aplicável ao contrato, desde que o contrato apresente uma relação estreita com o território dos Estados-membros.”

Uma primeira leitura desta disposição poderia sugerir que as normas de actuação da directiva, contidas no Direito do foro, deveriam constituir normas de aplicação necessária aos contratos que apresentam uma conexão estreita com o território do Estado do foro. Estas normas sobrepor-se-iam à lei designada pelo sistema de Direito de Conflitos, quando assegurassem ao consumidor uma protecção mais elevada que as normas desta lei ⁽³⁰⁾. Esta sobreposição seria permitida pelo art. 7.º/2 da Convenção de Roma ⁽³¹⁾. Quando o contrato estivesse em conexão estreita com o território de um Estado-Membro que não é o do foro o art. 7.º/1 desta convenção fundamentaria a sobreposição das normas de actuação da directiva contidas na lei deste Estado. Naqueles Estados-Membros em que o art. 7.º/1 não vigora, como é o caso de Portugal, poderia chegar-se ao mesmo resultado mediante uma remissão condicionada a estas normas.

Parece ter sido este o entendimento seguido pelo legislador do DL n.º 249/99.

Não creio, porém, que seja este o entendimento mais correcto. Contrariamente à formulação proposta pela Comissão, o legislador comunitário só se refere à necessidade de impedir que o consumidor seja privado da protecção concedida pela directiva mediante uma escolha do Direito aplicável. As normas de actuação da directiva que se limitem a assegurar o mínimo de protecção estabelecido

⁽³⁰⁾ Neste sentido, Luigi FUMAGALLI — “*Le clause abusive nei contratti con i consumatori tra diritto comunitario e diritto internazionale privato*”, RDIPP 30 (1994) 15-32.

⁽³¹⁾ Em sentido convergente, ALMENO DE SÁ — *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva Sobre Cláusulas Abusivas*, Coimbra, 1999, 93.

pelo seu art. 6.º/2 não são de aplicação necessária no sentido do art. 7.º/2 da convenção, uma vez que não se sobrepõem à lei objectivamente conectada por uma das normas de conflitos da convenção (32).

Segundo tudo indica, o legislador comunitário pressupõe que, na falta de escolha, o consumidor goza da protecção concedida pelas normas de actuação da directiva, porque o contrato é regido pela lei de um Estado-Membro (33). A leitura dos considerandos, em especial do 6.º considerando, confirma esta ideia. E só isto explica que o legislador comunitário não tenha acautelado a aplicação das normas de actuação da directiva quando a lei objectivamente competente não é a de um Estado-Membro.

Portanto, o art. 6.º/2 da directiva só se aplica aos contratos que, na falta de escolha, seriam regidos pelo Direito de um Estado-Membro. Uma vez que a norma de conflitos sobre contratos celebrados por consumidores (art. 5.º da Convenção de Roma), já assegura, em certos casos, a protecção das normas imperativas da lei do país da residência habitual do consumidor, o art. 6.º/2 da directiva ganha sentido útil quando o consumidor não goza da protecção conferida pelo art. 5.º/2 da convenção, por não se verificarem os pressupostos de aplicação definidos nos seus n.ºs 1, 2, 4 e 5, e o Direito de um Estado-Membro é competente por força do art. 4.º da convenção (34).

Em estudo anterior propus uma interpretação conforme à directiva do art. 23.º do DL n.º 446/85, com a redacção dada pelo DL n.º 220/95, de 31/8 (35). Também este preceito se reportava apenas à possibilidade de o consumidor ser privado, mediante a

(32) São da mesma opinião Luigi BARTOLI — “*Questioni di diritto internazionale privato relative alla direttiva sulle clausole abusive nei contratti stipulati da consumatori*”, Riv. dir. int. 78 (1995) 324-344, 338 e segs. e MOURA RAMOS — “*Remarques sur les développements récents du droit international privé portugais en matière de protection des consommateurs*”, in E Pluribus Unum. Liber Amicorum Georges A. L. Droz, A Haia, Boston e Londres, 1996, 235-251, 247 e segs. Cp. JAYME — KOHLER — “*L’interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Roma*”, R. crit. 84 (1995) 1-40, 20 e segs. e EUGÉNIA GALVÃO TELES (n. 17) 232 e segs.

(33) No mesmo sentido, BARTOLI [loc. cit.].

(34) Cf. JAYME — KOHLER (n. 17) 20 e seg.

(35) (N. 2) 206 e seg.

escolha pelas partes do Direito aplicável, da protecção que lhe é concedida pela lei objectivamente competente ⁽³⁶⁾. Assinaei que se tratava de uma transposição muito imperfeita do disposto no art. 6.º/2 da directiva. Para transpor este preceito o legislador português deveria ter determinado que mediante a escolha da lei aplicável as partes não podem afastar a protecção garantida ao consumidor pela lei de um Estado-Membro que, na falta de escolha, seria objectivamente competente.

Segundo esta interpretação, nos contratos que na falta de escolha seriam regidos pela lei portuguesa, a protecção concedida pelas normas contidas nos arts. 20.º e segs. do DL n.º 446/85 não poderia ser afastada mediante a escolha da lei de um terceiro Estado. Esta norma unilateral deveria ser bilateralizada, por forma a também se assegurar a protecção do consumidor pelas normas de outro Estado-Membro, quando a sua lei fosse, na falta de escolha, objectivamente competente.

A compatibilidade destas soluções com a Convenção de Roma não resultaria do seu art. 7.º, mas dos seus arts. 5.º e 20.º (este último salvaguarda as disposições especiais sobre conflitos de leis em matéria de obrigações contratuais que venham a ser estabelecidas nas legislações nacionais harmonizadas em execução de actos comunitários).

Não creio, porém, que esta posição possa ser mantida perante a redacção dada ao art. 23.º do DL n.º 446/85 pelo DL n.º 249/99.

A intenção do legislador deste diploma, ainda que baseada numa interpretação incorrecta do art. 6.º/2 da directiva, vai claramente no sentido de atribuir às normas contidas nos arts. 20.º e segs. do DL n.º 446/85 o carácter de normas de aplicação necessária ⁽³⁷⁾.

A favor desta opção pode argumentar-se que a aplicação das normas que proíbem certas cláusulas contratuais gerais nos contratos celebrados com consumidores finais se justifica sempre que

⁽³⁶⁾ No mesmo sentido, aparentemente, MOURA RAMOS (n. 30) 248 e segs. e ALMEIDA COSTA — *Síntese do Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais*, 2.ª ed., Lisboa, 1999, 26.

⁽³⁷⁾ Esta possibilidade é admitida pelo art. 8.º da directiva — cf. BARTOLI (n. 32) 344.

estes apresentem uma conexão estreita com o território de um Estado-Membro, mesmo que esta conexão não fundamente a competência do Direito deste Estado nos termos dos arts. 5.º/2 ou 4.º da Convenção de Roma.

Em todo o caso, creio que, por um lado, não deveria bastar uma qualquer conexão estreita entre o contrato e o território de um Estado-Membro e, por outro, não se deveria excluir a relevância de normas equivalentes contidas no Direito de terceiros Estados (i.e., de Estados estrangeiros que não sejam membros da União Europeia).