

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 *Verlengeneitlösung*, 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 proscrição 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 ori-em 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 *Columbian 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 si*, 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, já 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 protectiva, 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 internacionais 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 cumpnrem 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 litúgio. 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 dialética 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 plurilocalizada 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 où, 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 dispositions 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 envolventes 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 caiam 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 reflexamente 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 apresente 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 obbligazioni 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 *derrogabilidade 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 resida 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 internacional 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 litígio 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 afluído 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

tarefa 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 Obbligazioni 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 derogabilidade *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 useful 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 tráfego, 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 aplicação a contratar (presentes assim, elementos de carácter subjectivo, a residência, e de carácter objectivo, o facto da aplicação, 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 consistem 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 our 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 da 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 negoceiam 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*».

Vejamos 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, artíbo 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 apelação 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 conjunção 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 derivado 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 conexonadas 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 1 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 1 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 estrangeiro. 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 estrangeiro, 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 aplicação 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 consequente 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 aplicação 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 aplicação 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 più 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 protectiva, 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 aplicação 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 transaccionado 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 transação 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, *IPR*), 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 protectivo 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.»